

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2002

Volumen I

*Actas resumidas de las sesiones
del quincuagésimo cuarto período de sesiones
29 de abril-7 de junio y
22 de julio-16 de agosto de 2002*

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2009



ADVERTENCIA

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

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 2001*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

El presente volumen contiene las actas resumidas del 54.º período de sesiones de la Comisión (A/CN.4/SR.2711-A/CN.4/SR.2750) con las correcciones comunicadas por los miembros de la Comisión y los cambios de estilo y modificaciones editoriales que se han estimado necesarios.

A/CN.4/SER.A/2002

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.08.V.7
ISBN 978-92-1-333394-5

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	<i>Página</i>		<i>Página</i>
Composición de la Comisión	vii	2716.ª sesión	
Mesa	vii	<i>Martes 7 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Programa	viii	Protección diplomática (<i>continuación</i>)	
Abreviaturas y siglas	ix	Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	29
Nota referida a las citas	ix	2717.ª sesión	
Asuntos citados en el presente volumen	x	<i>Miércoles 8 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen	xvi	Protección diplomática (<i>continuación</i>)	
Lista de documentos del 54.º período de sesiones	xxiii	Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	37
		Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>)	43
ACTAS RESUMIDAS		2718.ª sesión	
DE LAS SESIONES 2711.ª A 2750.ª		<i>Viernes 10 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>	
<i>Actas resumidas de las sesiones de la primera</i>		Protección diplomática (<i>continuación</i>)	
<i>parte del 54.º período de sesiones, celebrada en Ginebra</i>		Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	44
<i>del 29 de abril al 7 de junio de 2002</i>		2719.ª sesión	
		<i>Martes 14 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>	
2711.ª sesión		Protección diplomática (<i>continuación</i>)	
<i>Lunes 29 de abril de 2002, a las 15.10 horas</i>		Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	53
Apertura del período de sesiones	1	Las reservas a los tratados	
Elección de la Mesa	1	Séptimo informe del Relator Especial	57
Aprobación del programa	1	2720.ª sesión	
Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto).....	3	<i>Miércoles 15 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Organización de los trabajos del período de sesiones	3	Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>).....	59
2712.ª sesión		Las reservas a los tratados (<i>continuación</i>)	
<i>Martes 30 de abril de 2002, a las 10.00 horas</i>		Séptimo informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)....	60
Protección diplomática		Actos unilaterales de los Estados	
Informes segundo y tercero del Relator Especial.....	4	Quinto informe del Relator Especial.....	65
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>).....	12	2721.ª sesión	
2713.ª sesión		<i>Viernes 17 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
<i>Miércoles 1.º de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>		Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>).....	68
Protección diplomática (<i>continuación</i>)		Las reservas a los tratados (<i>continuación</i>)	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	12	Séptimo informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	68
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>).....	18	2722.ª sesión	
2714.ª sesión		<i>Martes 21 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
<i>Jueves 2 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>		Actos unilaterales de los Estados (<i>continuación</i>)	
Homenaje a la memoria de Paul Szasz.....	18	Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	72
Organización de los trabajos del período de sesiones (<i>continuación</i>)	18	2723.ª sesión	
Protección diplomática (<i>continuación</i>)		<i>Miércoles 22 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	18	Actos unilaterales de los Estados (<i>continuación</i>)	
2715.ª sesión		Quinto informe del Relator Especial (<i>continuación</i>)	81
<i>Viernes 3 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>		2724.ª sesión	
Protección diplomática (<i>continuación</i>)		<i>Jueves 23 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (<i>continuación</i>)	25	Declaración del Asesor Jurídico	88

	Página
2725.ª sesión	
<i>Viernes 24 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Protección diplomática (continuación)	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (continuación)	95
Actos unilaterales de los Estados (continuación)	
Quinto informe del Relator Especial (continuación)	100
2726.ª sesión	
<i>Martes 28 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Actos unilaterales de los Estados (continuación)	
Quinto informe del Relator Especial (continuación)	102
2727.ª sesión	
<i>Jueves 30 de mayo de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación).....	112
Actos unilaterales de los Estados (continuación)	
Quinto informe del Relator Especial (conclusión).....	112
Protección diplomática (continuación)	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (continuación)	118
2728.ª sesión	
<i>Viernes 31 de mayo de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Protección diplomática (continuación)	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (continuación)	122
2729.ª sesión	
<i>Martes 4 de junio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Protección diplomática (continuación)	
Informes segundo y tercero del Relator Especial (conclusión).....	129
2730.ª sesión	
<i>Miércoles 5 de junio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Protección diplomática (continuación)	
Informe del Comité de Redacción.....	135
Cooperación con otros organismos	
Declaración del observador del Comité Jurídico Interamericano.....	145
2731.ª sesión	
<i>Jueves 6 de junio de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Protección diplomática (continuación)	
Informe del Comité de Redacción (continuación)	148
2732.ª sesión	
<i>Viernes 7 de junio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Protección diplomática (conclusión)	
Informe del Comité de Redacción (conclusión).....	153
Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión)	153
<i>Actas resumidas de las sesiones de la segunda parte de 54.º período de sesiones celebrada en Ginebra del 22 de julio al 16 de agosto de 2002</i>	
2733.ª sesión	
<i>Lunes 22 de julio de 2002, a las 15.00 horas</i>	
Las reservas a los tratados (continuación)	
Informe del Comité de Redacción.....	154

	Página
2734.ª sesión	
<i>Martes 23 de julio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Homenaje a la memoria de José Sette Câmara	160
Las reservas a los tratados (continuación)	
Informe del Comité de Redacción (conclusión).....	160
Séptimo informe del Relator Especial (continuación)....	161
2735.ª sesión	
<i>Miércoles 24 de julio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Las reservas a los tratados (continuación)	
Séptimo informe del Relator Especial (continuación)....	163
2736.ª sesión	
<i>Jueves 25 de julio de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Las reservas a los tratados (continuación)	
Séptimo informe del Relator Especial (continuación)	171
2737.ª sesión	
<i>Viernes 26 de julio de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Las reservas a los tratados (continuación)	
Séptimo informe del Relator Especial (continuación)	178
2738.ª sesión	
<i>Martes 30 de julio de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Las reservas a los tratados (continuación)	
Séptimo informe del Relator Especial (continuación)....	185
Cooperación con otros organismos (continuación)	
Declaración del observador de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana	191
2739.ª sesión	
<i>Miércoles 31 de julio de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Cooperación con otros organismos (continuación)	
Visita del Presidente de la Corte Internacional de Justicia.....	195
Las reservas a los tratados (conclusión)	
Séptimo informe del Relator Especial (conclusión)	199
2740.ª sesión	
<i>Viernes 2 de agosto de 2002, a las 10.10 horas</i>	
Responsabilidad de las organizaciones internacionales	
Informe del Grupo de Trabajo.....	203
2741.ª sesión	
<i>Martes 6 de agosto de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional	
Informe del Grupo de Estudio.....	208
2742.ª sesión	
<i>Miércoles 7 de agosto de 2002, a las 10.05 horas</i>	
Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (conclusión)	
Informe del Grupo de Estudio (conclusión).....	214
2743.ª sesión	
<i>Jueves 8 de agosto de 2002, a las 10.00 horas</i>	
Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)	
Informe del Grupo de Trabajo.....	222

2744.ª sesión

Viernes 9 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) (<i>conclusión</i>).....	228
Informe del Grupo de Trabajo (<i>conclusión</i>).....	228
Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	
Informe del Grupo de Planificación.....	230
Cooperación con otros organismos (<i>conclusión</i>)	
Declaración del observador del Consejo de Europa.....	233

2745.ª sesión

Lunes 12 de agosto de 2002, a las 15.00 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones	
Capítulo V.—Protección diplomática	237
C.—Texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión.....	237
Artículo 1 (Definición y alcance).....	237
Comentario al artículo 1	237
Artículo 2 [3] (Derecho a ejercer protección diplomática).....	237
Comentario al artículo 2 [3]	237
Artículo 3 [5] (Estado de la nacionalidad).....	238
Comentario al artículo 3 [5]	238
Artículo 4 [9] (Nacionalidad continua).....	239
Comentario al artículo 4 [9]	239
Artículo 5 [7] (Nacionalidad múltiple y reclamación contra un tercer Estado).....	241
Comentario al artículo 5 [7]	241
Artículo 6 (Nacionalidad múltiple y reclamación ante un Estado de la nacionalidad)	241
Comentario al artículo 6	241

2746.ª sesión

Martes 13 de agosto de 2002, a las 10.00 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo V.—Protección diplomática (<i>continuación</i>).....	242
C.—Texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión (<i>conclusión</i>)	
Artículo 7 [8] (Personas apátridas y refugiadas)....	242
Comentario al artículo 7 [8].....	242
A.—Introducción.....	244
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones.	244

2747.ª sesión

Martes 13 de agosto de 2002, a las 15.05 horas

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo V.—Protección diplomática (<i>conclusión</i>)	250
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (<i>conclusión</i>).....	250

2748.ª sesión

Miércoles 14 de agosto de 2002, a las 10.05 horas.

Actos unilaterales de los Estados (<i>conclusión</i>).....	255
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo IV.—Las reservas a los tratados.....	255
C.—Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión	
2. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados y los comentarios	

correspondientes aprobado provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones

Comentario a la directriz 2.1.1 (Forma escrita).....	255
Comentario a la directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal).....	256
Comentario a la directriz 2.1.3 (Formulación de una reserva en el plano internacional).....	256
Comentario a la directriz 2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas)	257
Comentario a la directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas)	257
Comentario a la directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (Procedimiento de comunicación de las reservas).....	258
Comentario al proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario).....	259
Comentario a la directriz 2.1.8 [2.1.7 bis] (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]).....	259
2.4 Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas.....	259
Comentario a la directriz 2.4.1 (Formulación de declaraciones interpretativas) ...	259
Comentario a la directriz [2.4.2 [2.4.1 bis] (Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno)]	259
Comentario a la directriz [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales)].....	260
A.—Introducción.....	260
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones...	260
C.—Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión (<i>conclusión</i>)	
1. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados.....	261

2749.ª sesión

Jueves 15 de agosto de 2002, a las 10.05 horas.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (<i>continuación</i>)	
Capítulo VI.—Actos unilaterales de los Estados.....	261
A.—Introducción.....	261
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones	261
Capítulo VIII.—La responsabilidad de las organizaciones internacionales.....	264
A.—Introducción.....	264
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones período de sesiones	264
C.—Informe del Grupo de Trabajo	264
Capítulo IX.—Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.....	264
A.—Introducción.....	264
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones	264
C.—Informe del Grupo de Estudio	265
Capítulo VII.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)	
A.—Introducción.....	265
B.—Examen del tema en el actual período de sesiones	265
C.—Informe del Grupo de Trabajo	265
Capítulo X.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	

	<i>Página</i>		<i>Página</i>
A.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.....	265	C.—Cooperación con otros organismos	266
2750.ª sesión		D.—Representación en el quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General.....	266
<i>Viernes 16 de agosto de 2002, a las 10.05 horas</i>		E.—Seminario de derecho internacional.....	266
Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (<i>conclusión</i>)		Capítulo II.—Resumen de la labor de la Comisión en su 54.º período de sesiones.....	266
Capítulo X.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (<i>conclusión</i>)		Capítulo III.—Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión	266
B.—Fecha y lugar de celebración del 55.º período de sesiones	266	Capítulo I.—Organización del período de sesiones	269
		Clausura del período de sesiones	269

COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN

<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>	<i>Nombre</i>	<i>Nacionalidad</i>
Sr. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana	Sr. James Lutabanzibwa KATEKA	República Unida de Tanzania
Sr. Husain AL-BAHARNA	Bahrein	Sr. Fathi KEMICHA	Túnez
Sr. Ali Mohsen Fetais AL-MARRI	Qatar	Sr. Martti KOSKENNIEMI	Finlandia
Sr. João Clemente BAENA SOARES	Brasil	Sr. Valery KUZNETSOV	Federación de Rusia
Sr. Ian BROWNLIE	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	Sr. William MANSFIELD	Nueva Zelanda
Sr. Enrique CANDIOTI	Argentina	Sr. Djamchid MOMTAZ	República Islámica del Irán
Sr. Choung Il CHEE	República de Corea	Sr. Bernd NIEHAUS	Costa Rica
Sr. Pedro COMISSÁRIO AFONSO	Mozambique	Sr. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
Sr. Riad DAOUDI	República Árabe Siria	Sr. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabón
Sr. Christopher John Robert DUGARD	Sudáfrica	Sr. Alain PELLET	Francia
Sra. Paula ESCARAMEIA	Portugal	Sr. Pemmaraju Sreenivasa RAO	India
Sr. Salifou FOMBA	Malí	Sr. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
Sr. Giorgio GAJA	Italia	Sr. Robert ROSENSTOCK	Estados Unidos de América
Sr. Zdzislaw GALICKI	Polonia	Sr. Bernardo SEPÚLVEDA	México
Sr. Peter KABATSI	Uganda	Sr. Bruno SIMMA	Alemania
Sr. Maurice KAMTO	Camerún	Sr. Peter TOMKA	Eslovaquia
		Sra. Hanqin XUE	China
		Sr. Chusei YAMADA	Japón

MESA

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK
Primer Vicepresidente: Sr. Enrique CANDIOTI
Segundo Vicepresidente: Sr. James Lutabanzibwa KATEKA
Presidente del Comité de Redacción: Sr. Chusei YAMADA
Relator: Sr. Valery KUZNETSOV

El Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, actuó como Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General.

PROGRAMA

En su 2711.^a sesión, el 29 de abril de 2002, la Comisión aprobó el programa de su 54.^o período de sesiones que, con los temas que se añadieron posteriormente, comprendía los temas siguientes:

1. Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto).
2. Organización de los trabajos del período de sesiones.
3. Las reservas a los tratados.
4. Protección diplomática.
5. Actos unilaterales de los Estados.
6. Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas).
7. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.
8. Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.
9. Recursos naturales compartidos.
10. Programa, procedimientos, métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.
11. Cooperación con otros organismos.
12. Fecha y lugar de celebración del 55.^o período de sesiones.
13. Otros asuntos.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AALCO	Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMT	Organización Mundial del Turismo
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
TLC	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*

* *

<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)
<i>C.P.J.I. série D</i>	CPJI, <i>Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour</i> (n.ºs 1 a 6)
<i>TIDM Recueil</i>	TIDM, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>

*

* *

En el presente volumen, por «Tribunal Internacional para Rwanda» debe entenderse Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables del genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y a ciudadanos de Rwanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1.º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994; y por «Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia» debe entenderse Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original.

Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es www.un.org/law/ilc/index.htm.

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

<i>Asunto</i>	<i>Tipo de decisión y fuente</i>
<i>Activités armées sur le territoire du Congo</i>	(República Democrática del Congo <i>c.</i> Uganda), providencia de 29 de noviembre de 2001, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , pág. 660. (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo <i>c.</i> Rwanda), medidas provisionales, providencia de 10 de julio de 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 219.
<i>Ambatielos</i>	Excepción preliminar, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1952</i> , pág. 28. Fondo, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1953</i> , pág. 10. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 31 y 37, respectivamente. Sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 101.
<i>Aminoil-Kuwait Arbitration</i>	<i>Government of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil)</i> , <i>International Legal Materials</i> , vol. 21, n.º 5 (septiembre de 1982), pág. 976.
<i>Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	(Bosnia y Herzegovina <i>c.</i> Yugoslavia), excepciones preliminares, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1996</i> , pág. 595. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 123. (Croacia <i>c.</i> Yugoslavia), providencia de 27 de junio de 2000, <i>C.I.J. Recueil 2000</i> , pág. 108. (Bosnia y Herzegovina <i>c.</i> Yugoslavia), providencia de 10 de septiembre de 2001, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , pág. 572.
<i>Arbitrage relatif aux navires finlandais</i>	<i>Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre</i> , sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1479.
<i>Barcelona Traction</i>	<i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited</i> , segunda fase, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1970</i> , pág. 3. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 104.
<i>Belilos</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <i>Série A : Arrêts et décisions</i> , vol. 132, <i>Belilos c. Suisse</i> , fallo de 29 de abril de 1988.
<i>Bhopal</i>	<i>Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India in December, 1984</i> , opinión y providencia, 12 de mayo de 1986, US District Court, Nueva York. Opinión reproducida en <i>International Legal Materials</i> , vol. 25, n.º 4 (julio de 1986), pág. 771.

<i>Brown</i>	<i>Robert E. Brown (United States) v. Great Britain</i> , sentencia de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 120.
<i>Certains biens</i>	(Liechtenstein <i>c.</i> Alemania), providencia de 12 de julio de 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 296.
<i>Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis</i>	Fallo, 1939, <i>C.P.J.I. série A/B n.º 76</i> , pág. 4.
<i>Compétence en matière de pêcheries</i>	(España <i>c.</i> Canadá), competencia de la Corte, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1998</i> , pág. 432.
<i>Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon</i>	(Chile/Comunidad Europea), providencia de 20 de diciembre de 2000, <i>TIDM Recueil 2000</i> , pág. 148. Providencia de 15 de marzo de 2001, <i>TIDM Recueil 2001</i> , pág. 4.
<i>Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes</i>	(Nicaragua <i>c.</i> Honduras), providencia de 13 de junio de 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 216.
<i>Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)</i>	Providencia de 22 de septiembre de 1995, <i>C.I.J. Recueil 1995</i> , pág. 288. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 95.
<i>Détroit de Corfou</i>	Fondo, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1949</i> , pág. 4. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 7.
<i>Diallo</i>	<i>Ahmadou Sadio Diallo</i> (República de Guinea <i>c.</i> República Democrática del Congo), providencia de 8 de septiembre de 2000, <i>C.I.J. Recueil 2000</i> , pág. 146.
<i>Dickson Car Wheel Company</i>	<i>Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) c. United Mexican States</i> , sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669.
<i>Différend frontalier</i>	(Burkina Faso/República de Malí), fallo, <i>C.I.J. Recueil 1986</i> , pág. 554. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 223.
<i>Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)</i>	Fallo, <i>C.I.J. Recueil 1994</i> , pág. 6.
<i>Différend territorial et maritime</i>	(Nicaragua <i>c.</i> Colombia), providencia de 26 de febrero de 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 189.
<i>Droit de passage sur territoire indien</i>	Fondo, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1960</i> , pág. 6. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 72.

<i>Droit d'asile</i>	<i>Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile</i> (Colombia/Perú), fallo de 20 de noviembre de 1950, <i>C.I.J. Recueil 1950</i> , pág. 266. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 22.
<i>El Oro Mining and Railway Co.</i>	<i>El Oro Mining and Railway Company (Limited)</i> (Gran Bretaña) c. Estados Unidos Mexicanos, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 191.
<i>ELSI</i>	<i>Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)</i> , fallo, <i>C.I.J. Recueil 1989</i> , pág. 15. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 252.
<i>Emprunts norvégiens</i>	<i>Affaire relative à certains emprunts norvégiens</i> (Francia c. Noruega), fallo, <i>C.I.J. Recueil 1957</i> , pág. 9. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 55.
<i>Emprunts serbes</i>	<i>Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France</i> , fallo n.º 14, 1929, <i>C.P.J.I. série A</i> , n.º 20, pág. 41.
<i>Essais nucléaires</i>	(Australia c. Francia), fallo de 20 de diciembre de 1974, <i>C.I.J. Recueil 1974</i> , pág. 253. (Nueva Zelandia c. Francia), <i>ibid.</i> , pág. 457. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 133 y 134, respectivamente.
<i>Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón</i>	OMC, informe del Órgano de Apelación (WT/DS58/AB/R), de 12 de octubre de 1998.
<i>F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie</i>	Tribunal Federal de Suiza, decisión de 17 de diciembre de 1992, <i>Journal des Tribunaux</i> , 1995, pág. 523.
<i>Fonderie de Trail (Trail Smelter)</i>	Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905.
<i>Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria</i>	(Camerún c. Nigeria) excepciones preliminares, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1998</i> , pág. 275. (Camerún c. Nigeria; intervención de Guinea Ecuatorial) providencia de 20 de febrero de 2001, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , pág. 9.
<i>Haya de la Torre</i>	Fallo, <i>C.I.J. Recueil 1951</i> , pág. 71. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 27.
<i>Incident aérien du 10 août 1999</i>	(Pakistán c. India), competencia de la Corte, fallo, <i>C.I.J. Recueil 2000</i> , pág. 12.

<i>Asunto</i>	<i>Tipo de decisión y fuente</i>
<i>Incident aérien du 27 juillet 1955</i>	<i>C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955</i> (Israel <i>c.</i> Bulgaria; Estados Unidos de América <i>c.</i> Bulgaria; Reino Unido <i>c.</i> Bulgaria). (Israel <i>c.</i> Bulgaria), fallo, <i>C.I.J. Recueil 1959</i> , pág. 127. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 67.
<i>Interhandel</i>	Fallo, <i>C.I.J. Recueil 1959</i> , pág. 6. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 64.
<i>Irlanda c. Reino Unido</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de enero de 1978, <i>Série A n.º 25</i> .
<i>Jurado</i>	OIT, Tribunal Administrativo, fallo n.º 70, de 11 de septiembre de 1964.
<i>LaGrand</i>	(Alemania <i>c.</i> Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 3 de marzo de 1999, <i>C.I.J. Recueil 1999</i> , pág. 9. Fallo, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , pág. 466.
<i>Licéité de l'emploi de la force</i>	(Yugoslavia <i>c.</i> Bélgica), providencia de 20 de marzo de 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 192. (Yugoslavia <i>c.</i> Canadá), <i>ibíd.</i> , pág. 195. (Yugoslavia <i>c.</i> Francia), <i>ibíd.</i> , pág. 198. (Yugoslavia <i>c.</i> Alemania), <i>ibíd.</i> , pág. 201. (Yugoslavia <i>c.</i> Italia), <i>ibíd.</i> , pág. 204. (Yugoslavia <i>c.</i> Países Bajos), <i>ibíd.</i> , pág. 207. (Yugoslavia <i>c.</i> Portugal), <i>ibíd.</i> , pág. 210. (Yugoslavia <i>c.</i> Reino Unido), <i>ibíd.</i> , pág. 213.
<i>Lockerbie</i>	<i>Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie</i> (Jamahiriya Árabe Libia <i>c.</i> Reino Unido), providencia de 6 de septiembre de 2000, <i>C.I.J. Recueil 2000</i> , pág. 140. Jamahiriya Árabe Libia <i>c.</i> Estados Unidos de América), <i>ibíd.</i> , pág. 143.
<i>Mandat d'arrêt du 11 avril 2000</i>	(República Democrática del Congo <i>c.</i> Bélgica), fallo, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , pág. 3.
<i>Martini</i>	Decisión de 3 de mayo de 193, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 973.
<i>Mavrommatis</i>	<i>Concessions Mavrommatis en Palestine</i> , fallo n.º 2, 1924, <i>C.P.J.I. série A n.º 2</i> .
<i>Namibie</i>	<i>Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité</i> , opinión consultiva, <i>C.I.J. Recueil 1971</i> , pág. 16. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 107.

<i>Asunto</i>	<i>Tipo de decisión y fuente</i>
<i>North American Dredging Company</i>	<i>North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States</i> , decisión de 31 de marzo de 1926, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol IV (n.º venta: 1951.V.1), pág. 26.
<i>Nottebohm</i>	Segunda fase, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1955</i> , pág. 4. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 46.
<i>Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 29 de octubre de 1992, <i>Série A n.º 246</i> .
<i>Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran</i>	Fallo, <i>C.I.J. Recueil 1980</i> , pág. 3. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 145.
<i>Phosphates du Maroc</i>	Fallo, 1938, <i>C.P.J.I. série A/B n.º 74</i> , pág. 10.
<i>Pinochet</i>	<i>Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte</i> (N.º 3), Reino Unido, Cámara de los Lores, 24 de marzo de 1999, <i>International Law Reports</i> , vol. 119.
<i>Réparation</i>	<i>Réparation des dommages subis au service des Nations Unies</i> , opinión consultiva, <i>C.I.J. Recueil 1949</i> , pág. 174. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 10.
<i>Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	Opinión consultiva, <i>C.I.J. Recueil 1951</i> , pág. 15. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 25.
<i>Sabbatino</i>	<i>Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Receiver, United States Reports</i> , vol. 376 (1964).
<i>Saiga</i>	<i>Navire «Saiga» (n.º 2)</i> (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo, <i>TIDM Recueil 1999</i> , pág. 10.
<i>Salem</i>	(Egipto/Estados Unidos), sentencia de 8 de junio de 1932, Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1161.
<i>Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906</i>	Fallo de 18 de noviembre de 1960, <i>C.I.J. Recueil 1960</i> , pág. 192. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), pág. 77.
<i>Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan</i>	(Indonesia/Malasia), petición de permiso para intervenir, fallo, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , pág. 575.
<i>Statut juridique du Groënland oriental</i>	Fallo, 1933, <i>C.P.J.I. série A/B n.º 53</i> , pág. 22.
<i>Tadic</i>	<i>Prosecutor v. Dusko Tadic</i> , Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-A, fallo de 15 de julio de 1999, <i>Supplément judiciaire</i> , n.º 6, junio/julio de 1999.

<i>Asunto</i>	<i>Tipo de decisión y fuente</i>
<i>Temple de Préah Vihéar</i>	Excepciones preliminares, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1961</i> , pág. 17. Fondo, fallo, <i>C.I.J. Recueil 1962</i> , pág. 6. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5), págs. 79 y 81, respectivamente.
<i>Texaco</i>	<i>Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic</i> (1977), <i>International Law Reports</i> , vol. 53, pág. 389.
<i>Timor oriental</i>	(Portugal <i>c.</i> Australia), fallo, <i>C.I.J. Recueil 1995</i> , pág. 90. Véase también <i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996</i> (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7), pág. 90.
<i>Usine de Chorzów</i>	Competencia, fallo n.º 8, 1927, <i>C.P.J.I. série A n.º 9</i> . Fondo, fallo n.º 13, 1928, <i>C.P.J.I. série A n.º 17</i> .
<i>Vagabondage</i>	<i>De Wilde, Ooms et Versyp</i> , Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, <i>Série A n.º 12</i> .
<i>Westland Helicopters Ltd.</i>	<i>Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization</i> , <i>International Law Reports</i> , vol. 80, pág. 595 (1985) (laudo, Cámara de Comercio Internacional). <i>Arab Organization for Industrialization v. Westland Helicopters Ltd.</i> , <i>ibíd.</i> , pág. 622 (1987) (Suiza, Corte Suprema Federal). <i>Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization</i> , <i>ibíd.</i> , vol. 108, pág. 564 (1994) (Inglaterra, High Court).
<i>Wimbledon</i>	<i>Vapeur Wimbledon</i> , fallos, 1923, <i>C.P.J.I. série A n.º 1</i> .

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

Fuente

Arreglo pacífico de conflictos internacionales

- | | |
|--|--|
| Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»)
(Bogotá, 30 de abril de 1948) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> , vol. 30, n.º 449,
pág. 55. |
| Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias
(Estrasburgo, 29 de abril de 1957) | Ibíd., vol. 320, n.º 4646,
pág. 243. |

Relaciones diplomáticas y consulares

- | | |
|---|---|
| Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena,
18 de abril de 1961) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 500, n.º 7310,
pág. 95. |
| Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena,
24 de abril de 1963) | Ibíd., vol. 596, n.º 8638,
pág. 261. |
| Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre
Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria
para la solución de controversias (Viena,
24 de abril de 1963) | Ibíd., n.º 8640, pág. 487. |

Derechos humanos

- | | |
|--|---|
| Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 78, n.º 1021,
pág. 277. |
| Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950) | Ibíd., vol. 213, n.º 2889,
pág. 221. En español,
véase España, <i>Boletín
Oficial del Estado</i> ,
n.º 243-1979, 10 de
octubre de 1979. |
| Protocolo n.º 13 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia (Vilna, 3 de mayo de 2002) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 2246, n.º 2889,
pág. 118. |
| Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965) | Ibíd., vol. 660, n.º 9464,
pág. 195. |
| Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) | Ibíd., vol. 999, n.º 14668,
pág. 171. |
| Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979) | Ibíd., vol. 1249,
n.º 20378, pág. 13. |

- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina) (Oviedo, 4 de abril de 1997) Ibíd., vol. 2137,
n.º 37266, pág. 171.
- Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos (París, 12 de enero de 1998) Ibíd., vol. 2177,
n.º A-37266, pág. 369.
- Nacionalidad y apatridia**
- Convención relativa a los derechos de los extranjeros (México D.F., 29 de enero de 1902) *The International Conferences of American States, 1889-1928*, Nueva York, Oxford University Press, 1931, pág. 91.
- Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (La Haya, 12 de abril de 1930) Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, n.º 4137, pág. 89.
- Convención sobre el estatuto de los refugiados (con anexo) (Ginebra, 28 de julio de 1951) Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
- Protocolo sobre el estatuto de los refugiados (Nueva York, 31 de enero de 1967) Ibíd., vol. 606, n.º 8791, pág. 267.
- Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954) Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 117.
- Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997) Ibíd., vol. 2135, n.º 37248, pág. 213.

Derecho internacional privado

- Tratados de derecho internacional privado (Montevideo, 25 de agosto de 1888 a 18 de febrero de 1889) International American Conference, *Reports of Committees and Discussions Thereon*, vol. II, Washington D.C., Government Printing Office, 1890, pág. 884.
- Protocolo adicional a los Tratados de derecho internacional privado (Montevideo, 13 de febrero de 1889) F. Stoerk, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 2.^a serie, vol. XVIII, Goettingue, Librairie Dieterich, 1893, pág. 456.

Protocolo adicional a los Tratados de derecho internacional privado (Montevideo, 19 de marzo de 1940)

M. O. Hudson, ed., *International Legislation*, vol. VIII, Washington D.C., Carnegie Endowment for International Peace, 1949, pág. 529.

Comercio internacional y desarrollo

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 575, n.º 8359,
pág. 159.

Aviación civil

Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)

Naciones Unidas
Recueil des Traités,
vol. 704, n.º 10106,
pág. 219.

Asuntos jurídicos

Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (Washington D.C., 2 de febrero de 1971)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 1438, n.º 24381,
pág. 191.

Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)

Ibíd., vol. 1137, n.º 17828,
pág. 93. En español
véase España, *Boletín
Oficial del Estado*,
n.º 242-1980, 8 de
octubre de 1980.

Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 1525, n.º 26456,
pág. 37. En español,
véase España, *Boletín
Oficial del Estado*,
n.º 312-2001, 29 de
diciembre de 2001.

Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (Nueva York, 15 de diciembre de 1997)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 2149, n.º 37517,
pág. 256.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)

Ibíd., vol. 2187,
n.º 38544, pág. 3, y
vol. 2189,
n.º A-38544,
pág. 499.

Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)

Consejo de Europa,
*Série des traités
européens*, n.º 185.

Convención Interamericana contra el Terrorismo (Bridgetown, 2 de junio de 2002)

OEA, *Actas y
documentos*, OEA/
Ser.P/XXXII-O.2,
vol. 1, AG/RES. 1840
(XXXII-O/02).

Derecho del mar

- | | |
|---|---|
| Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena (con anexo) (Washington D.C., 2 de diciembre de 1946) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 161, n.º 2124,
pág. 72. |
| Convención relativa a la Organización Marítima Internacional (Ginebra, 6 de marzo de 1948) | Ibíd., vol. 289, n.º 4214,
pág. 3. |
| Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958) | Ibíd., vol. 559, n.º 8164,
pág. 285. |
| Acuerdo sobre los arreglos provisionales relativos a los nódulos polimetálicos de los grandes fondos marinos (Washington D.C., 2 de septiembre de 1982) | Ibíd., vol. 1871,
n.º 31958, pág. 275. |
| Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982) | Ibíd., vol. 1834,
n.º 31363, pág. 371. |

Derecho aplicable a los conflictos armados

- | | |
|---|---|
| Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919) | H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens</i> , 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323. |
| Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 75, n.ºs 970-973,
págs. 2, 85, 135 y
287, respectivamente.
En español, véase
CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss. |
| Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) | Naciones Unidas,
<i>Recueil des Traités</i> ,
vol. 75, n.º 973,
pág. 287. En español,
véase CICR, <i>Manual de la Cruz Roja Internacional</i> , 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss. |

Derecho de los tratados

- | | |
|--|--|
| Convención sobre tratados (La Habana, 20 de febrero de 1928) | Instituto Americano de Derecho Internacional, <i>Revista de Derecho Internacional</i> , tomo XIII (enero-junio de 1928), pág. 129. |
|--|--|

- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados
(Viena, 23 de mayo de 1969)
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia
de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)
- Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia
de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril
de 1983)
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre
Estados y organizaciones internacionales o entre organiza-
ciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 1155, n.º 18232,
pág. 331.

Ibíd., vol 1946, n.º 33356,
pág. 3.

Naciones Unidas, *Anua-
rio Jurídico 1983*
(n.º de venta: S.90.
V.1), pág. 154.

A/CONF.129/15.

Responsabilidad

- Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños
causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y
Washington D.C., 29 de marzo de 1972)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 961, n.º 13810,
pág. 187.

Desarme

- Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares
en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua
(Moscú, 5 de agosto de 1963)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 480, n.º 6964,
pág. 43.

- Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la
América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco)
(y Protocolos adicionales I y II, en anexo) (México D.F.,
14 de febrero de 1967)

Ibíd., vols. 634 y 1894,
n.º 9068, págs. 281 y
335, respectivamente.

Medio ambiente

- Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza
a gran distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 1302,
n.º 21623, pág. 217.
En español,
véase *Repertorio
Cronológico de
Legislación 1983*,
Pamplona, Aranzadi,
marginal 460.

Derecho internacional general

- Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados
(Montevideo, 26 de diciembre de 1933)
- Carta de la Organización de Estados Americanos (Bogotá,
30 de abril de 1948)

Sociedad de las
Naciones, *Recueil des
Traités*, vol. CLXV,
n.º 3802.

Naciones Unidas,
Recueil des Traités,
vol. 119, n.º 1609,
pág. 3.

- Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)] (Bogotá, 26 de mayo de 1969)
- Grupo Andino – M.C.C. *CARIFTA y otros documentos* (Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana), *Documentación Informativa*, vol. II, Caracas, 1971, pág. 25.
- Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 11 de octubre de 1985)
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1508, n.º 26012, pág. 99. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 59-1988, 9 de marzo de 1988.
- Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (Maastricht, 7 de febrero de 1992)
- Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1755, n.º 30615, pág. 3.
- Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)
- Ibíd., vol. 2216 n.º 39391, pág. 228.
- Convenio de derecho civil sobre la corrupción (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1999)
- Ibíd., vol. 2246, n.º 39988, pág. 6.
- Carta Democrática Interamericana (Lima, 11 de septiembre de 2001)
- OEA, *Documentos oficiales*, OEA/Ser.G/CP-1. Véase también *International Legal Materials* (Washington D.C.), vol. 40 (septiembre de 2001), pág. 1289.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 54.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/520	Programa provisional	Mimeografiado. El programa definitivo figura en la pág. viii <i>supra</i> .
A/CN.4/521	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/522 y Add.1	Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto). Nota de la Secretaría	A/CN.4/522, reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (primera parte). A/CN.4/522/Add.1, mimeografiado.
A/CN.4/523 y Add.1	Tercer informe sobre la protección diplomática, por el Sr. John Robert Dugaré, Relator Especial	Reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (primera parte).
A/CN.4/524	Actos unilaterales de los Estados. Respuestas de los gobiernos al cuestionario	Ídem.
A/CN.4/525 y Add.1 [y Corr.1] y Add.2	Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/526 y Add.1 a 3	Séptimo informe sobre las reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.613 y Rev.1	Protección diplomática. Título y texto de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción	Mimeografiado.
A/CN.4/L.614	Las reservas a los tratados. Títulos y textos de los proyectos de directrices aprobados por el Comité de Redacción	Véase el acta resumida de la 2733.ª sesión (párr. 2).
A/CN.4/L.615 [y Corr.1]	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/57/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.616	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 54.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.617 y Add.1	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.618 y Add.1 a 4	Ídem: capítulo IV (Las reservas a los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.619 y Add.1 a 6	Ídem: capítulo V (Protección diplomática)	Ídem.
A/CN.4/L.620 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo VI (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem.
A/CN.4/L.621	Ídem: capítulo VII [Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)]	Ídem.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.622	La responsabilidad de las organizaciones internacionales: alcance y orientación del estudio. Informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado. Reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), cap. VIII, secc. C.
A/CN.4/L.623	Las reservas a los tratados. Nota del Relator Especial sobre la primera cláusula del proyecto de directriz 2.1.7 aprobado por el Comité de Redacción	Mimeografiado.
A/CN.4/L.624	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones: capítulo VIII (La responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/57/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.625	Ídem: capítulo IX (Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional)	Ídem.
A/CN.4/L.626 y Add.1	Ídem: capítulo X (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.627	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas). Informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado. Reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), cap. VII, secc. C.
A/CN.4/L.628 [y Corr.1]S	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio	Ídem., chap. IX, secc. C.
A/CN.4/L.629	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación. Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/SR.2711- A/CN.4/SR.2750	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2711. ^a a 2750. ^a	Ídem. El texto definitivo figura en el presente volumen.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA PRIMERA PARTE DEL 54.º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 29 de abril al 7 de junio de 2002

2711.ª SESIÓN

Lunes 29 de abril de 2002, a las 15.10 horas.

Presidente provisional: Sr. Enrique CANDIOTI

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Apertura del período de sesiones

1. El PRESIDENTE PROVISIONAL declara abierto el 54.º período de sesiones, el primero del nuevo quinquenio, de la Comisión de Derecho Internacional y da la bienvenida a los miembros de la Comisión y en especial a los nuevos miembros.

Elección de la Mesa

El Sr. Rosenstock es elegido Presidente por aclamación.

El Sr. Rosenstock ocupa la Presidencia.

2. El PRESIDENTE agradece a los miembros de la Comisión su confianza y dice que hará todo lo posible por merecerla. Al comenzar este nuevo quinquenio, la fortaleza de la Comisión reside en el rigor intelectual, las competencias, el respeto mutuo y la disciplina de trabajo que demuestran sus miembros. La Comisión tiene la suerte de contar con una secretaría sumamente competente y experimentada y dispone así de todos los elementos que le permiten realizar un trabajo eficiente y exitoso. El Presidente invita a este respecto al Grupo de Planificación a estudiar la mejor forma de organizar los trabajos

para aprovechar al máximo el tiempo de que dispone la Comisión.

3. El Presidente invita a continuación a los miembros de la Comisión a observar un minuto de silencio en memoria de Adegoke Ajibola Ige, experto de Nigeria, elegido miembro de la Comisión en su 54.º período de sesiones por la Asamblea General de las Naciones Unidas y fallecido pocos meses después.

La Comisión observa un minuto de silencio.

El Sr. Candioti es elegido Vicepresidente por aclamación.

El Sr. Kateka es elegido segundo Vicepresidente por aclamación.

El Sr. Yamada es elegido Presidente del Comité de Redacción por aclamación.

El Sr. Kuznetsov es elegido Relator por aclamación.

Aprobación del programa (A/CN.4/520)

4. El PRESIDENTE dice que la secretaría ha señalado a su atención una nota (documento sin signatura distribuido durante la sesión) dirigido al Secretario de la Comisión por algunas misiones permanentes, relativa a la cuestión de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Esta es una cuestión que se tratará en el marco de los nuevos temas, dado que la Comisión ha convenido en elegir al comienzo del período de sesiones en curso dos temas nuevos o suplementarios. La Comisión volverá a ocuparse de estas cuestiones tras realizar consultas con la Mesa.

5. El Sr. BAENA SOARES considera que la inclusión de un tema titulado «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» en el programa provisional del 54.º período de sesiones está plenamente justificada, dado que la Asamblea General lo solicitó en su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, y que, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 18 de su estatuto, la Comisión debe dar prioridad a todas las peticiones de la Asamblea de tratar una cuestión. Además, la cuestión considerada no es enteramente nueva; ya ha sido examinada bajo el aspecto

de la prevención de los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas. No se trata de que la Comisión acate las instrucciones de algunos gobiernos sino de que aplique una decisión adoptada por la Asamblea.

6. El PRESIDENTE dice que la Asamblea General no establece el programa de la Comisión. Hace recomendaciones que la Comisión examina.

7. El Sr. OPERTTI BADAN comparte el parecer del Sr. Baena Soares y estima que se trata de una cuestión muy importante que la Comisión debería incluir sin tardanza en su programa.

8. El PRESIDENTE no duda de que se trate de un tema importante, pero opina que su inclusión en el programa debería examinarse previamente en el marco de un grupo de trabajo oficioso.

9. La Sra. ESCARAMEIA cree entender que solamente la primera parte del tema, relativa a la prevención, ha sido examinada y que quedan por encarar los aspectos relativos a la responsabilidad, de modo que la Comisión no tiene ante sí un nuevo tema sino la continuación de un tema ya existente. La Sexta Comisión invita encarecidamente a la CDI a tratar esta segunda parte en el período de sesiones en curso. Al igual que los oradores que le precedieron, piensa que la cuestión debería incluirse en el programa provisional y que debería publicarse una corrección al mismo. Si ello no es posible, se podría aprobar el programa provisional en su forma actual, en el entendimiento de que se realizarían posteriormente consultas oficiosas al respecto.

10. El Sr. BROWNLIE se pregunta si la Comisión puede aceptar la propuesta de un grupo de Estados hecha de manera perentoria. Si bien conviene tener en cuenta las opiniones de los Estados, los miembros de la Comisión, que no son representantes de los Estados, deberían poder expresar las suyas oportunamente y en forma ordenada.

11. El Sr. TOMKA propone que se apruebe el programa provisional tal como figura en el documento A/CN.4/520, en el entendimiento de que la Comisión volverá a ocuparse de la cuestión de los nuevos temas que deberán incluirse en su programa e informará a la Asamblea General al respecto en el informe sobre los trabajos de su período de sesiones en curso.

12. El Sr. MANSFIELD no cree que la nota en cuestión sea una exigencia perentoria sino más bien resultado de la sorpresa de un grupo de Estados al observar que un tema cuyo examen la Comisión no ha terminado ya no figura en su programa provisional. Comparte esa sorpresa y desearía que se le dieran aclaraciones en el marco de consultas oficiosas antes de proceder a la aprobación formal del programa provisional.

13. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO cree que se podría aprobar provisionalmente el programa, quedando entendido que se realizarán lo antes posible consultas oficiosas, por ejemplo en el marco de un grupo de trabajo. Tal vez podría aplazarse el examen de ese tema hasta la segunda parte del período de sesiones. Por su parte, está a favor de su inclusión en el programa.

14. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO se suma a la opinión de los miembros que apoyan la inclusión del tema en el programa.

15. El Sr. OPERTTI BADAN propone que se apruebe en forma preliminar el programa, teniendo presente al mismo tiempo que la Comisión iniciará inmediatamente un procedimiento que le permitirá volver sobre la cuestión. Considera que no debe estimarse que se prejuzga sobre la inclusión o no de esa cuestión con la aprobación en forma provisional del tema. Le parece que la posición del grupo de Estados que ha solicitado esa inclusión no puede considerarse inmerecedora de la debida atención de los miembros.

16. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA cree que no es posible incluir esta cuestión en el programa sin que haya sido estudiada previamente de conformidad con la práctica de la Comisión. Ahora bien, esto solamente puede hacerse en el marco del tema 6, titulado «Programa, procedimientos, métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación». Corresponde al Grupo de Planificación, o bien a un grupo de trabajo, decidir la manera de encararla. En el informe sobre los trabajos del período de sesiones, la Comisión podrá informar a la Asamblea General de que ha atendido la petición del grupo de Estados y que podría incluir la cuestión en el programa de su próximo período de sesiones y de períodos de sesiones posteriores. El programa provisional (A/CN.4/520) puede muy bien aprobarse sin que ello tenga ninguna incidencia sobre el resultado de la iniciativa del grupo de Estados, quedando entendido que la Comisión se reserva el derecho de examinar esta iniciativa en el marco del tema 6 del programa.

17. El Sr. PELLET se manifiesta sorprendido por la injerencia de algunos Estados en los trabajos de la Comisión y considera que esa iniciativa es un precedente inaceptable. Le sorprende asimismo la precipitación de algunos miembros en querer incluir el tema en el programa, cuando todos saben que se trata de un problema muy delicado. Al igual que los Sres. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda y Rodríguez Cedeño, cree que sería razonable proceder, una vez aprobado el programa, a la creación de un grupo de trabajo de composición abierta que podría reflexionar con calma sobre la cuestión, que permanece entre tanto en el programa a largo plazo de la Comisión. Conviene en consecuencia aprobar el programa, en el entendimiento de que se creará un grupo de trabajo sobre el problema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y que se procederá rápidamente a la aprobación de nuevos temas.

18. El Sr. GALICKI apoya esta propuesta y señala que, si bien en el párrafo 3 de la resolución 56/82 de la Asamblea General, la Sexta Comisión pidió a la CDI que retomara el examen del tema de la «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», también le ha pedido en el párrafo 8 que inicie el estudio de la «Responsabilidad de las organizaciones internacionales». Teniendo esto en cuenta, considera que la nota del grupo de Estados es un documento incongruente, en la medida en que los miembros no están obligados a recibir

instrucciones de los gobiernos, y que el programa provisional debería aprobarse en su forma actual.

19. La Sra. XUE aprueba la propuesta del Sr. Tomka de dejar de lado por el momento esta cuestión e iniciar consultas oficiosas a fin de poder responder a las preocupaciones de todos los miembros. Esto no significa que las preocupaciones de los gobiernos de donde provienen los miembros no sean importantes, y es preciso tenerlas en cuenta.

20. El Sr. CANDIOTI recuerda que el tema de que se trata figura en el programa de la Comisión desde hace 20 años. Su preocupación no consiste entonces en saber por qué ha de incluirse sino por qué ha de excluirse.

21. El PRESIDENTE precisa que, la cuestión no consiste en determinar si se tiene el propósito de continuar los trabajos sobre el aspecto de la «responsabilidad», sino en decidir con arreglo a qué modalidades deberían incluirse los temas en el programa provisional.

22. El Sr. CHEE insiste en que, en virtud de su reglamento, la Comisión es un órgano independiente y autónomo. La petición del grupo de Estados compromete esa autonomía. Sin embargo, la Comisión no debe desconocer la cuestión de la responsabilidad. El Sr. Chee está de acuerdo por eso con las propuestas de los Sres. Pellet y Tomka.

23. El PRESIDENTE dice que no se trata de determinar si la Comisión debe o no examinar el tema en cuestión, sino de determinar si en las circunstancias actuales ese tema debería o no incluirse en el programa provisional. Considera aceptables las sugerencias de los Sres. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda y Tomka tendientes a aprobar el programa provisional en su forma actual, en el entendimiento de que la Comisión se ocupará en forma prioritaria de la cuestión de los nuevos temas del programa, incluidos naturalmente los relativos a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Pero no deberían aprobarse nuevos métodos de inclusión de temas en el programa que podrían causar problemas a largo plazo. No hay duda de que se atenderá la petición de la Asamblea General. La única cuestión que se plantea consiste en determinar si es preciso apartarse de la manera establecida desde hace mucho tiempo para la adopción del programa, a saber, de acuerdo con un procedimiento determinado, y no de manera poco reflexiva. Si no hay oposición, considerará que los miembros de la Comisión aceptan la propuesta de los Sres. Opertti Badan y Tomka.

Así queda acordado.

Queda aprobado el programa.

Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto) (A/CN.4/522 y Add.1)

[Tema 1 del programa]

24. El PRESIDENTE indica que, de conformidad con el artículo 11 del estatuto de la Comisión, corresponde a

la Comisión llenar el puesto vacante, y que se han enviado a los miembros los currículos de los dos candidatos. Según el uso establecido, la elección se celebra en sesión privada.

Se suspende la sesión a las 17.35 horas y se reanuda a las 17.45 horas.

25. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha elegido al Sr. Kabatsi para ocupar el puesto que ha quedado vacante tras el fallecimiento de Adegoke Ajibola Ige.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 2 del programa]

26. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros el calendario de trabajo. Anuncia que el Sr. Yamada, Presidente del Comité de Redacción, presentará al día siguiente la composición del Comité e invita al Presidente del Grupo de Planificación a preparar la lista de miembros de ese Grupo.

27. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que, según la práctica habitual de la Comisión, el Comité de Redacción tiene aproximadamente 14 miembros y, para asegurar una participación óptima, su composición varía según los temas estudiados. Invita a los miembros que desean formar parte del Comité de Redacción para un tema particular a que se lo comuniquen, recordando que es preciso asegurar una representación equitativa de las diferentes regiones y de los diferentes sistemas jurídicos en el seno del Comité.

Se levanta la sesión a las 17.50 horas.

2712.ª SESIÓN

Martes 30 de abril de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Bae-na Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL

1. El Sr. DUGARD (Relator Especial), ofreciendo a la Comisión un examen general de la labor realizada hasta la fecha, recuerda que presentó su primer informe sobre la protección diplomática⁴ en el 52.º período de sesiones, celebrado en 2000. El informe se dedicó principalmente al tema de la nacionalidad de las reclamaciones. Después de un debate y unas consultas oficiosas de carácter abierto, la Comisión decidió remitir los artículos 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción, con un informe sobre las consultas oficiosas. No se examinó la adición por falta de tiempo. En su 53.º período de sesiones, la Comisión examinó la adición al primer informe, que trataba de la nacionalidad continua, así como parte del segundo informe (A/CN.4/514), centrado en los principios generales relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos. La Comisión decidió remitir el artículo 9, sobre nacionalidad continua, y los artículos 10 y 11, sobre agotamiento de los recursos internos, al Comité de Redacción; los artículos 12 y 13 del informe no se examinaron. Hasta la fecha, el Comité de Redacción no ha tenido oportunidad de ocuparse de ninguna de esas disposiciones y comenzará a hacerlo esa misma tarde.

2. Los párrafos 11 y 12 del tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) recogen la opinión del Relator Especial. La protección diplomática es un tema sobre el que existe mucho material en forma de intentos de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, no existe ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que exista tanto material, lo que, sin embargo, no significa que éste sea claro o seguro. En efecto, se encuentran con frecuencia incoherencias y contradicciones. La Comisión debe elegir entre normas que compiten entre sí. La función del Relator Especial es presentar todas las fuentes y posibilidades, a fin de que la Comisión pueda hacer su elección con conocimiento de causa.

3. El tercer informe contiene el artículo 14, que examina las circunstancias en que no se aplica la norma sobre los recursos internos, y el artículo 15, que se ocupa de la carga de la prueba en la aplicación de esa norma. El Relator Especial ha preparado una adición, que se está traduciendo, sobre la cláusula Calvo⁵, y confía en abordar el tema de la denegación de justicia, posiblemente en un grupo de trabajo, más adelante o en el siguiente período de sesiones. Sabe muy bien que el tema de la denegación de justicia es controvertido, que se trata en gran parte de una norma primaria y que en los proyectos de artículo el

acento se carga en las normas secundarias, pero es imposible que la Comisión termine un estudio sobre la protección diplomática sin examinar la cláusula Calvo y la denegación de justicia, que aparecen de forma destacada en la jurisprudencia sobre la cuestión. La Comisión debe considerar si desea incluir o no una disposición sobre la denegación de justicia.

4. En su próximo informe, tiene la intención de ocuparse del tema de la nacionalidad de las sociedades y confía en que habrá oportunidad, en un grupo de trabajo de la segunda parte del período de sesiones, de examinar la orientación que el Relator Especial deba seguir al respecto. No desea ampliar el ámbito del actual proyecto de artículos más allá de los temas tradicionales comprendidos en el tema de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos. Si la Comisión se limita a esos dos temas, será posible terminar un conjunto de proyectos de artículo en primera y segunda lectura para finales del quinquenio.

5. En el curso del debate celebrado en el quinquenio anterior, se sugirió incluir otras cuestiones en el campo de la protección diplomática, como la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios. Se trata de un tema muy importante que debe ser examinado por la Comisión, pero no forzosamente en el actual proyecto de artículos. Plantea diferentes cuestiones y, si la Comisión lo incluye, será prácticamente imposible terminar el proyecto de artículos para finales del quinquenio. Por su parte, sugiere que se recomiende su estudio por separado. Puede encontrarse una analogía con el método adoptado en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, en el que la Comisión dejó el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales para un estudio separado.

6. Otras cuestiones que se sugirieron eran igualmente innovadoras y controvertidas, y podrían producir también demoras en la conclusión del proyecto. El párrafo 16 del tercer informe se refería al derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación y tal vez también en el de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera que fuera la nacionalidad de las personas interesadas, cuestión importante, lo mismo que lo es el caso de que un Estado o una organización internacional administre o controle un territorio y, podría imaginarse a la Comisión examinando la cuestión de la protección diplomática de las personas que viven en Timor Oriental bajo administración internacional o, más difícil todavía, la de los ocupantes de la Rivera Occidental y de Gaza. Lo mismo que el Relator Especial sobre ese tema de la Comisión de Derechos Humanos, no teme examinar el asunto, pero si la Comisión de Derecho Internacional se dedica a temas como el del Oriente Medio, los debates irán mucho más allá de la esfera tradicional de la protección diplomática.

7. De los artículos 12 y 13 se ocupan los párrafos 32 a 67 de su segundo informe. Esas dos disposiciones deben considerarse conjuntamente. Las dos tratan de la cuestión de si la norma del agotamiento de los recursos internos es procesal o sustantiva, quizá la cuestión más controvertida en materia de agotamiento de los recursos internos. El Relator Especial hubiera podido hacerla más controvertida aún sugiriendo que la Comisión se apartara

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

⁴ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

⁵ Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

de la disposición aprobada en su 29.º período de sesiones⁶ y confirmada en su 48.º período de sesiones en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura⁷. En su opinión, esa norma es esencialmente de procedimiento y no de sustancia, y por ello la cuestión debiera reconsiderarse.

8. Esencialmente hay tres posiciones al respecto: la sustantiva, la procesal y la que él llamaría posición mixta. Los partidarios de la posición sustantiva, entre ellos Borchard y Ago, mantienen que el acto internacionalmente ilícito del Estado infractor no se completa hasta que se han agotado los recursos internos. El agotamiento de los recursos internos es una condición sustantiva de la que depende la existencia misma de una responsabilidad internacional. Quienes apoyan la posición procesal, por ejemplo Amerasinghe, alegan que la norma del agotamiento de los recursos internos es una condición procesal que debe satisfacerse para poder interponer una reclamación internacional. La posición mixta, aducida por Fawcett, establece una distinción entre los daños a un extranjero en virtud del derecho interno y los daños en virtud del derecho internacional. Si los daños se causaron sólo con infracción del derecho interno y de forma que no constituyan una infracción del derecho internacional, por ejemplo el incumplimiento de un contrato de concesión, la responsabilidad internacional sólo surgirá del acto del Estado demandado que constituya una denegación de justicia, por ejemplo, la parcialidad del poder judicial cuando un extranjero intenta hacer valer sus derechos ante un tribunal nacional. En esa situación, el agotamiento de los recursos internos es evidentemente una condición sustantiva que debe cumplirse. En cambio, si los daños al extranjero infringen el derecho internacional, o el derecho internacional y el derecho interno, la responsabilidad internacional surgirá en el momento de ocurrir los daños, y el agotamiento de los recursos internos será una condición procesal para poder presentar una reclamación internacional. Por ejemplo, si el Estado demandado es culpable de torturar a un extranjero y existe un recurso en el derecho interno, se habrá cometido un acto ilícito internacional al producirse la tortura, pero, si existe un recurso ante los tribunales internos, deberá agotarse antes de poder interponer una reclamación internacional. En tal caso, la norma del agotamiento de los recursos internos será simplemente una condición procesal que habrá de cumplirse antes.

9. Algunos han alegado que esas tres posiciones son puramente académicas, pero la cuestión del momento en que surge la responsabilidad internacional es a menudo de importancia práctica considerable. En primer lugar, con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, el extranjero deberá ser nacional en el momento de la comisión del acto ilícito. Por ello, será importante determinar en qué momento se ha cometido ese acto ilícito internacional. En segundo lugar, podría haber un problema de jurisdicción, como ocurrió en el asunto *Phosphates du Maroc*. En ese caso, se suscitó la cuestión de cuándo había surgido la responsabilidad internacional, a fin de decidir si el tribunal era o no competente. En tercer lugar, está el caso de la renuncia. El Relator Especial defenderá luego que un

Estado puede renunciar a la norma del agotamiento de los recursos locales, pero indudablemente no podría hacerlo si esa norma fuera sustantiva, ya que no se cometería un acto ilícito internacional si no se hubieran agotado los recursos internos. Por tal motivo, la Comisión deberá decir cuál de las tres posiciones desea adoptar. La dificultad es que las fuentes no son claras. Los intentos de codificación parecen deliberadamente ambiguos. En su 29.º período de sesiones, en 1977, la Comisión aprobó el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados⁸, que apoyaba claramente la tesis sustantiva. En cambio, en 2000 Kokott adoptó una posición puramente procesal al informar a la Asociación de Derecho Internacional⁹.

10. Antes de 1977 podía discernirse una tendencia favorable a la tesis procesal, criterio que hoy puede ponerse en tela de juicio, simplemente porque los intentos de codificación son muy poco claros y ambiguos. Las decisiones judiciales son igualmente vagas y son susceptibles a distintas interpretaciones que apoyan la posición procesal o la sustantiva. El asunto más destacado es el de *Phosphates du Maroc*, y es interesante recordar que Ago, que fue el asesor de Italia, mantuvo la posición sustantiva. En ese asunto, Francia aceptó la jurisdicción obligatoria de la CPIJ en 1931 con respecto a cualquier controversia surgida luego. Italia aducía que Francia había infringido una obligación internacional con respecto a los nacionales italianos en 1925 en Marruecos, pero el acto ilícito no se había completado hasta 1933, en que se agotaron finalmente los recursos internos o su equivalente. Así pues, Italia apoyaba esencialmente la posición sustantiva. Francia, en cambio, había aducido que la norma del agotamiento de los recursos internos *no era más* que una norma de procedimiento y que la responsabilidad internacional existía ya, pero no podía hacerse valer por cauces diplomáticos o mediante un recurso a un tribunal internacional o la comparecencia ante la Corte a menos que los recursos se hubieran agotado. La Corte falló a favor de Francia y sostuvo que no había habido ningún factor nuevo después de 1925 que diera lugar a la responsabilidad internacional de ese país. El Relator Especial en su segundo informe había citado el pronunciamiento de la Corte en el asunto *Phosphates du Maroc* con cierta extensión, destacando *una declaración importante de la Corte, a saber: «Por cuanto ese acto [es decir, el acto ilícito cometido en 1925] es imputable al Estado y se dice que es contrario al derecho que otro Estado tiene en virtud de un tratado, quedaría establecida inmediatamente la responsabilidad internacional entre los dos Estados*»* [pág. 28]. Es interesante que la Comisión no citara ese pasaje al examinar esa decisión. El Relator Especial Ago, al examinar el asunto *Phosphates du Maroc*, mantuvo que la Corte no había decidido en contra de la posición sustantiva. Sin embargo, la interpretación de ese pasaje por el orador es que la Corte apoyó la posición de Francia, que aducía la tesis procesal. Esa fue también la opinión de Amerasinghe. Así pues, las decisiones judiciales, aunque puedan ser poco claras, contienen al menos un ejemplo favorable a la posición procesal, concretamente el del asunto *Phosphates du Maroc*.

⁸ Véase la nota 6 *supra*.

⁹ Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference*, Londres, 2000, pág. 606, en particular págs. 629 y 630.

⁶ *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), pág. 32.

⁷ *Anuario...* 1996, vol. II (segunda parte), pág. 64.

11. La práctica de los Estados tiene escasa utilidad, porque normalmente adopta la forma de argumentos presentados en actuaciones internacionales e, inevitablemente, el Estado suele abrazar la posición más conveniente para sus intereses. En el asunto *Phosphates du Maroc*, Italia abogó firmemente a favor del enfoque sustantivo; sin embargo, 50 años más tarde, en el asunto *ELSI*, asumió la posición procesal. Por consiguiente, no puede deducirse una conclusión clara de los argumentos aducidos por los Estados, y no se trata de una forma de práctica de los Estados que resulte muy útil. No obstante, un ejemplo de práctica de los Estados que sí es útil fue la respuesta del Departamento de Estado de los Estados Unidos al primer informe de García Amador sobre la responsabilidad de los Estados, en la que se mostró favorable a la «tercera posición»¹⁰.

12. La opinión académica está dividida en esta cuestión. La tercera posición, que el Relator Especial prefiere, ha recibido una atención demasiado escasa. Fawcett mantuvo que debía establecerse una distinción entre la causa de la acción y el derecho a la acción, y expuso tres situaciones jurídicas posibles en las que debía considerarse la aplicación de la norma de los recursos internos¹¹. El caso I era que la acción reclamada fuera una violación del derecho internacional pero no del derecho interno. En tal caso, la norma de los recursos internos, evidentemente, no se aplicaba, porque el acto no era contrario al derecho interno y no había recursos internos que agotar. Viene a la mente el ejemplo del *apartheid* en Sudáfrica. El *apartheid* violaba claramente una norma de derecho internacional, pero era condonado y, de hecho, promovido, por el régimen de *apartheid*. En consecuencia, había una violación del derecho internacional, pero no del derecho interno. El caso II era el de que el acto contra el que se reclamaba fuera una violación del derecho interno pero no del derecho internacional, por ejemplo, un incumplimiento de un contrato concertado entre el Estado demandado y un extranjero. En tal caso, la responsabilidad internacional del Estado infractor no resultaba comprometida por el acto; sólo podía surgir como consecuencia de un acto subsiguiente del Estado que constituyera una denegación de justicia para la parte lesionada que tratara de obtener una reparación. La norma de los recursos internos servía de impedimento sustantivo para presentar una reclamación internacional, ya que el derecho a ésta no surgía hasta que pudiera demostrarse una denegación de justicia. El caso III, que era controvertido, consistía en que el acto fuera tanto una violación del derecho interno como del derecho internacional. En esas circunstancias, Fawcett adujo que el agotamiento de los recursos internos actuaba como una limitación procesal para poder formular una reclamación internacional.

13. En opinión del orador, la tercera escuela de pensamiento es la más satisfactoria. Por ejemplo, un Estado que torturase a un extranjero incurriría en responsabilidad internacional en el momento de cometer el acto, pero podría haber violado también su propia legislación. Si existía un recurso interno, éste tendría que agotarse para poder

interponer una reclamación internacional; en tal caso, la norma de los recursos internos es de carácter procesal.

14. Los proyectos de artículo 12 y 13 tratan de llevar a la práctica esa conclusión; la opinión académica ofrece escaso apoyo para esa posición, pero se recogen también otras opiniones. Además, la Comisión podría encontrar difícil apartarse de la posición adoptada en el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados. Sin embargo, al proponer ese artículo, el Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados había asumido que el documento, en su forma definitiva, distinguiría entre obligaciones de conducta y de resultado, decisión que no se había mantenido. Por consiguiente, la Comisión puede adoptar libremente la opinión que el Relator Especial propone; determinar si el texto presentado recoge plenamente esa posición es una cuestión que debería dejarse al Comité de Redacción.

15. El Sr. GAJA dice que, aunque pueda estar en desacuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial, las encuentra sugerentes y cree que el producto final será satisfactorio.

16. Fue el orador quien propuso el examen de las cuestiones mencionadas y rechazadas en el párrafo 16 del tercer informe, todas ellas relacionadas con situaciones en que un Estado o una entidad distinta del Estado de nacionalidad se considera con derecho a ejercer la protección diplomática: la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios; el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos; el caso en que un Estado ejerza la protección diplomática del nacional de otro Estado a resultas de la delegación de ese derecho; y el caso en que un Estado o una organización internacional administren o controlen un territorio.

17. Por ejemplo, en el asunto *Saiga*, el TIDM determinó que el Estado de nacionalidad del buque tenía derecho a formular una reclamación por los daños sufridos por miembros de la tripulación, cualesquiera que fueran sus distintas nacionalidades; así pues, el Estado de nacionalidad no tiene un derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática. En ese contexto, él sugirió que la Comisión debía examinar también las consecuencias para el Estado de nacionalidad del derecho de una organización internacional a ejercer la protección diplomática, no la funcional; la cuestión de las reclamaciones concurrentes del Estado de nacionalidad y de las Naciones Unidas con respecto a los daños personales causados a funcionarios de la Organización se planteó ante la CIJ en 1949, en el asunto *Réparation*.

18. Si el Relator Especial y la Comisión llegan a la conclusión de que uno o todos esos temas no merecen ser considerados específicamente en el proyecto de artículos, deberán mencionarse al menos en el comentario. En cualquier caso, la Comisión debería guiarse por la práctica contemporánea y no por la tradicional al determinar la pertinencia de una cuestión.

19. El párrafo 55 del segundo informe se refiere al libro del propio orador sobre el agotamiento de los

¹⁰ Reproducida en M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), págs. 789 y 790.

¹¹ J. E. S. Fawcett, «The exhaustion of local remedies: substance or procedure?», *The British Year Book of International Law*, 1954, pág. 452.

recursos internos¹². Sin embargo, quizá como consecuencia de una traducción inexacta, el Relator Especial ha afirmado erróneamente que el orador sostuvo «que la norma del agotamiento de los recursos internos es una “presuposición” de ilicitud»; en realidad, lo que mantuvo fue que el agotamiento de los recursos locales era requisito previo para la ilicitud, aunque de hecho había mantenido en el libro que ese requisito previo era de carácter sustantivo y no procesal. Su principal argumento fue que cuando se exigía el agotamiento de los recursos internos y éste no se producía, la protección diplomática no podía ejercerse no podía presentarse ninguna reclamación en relación con la infracción aducida ni se podían adoptar contramedidas. Cabría preguntarse cuál sería la importancia práctica de una infracción aducida que no tuviera consecuencias en el plano internacional ni para el Estado ni para la persona interesada, y para la que no hubiera recursos. El orador sostuvo que, como ese requisito previo se aplicaba a todos los procedimientos relativos a un asunto de esa índole, debía considerarse como sustantivo.

20. La cuestión de la naturaleza de la norma de los recursos internos plantea difíciles cuestiones teóricas; tiene también consecuencias políticas, ya que la teoría procesal se considera por muchos como una teoría que disminuye la importancia de una norma que numerosos Estados consideran fundamental. Teniendo en cuenta esos problemas y la falta de consenso dentro de la Comisión, podría ser poco sensato asumir alguna de las opiniones en conflicto. El Relator Especial se preguntó con razón si era prudente mantener el proyecto de artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, problema que se resolvió suprimiendo ese proyecto de artículo y adoptando un enfoque neutral del agotamiento de los recursos internos en el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones¹³. Quizá fuera igualmente prudente suprimir los artículos 12 y 13 del proyecto sobre protección diplomática. Innegablemente, podrían producirse algunos efectos como consecuencia de la adopción de una u otra de las teorías mencionadas por el Relator Especial, pero no son de importancia primordial y no justifican la inclusión de los proyectos de artículo de que se trata.

21. No está de acuerdo en que las renuncias sean incompatibles con la naturaleza sustantiva de la norma de los recursos internos. Los Estados pueden renunciar a un requisito previo de admisibilidad, tanto si se trata de una cuestión sustantiva como procesal. La renuncia no debe tratarse a la ligera; en el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ manifestó que «no se encuentra en condiciones de aceptar que un principio importante de derecho internacional consuetudinario deba considerarse tácitamente derogado, al no haber una declaración que muestre claramente la intención de hacerlo» [párr. 50]. Además, en ese asunto el orador defendió al Gobierno de Italia y no está de acuerdo con el Relator Especial en que favoreciera a los intereses de ese país mantener que la norma de los recursos internos era de carácter procesal (A/CN.4/514, párr. 51); en cualquier caso, el Gobierno de Italia no adoptó esa posición.

22. El Sr. BROWNLIE dice que, aunque el Relator Especial ha recopilado un gran volumen de material importante en su tercer informe, se ha limitado excesivamente a los estudios académicos de la cuestión de los recursos internos. Determinar si esa norma es de carácter sustantivo o procesal resulta hasta cierto punto ineludible en circunstancias especiales como las del asunto *Phosphates du Maroc*. Sin embargo, entiende que la cuestión no es muy útil ni pertinente como enfoque global del problema. En general, apoya la postura adoptada por Fawcett, cuyo interés en la cuestión de los recursos internos no se basa en la teoría académica sino en la experiencia práctica.

23. Sería preferible realizar un estudio empírico de la norma de los recursos internos sobre la base de tres motivaciones: política, práctica e histórica. En la práctica de los Estados y, especialmente en fuentes del siglo XIX, se encuentran materiales muy interesantes. Por ejemplo, si un expatriado británico había establecido una empresa con éxito en Ruritania y su empresa resultaba destruida por disturbios nacionales, solicitaba la ayuda del consulado británico. Sin embargo, en esos casos el Gobierno no era muy receptivo, a causa del principio de asunción del riesgo sobre la base de los vínculos voluntarios y persistentes del propietario de la empresa con Ruritania. En consecuencia, lo remitía a los tribunales nacionales. La opinión del Gobierno se había basado en el sentido común más que en cuestiones de procedimiento o de fondo. En un ejemplo moderno, las alegaciones por escrito de Israel en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* fueron que sería injusto pedir al Gobierno que representaba a las víctimas de una aeronave israelí derribada por las fuerzas de defensa búlgaras que solicitara una indemnización ante los tribunales de Bulgaria, ya que ni las víctimas ni sus familias tenían ninguna vinculación voluntaria con ese país.

24. En cualquier caso, aunque el asunto se tratara ulteriormente por los cauces diplomáticos, era útil hacer que los tribunales nacionales determinaran rápidamente los hechos. Además, los gobiernos habían adoptado el punto de vista de que no resultaba apropiado que las reclamaciones de poca importancia se hicieran inicialmente por cauce diplomático, método que podría afectar a las relaciones diplomáticas entre los Estados. Por todas esas razones, la Comisión debe reflexionar más sobre la base de política de los recursos internos. Desde un punto de vista práctico, los recursos internos cobrarán mayor importancia si la Comisión adopta el punto de vista de que las controversias deben resolverse a nivel interno siempre que sea posible, y una norma de vinculación voluntaria impondrá diversas restricciones al funcionamiento de la norma de los recursos internos. Por esa razón, resulta desafortunado que la cuestión del vínculo voluntario, que es sólo un aspecto de la cuestión de política, se haya planteado únicamente en el artículo 14. El lector del proyecto de artículos tendrá la impresión de que la norma sobre los recursos internos se aplica en todos los casos. Si la Comisión quiere continuar con la cuestión de la norma del vínculo voluntario, su decisión afectará al proyecto de artículo 10 y a todos los artículos ulteriores. Por consiguiente, sería prematuro enviar esa parte del documento al Comité de Redacción; la importancia actualmente dada a la distinción entre procedimiento y sustancia debería matizarse mucho.

¹² G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1967.

¹³ *Anuario...* 2001, vol. II (segunda parte) y Corrigendum, cap. IV, párr. 76.

25. El Sr. SIMMA dice que, aunque apoya las observaciones del Sr. Brownlie sobre la importancia de los vínculos voluntarios con un Estado, el Relator Especial ha dejado en claro que la distinción entre sustancia y procedimiento tiene importancia práctica para el tema que se examina, como se demostró en el asunto *Phosphates du Maroc*. Además, se inclina a estar de acuerdo con el Sr. Gaja en que debe considerarse que un Estado que renuncia al requisito previo del agotamiento de los recursos internos ha accedido a rebajar el umbral para la comisión de actos internacionalmente ilícitos; algunas normas no son de carácter imperativo sino que están abiertas al acuerdo entre los Estados.

26. El Sr. BROWNLIE dice que el asunto *Phosphates du Maroc* es un ejemplo específico; el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* y el ejemplo que ha puesto de Ruritania, en cambio, ilustran la importancia de la existencia o inexistencia de un vínculo voluntario entre la víctima y el Estado. Está de acuerdo en que la distinción entre procedimiento y sustancia es inevitable, y no afirma que sea inaplicable, pero se opone a la utilización de esa distinción como marco general para la cuestión en su conjunto. Estima que no se trata de un vehículo general apropiado para abordar el tema.

27. El Sr. PELLET dice que, aunque hará cuanto pueda para atender los deseos del Relator Especial con respecto al alcance del presente debate, le será imposible abstenerse de aludir por completo al artículo 14. Los párrafos 1 a 12 del tercer informe no requieren comentario especial, pero le preocupan algunas afirmaciones imperativas que figuran en los párrafos 13 a 17. En primer lugar, con respecto a la denegación de justicia, tras un debate prolongado y a pesar de opiniones disidentes, la Comisión llegó a la conclusión de que no debía tratarse específicamente en el proyecto de artículos. Por eso, le sorprende un tanto el anuncio hecho por el Relator Especial de su intención de volver sobre él. Si el comienzo de un nuevo quinquenio se utiliza como pretexto para revisar posiciones adoptadas por la Comisión en años anteriores, ningún tema llegaría nunca a una conclusión satisfactoria. El Relator Especial debe resistir la tentación de interpretar el papel de la esposa de Ulises.

28. En cuanto a la cuestión de fondo, reitera su oposición, no necesariamente a la sustancia de las posiciones adoptadas por el Relator Especial —quien, en cualquier caso, fiel al papel de Penélope que ha elegido, no ha explicado realmente, limitándose a prometer hacerlo— sino a su modo de abordarlas. Su oposición no se basa en que, al abordar la cuestión de la denegación de justicia como tal, la Comisión trataría con normas primarias: después de todo, esa distinción no es ni evidente ni está tallada en piedra, y en cualquier caso nada prohíbe a la Comisión ocuparse de normas primarias. Si se opone a tratar de la cuestión en sí es porque la denegación de justicia es simplemente una de las manifestaciones de la norma más general en virtud de la cual los recursos internos deben considerarse agotados si no han tenido éxito o están destinados a no tenerlo. A ese respecto, después de examinar la sección del tercer informe relativa al artículo 14, le parece que los artículos podrían redactarse de forma que comprendieran la denegación de justicia sin necesidad de hacer referencia específica a ella. Por esa razón, está firmemente convencido de que sería mejor no examinar el

artículo 14 en el Comité de Redacción sin ver primero lo que propone el Relator Especial con respecto a la denegación de justicia, ya que la posibilidad de refundir el artículo 14 con un proyecto de artículo sobre ésta debe quedar abierta. Además, tratar de la denegación de justicia haría que la Comisión realizara incursiones totalmente innecesarias en el ámbito del derecho interno de los Estados.

29. Sin embargo, no tiene dificultades en cuanto a la idea de estudiar la cláusula Calvo en el contexto del proyecto de artículos, aunque la cuestión de su validez en derecho internacional sea asunto distinto. Puede aducirse, basándose sólo en el derecho internacional, que se trata de una cuestión separada, aunque esté estrechamente ligada a la cuestión de quién es el titular del derecho a la protección diplomática. Dicho esto, quizá deba estudiarse la cláusula Calvo desde la perspectiva más general de la renuncia a la protección diplomática (no necesariamente por medio de la cláusula Calvo), tanto por el beneficiario como por el Estado con derecho a ejercer la protección. Así pues, aunque la Comisión debe examinar más detenidamente la cláusula Calvo y adoptar una posición firme al respecto, sin limitarse a mirar los toros desde la barrera, el Relator Especial debe abordar la cuestión desde un punto de vista más amplio.

30. Resulta alentador que el Relator Especial haya recordado su compromiso de abordar la cuestión de la protección diplomática de las sociedades, y la propuesta de establecer un grupo de trabajo sobre esa cuestión delicada es una buena idea. Sin embargo, ese grupo debe componerse sólo de un número reducido de miembros; ya que el tema es sumamente técnico y no se presta al «turismo jurídico».

31. En cuanto al párrafo 16, reitera su firme oposición a la idea de la «nacionalidad de las reclamaciones». La nacionalidad no va unida a las reclamaciones sino a las personas, los buques o las aeronaves de que se trate. La nacionalidad de las reclamaciones es un concepto de derecho anglosajón que no tiene cabida en derecho internacional. No obstante, el Relator Especial acierta al tratar de excluir del alcance del proyecto de artículos la protección funcional y el derecho de Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de su tripulación o pasajeros (párr. 16, casos *a* y *b*). Esas dos cuestiones son ampliaciones del tema que se examina. Sin embargo, le convence el argumento del Sr. Gaja de que la Comisión debe examinar la protección funcional cuando surja juntamente con la protección diplomática. El Relator Especial tiene razón también al excluir el examen del caso de que una organización internacional controle un territorio. Se trata de una forma muy específica de protección, tan estrechamente relacionada al menos con la funcional como la protección diplomática; y, lo mismo que en el caso de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión debería descartar todas las cuestiones relativas a las organizaciones internacionales. En cambio, por su parte se resiste mucho más a abandonar el otro caso mencionado en el caso *d* del párrafo 16, el de que un Estado que administre o controle un territorio que no sea suyo. Tampoco puede estar de acuerdo en la eliminación del caso *c*, el de que un Estado ejerza la protección diplomática de un nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho. Ambos casos quedan claramente comprendidos en el ámbito del tema.

32. La razón es que la protección diplomática es simplemente una ampliación del tema de la responsabilidad del Estado, en cuyo contexto estima que debe examinarse. El presente tema, por diversas razones, se ha separado artificialmente del tema de la responsabilidad del Estado. La cuestión es determinar cómo puede obtener un Estado reparación por el daño causado a uno de sus nacionales por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado. De lo que se trata es del medio de hacer efectiva la responsabilidad del Estado, y por su parte no ve razón alguna para excluir los dos casos que ha citado. El caso del control de un territorio por un Estado puede inferirse de varios de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en particular los artículos 8 y 11.

33. Se pregunta también si el tema de la protección diplomática quedaría plenamente cubierto sin algún debate de los efectos del ejercicio de esa protección. Quizá el Relator Especial debería abordar ese aspecto del tema en informes futuros.

34. Por lo que se refiere a los artículos 12 y 13, hace suyos los comentarios del Sr. Brownlie y el Sr. Gaja, casi sin reserva alguna. Como ha tenido ya ocasión de señalar, no entiende la fascinación del Relator Especial con la cuestión de si las normas de la protección diplomática son de carácter procesal o sustantivo. Puede entender por qué el Sr. Roberto Ago se interesó por esa cuestión en el contexto del tema original de la responsabilidad del Estado: para Ago, la cuestión de que se trataba era el momento en que surgía el acto internacionalmente ilícito. No obstante, había estado influido claramente por sus posiciones en el asunto *Phosphates du Maroc*, y había que decir que esas posiciones eran insostenibles. Habría sido legítimo plantear la cuestión en esos términos. Sin embargo, vista simplemente en el contexto de la protección diplomática, la cuestión parecía perder su pertinencia; y estaba de acuerdo con la opinión de Schwarzenberger de que la distinción era puramente teórica¹⁴. El postulado era que se había cometido un acto internacionalmente ilícito; la única cuestión que había que examinar era, por lo tanto, en qué condiciones —y quizá, por qué procedimientos— podía exigirse reparación cuando se había causado daño a un individuo, ya que, a falta de un acto internacionalmente ilícito, la protección diplomática no surgiría.

35. Vista desde esa perspectiva, la cuestión era clara: la protección diplomática era un procedimiento en virtud del cual podía hacerse efectiva la responsabilidad internacional del Estado; el agotamiento de los recursos internos era un requisito previo para la aplicación de ese procedimiento; y el hecho de que la norma fuera sustantiva o procesal carecía de importancia. Esta afirmación quedaba ilustrada no sólo por el proyecto de artículo 10 propuesto por el Relator Especial en el anterior período de sesiones¹⁵, sino también por la excelente formulación adoptada en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930¹⁶, que se cita en el párrafo 37 del segundo

informe. Era también la posición adoptada en el apartado *b* del artículo 44 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado en el anterior período de sesiones. En cambio, no comprendía qué finalidad tenía calificar las palabras «condición previa» con el adjetivo «procesal» en el proyecto de artículo presentado a la Asociación de Derecho Internacional¹⁷ y citado en el párrafo 43 del segundo informe.

36. En consecuencia, tenía que decir, lamentándolo mucho, que no veía la utilidad de los artículos 12 y 13. El artículo 10, claramente, y el artículo 11, de forma más confusa, declaraban lo que se había reconocido universalmente y enunciado con claridad en 1929, es decir, que «[n]o puede invocarse la responsabilidad internacional del Estado para la reparación del daño sufrido por un extranjero mientras no se hayan agotado los recursos que la legislación interna del Estado ofrece al individuo lesionado»¹⁸. Eso era correcto y era también suficiente. Como queda dicho, un acto internacionalmente ilícito debe, por definición, haberse cometido antes de que la cuestión de la protección diplomática se plantee. Si el Estado puede reparar el daño causado con arreglo a su derecho nacional, se le debe dar la posibilidad de hacerlo. Esa idea es la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos. Aunque los comentarios del Sr. Brownlie sean fáctica e históricamente correctos, el Estado, sin embargo, debe tener oportunidad de hacer correcciones honrosas. Y si la responsabilidad surgía por el hecho de no haber recursos, no hacía falta decir que no habría recursos que agotar en el caso comprendido en el artículo 14. Sin embargo, los artículos 12 y 13 no sirven de nada en ninguno de los dos casos.

37. Ello no quiere decir que esté en desacuerdo sustancialmente con el método adoptado por el Relator Especial. Lo mismo que él, es partidario de una «tercera vía», tesis que ilustrará con ejemplos distintos de los citados por el Relator Especial, en particular porque no le ha convencido el del *apartheid*, que no le parece pertinente. En el caso del *apartheid*, no es evidente qué Estado podría haber ejercido su derecho de protección diplomática sobre las víctimas. Pueden citarse dos ejemplos mejores para ilustrar que los artículos 12 y 13 son innecesarios.

38. En el primer ejemplo, el Estado A nacionaliza los bienes de un nacional del Estado B sin ofrecerle una indemnización, acto que infringe claramente una norma de derecho internacional positivo contemporáneo. De conformidad con los artículos 1 y 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del Estado A es clara; puede indemnizar las consecuencias perjudiciales, y el Estado B no puede ejercer su protección diplomática hasta que se hayan agotado los recursos internos. Eso se dice en el artículo 10 y, en consecuencia, los artículos 12 y 13 son innecesarios.

paratoire à l'intention de la Conférence (documento C.75.M.69.1929.V), págs. 19 a 159; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 2, base de discusión n.º 27, pág. 219.

¹⁷ Véase la nota 9 *supra*.

¹⁸ Textos de artículos adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930 [documento C.351(c)M.145(c).1930.V]; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 3, artículo 4, págs. 221 y 222.

¹⁴ G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, pág. 611.

¹⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VII.

¹⁶ Véase Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión établies par le Comité pré-*

39. En un segundo ejemplo, un nacional de un Estado D interpone una reclamación ante los tribunales del Estado C con respecto a los gravámenes fiscales impuestos tanto sobre él mismo como sobre los nacionales del Estado C. En ese caso, no hay infracción de ninguna norma de derecho internacional. Sin embargo, todos los tribunales del Estado C, incluido el Tribunal Supremo, rechazan la solicitud formulada por el nacional del Estado D, basándose en que los extranjeros sujetos a impuestos no tienen derecho de apelación. Esto constituirá una discriminación ilegítima, y será la decisión firme del Tribunal Supremo la que dará origen a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, el problema del agotamiento de los recursos internos no se plantearía, ya que los recursos internos serían imposibles o estarían condenados al fracaso. Por consiguiente, se aplicaría la norma del artículo 14 y, una vez más, ni el artículo 12 ni el 13 servirían para nada. De hecho, no hay ninguna hipótesis en que puedan servir a ningún fin. El artículo 10 regula uno de los casos, el artículo 14 el otro, y no hay caso intermedio.

40. La redacción del artículo 12 está también abierta a debate. Por su parte, ya ha expresado su oposición al término «procesal». Más grave es la cuestión de cómo una infracción del derecho nacional podría constituir por sí misma un acto internacionalmente ilícito. Ello parece contradecir tanto el espíritu como la letra de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos y, en particular, de su artículo 3.

41. No obstante, sus reservas con respecto a los artículos 12 y 13 se referían no a su redacción —que podría modificarse— sino a su función. En su opinión, esa función no existe. En consecuencia, lamentándolo mucho, como el Sr. Gaja y el Sr. Brownlie, no puede apoyar la propuesta del Relator Especial de que se remitan al Comité de Redacción los artículos 12 y 13, especialmente teniendo en cuenta que algunos pasajes del segundo informe que hacen comentarios al respecto podrían incorporarse sin duda a los comentarios de los artículos 10, 11 y 14.

42. El Sr. SIMMA solicita una aclaración de la observación hecha por el Sr. Pellet en el sentido de que es necesario hablar más de los efectos de la protección diplomática.

43. El Sr. PELLET dice que quizá debiera pensarse más en la cuestión de cuál es el momento en que se supone que un Estado ejerce la protección diplomática. El hecho de que un Estado ejerza la protección diplomática de una persona de doble nacionalidad, ¿impide al otro Estado del que sea nacional ejercer esa protección? Si la persona natural o jurídica dispone de recursos internacionales, ¿le impide el ejercicio de la protección diplomática, suponiendo que sea posible, valerse de cauces para acceder directamente al derecho internacional, o, a la inversa, impide una solicitud hecha a un órgano internacional que el Estado ejerza la protección diplomática?

44. El PRESIDENTE dice que el Sr. Simma y el Sr. Pellet parecen no estar de acuerdo sobre los aspectos formales del inicio del proceso de la protección diplomática. ¿Existe una línea que, una vez cruzada, tiene automáticamente consecuencias, o hay zonas grises en las que

los dos países podrían ejercer lo que en su día sería una protección diplomática?

45. El Sr. PELLET dice que no existe verdadero desacuerdo, pero el Presidente tiene razón en que el problema consiste en determinar el momento a partir del cual un Estado ejerce la protección diplomática, y que probablemente haya zonas grises. El siguiente problema es determinar qué ocurre cuando un Estado ha ejercido la protección diplomática: ¿produce ello otro efecto que el de poner en movimiento mecanismos de reparación? ¿Impide, por ejemplo, que se adopten en el plano internacional determinadas medidas? Y, una vez determinado el momento, ¿se acaba definitivamente la cuestión? En su opinión, la respuesta es negativa, y sobre ese punto quisiera convencer al Relator Especial.

46. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las observaciones del Sr. Pellet sobre los efectos de la protección diplomática plantean la cuestión de si el Estado tiene un derecho discrecional a ejercerla. ¿Es sólo el Estado quien puede determinar el momento en que puede comenzar la acción internacional, o puede ser determinado ese momento por la ley? Las observaciones del Sr. Pellet responden también a las preocupaciones suscitadas por el Sr. Simma, es decir: una vez hecha la notificación, ¿cómo opera la maquinaria? ¿Qué queda comprendido y qué queda fuera?

47. El Sr. OPERTTI BADAN dice que debe examinarse la cuestión de si el principio general de la prevención, que es parte del derecho procesal, se aplica cuando un individuo tiene nacionalidad múltiple y, en consecuencia, múltiples fuentes de protección, aunque sea uno el Estado que ejerza la protección diplomática. Indudablemente, ese principio, que rige las acciones de conformidad con el derecho interno y según el cual la institución que conoce inicialmente de una cuestión la sigue hasta el final, se aplica también en derecho internacional.

48. El Sr. PELLET dice que su idea podía ilustrarse con el siguiente ejemplo: una persona tiene doble nacionalidad, uruguaya y francesa, y sufre un daño causado por el Gabón. El Uruguay es más rápido que Francia y ejerce la protección diplomática. ¿Impediría eso que Francia ejerciera la protección diplomática por derecho propio?

49. El Sr. BROWNLIE dice que el ámbito de debate para la cuestión de las modalidades de protección es amplio, pero quizá debería abordarse en el contexto del programa a largo plazo de la Comisión. El tema de que se ocupa el Relator Especial es ya suficientemente complejo y añadir más cuestiones difíciles quizá no sea una buena idea. En cuanto al principio de prevención, los Estados ejercen con frecuencia lo que podría llamarse protección diplomática anticipada: informan a los otros gobiernos de que, si se dan ciertas condiciones, podría ser necesario ejercer la protección diplomática en relación con sus nacionales cuyos intereses parecen amenazados por su Estado de acogida.

50. El Sr. SIMMA, refiriéndose al párrafo 16 del tercer informe, en el que el Relator Especial enumera las cuestiones a cuya incursión en el proyecto de artículos se opone, dice que no está de acuerdo en que deban excluirse. La primera de esas cuestiones es la protección funcional

por las organizaciones internacionales de sus funcionarios. Está de acuerdo con el Sr. Gaja en que se trata de un tema separado, pero es un tema que tiene vínculos con la protección diplomática, como demostró la CIJ en el asunto *Réparation*. La relación entre la protección funcional y la protección diplomática debe estudiarse muy detenidamente y es probable que haya que decir algo en el proyecto de artículos sobre la protección funcional.

51. El enfoque del Relator Especial parece ser decididamente generalista y tradicionalista, una protección diplomática purificada de todo lo que sea nuevo, y el orador no está convencido de que ese enfoque sea apropiado. Por ejemplo, el Relator Especial quiere excluir del proyecto de artículos toda mención del derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a interponer una reclamación en nombre de la tripulación. El Sr. Gaja ha señalado ya el asunto *Saiga* ante el TIDM. Por su parte, se referirá al apartado *c* del proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe, que dice que no será necesario agotar los recursos internos cuando no exista un vínculo voluntario entre el individuo lesionado y el Estado demandado. El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas que la Comisión aprobó en su 53.º período de sesiones¹⁹ incluía una disposición sobre la igualdad de acceso. En su opinión, eso significa que una persona que no tenga conexión voluntaria con Ucrania pero haya sido afectada por un incidente como el de Chernóbil podría utilizar los recursos internos de Ucrania si ésta los abriera a todos los nacionales de los países afectados por la contaminación transfronteriza del incidente. Es un caso muy tópico, que podría muy bien plantearse cada vez más en el futuro, incluso en conexión con el terrorismo patrocinado internacionalmente, pero el informe no se ocupa de él.

52. La tercera cuestión que la lista del Relator Especial quisiera excluir, el ejercicio por un Estado de la protección diplomática de un nacional de otro Estado que haya delegado ese derecho, debe incluirse claramente en el proyecto. Por su parte, no puede imaginar otra cuestión que pudiera ser más auténticamente parte de lo que la Comisión debería intentar hacer en su labor sobre la protección diplomática. Con respecto a la cuarta cuestión, el caso de que un Estado o una organización internacional administren o controlen un territorio, está de acuerdo con el Sr. Gaja y el Sr. Pellet en que hay que distinguir entre una organización internacional que administre un territorio, que se aproxima más a la protección funcional y que, en consecuencia, debe dejarse de lado de momento, y el caso de un Estado que administre un territorio distinto del propio cuando podrían surgir cuestiones de protección diplomática, al que debería dedicarse más estudio.

53. El Sr. CANDIOTI dice que la Comisión ha venido aplicando un enfoque general del tema, centrándose en las normas de nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos, pero cree recordar que al comienzo de los trabajos se mencionó la doctrina de las «manos limpias». ¿Debe mencionarse en el proyecto de artículos o se debe excluir, a fin de determinar hasta dónde quiere llegar la Comisión en su labor de codificación?

54. El Sr. TOMKA, refiriéndose al ejemplo del Sr. Simma relativo al incidente de Chernóbil, dice que en esos casos de protección diplomática hay una suposición subyacente de que se ha producido una infracción del derecho internacional. El incidente de Chernóbil, sin embargo, produjo daños causados por actividades legítimas. El Sr. Simma ha mencionado igualmente el proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos, pero esos artículos se refieren a actividades no prohibidas por el derecho internacional y tienen por objeto hacer frente al riesgo que esas actividades pueden crear.

55. El Sr. PELLET dice que su impresión es que el Sr. Simma ha planteado el incidente de Chernóbil en un contexto más teórico, preguntándose si el hecho de que Ucrania no ofreciera recursos internos a los extranjeros constituiría una infracción del derecho internacional. Chernóbil es una cuestión bastante compleja y contemporánea, y es posible que hubiera un incumplimiento de la obligación de prevención por parte de Ucrania.

56. El Sr. SIMMA dice que lo que quería señalar era que otros campos próximos del derecho internacional podrían resultar pertinentes en relación con el tema de la protección diplomática. En el caso de la contaminación transfronteriza, por ejemplo, si existen recursos a disposición de la población local pero no de los extranjeros, ello afectará al tema de la protección diplomática y, concretamente, al apartado *c* del proyecto de artículo 14. Si hay recursos internos a disposición de los extranjeros, que prefieren no utilizarlos, y su Estado de nacionalidad ejerce la protección diplomática en su nombre, el Estado vecino podría alegar que había ofrecido todos los recursos internos necesarios pero nadie se había molestado en presentar una reclamación ante esos tribunales.

57. El Sr. DUGARD (Relator Especial), ofreciendo una respuesta preliminar a las observaciones hechas hasta entonces y confiando en estimular el debate, agradece al Sr. Gaja que haya calificado su informe de innovador. El Sr. Simma, en cambio, parece estimar que el Relator Especial ha adoptado un punto de vista muy tradicionalista y ortodoxo. El Sr. Gaja ha sugerido que las cuestiones que, por su parte, quisiera excluir del proyecto de artículos podrían mencionarse en el comentario, y está totalmente de acuerdo.

58. Los miembros recordarán que la delegación del derecho de ejercer la protección diplomática a que se refiere el apartado *c* del párrafo 16 de su tercer informe, se trata en parte en el contexto de la nacionalidad continua, y se ha expresado la opinión de que debería tratarse más detenidamente en el artículo 9. Está de acuerdo, y por eso no ha querido dejarse arrastrar por un debate más amplio en el contexto del artículo 14. La doctrina de las «manos limpias» se tratará en el artículo 5 o, posiblemente, en su comentario: se subrayará que un Estado sólo podrá presentar una reclamación cuando su nacional sea nacional de buena fe.

59. El Sr. Pellet ha expresado cierta sorpresa por el hecho de que la cuestión de la denegación de justicia haya vuelto a plantearse. Su propia opinión es que todas las cuestiones que queden claramente comprendidas en la esfera de la protección diplomática, en particular desde la perspectiva tradicional, deben tenerse en cuenta. En la

¹⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 97.

etapa actual, no es partidario de incluir un artículo sobre la denegación de justicia, por las razones que ha aducido, entre otros, el Sr. Pellet. Sin embargo, la denegación de justicia y la cláusula Calvo han figurado de forma destacada en la evolución de la protección diplomática, especialmente en América Latina, y varios de los miembros de la Comisión procedentes de esa región han planteado reiteradamente la cuestión. La Comisión debe adoptar una decisión sobre si incluye el tema o no, y eso es lo que él ha suscitado.

60. En cuanto al debate acerca de si la norma sobre los recursos internos es de carácter sustantivo o procesal, la distinción no le interesa especialmente, como ha sugerido el Sr. Brownlie, aunque ha encontrado interesante y está de acuerdo con él en que no es un marco general para estudiar la protección diplomática. Como el propio Sr. Brownlie ha señalado, sin embargo, no es posible eludir totalmente la cuestión del agotamiento de los recursos internos, por una serie de razones. Figura destacadamente en la primera parte del proyecto de artículos de Ago sobre la responsabilidad del Estado, aprobada provisionalmente por la Comisión en primera lectura en su 32.º período de sesiones²⁰, concretamente en su artículo 22, y en toda la literatura jurídica sobre la norma de los recursos internos. Tiene consecuencias prácticas. En el asunto *Phosphates du Maroc*, la CIJ se ocupó del momento en que se produjo el acto internacionalmente ilícito. La cuestión se suscita también con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, porque el extranjero lesionado tiene que ser nacional del Estado de que se trate en el momento en que se produce el daño. ¿Cuándo se produce ese daño, en el momento en que se comete el acto o cuando se agotan los recursos internos? La renuncia presenta dificultades, y el Sr. Gaja ha aducido un argumento que indudablemente merece ser considerado.

61. Está dispuesto a admitir que los artículos 12 y 13 no están bien redactados, pero la Comisión no podría abandonar la cuestión del agotamiento de los recursos internos. Tiene que decidir en qué momento surge la responsabilidad internacional en ese contexto. Por su parte, insta a los miembros a que se pronuncien sobre la cuestión durante el debate.

62. El Sr. BROWNLIE dice que el Relator Especial no ha examinado sus críticas con suficiente detención. Lo que él dijo sobre la distinción entre procedimiento y fondo no fue que esa distinción no debería hacerse, sino que no ofrecía una base para el debido examen de la protección diplomática. El Relator Especial no ha hecho referencia alguna a las cuestiones de políticas que él planteó, ni a las tres razones que mencionó y que eran realmente el sentido de su declaración.

63. El Sr. DUGARD (Relator Especial) recuerda que ha dicho que estaba dando una respuesta provisional y transitoria al debate realizado hasta la fecha, a fin de facilitar su continuación. No ha tratado de abordar todos los argumentos importantes presentados, pero lo hará en una ocasión futura.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

64. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que, habiendo tomado nota de los deseos de los miembros y de la necesidad de una representación equitativa de regiones e idiomas, se ha decidido que el Comité de Redacción para el tema de la protección diplomática se componga de los siguientes miembros: Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Momtaz, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sra. Xue, Sr. Dugard (Relator Especial) y Sr. Kuznetsov (Relator, de oficio). Los miembros de la Comisión no nombrados para el Comité tendrán derecho a asistir a sus reuniones, siempre que se muestren comedidos en sus contribuciones al procedimiento.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2713.ª SESIÓN

Miércoles 1.º de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. SIMMA dice que hablará sobre tres puntos. Los dos primeros se abordaron en la sesión anterior: se trata de la norma de las «manos limpias» y del concepto

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

²⁰ *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61.

de prevención. El tercero se refiere a los artículos 12 y 13 del proyecto de artículos.

2. Por lo que se refiere a la norma de las «manos limpias», evocada por el Sr. Candioti, le corresponde sin lugar a dudas un lugar en el debate sobre la protección diplomática. Sin embargo, no parece justificado darle un tratamiento particular. La misma figura se presentó cuando la Comisión, al examinar el tema de la responsabilidad de los Estados, se preguntó si la lista de circunstancias que excluyen la ilicitud no debía complementarse con una alusión a la norma de las «manos limpias». Consideró que aunque había que tener en cuenta ese concepto, no podía constituirse en circunstancia excluyente de la ilicitud. En el contexto del debate sobre la protección diplomática, se trata sobre todo de saber a quién debe aplicarse la norma de las «manos limpias». Puede tratarse del Estado de nacionalidad o del Estado causante del perjuicio, en cuyo caso corresponde rendir a las instancias internas. Puede tratarse también, y es el caso que más interesa a la Comisión, de la persona que ha sufrido el perjuicio. Ahora bien, el hecho de que esa persona no tenga las manos limpias no puede justificar que se le prive de su derecho a la protección diplomática. En conclusión, aunque no pueda dejarse de lado la norma de las «manos limpias», tampoco debe ocupar un lugar específico en los proyectos de artículos.

3. Por lo que se refiere al concepto de la prevención, el orador aprueba la observación formulada por el Sr. Brownlie en la sesión anterior a propósito de los elementos que quedan fuera del proceso de la protección diplomática en sentido estricto, a saber, las circunstancias que preceden a la comisión del acto internacionalmente ilícito. Sería pertinente examinarlas más en detalle, sin entrar en consideraciones que puedan suscitar confusión.

4. El tercer punto, que el orador estima el más importante, es la redacción de los artículos 12 y 13. Las críticas hechas en la anterior sesión le hacen creer que se debería redactar de nuevo el artículo 12, eliminando los elementos juzgados inútiles por varios miembros de la Comisión. A menudo se ha expresado la opinión de que la Comisión no debe pronunciarse sobre una cuestión de doctrina, es decir, determinar si el agotamiento de los recursos internos es una cuestión de procedimiento o de fondo. Si se eliminan los elementos controvertidos, a saber, las palabras «de procedimiento», resulta redundante el texto del comienzo del artículo 12, que conviene sustituir por «Deberán agotarse los recursos internos para que un Estado pueda formular una reclamación internacional...». De esta manera el texto queda casi idéntico al del artículo 10, en el cual se enuncia también el principio del agotamiento de los recursos internos, con excepción de las últimas palabras: «cuando el hecho de que se trate constituya violación tanto del derecho interno como del derecho internacional». Ahora bien, el Relator Especial ha explicado que a este respecto se basó en lo que consideraba uno de los estudios más importantes sobre el tema, el de Fawcett⁴. Este último contempla tres figuras. Cabe preguntarse si en uno u otro de estos tres casos, el hecho de suprimir completamente el artículo 12 y de atenerse a lo dicho en el artículo 10 plantearía un problema.

5. En el primer caso, en que el perjuicio se debe a una violación del derecho internacional pero no del derecho interno, resulta claro que no se aplica la norma del agotamiento de los recursos internos. En el segundo caso, en que el perjuicio se debe a una violación del derecho interno y no del derecho internacional, se planteaba la cuestión de la denegación de justicia. El orador está plenamente dispuesto a considerar la posibilidad de que la Comisión codifique una norma sobre la denegación de justicia, pero en todo caso, eso no tiene nada que ver con la cuestión de saber si la norma del agotamiento de los recursos internos afecta al fondo o al procedimiento. Y llegamos al tercer caso, aquél en que el perjuicio se debe al mismo tiempo a una violación del derecho interno y a una violación del derecho internacional. El orador piensa que este aspecto queda perfectamente cubierto por el proyecto de artículo 10. En conclusión, entiende, lo mismo que el Sr. Brownlie, que no puede eludirse la cuestión de la distinción entre la norma de procedimiento y la norma de fondo, pero que sería mejor tratarla en el comentario.

6. El Sr. BROWNLIE formula graves reservas a propósito de la condición jurídica del concepto de manos limpias. En efecto el concepto no está realmente comprendido en el tema de la protección diplomática. Tal vez habría que precisar que incluso si se parte del principio de que tiene una condición jurídica tampoco es algo que pueda poner en tela de juicio el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática. De todas formas, es un concepto poco utilizado, si no es como argumento de último recurso y la Comisión debe tener cuidado de no darle legitimidad «accidentalmente». Por lo que se refiere a la distinción entre el fondo y el procedimiento, confía en que la Comisión alcanzará resultados concretos y, si el Relator Especial está dispuesto a evaluar nuevamente la importancia de esa distinción, quisiera que la Comisión siguiera las sugerencias prácticas que ha hecho el Sr. Simma.

7. El PRESIDENTE, quien hace uso de la palabra como miembro de la Comisión, confía en que ésta no esté pronunciándose a propósito de la norma de las «manos limpias», sino simplemente indicando que deja de lado esta cuestión.

8. La Sra. ESCARAMEIA opina que los artículos 12 y 13 son de utilidad, aunque no tal como están redactados. Hasta ahora había pensado siempre que la cuestión de los recursos internos era sólo de procedimiento pero, tras haber escuchado la intervención del Sr. Gaja en la sesión anterior y haberse documentado sobre el tema, reconoce que es pertinente el criterio según el cual el agotamiento de los recursos internos es una condición de fondo. Eso permite evitar que se llegue a un resultado injusto, por ejemplo, cuando se ha producido un cambio de nacionalidad que restringe la posibilidad del Estado demandante de intervenir en favor de su nacional, siendo dicho cambio completamente involuntario. Si se sostiene que el derecho a formular una reclamación se crea en el momento en que se causa el perjuicio, se corre el riesgo de que la sentencia no sea equitativa. Dicho esto, la cuestión principal que debe regularse mediante los artículos 12 y 13 es saber a partir de qué momento está fundada una reclamación. Se podría decir que, por regla general, el derecho a formular una reclamación comienza en el momento de la comisión del acto ilícito, aunque hay excepciones. Volviéndolos a redactar de esta manera, los artículos 12 y 13 ya no serían

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 11.

una repetición del artículo 10. Por lo que se refiere al concepto de prevención, la oradora está de acuerdo con la idea de que se trata de una cuestión importante pero que debe abordarse con precaución, ya que algunos hechos que pueden haberse producido antes de la comisión del acto ilícito no corresponden necesariamente al ámbito de la protección diplomática.

9. El Sr. PELLET dice que el concepto de prevención le deja perplejo. Recuerda que la protección diplomática sólo aparece una vez causado el perjuicio. ¿Qué es, entonces, lo que se pretende prevenir? Prevenir la protección diplomática no tiene sentido. En cuanto a prevenir la comisión del hecho ilícito, es algo que no entra en el marco del debate. Le sorprende que se hable de prevención en el contexto de la protección diplomática y considera que ese concepto no tiene nada que ver con el tema. En cambio, por lo que se refiere a la norma de las «manos limpias», no está de acuerdo con el Sr. Brownlie. Entiende, en efecto, que se justifica plantearse la cuestión puesto que existe la protección diplomática. El hecho de que la persona en cuyo favor se ejerce la protección diplomática tenga o no las manos limpias no puede dejarse de lado y, cualesquiera sean las conclusiones es importante plantear esta cuestión. El Relator Especial debería, pues, informar a la Comisión sobre este asunto, mucho más importante que de la denegación de justicia y, además, directamente vinculado al tema que se examina.

10. El Sr. GAJA, volviendo sobre las distintas hipótesis evocadas en el estudio de Fawcett, teme que la distinción entre los recursos disponibles en el derecho interno y los que existen en el derecho internacional refleje una postura dualista y suscite un debate teórico que complicaría inútilmente la cuestión. Considera que se trata de un motivo más para suprimir el artículo 12.

11. El Sr. DUGARD (Relator Especial) preferiría no seguir adelante con el debate sobre la norma de las «manos limpias». Recuerda que esa cuestión puede plantearse a propósito de la persona perjudicada, del Estado demandante o del Estado demandado y que, por lo tanto, es difícil formular una norma aplicable en todos los casos. Confía en que las intervenciones de algunos miembros no significan que éstos esperan de él que determine una norma general al respecto y considera más bien que la cuestión debe tratarse en el comentario.

12. El Sr. SIMMA opina que ha habido un malentendido ya que ni el Sr. Candioti en la sesión anterior ni él mismo en la presente han querido decir que el Relator Especial debe elaborar una norma general. Consideran simplemente que la cuestión de las manos limpias es plenamente pertinente en el contexto de la protección diplomática, pero están de acuerdo en que es mejor tratarla en el comentario.

13. La Sra. XUE opina que las tres hipótesis sobre el agotamiento de los recursos internos en los artículos 12 y 13 en teoría pueden parecer sólidas pero no tienen mucho interés práctico. La cuestión que se plantea en realidad es saber en qué medida se entiende que la persona perjudicada ha agotado las vías de recurso interno de que dispone, lo que se refleja en el artículo 14. Establecer distinciones entre condiciones de procedimiento y condiciones de fondo complicaría enormemente la tarea de la Comisión,

ya que habría que entrar en el detalle de los recursos que deben agotarse. Sería mejor considerar que los actos internacionalmente ilícitos que no puedan subsanarse a nivel interno deben rectificarse a nivel internacional. El artículo 14 trata de clarificar las excepciones en la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. En estos casos, se entiende que el derecho interno al que el interesado se somete debe comprender tanto las normas del derecho interno como las leyes internacionales (convenciones o derecho consuetudinario) a las que el Estado del que sea nacional se haya adherido. Aun incluso si se ha quebrantado el derecho internacional, el Estado de nacionalidad no tiene motivo para elevar de inmediato el asunto al plano internacional. También entonces debe el perjudicado agotar los recursos internos. Para la oradora, esta sería una manera cómoda de abordar la cuestión, ya que, cualquiera que sea la forma en que se caracterice esa condición (de fondo o de procedimiento), está claro que se deben agotar los recursos internos para que un Estado pueda formular una reclamación internacional.

14. El Sr. PELLET no cree que el Relator Especial deba hacer un estudio exhaustivo y general de la cuestión de las manos limpias, sobre todo si se tiene de ella una idea tan excesivamente amplia como algunos miembros de la Comisión. Ese es el caso cuando trata de saber si el Estado autor del hecho internacionalmente ilícito tiene o no las manos limpias. Por supuesto que tiene las manos sucias, si ha cometido un acto internacionalmente ilícito. Por el contrario, es legítimo preguntarse si el que la propia persona perjudicada haya cometido un acto ilícito o se haya colocado en una situación tal que se le pueda reprochar que tenga las manos sucias impide que se ejerza la protección diplomática. Esta cuestión es enteramente pertinente y no se entiende por qué habría de eludirla el Relator Especial.

15. Por lo que se refiere a los artículos 12 y 13, como dice la Sra. Escarameia, el problema consiste en saber si existe por una parte una norma general y por otra una excepción. Existe efectivamente una norma general que obliga a agotar los recursos internos aunque hay casos en los que esto no es obligatorio. Cuando lo que está en juego y lo que constituye el hecho internacionalmente ilícito es la inobservancia del derecho de recurso, es patente que no se debe recurrir a esa norma. Se trata, si se quiere, de una excepción, pero confirma que, decididamente, los artículos 12 y 13 no sirven para nada.

16. El Sr. SIMMA cree ser uno de esos miembros a los que ha aludido el Sr. Pellet al decir que tenían una idea demasiado amplia del concepto de manos limpias. En efecto, ha mencionado en ese contexto el caso del Estado de residencia acusado de infringir los derechos de un extranjero, desencadenando así el mecanismo de la protección diplomática. Lo que él pretendía era contemplar todos los casos posibles y proceder después por eliminación. Ahora bien, esa figura precisamente la ha eliminado gracias a los argumentos aducidos por el Sr. Pellet y pide disculpas por haber demostrado en este caso un sistematismo enteramente germánico.

17. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, a riesgo de defraudar al Sr. Pellet, ha redactado una adición al informe examinado en el que trata de la cláusula Calvo y evoca una situación de manos sucias en la que el

interesado concierta con el gobierno del Estado de residencia un contrato por el que se compromete a agotar los recursos internos y después, sin intentar siquiera valerse de esos recursos, lleva su caso inmediatamente al plano internacional y se apresura a pedir la protección diplomática de su propio gobierno. Esta cuestión se examinará llegado el momento. Sin duda se trata de uno de los contextos más importantes en los que es necesario examinar la doctrina de las «manos sucias» y de la protección diplomática.

18. El Sr. FOMBA hace en primer lugar algunas observaciones de orden general y dice que la reanudación de los trabajos de la Comisión representa un período de tanteo para los nuevos miembros. Convendría pues prepararlos un poco mejor indicando anticipadamente, si es posible, el primer tema de debate, enviándoles los documentos pertinentes y exponiendo el estado de los trabajos sobre cada tema. Por este motivo, agradece al Relator Especial precisamente el haber hecho en la introducción de su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1) una recapitulación del estado en que se halla el estudio del tema. De ello se deduce que en sus períodos de sesiones 49.º y 50.º, celebrados en 1997 y 1998, la Comisión creó dos Grupos de Trabajo que le presentaron sus informes⁵, informes que fueron aprobados. Sería interesante distribuirlos, para tener un mejor conocimiento de la génesis del tema y apreciar su evolución. También sería provechoso saber cómo considera el Relator Especial su propia actuación con respecto al espíritu con que se hacen las conclusiones y recomendaciones de esos Grupos de Trabajo. Por su parte, aprueba en general el modo de abordar el tema tal y como lo determinó el Grupo de Trabajo establecido en el 50.º período de sesiones de la Comisión y fue aprobado por ésta, según se expone en los apartados a a d del párrafo 4 del tercer informe. Por lo que se refiere a la remisión de los proyectos de artículos 9, 10 y 11 al Comité de Redacción, sería útil disponer de los textos de esos proyectos de artículos y recapitular el debate al que hubieran podido dar lugar.

19. En cuanto a la iniciativa del Relator Especial, que invita a la Comisión a elegir, según determinados criterios, entre diversas normas, opina que con esa actitud se plantea la cuestión de la función normativa de la Comisión en materia de codificación y de desarrollo progresivo y las dificultades consiguientes. Por otra parte, aunque el Relator Especial dice que no impone ninguna solución, debe al menos esforzarse en convencer a la Comisión de la pertinencia y de la validez técnica de tal o cual solución propuesta. El orador observa con satisfacción que para ayudar a la Comisión, el Relator Especial ha incluido en el informe una parte explicativa del contenido, mencionando las diversas normas o variantes, acompañadas de la jurisprudencia, lo que permitirá pronunciarse a unos y a otros.

20. Tratándose de la orientación de los futuros proyectos de artículos, considera fundamental aclarar la índole del vínculo dialéctico entre el hecho internacionalmente ilícito, la responsabilidad internacional que de él se deriva y el hacer dicha responsabilidad efectiva, como dijo el Sr. Pellet en la sesión precedente. Al igual que este último, opina que la expresión *nationalité de la réclamation* no

resulta correcta desde el punto de vista de los juristas de lengua francesa.

21. La norma del agotamiento de los recursos internos se califica unas veces de fondo y otras de forma, lo que da pie a debates estimulantes que no deben hacer perder de vista el objetivo fundamental, que es el carácter funcional de las normas y la más amplia aceptación de las soluciones que se propongan. Las dificultades a que da lugar esta actitud podrían superarse considerándola como una «condición escueta», es decir, optando por una redacción más neutra. En cuanto a la denegación de justicia, que se presenta como una de las manifestaciones importantes de la norma del agotamiento de los recursos internos, es útil e importante saber que la Comisión no ha previsto hablar expresamente de ese tema, como ha recordado el Sr. Pellet. Si hubiera que ampliar el proyecto, habría que hacerlo de manera igualmente neutra.

22. La distinción entre normas primarias y secundarias exige asimismo un criterio práctico y flexible. Por lo que se refiere a la cláusula Calvo, más allá de las cuestiones jurídicas que evidentemente plantea, el orador piensa que hay que estudiarla, pero de manera general, en el marco global de la cuestión de la renuncia a la protección diplomática. Tratándose de la protección de las personas morales, apoya la sugerencia del Relator Especial de crear un grupo de trabajo restringido.

23. En cuanto a los otros temas, varios de ellos están comprendidos en el marco de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, en particular tratándose de la protección funcional o el control de un territorio por una organización internacional. Por su parte, estima que convendría no mezclar las cosas sino más bien aclararlas agrupando las cuestiones que guarden relación con esa problemática general. También se podría reflexionar sobre el tema previsto en el párrafo 16 del tercer informe así como sobre otros temas, por ejemplo, la cesión del derecho de protección o los efectos del ejercicio de la protección diplomática.

24. Finalmente, por lo que se refiere a los proyectos de artículos 12 y 13, comparte en gran medida el punto de vista expresado por el Sr. Pellet, por los motivos que ha expuesto tan brillantemente. Dicho eso, si hubiera mayoría en favor de remitir esos artículos al Comité de Redacción, naturalmente estaría dispuesto a unirse a ella.

25. El Sr. BROWNLIE ha escuchado con interés el magnífico examen de la situación que ha hecho el Sr. Fomba. Hay un punto en el que está en desacuerdo, la idea de que habría que vincular los trabajos sobre la protección diplomática a una u otra manera de estudiar la denegación de justicia. El orador piensa que a veces la Comisión manifiesta tendencias suicidas. La denegación de justicia es parte del derecho positivo y de un tema más amplio, que es el trato de los extranjeros. No tiene ninguna relación con la protección diplomática. Lo que sucede es que cuando los extranjeros recurren a los tribunales, pueden ser víctimas de denegación de justicia y puede suceder sin ninguna relación con las circunstancias en que se han utilizado los recursos internos. Esto puede suceder cada vez que un demandante, persona física o moral se dirige voluntariamente a los tribunales nacionales de un determinado Estado. Parece completamente inútil abordar el

⁵ Véanse *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 171, y *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 108.

tema de la denegación de justicia, lo cual sería del todo ilógico y crearía enormes dificultades a la Comisión. El orador no comprende que algunos miembros piensen lo contrario.

26. El Sr. OPERTTI BADAN considera que la cuestión de la denegación de justicia plantea un problema de fondo en cuanto se refiere a la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales en el acceso a las administraciones de justicia. El tema se trata abundantemente en el derecho internacional privado y a nivel interamericano hay convenciones sobre la cuestión, como los dos protocolos adicionales a los Tratados de derecho internacional privado de Montevideo, en los que se prevé el derecho de los extranjeros a acceder a los mismos recursos que los nacionales, derecho que se reafirma en otros textos más recientes. Le parece difícil prescindir totalmente de esta cuestión de la denegación de justicia, que puede ser una de las situaciones que pueden dar pie al ejercicio de la protección diplomática.

27. El Sr. MANSFIELD explica que, aun siendo un experto independiente, puede aportar la perspectiva propia de un país pequeño y remoto. No ve nada de sorprendente en que, a pesar de la abundancia de doctrina y de jurisprudencia sobre el tema, ésta sea, como ha señalado el Relator Especial, en buena parte incoherente o contradictoria. La práctica de cada Estado está sujeta a la influencia de muchos elementos, como el posible efecto de la protección diplomática sobre la relación que el Estado interesado mantiene con otro Estado en un momento dado, la gravedad del perjuicio o la publicidad dada al asunto, consideraciones que pesan tanto más cuanto más pequeño es el Estado. Aun cuando el trabajo de codificación es útil, es poco probable que la práctica llegue a aparecer como uniforme. Coincide con el Relator Especial en que cuando es necesario elegir entre normas que compiten entre sí no hay que contentarse con el peso de la autoridad, sino que hay que velar asimismo por establecer normas equitativas para la sociedad internacional contemporánea.

28. En cuanto a la amplitud del tema de que se trata en los proyectos de artículos, le parece preferible, por motivos prácticos, no extenderlo demasiado, incluso aunque pudiera haber vínculos con otras áreas que necesiten un trabajo de codificación. La cuestión de la protección funcional de sus funcionarios por parte de las organizaciones internacionales puede ser de interés para países pequeños, muchos de los cuales tienen nacionales empleados por esas organizaciones. Si la protección compete únicamente al Estado de nacionalidad, existe el riesgo de desigualdad de trato entre dichos funcionarios. De todas formas hay que considerarla como un tema aparte. Otro tema mencionado ha sido el ejercicio por delegación de la protección diplomática. A primera vista la cuestión parece importante para los países pequeños y tal vez merece la pena tratarla en los proyectos de artículos. Bien pensado parece sin embargo que en la práctica un Estado puede estar dispuesto a prestar asistencia de diversas maneras a otro que no tenga la posibilidad de proteger a sus nacionales, pero en la mayoría de los casos esta asistencia no llegaría hasta la presentación de una reclamación oficial por delegación. Ese es el motivo de que él considere, lo mismo que el Relator Especial, que no es necesario abordar ese tema en el proyecto de artículos.

29. En cuanto a los proyectos de artículos 12 y 13, parece que la abundancia de documentación sobre el tema impide ver claramente los motivos de la norma relativa al agotamiento de los recursos internos, que son importantes y que convendría incluir en el comentario. Le parece por lo demás que es necesario determinar si se trata de una cuestión de fondo o de procedimiento. Considera que el tercer punto de vista evocado en el párrafo 32 del segundo informe (A/CN.4/514) es más convincente. Sobre si es indispensable zanjar la cuestión ahora mismo, se pregunta si ello tendría consecuencias prácticas. A este respecto señala a la atención el ejemplo que se menciona en el párrafo 33 del segundo informe, es decir, las consecuencias para el dictado de una sentencia declaratoria cuando no se hayan agotado los recursos internos. También en esta ocasión, adoptando la perspectiva de un país pequeño, el orador subraya que en determinados casos el agotamiento de los recursos internos puede resultar imposible, debido, concretamente, al costo prohibitivo del procedimiento. Una sentencia declaratoria, conseguida sin haber agotado los recursos internos, podría ser una respuesta parcial que llevaría al menos a modificaciones prácticas. Esto no será posible si la norma del agotamiento de los recursos se considera como norma de fondo. Por su parte, es favorable al tercer punto de vista y considera que hay que mantener los proyectos de artículos 12 y 13, redactándolos de nuevo, si es necesario.

30. El Sr. TOMKA felicita al Relator Especial por su determinación de terminar los trabajos sobre la protección diplomática en el quinquenio que se inicia.

31. A pesar de la abundancia de textos divergentes, no se trata, a su juicio, de elegir entre normas que compiten entre sí, sino entre distintas interpretaciones de la norma consuetudinaria. La Comisión tiene por cometido proponer una formulación de dicha norma que luego habrán de aprobar o desaprobado los Estados, lo que podría llevarlos más tarde a proponer nuevas normas.

32. Considera inoportuno examinar en el marco actual la cuestión de la protección funcional de sus funcionarios por parte de las organizaciones internacionales.

33. Por lo que respecta a los proyectos de artículos 12 y 13, es interesante debatir la cuestión de saber si se trata de una norma de fondo o de procedimiento, aunque conviene recordar que esta distinción se hizo en principio desde otro punto de vista, concretamente para determinar el momento preciso en que se cometió el acto ilícito. Propone, en aras de la armonización, seguir el criterio por el que se optó en la sesión anterior con respecto al artículo 44 acerca de la admisibilidad de la reclamación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁶.

34. Por otra parte, como les sucede a otros miembros, considera que el artículo 12 no aporta mucho más que el artículo 10 y propone remitirlo al Comité de Redacción, el cual debería revisar su redacción juntamente con la del artículo 10. El proyecto de artículo 13, por el contrario, no tiene por qué figurar en el proyecto, ya que se refiere a una situación en la que el perjuicio se deriva de un quebrantamiento del derecho interno. Ahora bien, la protección diplomática sólo puede entrar en juego si existe un

⁶ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

hecho ilícito internacional y, por consiguiente, habría que suprimir el artículo 13.

35. El Sr. DUGARD (Relator Especial), quien presenta su tercer informe, dice que por ahora se limitará a hablar del artículo 14, en concreto de los apartados *a*, *e* y *f*. Dicho esto, aclara que sigue abierto el debate de los artículos 12 y 13 y que posteriormente hará saber sus conclusiones con respecto al curso que les dará y si los remitirá o no al Comité de Redacción.

36. El artículo 14 es un artículo «cajón de sastre» en el que se trata de las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos, con lo que se responde a las críticas formuladas al artículo 10 tanto por la Comisión como por la Sexta Comisión de la Asamblea General en sus últimos períodos de sesiones fundándose en que sólo habría que hacer referencia al agotamiento de todos los recursos legales internos adecuados y efectivos. El Relator Especial hace suya esta idea, a condición de dedicar una disposición específica a la cuestión de los recursos ineficaces o inútiles. El motivo principal es que los Estados demandados y los demandantes comparten la carga de la prueba, como se dice en el artículo 15, debiendo los primeros probar que hay recursos internos al alcance y los segundos que esos recursos son ineficaces o inútiles. Dejando de lado el término genérico «ineficaz» por su imprecisión y, a pesar de que el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura⁷ exige el agotamiento de sólo los recursos eficaces, el Relator Especial presenta a la Comisión para su examen tres criterios fundados todos ellos en la jurisprudencia y la literatura para definir lo que es un recurso interno ineficaz: un recurso interno es ineficaz cuando es «obviamente inútil», «no ofrece posibilidades razonables de éxito» o «no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo». Añade a este respecto que la denegación de justicia, que está íntimamente ligada a numerosos elementos de la norma del agotamiento de los recursos internos, comprendida la eficacia, puede considerarse para el caso como de carácter secundario. En una adición al tercer informe se propone examinar el lugar de ese concepto en el contexto actual y espera a este respecto las observaciones de los miembros de la Comisión.

37. Tratándose del primer criterio denominado de la inutilidad obvia por el que la ineficacia del recurso interno debe ser inmediatamente patente, el Relator Especial señala que tanto algunos autores como la CIJ en el caso *ELSI* lo han considerado demasiado estricto. En cuanto al segundo criterio, que exige solamente que el demandante demuestre que los recursos internos «no ofrece[n] posibilidad[es] razonables de éxito», se le ha considerado demasiado débil. Queda el tercero, en el que se combinan los dos anteriores, según el cual los recursos internos, «no brindan una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo», que el Relator Especial estima el más apropiado.

38. Explicando su posición, cita circunstancias en las que se han juzgado ineficaces o inútiles los recursos internos: incompetencia de la jurisdicción interna sobre la materia, por ejemplo, el caso *Chemin de fer Panevezys-*

Saldutiskis, llevado ante la CPJI (párr. 38 del informe); la imposibilidad de que los tribunales internos no apliquen el texto de la ley de que se trate, por ejemplo, el decreto de confiscación de bienes (párr. 40 del informe); la falta notoria de independencia de los tribunales internos, caso *Brown* (párr. 41 del informe); la existencia de una jurisprudencia constante bien establecida y desfavorable al extranjero (párr. 42 del informe); la falta en el Estado demandado de un sistema adecuado de protección judicial (párr. 44 del informe). Estos ejemplos militan sin duda a favor de la tercera opción, que exige que los tribunales examinen todas las circunstancias del caso, concretamente la independencia de la justicia en el Estado demandado, la capacidad de las jurisdicciones internas de juzgar con equidad y la existencia de una jurisprudencia desfavorable a los extranjeros perjudicados. Sería conveniente, pues, que la Comisión mantuviera esta opción.

39. Pasando al apartado *e* del artículo 14, en el que se prevé que no es necesario agotar los recursos internos cuando el demandado es responsable de una dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno, el Relator Especial dice que la disposición se apoya en diversos trabajos de codificación, en los instrumentos de derechos humanos y en la jurisprudencia, por ejemplo, las decisiones del caso *El Oro Mining and Railway Co.* y el caso *Interhandel* (párr. 97 del informe). Ahora bien, esta excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos es difícil de aplicar cuando se trata de asuntos complejos, en particular aquellos en los que intervienen personas morales. Desde luego podría combinarse con la excepción del apartado *a*, pero vale la pena mantenerla como disposición aparte para que sirva de advertencia a los Estados demandados de que no demoren abusivamente la acción ante los tribunales.

40. Por lo que se refiere al apartado *f* del artículo 14, en el que se prevé que no será necesario agotar los recursos internos cuando el Estado demandado impida a la persona agraviada tener acceso a las instituciones que proporcionan los recursos internos, su aplicación se impone: en efecto, no es raro que un Estado demandado niegue el acceso a sus tribunales a un extranjero perjudicado aduciendo motivos de seguridad o negándose a expedirle un visado de entrada en su territorio. La jurisprudencia de derechos humanos va en el sentido de esta propuesta.

41. El Relator Especial espera con interés las observaciones de los miembros de la Comisión.

42. El Sr. PELLET se pregunta por qué el artículo 14 se presenta de esta manera fragmentaria y sin que se relacione con el artículo 15 (carga de la prueba), que justamente no deja de tener relación con los apartados *a*, *e* y *f*. Por su parte no podría proceder a un análisis de esas disposiciones sin remitirse al artículo 15.

43. El Sr. DUGARD (Relator Especial) considera que el proceder por el que optó es el mejor: las cuestiones de que tratan los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 (a saber, respectivamente, la inutilidad, la dilación excesiva y la denegación de acceso) son distintas de las que se tratan en los apartados *b*, *c* y *d* del artículo (respectivamente, renuncia y preclusión, vínculo voluntario y vínculo de conexión territorial). Se conformará a lo que expresen los miembros de la Comisión si éstos desean esperar la presentación del artículo 15 antes de pronunciarse.

⁷ *Ibíd.*, nota 7.

44. El PRESIDENTE opina que sería más acertado que el Relator Especial siguiera adelante con la presentación de su informe.

45. El Sr. SIMMA no tiene nada que decir a esta presentación fragmentaria del informe que se estudia, aunque considera, lo mismo que el Sr. Pellet, que la cuestión de la carga de la prueba guarda relación con las de la inutilidad, la dilación excesiva y la denegación de acceso a los tribunales. Sería ilógico tratar aparte los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 para volver sobre ellos al examinar el artículo 15. Todas esas disposiciones deberían examinarse juntas; en cuanto a las de los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14, es cierto que no tienen nada que ver con la cuestión de la carga de la prueba.

46. El Sr. DUGARD (Relator Especial) opina que en efecto los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14 pueden examinarse aparte de los apartados *a*, *e* y *f* del mismo artículo. Está dispuesto a presentar el artículo 15 en la próxima sesión.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

47. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) indica que el Grupo de Planificación estará integrado por los siguientes miembros: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Commissário Afonso, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Tomka y Sr. Kuznetsov, miembro nato.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2714.ª SESIÓN

Jueves 2 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Commissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Homenaje a la memoria de Paul Szasz

1. El PRESIDENTE dice que tiene el triste deber de comunicar la desdichada noticia del fallecimiento de Paul Szasz, colega y amigo de muchos miembros de la Comisión.

Por invitación del Presidente, los miembros de la Comisión observan un minuto de silencio.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

2. El PRESIDENTE anuncia que el Sr. Sergei Ordzhonikidze, Secretario General Adjunto y Director General de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, y el Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, han felicitado a la Comisión por su labor. El Grupo de Planificación de la Comisión ha hecho ciertos progresos en su primera reunión, pero no ha podido terminar su tarea, sobre todo en lo que se refiere a la elección de un nuevo tema además del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Anima a los miembros de la Comisión que no forman parte del Grupo de Planificación a que consideren la posibilidad de participar en la elección del nuevo tema y a que, con este fin, estudien el anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones¹, que contiene la lista de posibles temas junto con breves resúmenes de su posible contenido.

Protección diplomática² (continuación) (A/CN.4/514³, A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1⁴, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

3. El Sr. DUGARD (Relator Especial) continúa la presentación de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) y dice que los apartados *a*, *e* y *f* del proyecto de artículo 14 tratan de la cuestión de la inutilidad o ineficacia, en otras palabras, de las circunstancias en las cuales un Estado no está obligado a agotar los recursos internos, esto es, cuando estos recursos son obviamente inútiles, no ofrecen posibilidades razonables de éxito o no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo ante los tribunales del Estado demandado. A los miembros de la Comisión se les pidió que examinaran esas tres circunstancias con el fin de decidir cuál de ellas permitía plasmar

¹ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte).

² Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

³ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

⁴ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

mejor la regla de la inutilidad o ineficacia. Personalmente prefiere el tercer criterio. El Sr. Pellet ha sugerido que tal vez fuese útil que él presentara el artículo 15, que trata de la carga de la prueba, ya que guarda relación directa con los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14. Ahora bien, quedan por exponer otros dos aspectos del artículo 14: el del apartado *b*, relativo a la dispensa, y el de los apartados *c* y *d*, que tratan del vínculo voluntario y la conexión territorial. Esos dos aspectos plantean problemas muy diferentes y quizá conviniera dejarlos a un lado por el momento.

4. La carga de la prueba en contenciosos internacionales se refiere a lo que debe probarse y a quién debe probarlo. Es una cuestión difícil de codificar, primero porque no existe en derecho internacional una norma clara y detallada similar a la que figura en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, y segundo porque las circunstancias varían de un caso a otro y es difícil elaborar normas generales que sean aplicables en todos los casos. Sin embargo, la cuestión es importante desde el punto de vista del agotamiento de los recursos internos y habría que incluir en el proyecto alguna norma al respecto. ¿Qué normas cabría deducir de la doctrina actual en la materia?

5. Un principio general que parece ampliamente aceptado, y que entra en la categoría de los principios de derecho aceptados por las naciones civilizadas, es que la carga de la prueba recae en la parte que hace una afirmación. Este principio es el que él ha incorporado en el párrafo 1 del artículo 15. En el párrafo 102 de su informe ha citado una serie de máximas en latín que corroboran ese principio, aunque advierte a los nuevos miembros de la Comisión que existe cierto desacuerdo en su seno acerca de la conveniencia de utilizar máximas latinas.

6. Sin embargo, el principio general no basta. La Comisión debe ir más lejos y tratar de establecer otras normas. Cree que son importantes otros dos principios, y por eso los ha incorporado en el párrafo 2 del artículo 15. Ambos se refieren a la carga de la prueba desde la doble perspectiva de la existencia y eficacia de los recursos internos. En anteriores intentos de codificar la norma sobre los recursos internos se evitó cuidadosamente caer en la tentación de elaborar disposiciones sobre esos dos aspectos. El artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en su 48.º período de sesiones⁵ no abordaba esta cuestión. Sí debe señalar el útil intento de Kokott, a que se hace referencia en el párrafo 103 del informe, de enunciar esos principios⁶.

7. La cuestión también ha sido examinada con cierto detenimiento por diversos órganos encargados de vigilar la aplicación de los tratados de derechos humanos, y la jurisprudencia de esos órganos corrobora dos tesis, a saber, que el Estado demandado debe probar que existía un recurso interno que no ha sido agotado por el Estado demandante, y que, si existía algún recurso interno, el Estado demandante debe probar que ese recurso era ineficaz o que existía alguna otra excepción que le eximía de la obligación de agotar el recurso interno. Ahora bien, esa jurisprudencia está muy basada en los instrumentos por los que se establecieron los órganos de vigilancia de tales tratados, y de aquí que sea discutible que los principios

enunciados por esos órganos se puedan trasladar directamente al ámbito de la protección diplomática.

8. En cuanto a las decisiones arbitrales y judiciales, en los principales asuntos en los que se ha abordado la norma del agotamiento de los recursos internos la cuestión la plantearon directamente el tribunal o una de las partes en sus alegatos. Los principios que acaba de exponer someramente encontraron cierto apoyo en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, el arbitraje sobre el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, la demanda *Ambatielos*, el asunto *ELSI*, el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* y el asunto *Emprunts norvégiens*. Aunque el lenguaje utilizado por el abogado defensor o por el tribunal en esos asuntos no siempre está claro, pueden sacarse dos conclusiones. La primera es que recae sobre el Estado demandado la carga de probar la existencia de recursos internos, y la segunda es que el Estado demandante es quien debe probar que, si existen recursos internos, éstos son ineficaces o que se aplica alguna otra excepción, por ejemplo, que se ha ocasionado un daño directo al Estado demandante.

9. Sin embargo, resulta difícil establecer normas generales porque los hechos que concurren en cada caso pueden imponer una norma diferente. Esto se puede ilustrar con el asunto *Emprunts norvégiens*, que se suele citar al hablar de esta cuestión. Francia había intentado presentar una demanda en nombre de ciudadanos franceses supuestamente lesionados por Noruega. Noruega admitió que tenía que demostrar la existencia de recursos internos, pero argumentó que era Francia quien tenía que probar que esos remedios eran ineficaces si afirmaba tal cosa. Francia había sostenido que la legislación le impedía someter la reclamación ante los tribunales noruegos y que la legislación, tal como estaba redactada, hacía que la vía de los recursos internos resultara inútil. En relación con esta cuestión el magistrado Lauterpacht enunció cuatro principios que gozan de gran aceptación entre los tratadistas: corresponde al Estado demandante probar que no existen recursos eficaces que se puedan utilizar; esta prueba no es necesaria si existe legislación que aparentemente priva de un recurso a los demandantes que no son Estados; en ese caso corresponde al Estado demandado demostrar que, pese a la falta aparente de un recurso, se puede suponer razonablemente su existencia; y el grado de la carga de la prueba no debe ser tan estricto que haga excesivamente difícil la prueba.

10. Aunque Lauterpacht enunció cuatro principios, esto no contradice su propia hipótesis sobre la aplicabilidad de dos principios, pues se los invocó en las circunstancias poco habituales que concurrían en el asunto *Emprunts norvégiens*. Esa hipótesis la recoge también Jiménez de Aréchaga en una de sus obras⁷, citada en el párrafo 115 del informe. En consecuencia, su tesis fundamental sigue siendo que existen esencialmente dos reglas con respecto a la existencia y eficacia de los recursos internos, reglas que están recogidas en los apartados *a* y *b* del artículo 15.

⁵ Véase 2712.ª sesión, nota 7.

⁶ *Ibid.*, nota 9.

⁷ E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, pág. 531.

11. La Comisión tiene ahora ante sí los artículos 12, 13 y 15 y los apartados del artículo 14 que tratan de la inutilidad, la dilación excesiva y la denegación de acceso. Invita de nuevo a los miembros de la Comisión a que ciñan sus observaciones a esas disposiciones y no aborden por el momento los apartados del artículo 14 relativos a la dispensa, el vínculo voluntario y la conexión territorial, ya que los presentará más adelante.

12. El Sr. MOMTAZ da las gracias al Relator Especial por su excelente informe, que ha llegado a poder de los miembros de la Comisión con suficiente antelación para poder estudiarlo cuidadosamente, y dice que primero se referirá a la cuestión del rumbo que debe darse a la labor futura. El Relator Especial ha propuesto que se limite el alcance del tema con el fin de concluir el examen del proyecto de artículos en segunda lectura durante el quinquenio presente. Es una intención digna de alabanza y que aumentaría la credibilidad de la Comisión, pero no se la debe poner en práctica empleando atajos que socavarían la evolución del derecho internacional en este campo. En su opinión, el proyecto de artículos debe establecer ciertas directrices sobre la protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales con objeto de que los Estados puedan solucionar cualquier problema que pueda plantear esa protección. ¿Está legitimada una organización internacional para ejercitar esa protección funcional simultáneamente con el ejercicio de la protección diplomática por el Estado del cual es nacional el funcionario? ¿Debe darse preferencia al Estado en este terreno y situar quizá a la organización internacional en una posición inferior? Estas son las cuestiones que planteó la CIJ en su opinión consultiva relativa al asunto *Réparation*, cuestiones a las que todavía no se ha dado respuesta.

13. La evolución del derecho internacional se caracteriza por una preocupación cada vez mayor por el respeto a los derechos humanos. En el comentario al artículo 8 se podría mencionar el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación, aunque tal vez no merezca que se le dedique un artículo separado. Esto también se podría hacer con respecto a la situación de las personas que se encuentran en un territorio administrado por una organización internacional a raíz de los abusos o atrocidades cometidos por ciertos Estados. Una serie de hechos recientes proporcionan ejemplos de situaciones de ese tipo.

14. En cuanto a la doctrina de las «manos limpias» mencionada por el Sr. Candioti, acerca de la cual el Sr. Brownlie y el Sr. Pellet tuvieron un debate muy interesante, se siente inclinado a aceptar la tesis expuesta por el Sr. Brownlie por varias razones. Aunque es cierto que los extranjeros tienen derecho a que se reconozcan las garantías procesales debidas en los países en los que residen y, a cambio, están obligados a respetar la ley y las normas legales de esos países, el hecho es que en una serie de casos la legislación interna del Estado en el que aquéllos residen puede estar en contradicción con el derecho internacional. Obviamente, en este tipo de situaciones no se aplica la doctrina de las «manos limpias». Los argumentos expuestos por Reuter ante la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction* también coinciden con la teoría del Sr. Brownlie. Reuter aludió en ese asunto al carácter heterogéneo del requisito de la admisibilidad de

las reclamaciones internacionales y señaló que la doctrina de las «manos limpias» estaba todavía por desarrollar. Se podría citar también en apoyo de la teoría del Sr. Brownlie un estudio publicado en la década de 1960 por Salmon, jurista belga, basado en un laborioso análisis de laudos arbitrales y de las decisiones de diversas comisiones de reclamaciones⁸.

15. Está de acuerdo con los que piensan que no es necesario entrar a discutir si el agotamiento de los recursos internos es una cuestión de procedimiento o de fondo. Como ha demostrado el Relator Especial en su informe, la distinción ha surgido sobre todo durante la codificación del derecho sobre la responsabilidad de los Estados, concretamente al intentar determinar el momento a partir del cual un hecho internacionalmente ilícito hace nacer la responsabilidad del Estado autor del hecho ilícito. En otras palabras, la cuestión está en determinar si la responsabilidad del Estado nace tan pronto como se comete el hecho internacionalmente ilícito, con independencia de que se hayan agotado los recursos internos. La respuesta a esta cuestión depende de que uno considere que el agotamiento de los recursos internos es una cuestión de procedimiento o de fondo. En su opinión esto no tiene nada que ver con la protección diplomática, ya que en este terreno el postulado fundamental es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito. Personalmente está de acuerdo con las observaciones del Sr. Pellet sobre ese punto. Simplemente lo que hay que hacer es enunciar la norma del agotamiento de los recursos internos, que se aplicaría, como ha señalado el Relator Especial, cuando el daño ocasionado a un extranjero se deba a una violación del derecho interno. En este caso el agotamiento de los recursos internos será indudablemente una cuestión de fondo y no de procedimiento, aunque no es necesario indicarlo así en el proyecto de artículos. En cambio, si el daño es el resultado de la violación de una norma de derecho internacional, el agotamiento de los recursos internos es una mera cuestión de procedimiento. El ejercicio de la protección diplomática podría darse incluso en el supuesto de que no se respetara la norma del agotamiento de los recursos internos, en cuyo caso la invocación de esta norma sería obviamente inútil, sobre todo porque en una serie de situaciones el hecho en cuestión podría no estar prohibido por la ley nacional.

16. El Sr. PELLET dice que le resulta algo difícil de entender la posición del Sr. Momtaz acerca de la doctrina de las «manos limpias». Lo que ha dicho el Sr. Momtaz le parece acertado, pero conduce a la conclusión equivocada. Es cierto que esa teoría todavía está por desarrollar en el campo de la protección diplomática, pero quizá sea ahora precisamente el momento de hacerlo. Esta cuestión ha preocupado desde hace mucho a los juristas, y en vez de discutir el problema y luego dejarlo, ha llegado el momento de que la Comisión lo resuelva. Hay efectivamente casos en que la legislación interna puede estar en contradicción con el derecho internacional, pero en este caso la cuestión será saber si la persona perjudicada estaba obligada a respetar la legislación interna. Probablemente se considerará que esa persona no tiene las manos sucias, sino que las tiene limpias, y en consecuencia no se

⁸ J. J. A. Salmon, «Des “mains propres” comme condition de la recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10 (1964), pág. 225.

planteará el problema. Aun así, se trataría de una excepción a la regla de las «manos limpias», y no entiende cómo se podría aducir eso como argumento para no considerar la cuestión. Piensa también que en general se supone que el derecho interno no está en contradicción con el derecho internacional.

17. El Sr. GAJA, refiriéndose primero al artículo 14, dice que está de acuerdo con el Relator Especial en que añadir el adjetivo «efectivos» a los recursos que deberán agotarse conforme al artículo 10 no significa que no se deba incluir una disposición más concreta sobre la eficacia. Esto es lo que se pretende enunciar en el artículo 14 con las disposiciones de los apartados *a*, *e* y *f*. Expresa su preferencia por la opción 2 del apartado *a*; aunque se podría redactar mejor, esa opción recoge la idea fundamental de que un recurso sólo debe agotarse si ofrece una posibilidad razonable de éxito. También sería mejor hablar de «recurso» en singular porque la eficacia de los recursos internos debe probarse recurso por recurso.

18. La excepción contemplada en el apartado *e*, la demora indebida, concierne a un aspecto de la eficacia que quizá habría que indicar expresamente. En su opinión, el texto debe hablar, no de «la demora indebida en ofrecer un recurso interno», sino de la demora del tribunal en tomar una decisión sobre el recurso que se haya utilizado. El problema estriba en que los tribunales tardan demasiado tiempo en tomar una decisión.

19. En cuanto al apartado *f*, si se impide utilizar una vía de recurso interno, habrá que concluir que no existe recurso alguno. La redacción de este apartado no corresponde a lo que se pretende. Los párrafos 100 y 101 del tercer informe se refieren a una situación diferente, esto es, a una en la cual se le niega a un extranjero la entrada en el territorio del Estado supuestamente responsable o existe un peligro para su seguridad si entra en ese territorio. Es muy raro que estos aspectos resulten decisivos si se pide una reparación por la vía civil. Normalmente no se requiere la presencia física del demandante en el territorio del Estado en el cual quiere hacer uso de su pretensión por la vía civil. La excepción debe circunscribirse a aquellos en los cuales la presencia física es una condición indispensable para el éxito del recurso ejercitado. Quizá bastase con mencionar esa posibilidad en el comentario como parte del criterio más general para determinar la eficacia de los recursos internos enunciado en el apartado *a* del artículo 14.

20. En lo concerniente al artículo 15, dice que no está seguro de que se deban incluir en el proyecto de artículos sobre este tema normas relativas a la práctica de la prueba. Si se decidiera incluirlas, la Comisión debería examinar también las cuestiones concernientes a la prueba de la nacionalidad. De todos modos, es difícil establecer cuáles son, si es que existen, las normas consuetudinarias en materia de práctica de la prueba. Existen grandes diferencias entre los países de derecho anglosajón y los países de tradición jurídica romanista en lo tocante a los principios más fundamentales, entre ellos la carga de la prueba. En los países de tradición jurídica romanista no existe el sistema de la prueba indiciaria. Esto tiene sus repercusiones en los tribunales internacionales. Las normas relativas a la práctica de la prueba también varían considerablemente, según el tipo de procedimiento internacional.

Existe una enorme diferencia entre el procedimiento que se sigue en la CIJ y los que aplican los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Además, el mismo órgano de uno de estos tratados puede aplicar normas diferentes relativas a la práctica de la prueba en cada fase del procedimiento. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede decidir que una demanda es inadmisibile por no haberse agotado los recursos internos, incluso sin que tenga que notificarlo al Estado demandado. Si se lo notifica, entonces la posición que éste adopte ante el agotamiento de los recursos internos tendrá su importancia, ya que si no objeta la resolución del Tribunal en la que éste determina que no se agotaron los recursos internos, el Tribunal no examinará por propia iniciativa la cuestión. En relación con esto también puede decirse que si un Estado plantea la cuestión del no agotamiento de los recursos internos, recaerá sobre él una carga de la prueba que excedería la que se impone al Estado demandado en otras instancias procesales internacionales. Al margen de lo que diga sobre la carga de la prueba, todo dependerá de los principios y reglas aplicables a cada procedimiento concreto.

21. Sirve de poco afirmar como principio general, como se hace en el párrafo 1 del artículo 15, que quien afirma algo debe probarlo. Se trata de una vieja máxima que de todos modos no es exacta. Lo que importa realmente no es lo que se afirma, sino el interés que pueda tener esa parte en acreditar determinado hecho que le parezca pertinente. Aunque el párrafo 1 menciona el agotamiento de los recursos internos, un principio general de ese tipo está totalmente fuera de lugar en un proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

22. La distinción «noruega» que se establece en el párrafo 2 del artículo 15 entre la existencia de un recurso interno, que debe probar el Estado demandado, y la ineficacia de ese recurso, que debe probar el Estado demandante, es un tanto artificial. Un recurso que no ofrezca ninguna posibilidad de éxito, esto es, que no sea eficaz, no es un recurso que sea necesario agotar. En consecuencia, el interés del Estado demandado no se limita a probar que existe el recurso. Debe también probar que éste ofrece posibilidades razonables de éxito. El lenguaje utilizado en el fallo sobre el asunto *ELSI* parece transmitir en parte la idea de que el Estado demandado sólo tiene que probar que existe un recurso interno. Pero no cabe la menor duda de que el recurso existía; lo que se discutía más bien era la eficacia del recurso al no haber en el momento en que se produjo el supuesto daño ningún precedente judicial pertinente. Se trataba más de una cuestión de eficacia del recurso que de su existencia o no.

23. Hay en la doctrina y en la jurisprudencia ejemplos que confirman que la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado en lo que se refiere al agotamiento de los recursos internos y que esa carga es más severa que otros aspectos concernientes a la admisibilidad o a cuestiones de fondo. Pero se pregunta si eso se debe a algo propio que tiene que ver específicamente con el agotamiento de los recursos internos o si existen otras razones. Por ejemplo, es muy difícil para la CIJ decidir si en un Estado existe un recurso eficaz. El Estado demandado está en mucha mejor situación que los jueces o el demandante para demostrar la existencia de recursos internos. También el Estado de nacionalidad es el que mejor puede

proporcionar pruebas sobre la nacionalidad de la persona. En este último caso la carga de la prueba recae sobre el Estado demandante. Por consiguiente, que el Estado sea el demandante o el demandado parece tener menos importancia que la posibilidad de aportar la prueba.

24. El Sr. BROWNLIE dice para empezar que quiere disipar toda impresión que pueda haber dado antes de ser excesivamente crítico con el tercer informe del Relator Especial, que de hecho es un modelo en su género.

25. Está de acuerdo en general con el planteamiento utilizado en el artículo 14, pero no con el tratamiento dado al requisito del vínculo voluntario en el apartado *c*, pues se dice que no es necesario agotar los recursos internos cuando no existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado. Lo que se afirma realmente en el comentario del Relator Especial es más bien una sugerencia. En el párrafo 70 se afirma que no hay fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo voluntario. Esto es cierto, pero no entiende qué conclusión se puede sacar de este hecho. La Comisión podría iniciar un desarrollo progresivo de esta cuestión, y sería un ejemplo clásico de intentar una tarea semejante teniendo en cuenta el antecedente de un gran número de principios ya existentes. Hacerlo no significaría partir de cero, pues existe abundante material sobre los recursos internos. Se trata exactamente de una cuestión ante la cual la Comisión debe adoptar una posición clara. Los párrafos 84 y 85 del informe, en los que parece sugerirse que la cuestión no se planteará con mucha frecuencia, se refieren a asuntos en los cuales se puede argumentar que existe un perjuicio directo al Estado de todos modos y que, en consecuencia, no se aplicaría la norma del agotamiento de los recursos internos. Pero con esto se elude la cuestión de si debe existir un vínculo voluntario. El párrafo 89 contiene también una conclusión bastante provisional, pero esencialmente negativa, sobre la cuestión de si la existencia del vínculo voluntario debe ser requisito para la aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos. Resulta desalentador que el Relator Especial haya evitado entrar a discutir una cuestión de política como ésta. Lo que ha hecho ha sido quejarse de que se trate de una cuestión de procedimiento o de fondo, no de que no se plantee tal cuestión, sino de que ésta sea la única cuestión teórica que parece haberse debatido. La Comisión debería ocuparse más directamente de las cuestiones de política. No está de acuerdo con la conclusión que se desprende del comentario de que la cuestión del vínculo voluntario es un tema puramente académico. Las circunstancias que rodearon el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* no son por desgracia tan excepcionales, y se trata ciertamente de una cuestión muy seria que es preciso abordar.

26. El Sr. Gaja está en lo cierto al decir que no necesario debatir separadamente el apartado *f* del artículo 14. Esta disposición se podría examinar dentro del debate sobre la cuestión general de la eficacia.

27. Con respecto al artículo 15 opina, como el Sr. Gaja, que no es necesaria tal disposición. Será difícil llegar a un acuerdo sobre la cuestión a que se refiere ese artículo. También le parece innecesario incluir un artículo consagrado expresamente a la carga de la prueba, que es una cuestión que se plantea en cualquier situación y que debe

ser abordada dentro de ese contexto; no le parece necesario que cada vez que se discute un problema haya que incluir una disposición al respecto.

28. El Sr. MOMTAZ dice que le complace que el Sr. Pellet haya admitido que la doctrina de las «manos limpias» todavía no ha tomado cuerpo. Es una cuestión que debe dejarse, no a la codificación, sino al desarrollo progresivo del derecho internacional.

29. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que sería mejor que los miembros de la Comisión se abstuvieran por el momento de comentar el apartado *c* del artículo 14, pues todavía no lo ha presentado. Refiriéndose a una observación que hizo el Sr. Brownlie, manifiesta que es indudable que toda persona que acepta actuar como Relator Especial escuchará inevitablemente duras críticas de otros miembros. Después de todo, esto forma parte de la naturaleza de los debates de la Comisión.

30. El Sr. Brownlie y el Sr. Gaja han suscitado una cuestión que habría que tratar con más profundidad, a saber, la de si hace falta verdaderamente incluir normas de procedimiento. El Sr. Gaja se ha referido al conflicto entre los enfoques propios del derecho anglosajón y los propios de la tradición jurídica romanista. En el ámbito del derecho penal actual, por ejemplo los tribunales especiales o la Corte Penal Internacional, el intento de llegar a una posición común es un aspecto muy importante. Se pregunta si no ha llegado el momento de que la Comisión intente establecer unos principios en materia de normas sobre la práctica de la prueba que fueran aplicables tanto a los países del derecho anglosajón como a los países de tradición jurídica romanista.

31. El PRESIDENTE agradece al Relator Especial su posición global sobre la cuestión objeto de debate.

32. La Sra. XUE dice que ella es partidaria de excluir del ámbito de la protección diplomática las cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe. El núcleo de la cuestión de la protección diplomática es el principio de nacionalidad, esto es, el vínculo entre un Estado y los nacionales suyos que se encuentran en el extranjero. Cuando un Estado afirma tener un interés jurídico en ejercitar la protección diplomática ante un hecho internacionalmente ilícito resultante de un perjuicio causado a un nacional suyo, el vínculo entre el interés jurídico y ese Estado debe ser la nacionalidad del nacional. En conjunto se puede decir que hasta el momento se ha respetado ese principio en todo el proyecto. Ahora bien, si se incluyeran las cuestiones mencionadas en el párrafo 16, incluso como casos excepcionales, esto afectaría inevitablemente a la naturaleza de las normas sobre la protección diplomática, ya que ampliarían excesivamente el derecho de los Estados a intervenir. Dados los antecedentes históricos de su aplicación, lo que acaba de decir no es en absoluto disparatado.

33. Comprende la preocupación por proteger a los funcionarios de organizaciones internacionales, pero se pregunta si a eso se le puede llamar protección diplomática. Si la Comisión está de acuerdo en excluir del ámbito del tema que se examina la protección de los funcionarios diplomáticos y consulares, habría que aplicar la misma lógica a los funcionarios de las organizaciones

internacionales. También el personal de las fuerzas armadas está protegido normalmente por el Estado al que pertenecen dichas fuerzas, pero esta protección como tal no se considera protección diplomática. Está de acuerdo con el Relator Especial en que esa protección funcional sea objeto de un estudio separado en caso de que se considere necesario examinarla.

34. En el caso de la tripulación de un buque o aeronave la cuestión radica, no en el tipo de protección que debe dispensar un Estado a sus nacionales en el extranjero, sino en cómo evitar reclamaciones contrapuestas de distintos Estados. Si el buque enarbola un pabellón de conveniencia, el Estado de matrícula no tendrá más interés en ejercer la protección diplomática sobre la tripulación que su propio Estado de nacionalidad si éste no lo hace. El derecho marítimo o el derecho aéreo deben ocuparse de la cuestión, si tal protección ha planteado realmente un problema en derecho internacional.

35. En la práctica se dan casos en los cuales un Estado delega el derecho de ejercer la protección diplomática de sus nacionales o sus intereses económicos en otro Estado cuando se han suspendido las relaciones diplomáticas o se trata de una emergencia, pero en este tipo de situaciones procede hablar más bien de representación anticipatoria que de protección diplomática. Está de acuerdo con el Sr. Mansfield en que es difícil imaginar que esa delegación culmine en un procedimiento judicial sin que haya intervención directa del Estado que delega.

36. El último caso mencionado en el párrafo 16 del tercer informe parece querer decir que el Estado o la organización internacional que administra o controla un territorio debe tener el derecho de ejercer la protección diplomática sobre los habitantes de ese territorio mientras se encuentran en el extranjero. Sin embargo, en la práctica, esa administración o control suele tener un carácter temporal hasta que se puede investir un gobierno legítimo; ese tipo de representación, aunque se ejerza con el fin de proteger los derechos humanos, no se debe calificar de protección diplomática.

37. Lo que más le preocupa del contenido de los artículos 12 y 13 es la distinción que se hace entre las violaciones del derecho interno y las violaciones del derecho internacional. Habría que reconsiderar el artículo 13 y lo mejor sería suprimirlo, mientras que se debería dar una redacción más severa al artículo 12 estableciendo en él la obligatoriedad de la norma del agotamiento de los recursos internos con respecto tanto al procedimiento como al fondo, si se quisiera diferenciar ambos aspectos. En ese caso sería esencial indicar cuáles serían las excepciones que se autorizarían a aquella norma.

38. El comentario del Relator Especial sobre el artículo 14 es muy útil, pero aunque se dan muchos casos de denegación de justicia en el terreno del procedimiento y existen numerosos estudios académicos sobre esta cuestión, no todos tienen las mismas opiniones acerca del tema. Además, algunas de las disposiciones redactadas para dar concreción a la norma de la inutilidad podrían dejar demasiado espacio para el juicio subjetivo del demandante, y por ejemplo el apartado *b* del artículo 14, relativo a la dispensa, se podría mejorar estudiando con mayor detalle las diferentes cuestiones que plantea la dispensa tácita.

39. En lo que se refiere al artículo 15, manifiesta que el Sr. Gaja ha señalado acertadamente que, a causa de las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos jurídicos, es difícil establecer reglas generales en el ámbito del derecho internacional.

40. Por último, se muestra renuente a entrar a discutir la norma de las «manos limpias»; como política, no se debe permitir que los demandantes utilicen la protección diplomática como medio de evitar la responsabilidad jurídica en que incurren como consecuencia de sus propios actos ilícitos según el derecho interno al que ellos mismos se han sometido voluntariamente.

41. El Sr. BROWNLIE dice que la distinción entre protección diplomática y protección funcional es válida en ciertas situaciones, como lo ha demostrado la CIJ en su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*. En cambio, no le ha convencido del todo la Sra. Xue cuando ha empleado esa distinción en relación con la protección diplomática ejercida en favor de miembros del personal de las fuerzas armadas. En este caso concreto lo que ocurre es que el Estado al que pertenecen las tropas hace valer su interés jurídico; lo mismo ocurre con las tripulaciones de buques o aeronaves, como se ha reconocido en varios fallos judiciales recientes.

42. La protección diplomática se suele considerar una cuestión en la que interviene la admisibilidad de la reclamación. Sin embargo, en realidad es a la vez la expresión de un interés jurídico y el instrumento mediante el cual un Estado hace valer ese interés al efectuar una reclamación diplomática. Cuando se somete un asunto a la CIJ o a un tribunal de arbitraje, suponiendo que no se plantee ningún problema de competencia o admisibilidad, la vertiente instrumental entra dentro del dominio del derecho y lo demás pertenece al terreno de los intereses nacionales. El principio de nacionalidad es desde luego la expresión principal del interés jurídico de los Estados en proteger a sus nacionales, empresas y organismos, pero la ley puede reconocer otras bases en las que fundamentar ese interés jurídico, por ejemplo, la pertenencia a las fuerzas armadas.

43. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO manifiesta su aprecio y respeto por la labor que ha realizado el Relator Especial en el complejo tema de la protección diplomática. Está de acuerdo en que al no poderse pronunciar con seguridad sobre las normas que han de regir la protección diplomática, la Comisión debe escoger entre las distintas normas posibles basándose en su equidad en la sociedad internacional contemporánea; la labor de la Comisión en este terreno es tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho, pero teniendo en cuenta los cambios que se producen constantemente en este ámbito.

44. La protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales (párr. 16 del informe) no se debe incluir en el proyecto de artículos porque constituye una excepción al principio de nacionalidad, que es fundamental para la cuestión de la protección diplomática. Esta protección, que ha sido tratada ampliamente por distintos juristas y por la CIJ, supone la personación de una organización internacional en nombre de sus funcionarios en una demanda contra el Estado del territorio, entendiéndose por éste el Estado en cuyo territorio aquellos funcionarios

han sufrido el daño, definición que habría que pensar en incluir en la lista de términos que se deberán definir en el proyecto de artículos. En su opinión consultiva sobre el asunto *Réparation*, la Corte ha indicado claramente que la reclamación presentada por la Organización se basaba, no en la nacionalidad de la víctima, sino en su condición de agente de la Organización. En su fallo relativo al asunto *Jurado*, el Tribunal Administrativo de la OIT afirmó también que los privilegios e inmunidades de los funcionarios de la OIT se concedían exclusivamente por razón de los intereses de la Organización.

45. Estas decisiones plantean cuestiones interesantes cuando el Estado de nacionalidad y una organización internacional entablan reclamaciones contrapuestas. Lo que sí debe estar claro es que, como ha señalado la CIJ en su opinión consultiva en el asunto *Réparation*, la posibilidad de competencia entre el derecho de protección diplomática del Estado y el derecho de protección funcional de la organización no pueden dar origen a dos reclamaciones o dos actos de reparación. En consecuencia, aunque está de acuerdo en que las cuestiones mencionadas en los párrafos 16 y 17 del tercer informe no caen dentro del ámbito del tema que se discute, sí podrían justificar que se debatiese la necesidad de limitar las reclamaciones y reparaciones.

46. Es preciso llegar a un equilibrio entre el principio general según el cual deben agotarse los recursos internos, aspecto que debe quedar indicado claramente, y las excepciones a esa norma. La inutilidad de los recursos internos es una cuestión compleja porque entraña un juicio subjetivo y también por la relación que tiene con la carga de la prueba; en efecto, plantea el problema de si el Estado de nacionalidad puede presentar una reclamación ante un tribunal internacional apoyándose exclusivamente en su creencia de que los recursos internos son por varios motivos inútiles. Aunque no se puede ignorar esta cuestión, se la debe enfocar con mucho cuidado. La Comisión no debe dar la impresión de que establece un principio de jurisdicción complementaria otorgando la competencia a un órgano internacional en aquellos casos en que, en opinión del reclamante, los recursos internos o no existen o son ineficaces. Es importante tener en cuenta la posición adoptada por la CIJ en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* e impedir interpretaciones extremas sea a favor del Estado reclamante, sea a favor del Estado del territorio. Por eso, como ha concluido el Relator Especial (párr. 45 del informe), la tercera opción presentada en el apartado *a* del artículo 14 del proyecto resulta preferible como base para redactar una disposición que sea adecuada. Los apartados *e* y *f* del artículo 14 plantean cuestiones que, aunque sean importantes, no son estrictamente esenciales desde el punto de vista del tema que se discute.

47. El Sr. OPERTTI BADAN dice que todavía no ha escuchado ninguna razón de fondo para incluir o excluir las cuatro situaciones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe. La protección funcional de sus funcionarios por las organizaciones internacionales es normalmente un asunto que deben decidir de mutuo acuerdo los Estados y las organizaciones que trabajan en su territorio; la protección diplomática no es la vía a la que se deba acudir en primer lugar. Las reclamaciones presentadas en nombre de las tripulaciones o los pasajeros de buques, que pueden ser buques que operan en zonas de gran actividad pes-

quera o buques de investigación científica que se encuentran en aguas territoriales, pueden plantear cuestiones difíciles de resolver. Un Estado no puede delegar el derecho de ejercer la protección diplomática a menos que se vea en la imposibilidad de ejercer ese derecho. Por último, piensa en una situación hipotética en la cual el Estado de nacionalidad hubiera ejercido la protección diplomática en nombre de nacionales suyos que se encontraban bajo la administración de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) tras la intervención de la OTAN. Sería útil que el Relator Especial diera más detalles acerca de las referidas cuatro cuestiones para que la Comisión pueda decidir si las excluye del examen del tema de la protección diplomática. Se impone un debate más amplio, pero también más completo.

48. La Sra. XUE dice que, aunque agradece la aclaración que ha hecho el Sr. Brownlie, el problema principal es el de la conexión entre el Estado reclamante y la persona. Es importante justificar el ejercicio de la protección diplomática por los Estados. Cuando se trasladan al extranjero, los ciudadanos privados establecen un vínculo voluntario que les somete al derecho interno del Estado que los acoge. En cambio, los funcionarios diplomáticos o consulares no crean tal vínculo, como tampoco lo hacen los miembros de las fuerzas armadas o las tripulaciones de buques y aeronaves. Debe también quedar claro que el Estado reclamante no puede intervenir a menos que el Estado del territorio no ofrezca a los nacionales extranjeros una protección acorde con el derecho internacional. Además, si bien la reparación de los daños sufridos por funcionarios de organizaciones internacionales es en efecto una cuestión que cae dentro del ámbito del derecho internacional, lo que más debe interesar a la Comisión es la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Es importante no confundir la protección funcional con la protección diplomática.

49. El Sr. SIMMA señala que varios miembros han expresado sus dudas de que se dé en la práctica el caso de que un Estado ejerza la protección diplomática sobre el nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho (párr. 16 del informe). Se pregunta si ese caso hipotético se basa en una interpretación equivocada del artículo 8 C del Tratado de la Unión Europea, que afirma que «todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». Ahora bien, esa situación no es un caso de protección diplomática, sino más bien de protección consular normal de los nacionales.

50. El Sr. DUGARD (Relator Especial) está de acuerdo en que la delegación de la protección en el ámbito de la Unión Europea no se puede considerar protección diplomática, aparte de que esta cuestión también ha sido abordada en el proyecto de artículo 9.

51. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que la protección funcional de sus funcionarios por organizaciones internacionales se basa en la condición del funcionario de agente de la organización, lo que trae por consecuencia que esa organización pueda presentar una reclamación

contra un Estado que no sea siquiera miembro de ella, mientras que la protección diplomática se basa en un vínculo de nacionalidad.

Se levanta la sesión a las 11.45 horas.

2715.ª SESIÓN

Viernes 3 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. La Sra. ESCARAMEIA, volviendo sobre la cuestión del carácter de la norma del agotamiento de los recursos internos, planteada en relación con los artículos 12 y 13 que figuran en el segundo informe (A/CN.4/514), y completando sus observaciones formuladas en una sesión anterior, señala, esclarecida por el debate, que esa norma, si bien pertenece al ámbito del procedimiento, también atañe al fondo en sus aspectos prácticos. Señala al respecto que deberían hacerse excepciones para tener en cuenta las situaciones en que su aplicación resulta injusta, por ejemplo, en los casos de cambio de nacionalidad o de rechazo de la competencia de un tribunal internacional. No obstante, habría que comenzar por determinar el momento en que nace el derecho del Estado de hacer valer la protección diplomática, que sería probablemente el mo-

mento en que su nacional resulta perjudicado. Pasando al tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) y al artículo 14, en particular su apartado *a* (inutilidad), la Sra. Escarameia se suma a la opinión del Relator Especial y al consenso que parece formarse en favor de la opción 3, a saber, que no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. A su juicio son pertinentes los apartados *e* (demora indebida) y *f* (denegación de acceso).

2. A propósito del artículo 15, la Sra. Escarameia considera que el párrafo 1 es útil y ocupa un lugar central en el proyecto. En cuanto al párrafo 2, está de acuerdo con el Sr. Gaja en que es menos importante probar que existen los recursos internos que probar que son eficaces. Cree entender que el Relator Especial comparte esa opinión. Se trata entonces de un problema de formulación, que compete al Comité de Redacción.

3. En cuanto a la orientación futura del proyecto de artículos, y en particular al párrafo 16 del tercer informe, la Sra. Escarameia comparte parcialmente las opiniones del Relator Especial sobre la ampliación del ámbito del proyecto. Cree, por ejemplo, que la cuestión de la delegación a otro Estado del derecho de ejercer la protección diplomática es demasiado específica y excepcional para inscribirse en el marco del proyecto. En cuanto a la cuestión de la protección funcional de las organizaciones internacionales, la Sra. Escarameia dice que ha apreciado la intervención del Sr. Momtaz de la sesión anterior. Esa cuestión, incluso si se ha planteado ante los tribunales, todavía no se ha resuelto si bien cobra cada vez mayor trascendencia, y debería ser objeto de un estudio a fondo, tal vez aparte. Además, la Sra. Escarameia piensa que la cuestión de la ampliación del proyecto para incluir el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a presentar un reclamo en nombre de los tripulantes, y eventualmente también de los pasajeros, cualquiera sea la nacionalidad de las personas interesadas, merece mayor consideración. Comprende las reservas del Relator Especial actual y del anterior. No obstante, el asunto *Saiga* justifica una reflexión más profunda sobre este tema. Por el contrario, la Sra. Escarameia considera de particular interés la protección en el caso en que una organización internacional administra un territorio, como ha sido el caso en Kosovo o Timor Oriental. En su calidad de tal, la organización internacional es titular de todas las funciones que corresponden a un Estado y debe brindar protección a una población librada a su suerte, cuyos miembros son tal vez apátridas o no poseen una nacionalidad bien definida. Esta cuestión merece ser incluida en el proyecto de artículos que se examina.

4. Por último, en lo que respecta a la cuestión del vínculo de la nacionalidad, la Sra. Escarameia considera que en otra época la cuestión revestía interés, cuando los Estados eran los únicos actores, pero que ahora ese interés se ha perdido en parte puesto que las organizaciones internacionales y otros actores ocupan un lugar cada vez más destacado paralelamente a los Estados. La Comisión debería tener en cuenta esta realidad.

5. El Sr. PELLET está en desacuerdo con la Sra. Escarameia sobre dos puntos importantes.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

6. En primer lugar, cree que, en general, la Comisión debe dar al Relator Especial una orientación clara en el sentido de que la protección diplomática es una protección ejercida por el Estado. La cuestión de la protección ejercida por las organizaciones internacionales debería examinarse más tarde, o tal vez incluirse en el marco del sujeto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

7. En segundo lugar, el Sr. Pellet, tras haber escuchado la intervención de la Sra. Escarameia, juzga inoportuno el enfoque principio-excepciones que ella defiende. Es partidario de ese enfoque siempre y cuando no se salga del tema, que es la protección diplomática; el principio es que se deben agotar los recursos internos, principio que puede sufrir algunas excepciones, como las enunciadas en el artículo 14 propuesto por el Relator Especial. Según la Sra. Escarameia, la primera etapa consistiría en determinar el momento en que se produce el hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, esta cuestión pertenece al ámbito de la responsabilidad de los Estados, y se la ha excluido sin ningún motivo. Para que se ejerza la protección diplomática tiene que haberse cometido un hecho internacionalmente ilícito y la única cuestión que se plantea es la de saber a partir de qué momento se puede ejercer esa protección.

8. El Sr. MOMTAZ, refiriéndose a la cuestión del ejercicio eventual de la protección diplomática por el Estado de nacionalidad de un buque o una aeronave, mencionada por el Relator Especial a propósito del asunto *Saiga* presentado ante el TIDM, se pregunta si en definitiva ese asunto se trataba verdaderamente de la protección diplomática ejercida en favor de los miembros de la tripulación de un buque, o de una intervención en favor de su pronta liberación, intervención prevista expresamente en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Pronta liberación de buques y de sus tripulaciones). Esta cuestión es sumamente delicada y merece una reflexión más profunda.

9. El Sr. DUGARD (Relator Especial) apoya las observaciones del Sr. Pellet. No es indiferente a la idea de hacer un estudio sobre la protección ejercida por las organizaciones internacionales, pero esta importante cuestión forma parte del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. El proyecto de artículos que se examina se basa en los principios tradicionales del derecho internacional y sería fastidioso ir más allá de esos principios.

10. El Sr. OPERTTI BADAN no puede admitir que el ejercicio de la protección diplomática se extienda a las organizaciones internacionales. En efecto, la protección diplomática se basa en el vínculo de la nacionalidad, mientras que los funcionarios actúan expresamente en función y en nombre de las organizaciones internacionales que los emplean y no en función de su nacionalidad.

11. En cuanto a la cuestión de la protección de los miembros de la tripulación de un buque, el Sr. Opertti Badan precisa que está contemplada no solamente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, sino también en otros acuerdos internacionales anteriores, como el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, suscrito entre la Argentina y el Uruguay y en

vigor desde 1974⁴. Esta cuestión requiere un examen más a fondo de otros instrumentos internacionales. El Sr. Opertti Badan recuerda al respecto que la cuestión del control de la pesca compete fundamentalmente a la policía puesto que se trata de proteger las especies y evitar la sobreexplotación de la pesca fuera de las zonas autorizadas. Evidentemente, esta cuestión no está estrictamente comprendida en el marco de la protección diplomática.

12. Por esos motivos, el Sr. Opertti Badan se opone a extender el tema en estudio a cuestiones que no están comprendidas en su marco jurídico.

13. El Sr. TOMKA, refiriéndose a la protección funcional, recuerda que al iniciar los trabajos estaba previsto centrar el tema en la protección diplomática ejercida por el Estado de nacionalidad. La Comisión debería atenerse a ello para terminar su labor en un plazo razonable.

14. El Sr. Tomka está de acuerdo con el Sr. Momtaz en que el ejemplo del asunto *Saiga* debe ser examinado cuidadosamente. Este asunto se ha sometido al TIDM en virtud de las disposiciones especiales previstas en el artículo 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y no como caso general de protección diplomática.

15. El Sr. GAJA señala que no se hace referencia a la primera decisión en el asunto *Saiga*, relativa a la pronta liberación del buque, sino a la segunda, por la cual el TIDM otorgó una reparación a los miembros de la tripulación que no tenían la nacionalidad del buque. Por consiguiente, no se trataba de una cuestión de protección del buque como tal.

16. Según algunos miembros de la Comisión, la delegación del ejercicio de la protección diplomática se saldría del marco del tema en estudio porque la delegación no comprendería las demandas relacionadas con los actos internacionales. Sin embargo, en el caso en que un Estado A que no tiene relaciones diplomáticas con un Estado X delegara el ejercicio de la protección diplomática a un Estado B, ¿por qué debería el Estado B abstenerse de solicitar al Estado X el cese de determinada conducta una vez que ésta fuera internacionalmente ilícita?

17. El Sr. GALICKI dice que preferiría no incluir en el proyecto de artículos las cuestiones vinculadas con la nacionalidad de un buque o una aeronave. Los principios jurídicos que permiten resolver ese tipo de situación ya se han incluido en el derecho internacional, en particular en numerosos instrumentos, como el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, que enuncia, por ejemplo, la obligación de autorizar a la tripulación y a los pasajeros eventuales a continuar su viaje. En ese caso, el factor determinante es el vínculo especial existente entre el Estado de nacionalidad o el Estado de matriculación y un buque o una aeronave determinados. No se trata de personas, e incluso si los instrumentos internacionales en cuestión confieren en algunos casos a un Estado el derecho de ejercer prerrogativas que a primera vista pueden presentar una similitud con la protección diplomática, esta protección es de otra

⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1295, n.º 21424, pág. 306.

índole. No corresponde entonces examinar esas cuestiones bajo el tema de la protección diplomática.

18. El Sr. MANSFIELD apoya la opinión de la Sra. Escameia de que son importantes determinadas cuestiones vinculadas a la nacionalidad de las reclamaciones mencionadas por el Relator Especial en el párrafo 16 de su tercer informe, es decir, la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios y el caso en que un Estado o una organización internacional administra o controla un territorio. Sin embargo, comparte también la opinión del Relator Especial, que ha señalado que la Comisión había comenzado a examinar el tema desde una cierta perspectiva y que sería probablemente más cómodo mantener esa posición por una serie de razones, en particular para facilitar la redacción. Además, a propósito de la delegación de competencia, el ejemplo utilizado por el Sr. Gaja es interesante. Desde un punto de vista práctico, sin embargo, en ese tipo de situación, aunque un Estado puede adoptar toda una serie de medidas en nombre de otro Estado, es probable que en la mayoría de los casos no formule una reclamación oficial. Por ello, sigue pensando que es preferible excluir esas cuestiones del tema.

19. La Sra. ESCARAMEIA teme que sus observaciones no se hayan interpretado correctamente. En primer lugar, el Sr. Pellet indicó que lo que interesaba a la Comisión era el momento en que nace el derecho a formular una reclamación. La Sra. Escameia está totalmente de acuerdo con él. Tal vez no se expresó de manera suficientemente clara. No hay entonces desacuerdo sobre ese punto: está de acuerdo en que los artículos 12 y 13 deben referirse al momento en que nace el derecho a la reclamación y simplemente mencionar que puede haber excepciones en algunos casos en que la estricta aplicación de esa regla conduciría a un resultado injusto. En segundo lugar, cuando el Sr. Opertti Badan se refirió a las organizaciones internacionales, la Sra. Escameia se pregunta si hacía alusión a lo que ella había dicho anteriormente. Al parecer se dijo que las organizaciones internacionales podrían ejercer una protección funcional, pero no una protección diplomática. Pero a lo que desea referirse la oradora es a las relaciones entre las organizaciones internacionales y algunas personas que viven en los territorios administrados por ellas. La nacionalidad de esas personas no siempre está claramente establecida y muchas de ellas son en efecto apátridas, como en el caso de Timor Oriental. Eso significa que en caso de incidente esas personas no reciben ninguna protección y las organizaciones internacionales podrían ejercer entonces una protección diplomática en su favor.

20. El Sr. BROWNLIE reconoce que se trata de una cuestión importante pero teme que complique los trabajos de la Comisión y estima que sería mejor no incluirla en el tema.

21. El PRESIDENTE dice que la confusión tal vez se deba al hecho de que no se ha distinguido de manera suficientemente clara entre el papel de una potencia administradora en general y el de una organización internacional.

22. El Sr. BROWNLIE piensa que la Comisión debería evitar abordar cuestiones espinosas, como la situación en

que se encuentra Timor Oriental. Es imposible afirmar que las competencias especiales y temporales transferidas a las Naciones Unidas son análogas a las de un Estado que administra un territorio en fideicomiso. Volviendo a la cuestión de la tripulación de un buque o una aeronave, el orador lamenta que varios miembros de la Comisión hayan tenido cierta reticencia a tener en cuenta varios casos concretos que se han señalado, en particular el caso *Saiga*. Como ha señalado el Sr. Gaja, no se pueden dejar de lado esas situaciones puesto que entran en el campo de aplicación de proyecto de artículos sobre la protección diplomática. El Sr. Brownlie recuerda el quinquenio precedente durante el cual la Comisión tenía tendencia a transformar casi todos los temas en problemas de derechos humanos. Sin llegar a una situación similar, estima que, en efecto, hay una relación entre la protección diplomática y los derechos humanos, puesto que la primera constituye uno de los medios por los que una persona puede hacer valer sus derechos. Además, existen numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, que a veces se superponen y constituyen garantías suplementarias. El hecho de que una persona pueda beneficiarse de una protección por parte del Estado de nacionalidad del buque o la aeronave aporta un elemento de seguridad suplementario y no cabe menos que congratularse por ello.

23. El Sr. CHEE dice, a propósito del párrafo 16 del tercer informe sobre la protección diplomática, que la cuestión de la nacionalidad de un buque o una aeronave puede parecer relativamente sencilla en teoría pero que, en la práctica, puede tropezar con todo tipo de dificultades. Por ejemplo, los miembros de la tripulación pueden ser de distintas nacionalidades, o puede haber varios propietarios, por lo que sería sumamente difícil elaborar reglas aplicables en todos los casos. Por consiguiente, sería más razonable excluir esas cuestiones del tema. Además, en lo que respecta al tipo de protección ejercida por las organizaciones internacionales, tal vez sería conveniente, a los efectos de la claridad, utilizar un término distinto de la «protección diplomática».

24. El Sr. KOSKENNIEMI, comentando la intervención de la Sra. Escameia, considera sumamente pertinente la propuesta de por lo menos prever la inclusión en el tema que se examina de la protección que las organizaciones internacionales pueden ejercer con respecto las personas que viven en los territorios que administran. Efectivamente, hay una diferencia entre ese tipo de protección y la protección funcional, que queda fuera del marco del tema. En cambio, el orador sólo está parcialmente de acuerdo con el Relator Especial cuando éste afirma que convendría no alejarse demasiado del derecho internacional tradicional. Estima que habría que abordar los nuevos temas vinculados a las cuestiones de actualidad y que nada impide hacerlo desde el punto de vista del derecho internacional tradicional. Recuerda además que la protección delegada a las organizaciones internacionales no dispensa en nada a los Estados miembros de sus obligaciones hacia sus nacionales.

25. El Sr. DAOUDI dice que ha pasado varios años estudiando el tema de la delegación de la competencia y que ha podido constatar que hay varios tipos de situaciones en distintas esferas del derecho internacional público. A su juicio, esos casos no constituyen una excepción a las reglas del derecho internacional sino que, por el

contrario, constituyen una aplicación y una confirmación de las reglas. Menciona además que se prevé ese tipo de situaciones en distintos instrumentos, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En el ámbito de la protección diplomática cabe señalar que el vínculo de nacionalidad con el primer Estado no se modifica, y que el segundo Estado no hace sino ejercer un derecho que pertenece al primero. En cuanto a la protección funcional, abarca situaciones totalmente diferentes que deben estudiarse en un contexto distinto de la protección diplomática.

26. La Sra. XUE dice que no se trata de saber si las personas que se encuentran en el tipo de situaciones mencionadas deberían o no ser protegidas en virtud del derecho internacional, sino por qué esta situación debe plantearse en el marco del examen de la protección diplomática. Para la protección diplomática, la presunción es que todo Estado tiene normalmente el deber de proteger a los extranjeros que se encuentran en su territorio. Cuando esta protección resulta insuficiente o imposible, el derecho internacional interviene y el Estado de nacionalidad puede ayudar a sus nacionales. Puesto que las situaciones a las que se refiere el párrafo 16 del informe son distintas, la cuestión de la protección no entra en el marco del tema.

27. El Sr. CANDIOTI está de acuerdo con los miembros que estiman que la cuestión de la protección funcional de los funcionarios por las organizaciones internacionales no debe tratarse en el marco de la protección diplomática sino más bien cuando se examine la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, o tal vez como subtema de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos. Se trata, en efecto, de una forma de aplicación de la responsabilidad internacional. En cuanto a la cuestión de si un Estado puede delegar sus derechos, ésta no se ha examinado suficientemente. Se ha hablado de la protección diplomática como de un derecho discrecional del Estado. Tal vez sea pertinente precisar en el comentario del artículo 3 si el Estado puede delegar o no un derecho discrecional. Por su parte, el Sr. Candiotti estima que el Estado tiene buenas razones para delegar en otros sujetos de derecho internacional el ejercicio de la protección diplomática en favor de un nacional u otra persona verdaderamente vinculada a él en el marco de las excepciones previstas al principio de la nacionalidad. Pero se trata naturalmente de la protección diplomática y en esta esfera rigen reglas bien precisas en materia de nacionalidad y de agotamiento de los recursos internos, por lo que no hay que confundirla con otras formas de protección de las personas o los intereses, que pueden ser muchas y que se inscriben en el marco de las instituciones del derecho internacional.

28. El Sr. ADDO felicita al Relator Especial por la exhaustividad con que ha tratado el tema del agotamiento de los recursos internos. Por su parte, no es partidario de ampliar el ámbito del actual proyecto de artículos a fin de incluir la cuestión de la protección funcional u otras cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe. A su juicio, toda tentativa en ese sentido conduciría a la Comisión a un atolladero. Además, esas cuestiones, si bien son importantes, no están comprendidas en el tema de la protección diplomática propiamente dicha.

29. La norma del agotamiento de los recursos internos es una norma de derecho internacional consuetudinario universalmente aceptada. Se aplica en todos los procedimientos internacionales, ya se trate de decisiones judiciales, arbitrales o de conciliación. Pero la reclamación del interesado debe presentarse ante tribunales u órganos administrativos locales habilitados para examinar reclamaciones. Esta norma está bien ilustrada por la jurisprudencia internacional, en particular las decisiones pronunciadas en los asuntos *Ambatielos* y *Arbitrage relatif aux navires finlandais*. Además, en el asunto *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que la existencia de los recursos internos debía ser cierta no sólo en la teoría sino también en la práctica. En casi todos los instrumentos internacionales o regionales de derechos humanos existe una disposición sobre la necesidad de haber agotado los recursos internos antes de someter el caso a los distintos mecanismos internacionales. Esto confirma la aceptación universal de esta norma y su generalización, puesto que está establecida no solamente en el derecho internacional consuetudinario sino también en el derecho convencional.

30. Para el Sr. Addo, la norma de los recursos internos es una norma de procedimiento y no de fondo. Pero estima que la Comisión, en su labor de codificación, no debería preocuparse más de la cuenta. Lo que es importante a su juicio es que esta norma determina si se cumple o respeta la condición previa a la presentación de una reclamación en el plano internacional por un Estado en nombre de uno de sus nacionales. A ese respecto, y contrariamente a lo que han dicho con gran elocuencia otros miembros, es útil el artículo 12 propuesto por el Relator Especial. Sin embargo, convendría suprimir las palabras «de procedimiento» a fin de atender a las preocupaciones de quienes insisten en que se trata de una norma de fondo. Con sujeción a esta reserva, el Sr. Addo propone que el proyecto de artículo se envíe al Comité de Redacción.

31. En cuanto al artículo 13, el Sr. Addo no tiene todavía una posición bien definida, aunque se inclina a pensar que convendría suprimirlo ya que podría arrastrar a la Comisión a una controversia inútil y crear más dificultades que las que puede resolver.

32. Los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 son, a su juicio, perfectamente pertinentes y útiles. La norma del agotamiento de los recursos internos no es absoluta y no tiene objeto cuando las vías de recursos son manifiestamente ineficaces o inexistentes. El criterio de la ineficacia debe ser el objetivo. Tal es el caso, por ejemplo, de los procedimientos indebida e injustificadamente prolongados o que no tienen posibilidades de éxito, o de tribunales nacionales que están totalmente sometidos al poder ejecutivo.

33. En cuanto al artículo 15, el Sr. Addo conviene con el Relator Especial en que la carga de la prueba es difícil de codificar y, por su parte, piensa que lo mejor sería abstenerse de toda tentativa de codificación. Si fuera necesario hacerlo, sería favorable a la propuesta de Kokott⁵, que se reproduce en el párrafo 103 del tercer informe.

34. El Sr. FOMBA se pregunta si el artículo 15 abarca todas las preocupaciones de los Estados, o por lo menos

⁵ Véase 2712.ª sesión, nota 9.

sus preocupaciones principales, y cuál es el grado de inserción del contenido de las normas propuestas en el derecho internacional positivo. El Relator Especial examina la cuestión de la carga de la prueba a la luz de todas las fuentes informacionales disponibles y llega a la conclusión, en el párrafo 117 del tercer informe, de que es difícil e imprudente establecer una norma concreta, salvo decir que la carga de la prueba debe ser compartida por las partes, alternando continuamente entre una y otra a lo largo del caso, y que la carga de probar una afirmación recae sobre la parte que la hace. El Sr. Fomba estima que corresponde a la Comisión extraer las consecuencias, y de la mejor manera posible. En cuanto a las cuestiones sobre las que el Relator Especial invita a la Comisión a pronunciarse en el párrafo 118, el Sr. Fomba admite que no tiene una posición concreta por el momento. No obstante, comparte en gran medida las conclusiones preliminares del Relator Especial.

35. En cuanto a si es necesario codificar el principio general enunciado en el párrafo 1 del artículo 15, el Sr. Fomba recuerda la definición de codificación que figura en el artículo 15 del estatuto de la Comisión («la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas»). Es cierto que esta definición se ha utilizado por comodidad, pero cabe preguntarse si se cumplen en el presente caso los criterios establecidos, y que en qué medida. Al parecer así lo estima el Relator Especial, puesto que en el párrafo 102 de su informe dice que generalmente se considera que la carga de la prueba recae sobre la parte que hace una afirmación. Por otro lado, cabría interrogarse sobre la necesidad de contar con una disposición de esa índole que, en términos absolutos, parece ser dictada por el carácter contencioso y contradictorio de la cuestión de los recursos internos, pero también por el deseo de garantizar una administración de justicia sana y equilibrada. Por consiguiente, sería necesario una reflexión más profunda, pero eso depende de la medida en que se estime necesario preparar el camino para los jueces y las partes con el ánimo de facilitar su trabajo.

36. En cuanto a la cuestión de la codificación del párrafo 2 del artículo 15, el Sr. Fomba estima que podría preverse *a priori*, en caso de que no haya un acuerdo sobre el párrafo 1, una disposición similar a la que figura en el párrafo 2, aunque a reserva de resolver los eventuales problemas de fondo y/o forma. Sin embargo, no tiene una propuesta concreta que hacer por el momento.

37. En lo que respecta a la propuesta de Kokott, el Sr. Fomba observa que el Relator Especial la califica de «breve, pero precisa». Se la podría adoptar en la medida en que es útil y menos problemática en cuanto al fondo y a la forma. Pero también son posibles otras formulaciones. El Sr. Fomba no tiene ninguna preferencia especial entre una u otra solución propuesta por el Relator Especial, por lo que se reserva su posición al respecto.

Se levanta la sesión a las 11.30 horas.

2716.ª SESIÓN

Martes 7 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escrameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. SIMMA sabe muy bien que al comentar los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14 y el artículo 15 pasa por un terreno muy trillado. Sin embargo, le parece que, en aras del consenso sobre el proyecto de artículos, merece la pena arriesgarse a repetir cosas que ya se han dicho.

2. En general, las propuestas relativas al artículo 14 son razonables y están bien equilibradas. El Relator Especial ha seguido el principio según el cual la renuncia a la exigencia de agotar los recursos internos no debería ser demasiado fácil: los hechos ilícitos cometidos contra extranjeros deberían, en la medida de lo posible, ser corregidos por el propio mecanismo legal y judicial de un Estado. La opción 2 del apartado *a* del artículo 14, es decir, que no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrezcan posibilidades razonables de éxito, no exige que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos se tome suficientemente en serio, dispensando con demasiada facilidad al demandante del respeto de esa norma. La afirmación de Fitzmaurice citada por el Relator Especial en el párrafo 35 de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), de que «el simple hecho de que no existe la posibilidad razonable de que el reclamante obtenga el recurso, porque su caso es jurídicamente carente de mérito, no constituye el tipo de ausencia de posibilidad razonable que desplaza la norma de los

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

recursos internos»⁴, es muy pertinente a este respecto. Debe haber una posibilidad razonable no de obtener un recurso, sino de que exista un recurso efectivo.

3. Según el párrafo 31 del informe, la opción 1, es decir, que no es necesario agotar los recursos internos cuando esos recursos sean obviamente inútiles, significa que debe ser «obvio y manifiestamente claro que el recurso interno no tendrá éxito». Si se aplicara ese criterio, el umbral sería demasiado alto y sería demasiado grande el riesgo para el demandante. Así, la opción 3, según la cual no es necesario agotar los recursos internos cuando no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo, se sitúa en una posición media adecuada y ofrece una visión equilibrada, aunque la repetición en el texto requiere algunos cambios editoriales.

4. A su entender, el apartado *e* del artículo 14, relativo a la demora indebida, no es superfluo considerando el apartado *a* del artículo 14. Los casos a que se refieren los apartados *a* y *e* del artículo 14 son en cierto modo consecutivos: un remedio interno existente que al principio puede parecer una «posibilidad razonable» en el sentido del apartado *a* del artículo 14 se puede después abandonar considerando la demora indebida en su aplicación. Por supuesto, la aplicación del apartado *e* del artículo 14 dependerá mucho de las circunstancias individuales: puede entrañar una litigación complicada o bien la demora indebida puede deberse en parte al demandante. Y sin embargo no parece posible encontrar un término más preciso que «indebida» para cubrir todas esas posibilidades. Las normas establecidas en la jurisprudencia sobre derechos humanos relativa, por ejemplo, al artículo 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos), sobre las debidas garantías procesales, quizás ofrezcan algunas orientaciones en cuanto a la utilización del término en el derecho internacional general.

5. En cuanto al apartado *f* del artículo 14, sobre la falta de acceso a las instituciones, su impresión es que tanto el Relator Especial como Kokott, relatora de la Asociación de Derecho Internacional, interpretan esa excepción de manera estricta y física. El Sr. Gaja y otros se han referido al hecho de que no sería necesario que la persona agraviada tenga acceso personalmente a los tribunales si, por ejemplo, se ha designado a un abogado para representarla. Sin embargo, por lo menos en los comentarios debería hacerse alguna referencia al problema que se plantea cuando se disuade mediante intimidación a la persona o a su abogado de ocuparse del asunto. También será necesaria una disposición de ese tipo en los casos en que se requiera la presencia física de la persona en las actuaciones judiciales internas. No obstante, sigue planteándose la cuestión de si el caso a que se refiere el apartado *f* del artículo 14 no puede considerarse que esté cubierto por el apartado *a*. El argumento del Relator Especial a este respecto, expuesto en la última frase del párrafo 100 del informe, no es convincente. Sería mejor suprimir el apartado *f* del artículo 14 e incluir los argumentos pertinentes expuestos en el informe y durante el debate en el comentario al apartado *a*.

6. En lo que se refiere al artículo 15, comparte las dudas expuestas por diversos miembros en cuanto a la pertinencia de la jurisprudencia de derechos humanos elaborada sobre la base de disposiciones concretas derivadas de tratados en el marco de un sistema procesal para la tarea de delimitar la carga de la prueba en el derecho internacional general. Aunque la norma propuesta por el Relator Especial tiene a su favor su simplicidad, en la práctica la situación será forzosamente mucho más compleja. En sus comentarios (párrs. 105, 106, 114 y 116 del informe), el Relator Especial parece adoptar una posición mucho más circunspecta en cuanto a la necesidad del artículo. Personalmente no ve la necesidad de la disposición, ni desde el punto de vista sistemático ni desde el punto de vista de la política. En consecuencia, los apartados *a* y *e* del artículo 14 deberían remitirse al Comité de Redacción y deberían suprimirse el apartado *f* del artículo 14 y el artículo 15.

7. El Sr. KOSKENNIEMI, hablando primero sobre los artículos 12 y 13, elogia al Relator Especial por su análisis muy esclarecedor de la distinción entre normas procesales y normas sustantivas, análisis que, no obstante, no apoya realmente los propios artículos. Su conclusión es que la Comisión podría prescindir de cualquiera de los dos artículos. La idea del agotamiento de los recursos internos como norma sustantiva equivale, como ha señalado el Relator Especial, a considerarlo una denegación de justicia, que es en primer lugar una norma primaria cuyo incumplimiento constituye el hecho ilícito. Por otra parte, la denegación de justicia es también una cuestión compleja que, hablando estrictamente, está fuera del ámbito de la protección diplomática. En su opinión, la denegación de justicia está estrechamente vinculada a los diversos arreglos detallados que existen, por ejemplo, entre los países nórdicos sobre la no discriminación y la igualdad de acceso, y daba lugar a diversos criterios complejos sobre cuya base se podía definir la denegación de justicia.

8. El artículo 13 trataba muy de pasada la cuestión de la denegación de justicia como un caso en el que el no agotamiento de los recursos internos sería en sí una violación. Si se considera que la denegación de justicia no es necesaria –por ejemplo, porque incluirla requeriría definir con mucho más detalle lo que constituye una denegación de acceso o un trato discriminatorio a los extranjeros en el contexto de los procedimientos internos– entonces no será necesario el artículo 13.

9. De hecho, se plantea la cuestión de cuál es la finalidad del artículo 12, que mantiene la simetría de la «tercera posición» expuesta por el Relator Especial yuxtaponiendo los planteamientos sustantivo y de procedimiento de los artículos 13 y 12 respectivamente. Si se suprime el artículo 13 el concepto del agotamiento de los recursos internos será exclusivamente una cuestión de procedimiento. Tal como está formulado, el artículo 12 define simplemente los remedios internos a través de una referencia al debate académico sobre las normas sustantivas y las normas de procedimiento. Sus objetivos ya los cumple el artículo 11, que enuncia adecuadamente la norma del agotamiento de los recursos internos. Definir aún más esa exigencia normativa como condición previa de procedimiento no añade nada si ya se ha decidido que una norma sustantiva está fuera de lugar en el contexto del ejercicio. Así, en la medida en que el artículo 13 sea innecesario, el

⁴G. Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – The scholar as judge», *The British Year Book of International Law*, 1961, vol. 37, págs. 60 y 61.

artículo 12 perderá su justificación como definición; habría que suprimir los dos artículos y por su parte reserva su posición en cuanto a la formulación del artículo 11.

10. Conviene en que para ser aceptables las opciones 1 y 2 del apartado *a* del artículo 14 son, respectivamente, demasiado estricta y demasiado vaga. No queda más alternativa que la opción 3. Sin embargo, en lo que se refiere a su redacción, quiere hacer la observación general —por primera vez, pero está seguro que no será la última— de que la utilización del término «razonable» es superflua e injusta en la medida en que implica *a contrario* que la gente se conducirá de manea irrazonable a menos que se le imponga específicamente la necesidad de conducirse de manera razonable. Bastaría con decir «[...] no ofrecen una posibilidad de constituir un recurso efectivo». La evaluación del carácter razonable, a este respecto como en otros, es inherente a la función jurídica de evaluación de la efectividad.

11. Puede aceptar la propuesta del Sr. Simma de que se suprima el apartado *f* del artículo 14. Sin embargo, si se conservara el artículo, se pregunta qué interés tiene limitar la condición a los casos en que sea el Estado demandado el que impida a la persona agraviada tener acceso a los recursos internos. Hay otras entidades no estatales que pueden representar un obstáculo para ese acceso: ejemplos manifiestos son la mafia o las organizaciones terroristas. Hay que volver a redactar el apartado *f* para tener en cuenta esas situaciones.

12. Por último, también él considera que el artículo 15 es innecesario. Teniendo en cuenta los requisitos tradicionales relativos a la carga de la prueba, parece poco probable que un órgano judicial o de otra índole se sienta constreñido por esa muy compleja disposición adicional.

13. El Sr. FOMBA dice que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es muy importante, especialmente desde el punto de vista teleológico, y en principio debe aplicarse de la manera más estricta y absoluta.

14. En lo que respecta al apartado *a* del artículo 14, en primer lugar hay una diferencia entre la opción 1, por una parte, y las opciones 2 y 3, por la otra, por cuanto en la opción 1 no se hace referencia explícita a la idea de resultado. En tales circunstancias, no puede ver una diferencia fundamental entre las opciones 2 y 3, pero de tener que escoger entre las tres opciones sería partidario de la opción 3, cuya finalidad está implícita en la opción 1 por las razones expuestas por el Relator Especial.

15. Las dos disposiciones enunciadas en los apartados *e* y *f* del artículo 14 no parecen constituir categorías específicas, en la medida en que una lectura adecuada del apartado *a*, esté redactado en la forma de la opción 1 o de la opción 3, abarcaría las excepciones previstas en los apartados *e* y *f*.

16. Así, su posición de principio es que ha de hacerse una distinción entre dos hipótesis principales. La primera cubriría todos los casos realmente excepcionales en que no existan recursos internos que agotar. Un ejemplo sería la situación de Rwanda en 1994 donde, después del genocidio, habían quedado destrozados el aparato judicial y todos sus locales y documentos, y habían sido diezmados sus funcionarios y su personal. La segunda hipótesis cu-

briría todos los casos en que no haya posibilidad razonable de que los recursos internos constituyan un recurso efectivo, casos en que había una presunción de no agotamiento por el peligro reconocido de que los recursos no fueran efectivos. El Relator Especial ha identificado algunos de esos casos y habría que pasarlos cuidadosamente por un tamiz para quedarse con los más dignos de atención y crédito. Esto sería una tarea importante para los jueces y, en primer lugar, para la Comisión. Una manera de superar las dificultades sería considerar la posibilidad de establecer algún mecanismo central para supervisar y analizar los recursos internos, a fin de simplificar la evaluación de su aplicación y efectividad. En cualquier caso, su opinión es que el artículo 14 debe remitirse al Comité de Redacción.

17. El Sr. MANSFIELD dice que, hablando en general, le parecen bien los elementos del artículo 14 introducidos hasta ahora y el modo en que el Relator Especial enfoca el artículo en conjunto. Respecto del apartado *a*, se une a los que consideran convincentes los argumentos en favor de la opción 3. En cuanto al apartado *e*, parece que hay argumentos sustanciales en favor de la no necesidad de agotar los recursos internos cuando haya habido una dilación indebida en ofrecer el recurso. Lo que constituye una dilación indebida será cuestión que se estimará en cada caso, pero por su parte tiende a considerar que esa cuestión debería tratarse por separado en lugar de incluirse en el apartado *a* como un elemento de la inutilidad.

18. El interés de tratar por separado las circunstancias a que se refiere el apartado *f* es menos evidente. Si el Estado demandado impide efectivamente a un extranjero agraviado tener acceso a los tribunales, es evidente que en la práctica no habrá posibilidad razonable de recurso efectivo. Pero acepta que pueda haber casos en que el Estado demandado cree una situación que en la práctica niegue al extranjero el acceso a un recurso que, a primera vista, está disponible y parece efectivo. El Sr. Koskeniemi ha dicho con razón que debería hacerse referencia a los casos en que no sea el Estado sino otras entidades dentro del Estado quienes impidan el acceso. En conjunto se inclina por tratar esa cuestión por separado y remitirla al Comité de Redacción, que podrá decidir en última instancia que no hace falta tratar ese caso. De todos modos, convendría estudiarlo con más detalle.

19. Aunque no ve nada que objetar al artículo 15, se pregunta si se ha incluido simplemente para que todo quede completo. En cada caso particular habrá que determinar lo que sea necesario y no está convencido de la necesidad de codificar este aspecto particular. Quizás sea mejor suprimir el artículo 15 e incluir en el comentario alguna explicación de las razones por las que se ha excluido.

20. El PRESIDENTE, en su calidad de miembro de la Comisión, dice que desea seguir con el ejemplo que ha dado el Sr. Koskeniemi. Supongamos que la mafia impida a alguien ejercer sus derechos en un país A. Puede admitir fácilmente que se achaque al país A el no haber hecho posible el agotamiento de los recursos internos y, en consecuencia, atribuirle cierta responsabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre si es el país B el que hace imposible que el país A permita el agotamiento de los recursos internos? La razón para suspender la norma sobre el agotamiento de los recursos internos en esa situación no

es forzosamente la misma que en la primera situación. Hay una importante diferencia entre la imposibilidad de ejercer un derecho debido exclusivamente a que otro país ha detenido a una persona o ha cerrado su territorio, por ejemplo, y el hecho de que un Estado no pueda mantener el orden público hasta tal punto que una persona puede no ir a un tribunal por miedo de que la maten de un tiro a la entrada del tribunal. ¿Podría el Sr. Koskenniemi comentar este asunto?

21. El Sr. KOSKENNIEMI dice que, en una relación compleja de dependencia en la que un tercer Estado pudiera manipular al Estado en que ha nacido la demanda hasta el punto de obligarle a retirar los recursos internos, en su opinión el tercer Estado está implicado en un hecho ilícito de tipo diferente que el presentado en su propio ejemplo. En lo que se refiere al demandante, no obstante, no hay ninguna diferencia en que sea el Estado en que el recurso exista o cualquier otro Estado quien impida utilizar el recurso: el recurso sigue sin estar disponible.

22. El Sr. BROWNLIE dice que tiene que reconocer la frustración constante que le produce el modo en que se estructura el debate. Sigue sin tratarse la cuestión del vínculo voluntario y muchas de las cuestiones concretas que se están discutiendo ahora no guardan una relación muy clara con los problemas normales de la demora, etc. La observación del Sr. Koskenniemi lleva a considerar una gama más amplia de circunstancias en las que personas, e incluso grupos de personas, tienen obligación de agotar los recursos internos en una jurisdicción con la que quizás no tengan ninguna relación en absoluto. Podría citarse el ejemplo de Chernóbil: la organización implicada en el desastre no era una organización estatal y, de haber presentado una demanda, los agricultores de las colinas de Cumberland y de otras partes del Reino Unido, por ejemplo, tendrían que cumplir la exigencia del agotamiento de los recursos internos en los tribunales de Ucrania. Exigir de grupos de personas que no sean grandes empresas, u organismos con importantes recursos como Greenpeace, que agoten los recursos internos en tales circunstancias es abusivo. Como la Comisión no se ha ocupado hasta ahora de la cuestión del vínculo voluntario, no obstante, ha de dejarse de lado la principal cuestión de todo el razonamiento en que se basa la norma del agotamiento de los recursos internos.

23. El Sr. PELLET dice que le sorprende oír mencionar el ejemplo de Chernóbil y no ve por qué razón los recursos internos no deben ser agotados en un caso así. En el caso de la grave contaminación provocada por el hundimiento del *Amoco Cadiz*, por ejemplo, todas las víctimas (comunidades, agricultores, etc.) unieron sus fuerzas para iniciar acciones ante los tribunales de los Estados Unidos.

24. El Sr. BROWNLIE dice que la observación del Sr. Pellet pone de relieve el hecho de que no se está examinando la razón básica de la norma del agotamiento de los recursos internos y que la Comisión debería considerar si los recursos internos deben o no excluirse en casos concretos. En cambio, se está discutiendo la cuestión general de lo que es abusivo, y el Sr. Koskenniemi ha citado el ejemplo muy útil de una situación local que en realidad haga que resulte peligroso y virtualmente imposible recurrir a los tribunales locales debido a las amenazas de organizaciones privadas locales. Toda la cuestión de si el

locus in quo proporciona asistencia jurídica, de lo que es abusivo y del vínculo voluntario, cuestión que considera absolutamente básica, no se está examinando porque hasta ahora la Comisión no ha podido ocuparse de los apartados *c* y *d* del artículo 14.

25. El Sr. SIMMA, recordando que en la Comisión ha habido un breve intercambio de opiniones sobre los desastres del tipo de Chernóbil, dice que en esa ocasión se refirió a las tensiones que existían entre la labor de la Comisión en la codificación del derecho internacional general y la evolución relativa a diversos instrumentos derivados de tratados. La Comisión ha incluido una disposición sobre la igualdad de acceso en su proyecto de artículos sobre los daños transfronterizos. Esto significa, por ejemplo, que los agricultores de Cumberland deberían tener igualdad de acceso a los recursos disponibles en Ucrania. Esas disposiciones, que se hallan en casi todos los tratados modernos sobre medio ambiente, alientan a las personas afectadas que viven en otros países a utilizar los recursos disponibles en el país de origen de la contaminación. Sin embargo, lo que la Comisión está haciendo en relación con el artículo 14 equivale en cierto modo a disuadir a los interesados de que utilicen sus recursos a menos que su conexión con el país de origen sea voluntaria. Esto pone de relieve el problema general de la fragmentación del derecho internacional. Cuando la Comisión haga algo en la esfera del derecho internacional general, debe tener presente la evolución en aspectos más concretos que puede apartarse de lo que está haciendo la Comisión.

26. El Sr. Sreenivasa RAO dice que en el problema del tercer Estado que ha planteado el Presidente se refiere esencialmente al control efectivo de un territorio. Si el Estado que no puede controlar a la mafia pero, no obstante, controla todo el territorio y el tercer Estado no tiene ese control, habrá que consultar los artículos sobre la responsabilidad de los Estados para determinar si un hecho internacionalmente ilícito puede atribuirse al primer Estado.

27. El Sr. PELLET pregunta por qué, en el caso de Chernóbil, las personas lesionadas fuera del territorio de Ucrania no tendrán obligación de agotar los recursos internos antes de que se pueda ejercer la protección diplomática en su nombre.

28. El Sr. Sreenivasa RAO contesta que está de acuerdo con el Sr. Simma en que todos los que resulten afectados por un incidente ocurrido dentro de un territorio, incluso si no son nacionales, deben tener acceso a los tribunales y debe dárseles la oportunidad de agotar los recursos internos.

29. El Sr. TOMKA dice que cuando antes se habló de Chernóbil preguntó si el ejemplo era apropiado, porque tenía grandes dudas de que el accidente hubiera sido una violación del derecho internacional. Existe, por supuesto, una cuestión de responsabilidad civil, pero no de responsabilidad penal. Tal como él lo entiende, la protección diplomática está ligada a la responsabilidad penal, no a la responsabilidad civil. En su opinión, el incidente de Chernóbil no tiene nada que ver con el debate sobre el agotamiento de los recursos internos porque se sitúa en el contexto de la responsabilidad civil por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho

internacional, no en el de la responsabilidad penal por una violación del derecho internacional.

30. El PRESIDENTE dice que está completamente de acuerdo con esta argumentación pero encuentra que es un tema muy interesante para debatirlo basándose en la hipótesis de que existía la responsabilidad penal, aunque no fuera ese el caso.

31. El Sr. BROWNLIE dice que parece que no se ha entendido la cuestión. Si se produjera en Ruritania un desastre del tipo de Chernóbil, las sales de cesio de la nube radiactiva cayeran en el Reino Unido y se dijera a los agricultores que no pueden vender sus ovejas pero que recibirán una indemnización —en otras palabras, que hay una responsabilidad *prima facie* de Ruritania por los daños causados por un desastre del tipo de Chernóbil y la instalación que ha causado el daño no fuera una instalación del Estado— entonces, según una concepción del derecho, tendría que aplicarse la norma de los recursos internos. Parece de simple sentido común decir que para los pequeños agricultores sería muy complicado tener que ir a Ucrania, un mundo en el que carecen de experiencia, y buscar fondos para poder agotar los recursos en ese *locus in quo* particular. Precisamente porque la Comisión tiene un mandato que entraña el desarrollo progresivo del derecho internacional y también se ocupa de los derechos humanos, sería lógico que se ocupara de establecer qué se entiende por circunstancias excesivamente complicadas para las personas que tuvieron que agotar los recursos internos en otras jurisdicciones.

32. El Sr. OPERTTI BADAN está totalmente de acuerdo con el Sr. Brownlie. El apartado *f* del artículo 14 sólo cubre la situación en que el Estado demandado impide el acceso a los recursos internos. Sin embargo, no cubre la situación en que el obstáculo existe para la persona agraviada no como consecuencia de la actitud del Estado demandado sino como resultado de una situación de hecho que no puede achacarse necesariamente sólo al Estado demandado. Pueden recordarse otros principios del derecho procesal: por ejemplo, el adagio viejo pero válido sobre la suspensión de los plazos, es decir, que los plazos no se aplican cuando, por una razón válida, se impide a la persona interesada cumplir dichos plazos. En otras palabras, de la imposibilidad de cumplir un requisito no pueden derivarse consecuencias negativas para el ejercicio de los derechos de una persona. El proyecto mejoraría apreciablemente si la Comisión no limitara el ámbito del apartado *f* del artículo 14 al caso en que el Estado demandado es quien impide el acceso a los recursos internos y lo hiciera extensivo a las situaciones *de facto* que dificulten el acceso a los tribunales y, en consecuencia, el agotamiento de los recursos internos.

33. El Sr. PELLET no está seguro de si está por completo de acuerdo con el Sr. Brownlie, aunque no cabe duda de que lo que ha dicho da que pensar. No se puede dar por zanjada la cuestión de cuándo se han agotado los recursos internos diciendo que es cuando algo sea contrario a la noción general de los derechos humanos. Hay que considerar qué norma se ha infringido, si se trata de una norma *erga omnes*, por ejemplo, o si se ha causado un perjuicio al patrimonio común de la humanidad, etc. En tales casos está de acuerdo en que no es preciso agotar los recursos internos.

34. La posición del Sr. Tomka, que ha hecho suya el Presidente, según la cual Chernóbil no había implicado la responsabilidad penal de un Estado, es indefendible y plantea el problema de si la responsabilidad civil tiene un contenido. La responsabilidad penal interviene claramente si no se ha respetado el deber de prevenir. No es posible considerar que la Unión Soviética haya respetado la obligación de prevenir: de no ser así, resultaría inútil el proyecto de artículos sobre la prevención de los daños transfronterizos aprobado el período de sesiones anterior.

35. La Sra. XUE, respecto al ejemplo de la mafia, dice que el Estado demandado sigue siendo responsable de que se ofrezca un recurso interno sin dilación indebida. En la situación apuntada por el Presidente, en la que el país B impide la presentación de una demanda, lo que importa es el control efectivo o la soberanía del Estado demandado. El país B puede tener cierta influencia sobre el Estado demandado pero la cuestión es el peso de esa influencia. La cuestión será grave, pero de otra naturaleza, si la presión es tal que el Estado demandado no puede cumplir sus obligaciones internacionales. Si, por otra parte, a pesar de ser objeto de una cierta presión, el Estado demandado sigue pudiendo ofrecer recursos internos, la situación es muy diferente. En breve, tomando el ejemplo de la mafia, no hay razones para que el Estado demandado incumpla su responsabilidad o para que el Estado demandante afirme simplemente que existe una amenaza que le lleva a creer que no hay recursos internos disponibles. Es una cuestión de control efectivo o de los derechos y deberes soberanos por parte del Estado demandado.

36. El ejemplo de Chernóbil y el argumento del Sr. Brownlie acerca de un vínculo voluntario son interesantes. No obstante se pregunta si realmente se está hablando del trato de los extranjeros en este tipo de situación. ¿No se habla realmente de efectos extraterritoriales? Si las personas agraviadas no se tomaran la molestia de obtener recursos internos, su gobierno podría presentar en su nombre una demanda internacional. Tal es la práctica general. En las cuestiones ambientales internacionales es frecuente que se defienda el principio de la igualdad de acceso. Si ese principio se aplica también, sería una contradicción que entrara en juego la norma del vínculo voluntario. En los casos de daños causados por contaminación, hay que tener muy en cuenta primero si hay una norma internacional que rija la responsabilidad internacional del Estado causante, en segundo lugar, si las partes perjudicadas pueden realmente utilizar el acceso a la justicia que en teoría está designado para ellas y, en tercer lugar, si el asunto puede considerarse un caso de protección diplomática o más bien uno de responsabilidad internacional por un daño extraterritorial. Estas cuestiones no deben confundirse.

37. El Sr. SIMMA dice que el Sr. Koskeniemi ha iniciado un debate sobre si es una buena idea limitar el apartado *f* del párrafo 14 de modo que cubra los casos en que el Estado demandado hace algo intencionalmente, o si entra en juego un elemento subjetivo. El principio general se expone en el apartado *a* del artículo 14, según el cual el criterio es si existe una posibilidad razonable de acceder a un recurso efectivo. No tendría sentido que si el Estado demandado impide a una persona agotar los recursos internos, dicha persona no tenga que seguir todo el procedimiento, pero que si un tercero o incluso

las condiciones meteorológicas impiden el acceso a los tribunales, la persona seguirá teniendo que agotar los recursos internos. El criterio ha de ser objetivo; la respuesta no debe depender de si el Estado en que puede obtenerse el recurso impide subjetiva o intencionalmente el acceso a ese recurso.

38. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el apartado *f* del artículo 14 ha suscitado un debate inesperadamente interesante. El Sr. Gaja y el Sr. Koskeniemi se han referido a situaciones en que la parte agraviada puede iniciar una acción judicial extraterritorialmente con ayuda de abogados locales o de abogados de su propio Estado que puedan tener acceso al territorio de que se trate. Esto apunta a la división entre los sistemas de *common law* y de derecho romano. En el sistema de *common law*, la persona agraviada puede tener que testificar en persona ante el tribunal, y si no se le permite visitar el Estado demandado, no se podrá presentar una demanda.

39. El apartado *b* del artículo 14 trata de la renuncia y el *estoppel* (regla de los actos propios). La norma sobre los recursos internos está concebida para beneficiar al Estado demandado, de modo que ese Estado puede renunciar a su aplicación. Es evidente que puede hacerlo expresamente, y si puede hacerlo tácitamente es algo que depende de las circunstancias. La renuncia al agotamiento de los recursos internos crea algunas dificultades de jurisprudencia y entra en juego la distinción entre norma de procedimiento y norma sustantiva. Si la norma del agotamiento de los recursos internos tiene carácter de procedimiento, no hay razón alguna para no poder renunciar a ella. Se trata simplemente de un procedimiento que debe seguirse y el Estado demandado puede en consecuencia renunciar a él. El hecho internacionalmente ilícito no resulta afectado y la controversia puede ser zanjada por un tribunal internacional.

40. Si, por otra parte, la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es una norma sustantiva, el Estado demandado no puede renunciar a ella, porque el hecho ilícito sólo se completará después de que se haya producido una denegación de justicia en el agotamiento de los recursos internos o si se establece que no hay remedios adecuados o efectivos en el Estado demandado. Eso explica por qué algunos partidarios de la norma sustantiva no han tratado la cuestión y por qué, en una ocasión anterior, al aprobar el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión no se refirió a la cuestión de la renuncia en el texto de la disposición ni en el comentario. Hay que reconocer que algunos sustantivistas, como Borchard y Gaja, opinan que esto puede reconciliarse con la posición sustantiva, algo que por su parte acepta. Pero esto daba lugar a un debate de jurisprudencia. Esta era una de las razones por las que ha afirmado que no cabe dar simplemente de lado el debate sobre procedimiento y sustancia, aunque tiene la impresión de que la Comisión decidirá hacerlo.

41. La renuncia puede ser expresa o implícita o puede derivarse de la conducta del Estado demandado, en cuyo caso cabe decir que el Estado demandado no ha podido plantear la exigencia del agotamiento de los recursos internos en razón de sus propios actos.

42. Se puede incluir una renuncia expresa en un acuerdo de arbitraje *ad hoc* para resolver una controversia ya existente; también puede darse en el caso de un tratado general que estipule que las futuras controversias se resolverán por arbitraje. Esas renunciaciones son aceptables y por lo general se consideran irrevocables. Las renunciaciones tácitas plantean más dificultades, como puede verse en el asunto *ELSI* (párr. 53 del informe): la CIJ «no podía aceptar una renuncia tácita de un principio importante del derecho internacional consuetudinario de no haber palabras que expresaran claramente la intención de hacerlo» [párr. 50 del fallo]. Así pues, debe haber una manifestación clara de tal intención y algunos juristas han sugerido que existe una presunción, aunque no irrefutable, contra la renuncia tácita. Pero cuando la intención de renunciar a la aplicación de la norma de los recursos internos está clara en el texto del acuerdo o en las circunstancias del asunto, debe considerarse implícita. Es imposible enunciar una norma general sobre cuándo puede considerarse implícita dicha renuncia, pero da cuatro ejemplos que figuran en el tercer informe (párrs. 56 a 59) en que pueden aplicarse consideraciones especiales. El primero es el caso de un acuerdo general de arbitraje: cuando el Estado demandado ha aceptado someter a arbitraje las controversias que puedan surgir en el futuro con el Estado demandante y no se hace mención de la norma de los recursos internos, hay una presunción contra la renuncia tácita. Esto parece desprenderse de la decisión relativa al asunto *ELSI*. El silencio en un acuerdo general de arbitraje relativo a las futuras controversias no implica una renuncia. El segundo ejemplo es el de la cuestión que se planteó en una ocasión ante la CPJI, concretamente si la presentación de una declaración conforme a la cláusula facultativa entrañaba una renuncia. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, un magistrado de la Corte sostuvo la opinión disidente de que sí constituía una renuncia tácita, pero la Corte no aceptó esa opinión y desde entonces la práctica de los Estados sugiere la opinión contraria. El tercer ejemplo es el caso de un acuerdo de arbitraje *ad hoc* concertado después de la controversia y en el que no se hace mención de la norma relativa a los recursos internos. En este caso cabe interpretar que el silencio significa renuncia, pero eso porque el acuerdo *ad hoc* se ha concertado después de surgida la controversia. El cuarto ejemplo se refiere a la situación más difícil en la que un contrato entre un extranjero y el Estado demandado implica una renuncia tácita a la norma de los recursos internos y luego el Estado demandado se niega a recurrir el arbitraje. Si el Estado de nacionalidad se hace cargo de la demanda en tales circunstancias, la renuncia tácita también puede extenderse a las actuaciones internacionales, pero las autoridades no están todas de acuerdo a este respecto.

43. Cabe pues concluir que no puede aceptarse fácilmente una renuncia tácita pero que cuando hay indicaciones claras de la intención de renunciar a esa norma por parte del Estado demandado, debe entenderse que hay una renuncia tácita. Por esa razón sugiere que en el apartado *b* del párrafo 14 se conserve la referencia a la renuncia tácita.

44. En el caso del *estoppel* (regla de los actos propios) se aplican consideraciones análogas. Si el Estado demandado se comporta de manera que parezca sugerir que ha abandonado su derecho a reclamar el agotamiento de los

recursos internos, puede verse impedido en razón de sus propios actos de reclamar ulteriormente que se aplique la norma del agotamiento de los recursos internos. La posibilidad del *estoppel* en ese caso ha sido aceptada por una Sala de la CIJ en el asunto *ELSI* y también la apoya la jurisprudencia en materia de derechos humanos.

45. Desea destacar la necesidad del apartado *b* del artículo 14. Es evidente que el Estado demandado está facultado para renunciar expresamente a la aplicación de la norma de los recursos internos. En ciertas circunstancias puede ser posible invocar una renuncia tácita o determinar que el Estado demandado se ha visto impedido en razón de sus propios actos de reclamar el agotamiento de los recursos internos. Así, la Comisión debe hacer alguna referencia a la renuncia tácita y al *estoppel*, teniendo presente que no se aceptarán fácilmente y que dependerá de las circunstancias de cada caso.

46. En lo que se refiere a los apartados *c* y *d* del artículo 14, ha sugerido que la Comisión examine las disposiciones sobre el vínculo voluntario y la conexión territorial, que están estrechamente relacionadas entre sí. Hay un cierto apoyo en favor de esas normas, pero también puede aducirse que la norma existente sobre la exclusión de los recursos internos puede cubrir esos dos apartados. Cuando la Comisión examinó la cuestión en relación con el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado, se había decidido que era innecesario incluir esas disposiciones. Fue una de las pocas ocasiones en que él mismo salió en defensa del artículo 22, aunque sin demasiado entusiasmo. En su informe plantea la cuestión de si la Comisión necesita una o más disposiciones separadas para tratar de la ausencia de un vínculo voluntario o de una conexión territorial. El origen de los debates sobre esta cuestión es el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en que el problema era si los nacionales israelíes estaban obligados a agotar los recursos internos en Bulgaria antes de poder presentar una demanda internacional contra este último país debido a que un avión de El Al había sido derribado sobre Bulgaria. Evidentemente, no había existido un vínculo voluntario entre las partes damnificadas y Bulgaria. Meron ha señalado que en todos los casos tradicionales relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos ha existido algún tipo de vínculo entre las personas damnificadas y el Estado demandado, en forma de presencia física, residencia, posesión de bienes o de relación contractual con el Estado demandado⁵. Meron y otros han afirmado que la protección diplomática ha experimentado grandes cambios en los últimos años. En el pasado la protección diplomática se había ocupado de los casos en que un nacional se había desplazado al extranjero y cabía esperar que agotara los recursos internos antes de poder presentar una demanda en el plano internacional. Hoy, sin embargo, existe el problema de los daños transfronterizos al medio ambiente; por su parte, ha citado el ejemplo de Chernóbil y el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*. Evidentemente se trata de tipos de situaciones diferentes de las que se habían dado en el pasado cuando, por ejemplo, un nacional de los Estados Unidos iba a un país de América Latina, se dedicaba a explorar a los nacionales del país y cuando tenía problemas

pedía ayuda al Tío Sam. Los que apoyaban la adopción de una excepción a la regla de los recursos internos basada en el vínculo voluntario o en la conexión territorial insistían en que, en los casos tradicionales, el extranjero había asumido un riesgo por cuanto se había sometido a la jurisdicción del Estado demandado y en consecuencia era de esperar que agotara los recursos internos.

47. Por desgracia, no hay autoridad clara en cuanto a la necesidad de incluir una norma separada. Las decisiones judiciales son ambiguas. Los partidarios de una excepción a la norma de los recursos internos se han referido al asunto *Interhandel*, en el cual la CIJ declaró que «se ha considerado necesario que el Estado en que tuvo lugar la infracción tenga una oportunidad de subsanarla por sus propios medios» (párr. 72 del informe). Amerasinghe ha afirmado que la referencia al Estado en que ha ocurrido la infracción indica que debe haber alguna conexión territorial⁶. Así, en el asunto *Salem* un tribunal arbitral declaró que «por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona». Pero en ninguno de los dos casos se planteó si debía haber una excepción a la norma de los recursos internos.

48. La cuestión se planteó más claramente en el asunto *Emprunts norvégiens*, en el que Francia alegó que los ciudadanos franceses que poseían bonos noruegos pero residían en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega. La CIJ no estimó necesario pronunciarse sobre la cuestión, pero en una opinión disidente el magistrado Read dijo que ningún precedente avalaba la posición francesa. La cuestión ha sido discutida de manera persuasiva por Rosenne, quien ha destacado que «todos los precedentes demuestran que la norma sólo se aplica cuando el extranjero, la persona agraviada, ha creado o se considera que ha creado una conexión voluntaria, consciente o deliberada entre su propia persona y el Estado extranjero cuyos actos se denuncian. Los precedentes se refieren siempre a casos en que se ha originado un vínculo de esta índole, por ejemplo, por razón de la residencia en ese Estado, la realización en él de actividades comerciales, la posesión de propiedades» (párr. 74 del informe). Tampoco en este caso consideró la Corte necesario pronunciarse sobre el asunto.

49. Los casos que entrañan daños transfronterizos tienden a sugerir que no es necesario agotar los recursos internos. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) no se insistió en el agotamiento de los recursos internos. No había recursos internos que agotar en el Canadá ni, por otra parte, en los Estados Unidos de América. Pero el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) también puede explicarse diciendo que se trata de un perjuicio directo del Estado demandante (los Estados Unidos de América) por el Estado demandado (Canadá) y que en esa situación no había sido necesario agotar los recursos internos.

50. Los partidarios de la exigencia de un vínculo voluntario o conexión territorial han aportado argumentos muy convincentes. Los oponentes son menos persuasivos y puede inducir a error el que se citen los asuntos *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *Ambatielos* y

⁵ T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law*, 1959, vol. 35, pág. 83, en particular pág. 94.

⁶ C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, pág. 145.

ELSI (párr. 76 del informe), en los que no existe ninguna conexión estrecha entre la persona agraviada y el Estado demandado. Los partidarios de la exigencia del vínculo voluntario nunca han equiparado ese vínculo con la residencia. Si la residencia fuera un requisito, esto excluiría la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos de expropiación de bienes propiedad de extranjeros y de las transacciones contractuales en que el extranjero agraviado no es residente permanente del Estado demandado. Esa práctica no está clara. En el párrafo 79 del informe señala que cuando un Estado es responsable de haber derribado accidentalmente un avión extranjero, en muchos casos no ha insistido en que primero se agoten los recursos internos. Lo mismo se aplica a los daños ambientales transfronterizos; en este caso ha citado el convenio arbitral sobre la presa de Gut⁷, en el que el Canadá renunció a esa exigencia, y el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, que tampoco exigía el agotamiento de los recursos internos.

51. Los esfuerzos de codificación (párrs. 81 y 82 del informe) han sido discretos en este tema porque normalmente se han centrado en la responsabilidad del Estado por daños causados en el territorio de ese Estado a la persona o los bienes de extranjeros y en la situación tradicional en que un extranjero se desplaza a otro Estado para residir y efectuar operaciones comerciales allí. La Comisión se ha abstenido de incluir una excepción a la norma de los recursos internos sobre la cuestión porque ni en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión, por lo que la Comisión ha considerado preferible dejar que se apliquen las normas existentes y que la práctica de los Estados evolucione, de ser necesario de conformidad con una excepción específica.

52. Había buenas razones para prestar atenta consideración a la inclusión de las reglas de excepción en los apartados *c* y *d* del artículo 14. Parece poco práctico e injusto insistir en que un extranjero tenga que agotar los recursos internos en las cuatro situaciones a las que se ha referido en el párrafo 83 del informe: los daños ambientales transfronterizos causados por la contaminación, la lluvia radioactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre; el derribo de un avión fuera del territorio del Estado demandado o de un avión que ha penetrado accidentalmente en su espacio aéreo; la muerte de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A; el secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado del que es nacional o desde un tercer Estado. La Comisión tiene que examinar si esos ejemplos requieren una norma especial que les deje fuera del ámbito de la norma de los recursos internos, o si ya están cubiertos por las normas existentes. En muchos de esos casos el daño producido al Estado demandante por el Estado demandado es directo. Si la Comisión acepta la norma de la preponderancia que propuso en el proyecto del artículo 11, verá que la norma de los recursos internos queda excluida en muchos de esos casos porque el perjuicio es directo. Esto ocurre en la mayoría de los casos de

daños ambientales transfronterizos, el derribo accidental de un avión y el secuestro transfronterizo de un nacional. Puede haber situaciones en que el Estado demandante prefiera no presentar una demanda directa y entonces puede decirse que se aplicará la norma de los recursos internos, pero también en este caso es muy probable que no se tenga acceso a un recurso efectivo. Esto hace que vuelva a los argumentos expuestos contra el hecho de que se esperara que las personas perjudicadas por el desastre de Chernóbil agotaran los recursos internos en la Unión Soviética. Jiménez de Aréchaga ha expuesto el argumento persuasivo de que sería injusto exigir que una persona busque remedios efectivos en un Estado extranjero⁸ (párr. 86 del informe).

53. No tiene una opinión formada sobre este asunto y puede ver las razones para incluir esa norma; por eso ha propuesto los apartados *c* y *d* del artículo 14. No obstante, está dispuesto a aceptar que en la mayor parte de los casos las excepciones existentes a la norma de los recursos internos, es decir, la ausencia de necesidad de agotar los recursos internos por un daño directo y la ausencia de un recurso efectivo, cubrirían esos casos. Deja que la Comisión decida si desea hacer lo mismo que en su 48.º período de sesiones y dejar que la cuestión se derive de la práctica de los Estados, o si considera necesario intervenir *de lege ferenda*.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

⁸ E. Jiménez de Aréchaga, «General Course in Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, Sijthoff y Noordhoff, vol. 159, pág. 296.

2717.ª SESIÓN

Miércoles 8 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

⁷ Reproducido en *International Legal Materials*, vol. 4, n.º 3 (mayo de 1965), pág. 468.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. GAJA considera que la cuestión de la renuncia puede contemplarse desde diversos aspectos. Recuerda que en el apartado *a* del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁴ se abordaba la renuncia por el Estado lesionado, mientras que en el caso presente se trata de una renuncia del Estado demandado. En la práctica, esta renuncia se referirá en la mayor parte de los casos a la obligación de agotar los recursos internos, pero también podría referirse a otras condiciones de la admisibilidad, como la nacionalidad de la persona agraviada. Sería lógico incluir una disposición general relativa a la renuncia, sea del Estado demandante, sea del Estado demandado, y establecer también una disposición general sobre el *estoppel* (regla de los actos propios), como se ha hecho en el apartado *b* del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en lo que concierne al Estado lesionado y en lo que concierne al Estado demandado de igual modo en el apartado *b* del artículo 14 propuesto por el Relator Especial. De cualquier modo, si la Comisión considera útil formular una norma especial sobre la renuncia al derecho a exigir el agotamiento de los recursos internos, sería prudente separar esa norma de las disposiciones relativas a la eficacia de los recursos internos o a la presencia de un vínculo efectivo entre la persona agraviada y el Estado demandado, ya que estas disposiciones guardan relación con la admisibilidad de las reclamaciones en general, mientras que la cuestión de la renuncia no concierne sino al ejercicio de la protección diplomática en un caso particular. Además, conviene evitar cualquier confusión entre la renuncia y un posible acuerdo celebrado entre el Estado demandante y el Estado demandado en virtud del cual no sería obligatorio el agotamiento de los recursos internos, acuerdo que produciría el mismo efecto y sería asimilable a una *lex specialis* pero que queda fuera de la codificación del derecho internacional.

2. En caso de ausencia de vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado o cuando el hecho internacionalmente ilícito no haya sido cometido en el territorio de éste, y aunque la práctica sobre esa cuestión no sea unívoca, el Sr. Gaja estima, de igual modo que el Relator Especial, que entonces puede estar injustificado imponer que los recursos internos se agoten siempre y que en el marco del desarrollo progresivo está justificado establecer excepciones a esa norma. Sin embargo, el texto de los apartados *c* y *d* del artículo 14 quizá vaya demasiado lejos al dejar entender que la ausencia de vínculo vo-

luntario y el hecho de que el acto se haya producido fuera del territorio son suficientes por sí solos para justificar la excepción, por lo que el Sr. Gaja propone establecer una disposición única que admita una derogación de la norma del agotamiento de los recursos internos en uno u otro de esos dos casos, cuando las circunstancias lo justifiquen.

3. La Sra. ESCARAMEIA está de acuerdo con la excepción propuesta por el Relator Especial al apartado *b* del artículo 14 y no pondría objeción alguna a que esa disposición fuera remitida al Comité de Redacción.

4. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d*, considera que tocan el centro mismo de la cuestión, es decir de la institución de la protección diplomática misma, por lo que es necesario incluirlos en el proyecto. La Sra. Escarameia observa con satisfacción que el Relator Especial ha tenido presentes las nuevas realidades del mundo contemporáneo que hacen que, habida cuenta del desarrollo de los viajes, las personas estén, más que nunca, expuestas a verse perjudicadas por un Estado con el que no tienen vínculo alguno. En algunos casos precisos, no sería justo, ni razonable ni práctico exigir el agotamiento de los recursos internos y además no habría que dejar a las víctimas en la incertidumbre de qué es lo que pueden decidir los tribunales. Todo el debate sobre la cuestión pone de manifiesto la existencia de dos concepciones de la protección diplomática que se oponen una a otra: según la primera, tradicional, únicamente los Estados son sujetos del derecho y a ellos corresponde apreciar si la protección diplomática debe ser puesta en marcha. En ese caso hay pocas excepciones posibles, ya que el acento se pone en las normas de nacionalidad y de agotamiento de los recursos internos, que protegen la soberanía del Estado demandado, y las situaciones a las que se aplica la protección diplomática son limitadas. Estas no incluirían, por ejemplo, situaciones de daño transfronterizo al medio ambiente. La otra concepción, que tiene más en cuenta el hecho de que hoy día los desplazamientos son muy frecuentes, que se producen daños transfronterizos y que existen entidades que escapan al control del Estado, se vincula más con los daños sufridos por la persona. Dicha concepción está más abierta a las excepciones en relación con la nacionalidad o el agotamiento de los recursos internos y a la extensión de la protección diplomática a situaciones de daño transfronterizo. Naturalmente, la Comisión podría, en el momento de la redacción, adoptar la formulación menos rígida utilizando palabras ambiguas o equilibrar la inflexión dada en el párrafo por una inflexión contraria en otro párrafo, o incluso remitir el problema a la aplicación del texto por los tribunales, pero en relación con los dos puntos examinados convendría hacer una elección y decidir si la Comisión desea adaptarse a los cambios en el mundo contemporáneo. Por su parte, la Sra. Escarameia desea que éste último sea el camino elegido.

5. El Sr. KATEKA manifiesta su alivio al ver que los participantes se esfuerzan por evitar el debate sobre el carácter —norma de fondo o norma de procedimiento— del principio del agotamiento de los recursos internos. Considera que el artículo 12 podría ser remitido al Comité de Redacción. Por lo que se refiere al artículo 13, quizá fuera oportuno dejarlo de lado en el comentario. Por otra parte, observa que en el segundo informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/514) se examinan los recursos judiciales y administrativos, aunque no se da ningún ejemplo

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

de recurso de carácter administrativo. Ejemplos de esa índole podrían enriquecer el estudio de la cuestión.

6. En su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), el Relator Especial manifiesta su intención de incluir una adición, o dos adiciones distintas, sobre la cuestión de la cláusula Calvo y la cuestión de la denegación de justicia. Es evidente que la cláusula Calvo es un elemento pertinente y que convendría incluirla en el examen del proyecto de artículos.

7. Por lo que se refiere al apartado *a* del artículo 14 propuesto, el Sr. Kateka es favorable a la opción intermedia («no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo»). Considera que el apartado *e*, en que aparece el concepto de demora indebida, debería mantenerse, mientras que el apartado *f* le parece útil bajo ciertos aspectos. Por lo que respecta a la formulación del apartado *b*, ésta le parece problemática, habida cuenta de que no ve cómo una renuncia «tácita» puede manifestar una intención cierta e inequívoca. Por lo que se refiere a los «casos difíciles» previstos en los apartados *c* y *d*, la excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos le parece justificada. Finalmente, el Sr. Kateka considera que la cuestión de la carga de la prueba debería poder ser integrada en el comentario.

8. El Sr. PELLET, recordando que está a favor de remitir al Comité de Redacción los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14, mientras que no lo está respecto del artículo 15, observa que los apartados *a*, *e* y *f* deben ser sometidos a debate. En principio, es evidente que la obligación del agotamiento de los recursos internos no existe más que en el caso en que éstos ofrezcan realmente una posibilidad de resolver la cuestión en un plazo aceptable; es ahí donde interviene la noción de denegación de justicia que es inseparable de la cuestión abordada en el apartado *a*. El Sr. Pellet observa que el Relator Especial vuelve a tomar, en el párrafo 21 de su informe, la definición de denegación de justicia dada en el artículo 9 del anteproyecto adoptado por el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930⁵ pero dándole un alcance que en realidad no tiene. Según esa definición, el agotamiento de los recursos internos no se impone de modo evidente en caso de denegación de justicia, sino que es una consecuencia de esa denegación de justicia. El Sr. Pellet considera que es inútil emprender ahora un debate sobre el carácter de norma primaria o de norma secundaria de esa noción. Le parece que el caso de la denegación de justicia se aborda de todos modos en los apartados *a*, *e* y *f* del artículo 14. Por lo tanto, es inútil consagrarle una disposición particular, y ese punto debería subrayarse en el comentario. Lo importante es que no haya posibilidad de utilizar recursos y que ello sea evidente para cualquier observador imparcial.

9. En lo que se refiere a la formulación del apartado *a*, el Sr. Pellet dice que ha quedado convencido por la argumentación del Relator Especial a favor de la opción 3. Pero, sea cual fuere la opción elegida, los términos propuestos dejan amplio lugar a la subjetividad del intérprete, tanto si se trata del término «inútil» como del término «razonable» que, aunque sea más familiar a quienes se mueven en el ámbito del *common law*, no es sin embargo

ajeno al derecho internacional público. No obstante, el criterio de lo que es «razonable» es bastante vago y remite al problema de la carga de la prueba, razón por la cual el Sr. Pellet había pedido al Relator Especial que presentara al mismo tiempo el artículo 14 y el artículo 15, esperando encontrar en este último un límite a la arbitrariedad aparente del criterio que estaba en la base del artículo 14. Sin embargo, esto no ha dado resultado. Sucede que el artículo 15 se sitúa en el terreno del procedimiento contencioso, lo cual es discutible en la esfera del derecho internacional, que es esencialmente un derecho sin jueces, y el proyecto está destinado a indicar a los Estados lo que deben hacer cuando se enfrenten a problemas de protección diplomática. Además, la carga de la prueba no es un problema específico del agotamiento de los recursos internos. Finalmente, lo que es más importante es que la cuestión no es saber quién debe demostrar algo, sino qué es lo que se debe demostrar. Por consiguiente, convendría precisar la noción de lo «razonable» en el contexto de la protección diplomática teniendo muy presente que el Estado autor del hecho ilícito que ha provocado el daño está obligado a conocer su derecho interno y puede, por lo tanto, evaluar las posibilidades de éxito de un recurso, mientras que ese derecho no es familiar al particular agraviado ni al Estado que trata de protegerlo, por lo que esa evaluación es difícil para estos últimos.

10. El Sr. Pellet no puede evitar en ese contexto pensar en la cuestión de las «ratificaciones imperfectas», que es indudablemente compleja pero que ha sido resuelta de modo aceptable y generalmente aceptado por el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, «Convención de Viena de 1969») que lleva por título «Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados», en cuyo párrafo 1 se dispone que únicamente una violación del derecho interno de un Estado que sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental puede viciar un tratado, y en cuyo párrafo 2 se dice que «una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe». El Sr. Pellet no pretende que sea posible trasladar esta fórmula sin modificación alguna al ámbito de la protección diplomática, pero considera que el problema es comparable: en los dos casos se trata de permitir al Estado B protector o al particular agraviado que no estén familiarizados con el derecho interno del Estado A que ha causado el daño apreciar si ese derecho ofrece recursos cuyas posibilidades de éxito sean razonables, y en ambos casos existe sin duda una presunción en favor del Estado A y de la existencia de recursos internos en su régimen jurídico. El Sr. Pellet no está seguro que la fórmula enunciada en el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención sea una panacea ni que la expresión «objetivamente evidente» sea más satisfactoria que el término «razonable», pero le parece que el Relator Especial y el Comité de Redacción deberían reflexionar sobre si seguir en el futuro esa dirección, ya que la inclusión en el proyecto en examen de una referencia a la práctica usual o a la buena fe permitiría introducir un criterio menos subjetivo y, por tanto, reduciría las fuentes de fricciones y de litigios entre los Estados.

11. Resumiendo en esta etapa su posición sobre ese punto, el Sr. Pellet considera que habría que abandonar

⁵ *Ibid.*, nota 18.

el artículo 15 y remitir el apartado *a* del artículo 14 al Comité de Redacción, precisando el contenido incluso si se mantiene la opción 3 como punto de partida.

12. El apartado *e* del artículo 14 suscita para el Sr. Pellet las mismas observaciones: naturalmente, la decisión debe poder adoptarse «sin dilación indebida», aunque sería sin duda conveniente y posible precisar en el texto del artículo qué se considera indebido. De modo análogo, el Sr. Pellet se pregunta si el apartado *e* no podría combinarse con el apartado *a* al cual debe de cualquier modo aproximarse, ya que es manifiestamente su prolongación necesaria y evidente. Al no formar parte del Comité de Redacción, se permite proponer un texto en ese sentido, que podría ser el siguiente: «No hay necesidad de agotar los recursos internos cuando el derecho del Estado autor responsable del hecho internacionalmente ilícito no ofrezca a la persona agraviada ninguna posibilidad objetiva de obtener reparación dentro de un plazo razonable». Más adelante podría precisarse que: «La posibilidad objetiva de obtener reparación en un plazo razonable debe ser apreciada de buena fe [según la práctica habitualmente seguida] o [conforme a los principios generales del derecho]».

13. Por lo que se refiere al apartado *f*, el Sr. Pellet comparte la opinión del Sr. Gaja: o bien esa disposición se interpreta en un sentido amplio, en cuyo caso duplica claramente el apartado *a*, o bien interpretada al pie de la letra significa que se impide físicamente a la persona perjudicada acceder a las instituciones que administran los recursos internos. De hecho, a juzgar por la posición adoptada por el Relator Especial en el párrafo 101 de su tercer informe, esta última interpretación es la válida. Sin embargo, de ese modo se comete pura y simplemente un error, y sin duda un error «derechohumanista»: siempre es posible agotar los recursos internos por intermedio de un abogado o de un representante. Esto, naturalmente, a condición de que la carga financiera no sea desproporcionada, ya que en tal caso se cae en el ámbito del apartado *a*. El Sr. Pellet no ve absolutamente por qué un recurso no es razonable ni efectivo debido a que el Estado responsable no permite a la persona perjudicada la entrada en su territorio: basta con que le permita estar representado de modo adecuado.

14. El Sr. Pellet no ha quedado convencido por la explicación que el Relator Especial ha dado a ese respecto al sugerir que se trata de un problema de incomprensión entre los juristas de la tradición del derecho romano y los que se basan en el *common law*. De hecho, tanto en los países que siguen la tradición romanogermánica como en los que se basan en la tradición del *common law* o del derecho islámico o hasta de los sistemas socialistas, es posible hacerse representar por un procurador, e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece admitirlo. Por otra parte, si, debido a la obligación de hacer uso de los servicios de un abogado, el recurso se demuestra excesivamente oneroso, no podría ser considerado como efectivo, por lo que el Sr. Pellet se pregunta si no sería, por tanto, necesario mencionar de modo explícito esa hipótesis en el apartado *a*.

15. Siempre en referencia a la serie de apartados *a*, *e* y *f*, el Sr. Pellet señala que si, como él espera, se mantienen las ideas expresadas en ellos, le parece completamente inútil añadir al artículo 10 una referencia a los recursos legales

internos «adecuados y efectivos», ya que ello no sería más que una duplicación. El proyecto debe constituir un todo y es superfluo decir vagamente en el artículo 10 lo que se desarrollará y precisará en el artículo 14. Será suficiente enunciar en el artículo 10 la obligación de agotamiento de los recursos internos y enunciar en el artículo 14 los límites de esa obligación.

16. El Sr. Pellet desea manifestar, antes de abordar el examen de los apartados *b*, *c* y *d* del artículo 14, que falta en el último de ellos una idea que él considera importante: para que pueda considerarse que un particular ha agotado los recursos internos no es suficiente con que haya accedido a la jurisdicción interna competente, también es necesario que haya invocado ante ella los medios de derecho pertinentes si esos medios no son de naturaleza pública. Los casos *ELSI* y *LaGrand* juzgados por la CIJ, e incluso los casos *Vagabondage* juzgados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ofrecen materiales que merecen ser estudiados y que sin duda conducirían a incluir una disposición en ese sentido, bien sea en forma de un apartado suplementario en el artículo 14, bien sea bajo forma de un nuevo artículo en el proyecto.

17. Pasando al apartado *b* del artículo 14, el Sr. Pellet dice que no comprende en qué medida la cuestión de saber si la norma enunciada es una norma de procedimiento o una norma de fondo puede influir en el problema del que se ocupa la Comisión, habida cuenta de que el objetivo es de todos modos proteger al Estado responsable autor del hecho internacionalmente ilícito, y éste puede renunciar a esa protección por voluntad propia. Una vez dicho esto, acepta el principio enunciado en ese apartado, aunque desea hacer constar ciertas reservas con respecto a la redacción. En primer lugar, no le entusiasma la idea de incluir el término y la noción de *estoppel* (regla de los actos propios): no solamente son típicos del *common law* y suscitan cierta desconfianza entre los juristas que pertenecen a la tradición del derecho romano, sino también porque la hipótesis del *estoppel* está abarcada por la hipótesis, más amplia, de la renuncia implícita. Por otra parte, considera conveniente precisar que la renuncia debe ser clara, aun cuando sea implícita, y debe estar desprovista de ambigüedad. La jurisprudencia y la doctrina citadas por el Relator Especial parecen ir en ese sentido. Finalmente, y esto es una cuestión fundamental, el Sr. Pellet manifiesta su preocupación, como mínimo, por la irrupción inopinada de la expresión «Estado demandado», que correspondería a la elaboración de un texto de procedimiento contencioso y que además no parece figurar ni en los artículos que ya han sido remitidos al Comité de Redacción ni en los artículos 12 y 13. No comprende la justificación de esto y considera que en relación con esa cuestión sería importante mantener la terminología empleada en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En el contexto actual, están presentes un Estado lesionado en la persona de uno de sus nacionales, y un Estado responsable.

18. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d* del artículo 14, el Sr. Pellet confiesa que la lectura del informe ha aumentado su curiosidad por la noción de «vínculo voluntario» (respecto del apartado *c*), aunque no ha disipado por completo su perplejidad. Explica que ésta se debe más al modo en que el Relator Especial presenta esa

noción —examinándola al mismo tiempo que la noción de «conexión territorial» (respecto del apartado *d*) y situando ambas nociones en un mismo plano a pesar de que la segunda no es sino la ilustración ambigua de la primera— que a la noción misma, que considera atractiva y por completo adecuada, aunque refleje más la doctrina que la práctica. El Sr. Pellet cree entender que la noción de «vínculo voluntario» significa que los recursos internos no tienen por qué ser agotados en el caso de que un Estado cause un daño a una persona que no ha tenido culpa alguna de su desgracia, no ha asumido en principio riesgo alguno, no ha tomado la iniciativa del contacto y no ha entrado en el territorio del Estado responsable ni ha invertido en él. Si se hace abstracción de la práctica, esa idea parece razonable y resolvería los problemas que el Sr. Pellet ha planteado en la sesión anterior, además de eliminar las hipótesis expuestas por el Relator Especial en el párrafo 83 de su tercer informe. El Sr. Pellet comprende que el Relator Especial vea indicios de méritos en esa idea, pero no comprende que acabe por mostrarse favorable a rechazar la norma enunciada en el apartado *c*. En principio esa norma parece responder a consideraciones de sentido común y de equidad. Bien es verdad que no ha sido consagrada claramente por la jurisprudencia, pero la práctica mencionada por el Relator Especial la justificaría suficientemente, aun cuando parecen existir prácticas contrarias, especialmente en materia de reparación de los daños causados por la contaminación. A ese respecto, el Sr. Pellet dice que lamenta haber mencionado en la sesión anterior casos de contaminación marítima como el del *Torrey Canyon* o el del *Amoco Cadiz*, que, a ese respecto, son ajenos al tema examinado. Una vez cerrado este paréntesis, manifiesta que la Comisión tiene en el apartado *c* una oportunidad excelente de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional, por lo que está a favor de ese apartado sea remitido al Comité de Redacción, y añade que sin duda sería preferible proporcionar una definición de la expresión «vínculo voluntario», que no está consagrada ni es evidente, y no en el comentario sino en el artículo mismo.

19. Por el contrario, el Sr. Pellet no cree que el apartado *d* tenga interés alguno ya que, tal como lo presenta el Relator Especial, no le parece que sea sino una subhipótesis más de la hipótesis representada por el apartado *c*, que además, interpretada literalmente, sólo serviría para contradecir inútilmente la hipótesis del «vínculo voluntario». Por ejemplo, en el caso de un incidente aéreo en el que un avión sea abatido por el Estado A en el propio territorio del Estado A, no existe un vínculo voluntario entre el Estado A autor del hecho internacionalmente ilícito cometido en su jurisdicción territorial, su espacio aéreo y la parte perjudicada, pero lo que justifica la hipótesis del vínculo voluntario se aplica de modo especial: las personas que estaban a bordo del avión no eligieron evidentemente ningún vínculo territorial, simplemente se encontraban sobre el territorio del Estado A. Mejor sería abandonar el apartado *d*.

20. El Sr. BROWNLIE, volviendo al apartado *c* del artículo 14, se sorprende de que el Relator Especial se muestre tan tímido respecto de la noción de «vínculo voluntario». No está de acuerdo con la afirmación hecha en el párrafo 70 del tercer informe de que no haya fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo

voluntario. De hecho, esa exigencia encuentra un apoyo considerable en diversas fuentes. El Sr. Brownlie observa a ese respecto, en relación con la cuestión general del «daño directo», que si el accidente de Chernóbil suscitó tanta prudencia por parte de varios países europeos y no dio lugar a una multitud de reclamaciones, fue por razones de interés personal. El Gobierno británico, por ejemplo, no presentó ninguna reclamación. Pero es posible pensar que en casos de ese tipo haya grupos de presión que intervengan ante sus gobiernos respectivos para que éstos adopten medidas. El Sr. Brownlie desearía, por tanto, que la Comisión mantuviera el apartado *c* del artículo 14 y que lo remitiera al Comité de Redacción. Aun así, hay que decir que esa disposición, lejos de constituir una excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos es una condición para su aplicación y que, desde ese punto de vista, no tiene cabida en el artículo 14, que está consagrado a las excepciones a la norma, por lo que convendría reexaminar el lugar que ocupa.

21. El Sr. Brownlie piensa, de igual modo que el Sr. Pellet, que el apartado *d* del artículo 14 es inaceptable, y añade que no hace ninguna aportación, no tiene un fundamento sólido y no es realmente compatible con el apartado *c*.

22. El Sr. KOSKENNIEMI dice que tiende cada vez más a compartir la opinión del Sr. Brownlie de que los debates en curso no se refieren a una pequeña excepción a la norma sino por completo a la razón de ser de dicha norma. Comprende las consideraciones de orden político que subyacen a la noción de «vínculo voluntario» que el Relator Especial ha explicado y a las que han hecho referencia algunos otros miembros de la Comisión. Sin embargo, teme que esos debates desvíen la atención de la Comisión en una dirección errónea. Existen casos en que, a pesar de la existencia de un vínculo voluntario, es conveniente que pueda ejercerse una protección diplomática. También es verdadero lo contrario: en determinadas situaciones en que no existe vínculo voluntario no es conveniente que pueda existir esa protección. El Sr. Koskenniemi se pregunta, pues, por la pertinencia de esa noción de vínculo voluntario. Considera que la cuestión fundamental consiste más bien en saber quién tiene necesidad de una protección diplomática y quién no tiene verdaderamente necesidad. Cuando hay personas perjudicadas, especialmente en los casos en que son particularmente vulnerables, tiene importancia que puedan ser protegidas. Ese ha sido el caso de los trabajadores asiáticos en Kuwait que tuvieron que abandonar ese país cuando fue invadido por el Iraq en 1990 y tuvieron que refugiarse en países vecinos como el Irán o la Arabia Saudita. Según el Sr. Koskenniemi, esas personas tenían derecho a beneficiarse de la protección diplomática del Estado del que eran nacionales respecto de esos Estados, aunque el hecho de encontrarse en su territorio no respondiera realmente a una elección voluntaria. Por el contrario, en el caso de entidades comerciales multinacionales que llevan a cabo actividades transnacionales, por ejemplo por conducto de la web, eso no es necesariamente deseable. En este caso también podría decirse que no existe vínculo voluntario con ningún Estado en particular, sin embargo no hay necesidad social ni moral de prescindir de la necesidad de agotar los recursos internos. La cuestión de la existencia o ausencia de un vínculo voluntario no es, por tanto, la perspectiva ideal

para abordar determinadas situaciones y no debe ponerse en el mismo plano que las demás excepciones enunciadas en el artículo 14.

23. El Sr. TOMKA dice que no se trata de saber si hace falta proporcionar o no la protección diplomática sino de estudiar la práctica y de establecer normas al respecto. Por lo que se refiere al ejemplo de los trabajadores asiáticos en Kuwait, conviene no olvidar que han sufrido un daño causado no por Kuwait, país con el que habían establecido un vínculo voluntario, sino por el Iraq, país con el que no tenían vínculo alguno. El Estado de nacionalidad que ejerce la protección diplomática debe, pues, dirigir su reclamación al Iraq.

24. El Sr. KOSKENNIEMI dice que pensaba en realidad en la protección diplomática de que podrían beneficiarse esas personas en otros países de la región en la que se habían refugiado voluntariamente.

25. El Sr. PELLET dice que no está totalmente convencido por la argumentación del Sr. Koskenniemi. El ejemplo de los refugiados de Kuwait que ha puesto tiene más bien a favorecer la noción de vínculo voluntario, incluso si no se puede hablar de voluntad en ese caso, sino que podría tratarse de un vínculo «necesario». El orador recuerda que la norma del agotamiento de los recursos internos está destinada a proteger al Estado responsable permitiéndole la reparación de los daños que ha causado ilícitamente, y no a proteger a los particulares. Naturalmente, sería posible suprimirla, y el orador mismo estaría a favor de un reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los particulares, pero ese no es el problema. El otro ejemplo, el de las sociedades transnacionales, es más convincente en el sentido de que lleva a reflexionar sobre qué es el vínculo, aunque se trata de un caso tan poco concreto que no es necesario examinarlo muy atentamente.

26. El Sr. Pellet apoya vigorosamente la propuesta del Sr. Brownlie tendiente a disociar el apartado *c* del resto del artículo 14. Las normas de que tratan uno y otro son de carácter diferente. Sería preferible tratar en un lugar completamente aparte la noción de vínculo voluntario.

27. La Sra. XUE considera muy útil el comentario sobre el artículo 14 del Relator Especial en que éste hace un análisis claro de la cuestión y cita numerosas fuentes de interés. De las tres opciones propuestas respecto del apartado *a* del artículo 14, la última merece una atención particular. Hay tres elementos que hay que tener en cuenta a los efectos de la redacción. Conviene recordar en primer lugar que en debates anteriores de la CDI y de la Sexta Comisión de la Asamblea General en relación con el artículo 10 se sugirió modificar esa disposición para exigir el agotamiento de todos los recursos internos «adecuados y efectivos». Es necesario examinar atentamente la expresión «posibilidad razonable», habida cuenta de que los términos «posibilidad» y «razonable» que figuran en el texto actual pondrían de manifiesto una evaluación subjetiva del Estado demandante. Sería conveniente reformular la introducción del artículo 14 y el apartado *a*. Finalmente, parece existir cierta superposición entre el apartado *a* y los apartados *c*, *d*, *e* y *f*, los cuales se refieren a situaciones particulares en las que podría suceder que no hubiera ninguna posibilidad de recurso efectivo. Una

vez dicho esto, la Sra. Xue muestra su acuerdo en que se remita el apartado *a* al Comité de Redacción.

28. Por lo que se refiere a los apartados *e* y *f*, en ambos se destaca la responsabilidad del Estado en que se ha causado el daño, garantizando el acceso a los recursos internos. Ese enfoque es pertinente, pero el modo en que se ha formulado el apartado podría ser reexaminado teniendo en cuenta la modificación que se introducirá en el apartado *a*.

29. Por lo que se refiere al apartado *b*, la Sra. Xue considera que sería mejor no hacer mención del *estoppel*, noción que a menudo es fuente de malentendidos. En cuanto a la renuncia implícita, puede no ser inequívoca en todos los casos. Sería preferible indicar simplemente que el Estado demandado debe haber renunciado de modo explícito y sin ninguna ambigüedad a exigir el agotamiento de los recursos internos. Bajo reserva de esa modificación, dicha disposición también podría ser remitida al Comité de Redacción.

30. Por lo que se refiere a los apartados *c* y *d*, la noción de vínculo voluntario es muy útil cuando se trata de explicar por qué es necesario agotar los recursos internos antes de que se pueda ejercer la protección diplomática. Sin embargo, cuando no hay vínculo voluntario ni otra conexión jurisdiccional, la solución reside en las normas de derecho internacional. Como ha observado el Relator Especial en su informe, no sería razonable exigir al extranjero perjudicado que agote los recursos internos en casos difíciles como son los daños transfronterizos al medio ambiente, pero tratar el vínculo involuntario como una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos ampliará indebidamente el alcance de la protección diplomática.

31. El Sr. DUGARD (Relator Especial) observa que en muchas intervenciones se ha mencionado que el apartado *c* merece una atención particular y que la cuestión que en él se aborda debería ser examinada aparte. El orador se pregunta si de ello hay que concluir que quienes así piensan desean trasladar esa disposición al artículo 11, que trata del principio del agotamiento de los recursos internos. Si ello es así, el orador no opone objeción alguna; únicamente deberá informar de ello al Comité de Redacción.

32. El Sr. BROWNLIE, volviendo a la cuestión planteada por el Relator Especial, manifiesta interés por las diversas propuestas de modificación estructural que se han hecho. Él mismo no tiene ninguna propuesta concreta que hacer, pero también considera que el Relator Especial y el Comité de Redacción podrían trasladar a un lugar más apropiado las disposiciones relativas al vínculo voluntario, por ejemplo al artículo 11.

33. El Sr. SIMMA dice que, por lo que se refiere al apartado *b* del artículo 14, el Sr. Gaja tiene razón al considerar que la renuncia expresa puede asimilarse a una *lex specialis* por lo que no tendría que ver con el tipo de renuncia concebida por el Relator Especial en ese apartado. En cuanto a la renuncia tácita, aparte de que hay pocos casos a ese respecto que estén exentos de ambigüedad, su existencia no puede ser dada por cierta. Muy al contrario. La argumentación desarrollada por el Relator Especial a ese respecto en el párrafo 56 de su informe viene

corroborada por el hecho de que uno de los pocos tratados generales sobre la solución de diferencias, es decir, el Convenio europeo para el arreglo pacífico de las controversias, contiene una disposición que indica expresamente que es necesario haber agotado los recursos internos. De igual modo, en el caso *LaGrand*, en el que se invocó el Protocolo facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias, que puede ser comparado a lo que el Relator Especial denomina tratados generales de arbitraje, los Estados Unidos, Estado demandado, rechazaron claramente la argumentación general fundada en la protección diplomática, pero no demostraron que, por ello, hubiera que deducir una renuncia a la exigencia de agotamiento de los recursos internos. Finalmente, la cuestión del *estoppel* es una fuente de numerosos malentendidos. Ese elemento del apartado *b* no está exento de vínculos con el tipo de planteamiento que el Relator Especial concibe en el apartado *f* del mismo artículo 14, en que el Estado demandado impide a la persona agraviada tener acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos. Los ejemplos que el Relator Especial menciona en relación con el *estoppel* son, sin excepción, casos en que se ha dictado un laudo o sentencia en el sentido de que el Estado demandado al haber mantenido silencio sobre la cuestión del agotamiento de los recursos internos no puede posteriormente invocar el no agotamiento de dichos recursos. Las consecuencias son aquí las mismas que en el caso del planteamiento en que el Estado declara expresamente que no es necesario agotar los recursos internos y posteriormente cambia de opinión. Por lo tanto puede haber una cierta superposición entre el *estoppel* mencionado en el apartado *b* y el planteamiento mencionado en el apartado *f* en los casos en que haya impedimento por el comportamiento y no por el hecho de que el Estado demandado no haya dicho expresamente que los recursos internos debían ser agotados.

34. Por lo que se refiere a las cuestiones del vínculo voluntario y de la conexión territorial (apartados *c* y *d*), el Sr. Simma se pregunta de igual modo que el Sr. Brownlie por qué el Relator Especial se muestra inseguro respecto del principio de que si no hay vínculo voluntario no hay obligación de agotar los recursos internos. Sin embargo esa actitud prudente sólo sería extraña si el Relator Especial estuviera tan firmemente convencido como el Sr. Pellet parece estarlo de la solidez y del carácter convincente del principio del vínculo voluntario. Sin embargo, no parece ser esto lo que se expone en los párrafos 65 y 89 del informe del Relator Especial. Pero el problema más fundamental que plantea la noción de vínculo voluntario, tal como se presenta en la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina, reside en el hecho de que ese vínculo remite a una noción casi física. Se trata, como en el siglo XIX, de considerar a personas que se desplazan físicamente. Esa visión de las cosas se encuentra todavía en el caso *Emprunts norvégiens* (párr. 73 del informe), en que Francia adujo que sus nacionales propietarios de títulos noruegos pero residentes en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega, a menos que tuvieran un vínculo voluntario con ese país. Pero, si se pasa de los decenios de 1940 y 1950 a la situación de mundialización económica que reina en la actualidad, se comprueba que los particulares pueden, sin grandes obstáculos jurídicos internacionales, quebrar e incluso

arruinar estructuras económicas enteras. Conviene, pues, preguntarse si no haría falta ser un poco «anti derechos humanos» y considerar que la norma del agotamiento de los recursos internos está destinada a proteger al Estado demandado, cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta. Evidentemente, en el 85% de los casos son los particulares quienes son vulnerables y no el Estado, pero no por ello hay que hacer caso omiso de la posibilidad contraria. En el contexto de los casos de contaminación transfronteriza, cabe preguntarse si es prudente introducir de modo forzado el caso Chernóbil en el paradigma de la protección diplomática. La protección diplomática presupone un hecho internacionalmente ilícito, cosa que está por demostrarse en el caso Chernóbil, y sería artificial y torpe asimilar las medidas adoptadas por el Reino Unido y otros países en ese caso al ejercicio de la protección diplomática. Se trata aquí de una nueva rama del derecho, el derecho del medio ambiente, que no hay razón para abordar con viejos esquemas.

35. Por otra parte, se ha demostrado poco interés por los casos límite de la presencia física: un tránsito de tres horas entre dos aviones, una visita de seis días o dos semanas de vacaciones, ¿son suficientes para establecer un vínculo voluntario? Ese aspecto sólo se aborda de modo marginal en el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard⁶ (párr. 81 del informe) o por Roberto Ago, pero no por ello deja de ser importante, habida cuenta del hecho de que las personas se desplazan cada vez más y que es necesario definir las incidencias de ese fenómeno en la noción de vínculo voluntario. El Relator Especial tiene razón al decir que en los planteamientos más espectaculares el Estado de origen del interesado resultará directamente lesionado, por lo que no tendrá que recurrir a la protección diplomática. En algunos otros casos, el criterio de preponderancia previsto en el artículo 11 permitirá solucionar el problema. Hay otras situaciones que podrían entrar en el esquema del apartado *a* del artículo 14 y ser explicadas de modo convincente en ese marco. Una vez dicho esto, si se logra un consenso sobre la oportunidad de retirar de ese artículo la noción de vínculo voluntario y trasladarla, por ejemplo, cerca del artículo 11, esa solución sería aceptable si dicha noción fuera sometida realmente a un debate a fondo.

36. El Sr. OPERTTI BADAN señala que la Comisión, sin decirlo de modo explícito, está a punto de debatir el ámbito de aplicación de ese antiguo instrumento que es la protección diplomática. Ese instrumento posee su tradición, su evolución histórica y su práctica, pero frente a fenómenos nuevos se plantea la cuestión de si se ha adaptado suficientemente o si hace falta elaborar otro instrumento. En todos los casos citados (*Amoco Cadiz*, *Bhopal*, etc.), los demandantes, que son particulares, pueden elegir entre su jurisdicción nacional y la del Estado demandado para que se comprueben los perjuicios sufridos y se obtenga una reparación, pero el hecho ilícito que está en el origen del daño no se inscribe en una relación contractual. La noción de daño transfronterizo tiene sus características

⁶ Reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law* (Washington D.C.), vol. 55 n.º 3 (julio de 1961), pág. 548.

propias, que no se ajustan necesariamente a las de la proyección diplomática. Se trata de una realidad nueva, que entraña sin duda aspectos políticos, pero el derecho no debe temer ni a lo nuevo ni a lo político. Por todos esos motivos, convendría no remitir de modo apresurado los apartados *c* y *d* del artículo 14 al Comité de Redacción antes de que hayan sido examinados a fondo.

37. El Sr. BROWNLIE se pregunta si el Sr. Simma no da una importancia excesiva a las incertidumbres y a las dificultades de aplicación inherentes a la noción de vínculo voluntario. Son numerosas las nociones aceptadas de modo general y familiares —por ejemplo, la de plataforma continental— respecto a las cuales la incertidumbre sólo se ha disipado de modo progresivo y después de varios años, mientras que una noción de derecho internacional privado tan conocida como la de domicilio continúa planteando problemas de aplicación. De igual modo, en materia de contaminación transfronteriza, el accidente de Chernóbil fue algo totalmente nuevo debido al número de personas afectadas, aunque, en sí mismo, el riesgo de accidentes nucleares se había previsto en varias convenciones multilaterales europeas importantes que se habían establecido precisamente para delimitar las responsabilidades de las partes contratantes en caso de que se produjera un accidente de ese tipo. Por ejemplo, el caso *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) que se remonta a 1935 era ya un caso de contaminación transfronteriza. La Comisión no debería desdeñar la importancia de la noción de vínculo voluntario por el solo motivo de que plantea problemas de aplicación.

38. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO comparte las opiniones expuestas por el Sr. Kateka, la Sra. Xue y el Sr. Simma respecto a la posibilidad de una renuncia tácita de la exigencia de agotamiento de los recursos internos (apartado *b* del artículo 14). La renuncia es un acto unilateral que debe ser irrevocable y no puede presumirse. Ni la jurisprudencia (el caso *Barcelona Traction*, entre otros) ni la doctrina plantean esa presunción.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación⁵)

[Tema 2 del programa]

39. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) informa a la Comisión que el Grupo de Planificación ha celebrado dos reuniones. En la primera reunión, que se celebró el 1.º de mayo de 2002, se decidió recomendar a la Comisión que incluyera en su programa de trabajo el tema titulado «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y estableciera un grupo de trabajo sobre esa cuestión, y que incluyera también en su programa de trabajo el tema titulado «Responsabilidad de las organizaciones internacionales», nombrara a un relator especial sobre esta cuestión y estableciera un grupo de trabajo encargado de ayudar al relator especial durante el período de sesiones en curso de la Comisión. En la misma reunión, el Grupo de Planificación también

decidió restablecer su grupo de trabajo sobre el programa a largo plazo y nombrar al Sr. Pellet presidente de dicho grupo de trabajo.

40. En su segunda reunión, celebrada el 6 de mayo de 2002, el Grupo de Planificación decidió recomendar a la Comisión que incluyera en su programa de trabajo el tema titulado «Recursos naturales compartidos», nombrara un relator especial sobre esa cuestión y estableciera un grupo de trabajo encargado de ayudar al relator especial durante el período de sesiones en curso de la Comisión, así como que estableciera un grupo de estudios sobre el riesgo de fragmentación del derecho internacional. El Grupo de Planificación se reunirá nuevamente para examinar otras cuestiones incluidas en su programa.

41. El PRESIDENTE, sobre la base de las consultas celebradas, propone confiar al Sr. Sreenivasa Rao la tarea de presidir el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, nombrar al Sr. Gaja relator especial sobre la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y confiar al Sr. Simma la tarea de presidir el grupo de estudio sobre el riesgo de fragmentación del derecho internacional, en el entendimiento de que seguirán realizándose consultas en relación con la cuestión de los recursos naturales compartidos.

Así queda acordado.

42. El Sr. GAJA expresa su profunda gratitud a la Comisión por su nombramiento como Relator Especial. Invita a los miembros interesados en la cuestión cuyo examen le ha sido confiado a que reflexionen sobre la dirección que podrían tomar los trabajos y a que sugieran bibliografías y otros materiales para su estudio.

43. El Sr. SIMMA informa a los miembros interesados por la cuestión de la fragmentación del derecho internacional de que el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones contiene en el anexo un breve estudio sobre la cuestión, elaborado por Sr. Hafner⁷.

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el Grupo de Trabajo encargado de examinar la cuestión que le ha sido confiada utilizará como documento de base el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones⁸.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁷ Véase 2714.ª sesión, nota 1.

⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 110.

* Reanudación de los debates de la 2714.ª sesión.

2718.ª SESIÓN

Viernes 10 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. OPERTTI BADAN, refiriéndose a la cuestión del agotamiento de los recursos internos, dice que tiene dudas acerca de si los conceptos de vínculo voluntario y conexión territorial de los que se ocupan los apartados *c* y *d* del artículo 14 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/523 y Add.1), sobre los que no hay consenso general, deben incluirse como criterios en el proyecto de artículos, aunque podrían examinarse por separado en otro contexto. Ese punto de vista cuenta con el apoyo del enfoque adoptado por la Comisión en su 29.º período de sesiones durante la primera lectura del artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados⁴.

2. Varios miembros sostuvieron la opinión de que no era necesario agotar los recursos internos cuando no había ningún vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado; el vínculo podía ser la presencia física voluntaria (de una persona física o, *mutatis mutandis*, de una persona jurídica), la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con el Estado demandado (párr. 67 del informe), pero no las relaciones privadas entre personas de un Estado y personas de otro Estado. Sin embargo, hay casos en que esas relaciones privadas pueden dar lugar de hecho a la protección internacional del Estado y por tanto merecen seguir siendo examinados.

3. El orador no está de acuerdo con la Sra. Xue en que el agotamiento de los recursos internos sea una cuestión de procedimiento. En realidad se trata de un concepto

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 6.

sustantivo, aunque la manera de aplicarlo podía entrar en el ámbito del derecho procesal. Cuando hay un vínculo entre la persona y el Estado extranjero, este último debe tener la posibilidad de reparar el presunto perjuicio por sus propios medios.

4. Los cambios recientes en el derecho internacional influyen en la naturaleza y el alcance de la protección diplomática, por una parte, y en la aplicabilidad o no aplicabilidad de la norma referente a los recursos internos, por otra. En el primer caso, los cambios se refieren, a su juicio, a hechos como los daños ambientales transfronterizos y el derribo de un avión que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (párr. 68 del informe), que no corresponden a lo que se entiende tradicionalmente por protección diplomática. Así pues, la cuestión consiste en si sería mejor tratar esos asuntos en el marco del derecho ambiental, en el primer caso, o de la responsabilidad de los Estados, en el segundo. En cuanto al texto que ahora se examina, su finalidad debería ser definir claramente el objeto de la futura convención, ofreciendo así la oportunidad de lograr un resultado satisfactorio.

5. Es importante examinar de qué manera, al no haber soluciones previstas en el derecho internacional público, las personas pueden ejercer sus derechos y presentar reclamaciones. En la esfera privada, otros tipos de derecho se aplican tan sólo a los efectos de actos realizados por las autoridades, pero no a los propios actos; son útiles tan sólo a falta de otros recursos, o como complemento de ellos. Se ha sostenido que el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) resolvió la cuestión de la indemnización, pero no la de la responsabilidad. Cabe preguntarse si cuando un individuo presenta una solicitud de indemnización pecuniaria por los daños causados por el acto de un Estado extranjero ante los tribunales nacionales de este último sin entablar procedimientos judiciales acerca de la licitud o ilicitud del acto propiamente dicho debe considerarse que eso equivale a agotar los recursos internos. Hay que establecer una distinción más clara entre reclamaciones internacionales y protección diplomática; las primeras pueden ser presentadas por la persona o por el Estado de la nacionalidad, mientras que la última puede ser ejercida únicamente por el Estado de la nacionalidad.

6. Una vez más, es necesario distinguir entre los tipos de riesgo que asume la persona. Cabe suponer que los extranjeros que realizan actividades relacionadas con el Estado extranjero se han sometido voluntariamente a sus leyes y tribunales; en tales casos puede decirse que el riesgo ha sido libremente asumido. En otros casos, sin embargo, no se ha asumido dicho riesgo porque no se ha creado ningún vínculo *voluntario*; en el derecho internacional privado, el término apropiado para definir esas situaciones sería el de «responsabilidad extracontractual». Es posible que exista un vínculo con el Estado extranjero, pero que exista contra la voluntad de la persona o de resultados de imponderables, como en el caso de la explosión de la central nuclear de Chernóbil o del derrame de petróleo del *Amoco Cadiz*. Como el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) se resolvió mediante arbitraje, no constituye un ejemplo válido del principio en cuestión.

7. En tales casos, las víctimas deben tener la opción de solicitar una reparación ante los tribunales del Estado responsable, pero no deben estar obligadas a hacerlo. El

Relator Especial, al comentar el párrafo 2 del artículo XI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (párr. 80 del informe), parece indicar un punto de vista más amplio. En el caso de una catástrofe que afecte a la población de más de un Estado, una posibilidad sería que las víctimas que hubiesen sufrido daños materiales presentaran reclamaciones ante los tribunales de su propio Estado o del Estado en que residen o ante los de Estados que estén razonablemente relacionados con el hecho. En otras palabras, el agotamiento de los recursos no debe limitarse exclusivamente a los recursos disponibles en el Estado causante de los daños. En el párrafo 72 de su tercer informe el Relator Especial parece considerar menos pertinente el concepto jurídico de vínculo voluntario.

8. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto, que sentó un precedente en el derecho privado de que el Estado debe asumir la responsabilidad de daños al medio ambiente resultantes de actividades que permitió realizar en su territorio, tuvo gran importancia para los asuntos *Sandoz-Rhine* y *Bhopal*. En el párrafo 75 del informe, el Relator Especial sugiere que la posición del Canadá en el caso *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) podía haberse basado en el punto de vista de que no era preciso agotar los recursos internos porque se trataba de un agravio directo o en el hecho de que en el compromiso arbitral en cuestión no se exigía que se agotaran dichos recursos. La segunda de esas hipótesis sitúa el caso fuera del contexto del agotamiento de los recursos internos, ya que el arbitraje, por su propia naturaleza, presupone el acuerdo voluntario de las partes de someterse a él.

9. En su examen de la práctica de los Estados, el Relator Especial da varios ejemplos de Estados autores de hechos ilícitos que optaron por no exigir el agotamiento de los recursos internos. En todos esos casos, sin embargo, esa posición parecía deberse más a consideraciones políticas, por ejemplo la repercusión sobre la opinión pública, que a la teoría jurídica, hecho que les restaba valor desde el punto de vista de la codificación.

10. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales es un elemento que debe tenerse en cuenta y relacionarse con las observaciones formuladas por el Sr. Simma en la 2716.ª sesión en el sentido de que el derecho ambiental, por ejemplo, implicaba otros criterios que la Comisión tenía que reconocer.

11. El orador no está plenamente convencido de que exista un consenso acerca de elementos suficientes que justifiquen remitir el asunto que se examina al Comité de Redacción. En particular, tiene dudas acerca del artículo 14 y especialmente de la declaración de Roberto Ago de que los recursos internos deben ser efectivamente utilizables⁵. Su propia opinión es que cuanto más utilizables son los recursos internos menor es el alcance de la protección diplomática. Por consiguiente, está de acuerdo con el Sr. Pellet en que el proyecto de artículos constituye más un

código de conducta para los Estados que un instrumento para la solución de controversias entre ellos.

12. El orador desea insistir en que la mejor manera de evitar los abusos de la protección diplomática es aumentando las garantías de los recursos internos eficaces. Los recursos actualmente disponibles en el derecho internacional público son insuficientes; no hay ningún marco convencional general en diversos ámbitos, como en el derecho ambiental; y en la actualidad no hay ninguna alternativa para suplir la falta de un marco normativo en el derecho internacional público que proteja a las personas físicas y jurídicas y reconozca su derecho a percibir una indemnización, como en el derecho internacional privado. Por consiguiente, la labor del Relator Especial representa una contribución inestimable al tema, y las objeciones de los miembros simplemente se refieren a cuestiones que se plantearían en cualquier caso en la Sexta Comisión o bien por los propios Estados en el momento de ratificar el proyecto de artículos.

13. El Sr. KEMICHA dice que deben suprimirse los proyectos de artículos 12 y 13; es totalmente infructuoso discutir si la norma relativa a los recursos internos es sustantiva o de procedimiento y, en cualquier caso, esos artículos no añaden nada al artículo 11, si bien sería conveniente volver a redactar este último.

14. Por otra parte, el artículo 14 pretende abarcar demasiadas cuestiones. El orador prefiere la tercera opción presentada en el apartado *a* del artículo 14, es decir, cuando no hay una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. En cuanto al apartado *b* del artículo 14, el orador está de acuerdo con quienes estiman que las renunciaciones deben ser explícitas y no tiene ninguna reserva acerca de la referencia a la regla de los actos propios. Debe suprimirse el apartado *d* del artículo 14, ya que esa situación queda ya abarcada por el apartado *c*. El orador acoge favorablemente la propuesta de que se dedique un artículo aparte a la aplicabilidad de la norma relativa a los recursos internos cuando no haya vínculo voluntario. Los apartados *e* y *f* del artículo 14 pueden combinarse con el apartado *a*. Por último, el orador apoya a quienes han propuesto suprimir el proyecto de artículo 15.

15. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la institución de la protección diplomática ha registrado enormes cambios a lo largo de los años. En un momento en que las comunicaciones eran deficientes y no había oportunidades de dirigirse a los foros internacionales, la intervención de un Estado en nombre de sus ciudadanos se consideraba esencial. Sin embargo, ahora que los individuos adquieren cada vez más una personalidad propia y la oportunidad de ejercer sus derechos a través de los diversos foros y vías existentes, esa necesidad es cada vez menor: en el mejor de los casos los Estados son reacios a hacerse cargo de las causas individuales y convertir una reclamación privada en una reclamación estatal. Sin embargo, el tema sigue teniendo importancia, por lo que se requiere su codificación.

16. La cuestión de si el principio de agotar los recursos internos es de procedimiento o bien sustantiva recuerda al orador un debate similar sobre la cuestión de si el principio del reconocimiento tiene carácter declarativo o constitutivo. Lo que está claro es que el principio forma parte

⁵ Véase el sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/302 y Add. 1 a 3, pág. 42, párr. 100.

del derecho internacional consuetudinario, que como tal es fundamental para activar la protección diplomática y que, por consiguiente, debe enunciarse de la manera más clara posible y sin ninguna ambigüedad. Vistos desde este punto de vista, los artículos 12 y 13 o bien duplican la declaración del principio que figura en los artículos 10 y 11, o bien meramente mencionan conceptos, como la denegación de justicia, que luego no explican con detalle. En consecuencia, podrían eliminarse ambos artículos sin influir negativamente en el conjunto del proyecto de artículos y su contenido podría incorporarse a los artículos 10 y 11 o en los comentarios a ellos.

17. Si bien el artículo 14 debe remitirse al Comité de Redacción, es preciso realinear y conciliar los apartados *a* y *e*. De las tres opciones que se presentan para el apartado *a* del artículo 14, el orador es partidario de la opción 3. Lo «razonable» es un criterio viable y que, como señaló el Sr. Pellet, ha ejercido considerable influencia en el campo del derecho marítimo. Las expresiones «recursos efectivos» y «demora indebida» son relativas y no admiten criterios de validez universal. En último término, deben juzgarse en un contexto y unas circunstancias determinadas, y sobre la base de otros principios igualmente importantes: la igualdad ante ley, la no discriminación y la transparencia, en la medida en que se basan firmemente en la normativa del Estado.

18. El Comité de Redacción debería prestar más atención a los útiles comentarios hechos por el Sr. Gaja, el Sr. Simma y otros acerca de la cuestión de la renuncia. Una renuncia tácita no debe presuponerse a la ligera sino comprobarse de manera rigurosa. De manera análoga, el *estoppel* (regla de los actos propios), si se demuestra, equivale a una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos, ya que es un principio general de derecho.

19. Es preciso seguir trabajando en el apartado *f* del artículo 14 a la luz de las observaciones hechas por el Sr. Koskeniemi, el Presidente y otros. El orador comparte la opinión de que el concepto de vínculo voluntario debe considerarse más como una condición previa que como una excepción a la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos. Ese concepto es útil y ha servido de base a múltiples reclamaciones diplomáticas. Sin embargo, hoy en día el apoyo a reclamaciones privadas por medios diplomáticos, incluso cuando no hay «vínculo voluntario» en sentido estricto, es cada vez más frecuente. En el caso de los daños transfronterizos, los Estados tienen la posibilidad de agrupar y presentar al Estado responsable solicitudes de reparación en nombre de sus ciudadanos y de otras personas que están bajo su jurisdicción. Las personas también tienen la opción de dirigirse a órganos judiciales o cuasi judiciales para solicitar una reparación, si lo creen conveniente o útil. Eso se refleja en el principio de no discriminación, que ha sido reconocido en Europa y forma ahora parte de todos los instrumentos internacionales recientes sobre el medio ambiente, y que, a juicio del orador, no impide al Estado intervenir en nombre de un grupo de individuos residentes en su jurisdicción y afectados por daños transfronterizos, en particular si esas reclamaciones son numerosas, o si los individuos agraviados no están organizados, desconocen procedimientos jurídicos complicados o carecen de medios económicos para presentar las reclamaciones

por su cuenta. Así pues, el concepto de vínculo voluntario es útil sobre todo como base jurídica en casos individuales y debería prescindirse de él en algunas situaciones que tendrían que preverse expresamente en el proyecto de artículos. Los agravios causados extraterritorialmente o en un contexto transfronterizo constituyen un ejemplo claro, pero puede haber otros.

20. Por último, el orador está de acuerdo con los miembros que no son partidarios de remitir al Comité de Redacción el artículo 15, relativo a la carga de la prueba. La carga de la prueba es un principio que puede enunciarse en las reglas de procedimiento o *compromis* en el caso de los foros judiciales internacionales, y en el derecho del Estado en los casos en que se recurre a foros internos de resolución judicial. Por consiguiente, el artículo 14 debe enviarse al Comité de Redacción mientras que los artículos 12, 13 y 15 deben eliminarse, ya que su contenido se explica ya de manera adecuada en otros lugares.

21. El Sr. MOMTAZ expresa su satisfacción al observar que, en el párrafo 63 de su tercer informe, el Relator Especial declara inequívocamente que la norma relativa al agotamiento de los recursos internos es parte del derecho internacional consuetudinario, porque existe el peligro de que, habida cuenta de la larga lista de excepciones propuesta en el artículo 14, esta norma útil podría ir restringiéndose hasta quedar reducida a muy poca cosa.

22. Es cierto que el Relator Especial, tras ofrecer un examen casi exhaustivo de la doctrina y la jurisprudencia, vacilaba a la hora de reconocer la validez de algunas de las excepciones que proponía, como la falta de un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado. El orador está también dispuesto a admitir que, como ocurre con cualquier norma de derecho internacional, hay excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. Una de esas excepciones, señalada por el Sr. Fomba, es el caso de un Estado como Rwanda, en el que el sistema judicial se había venido abajo total o parcialmente de resultas de un conflicto armado interno. A su juicio, sin embargo, prever una excepción a la regla en tales casos no contribuye para nada a resolver el problema, que es insoluble por su propia naturaleza. Por el contrario, sería posible hacer una excepción en los casos en que el sistema judicial de un Estado no pudiera obtener las pruebas necesarias o practicar diligencias, situación específicamente prevista en el párrafo 3 del artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, disposición que la Comisión quizás desee aplicar al asunto que se examina.

23. También podría incluirse en la lista de excepciones el caso en que las normas procesales de un Estado excluyan a los extranjeros de la justicia. El orador no se refiere al apartado *f* del artículo 14, que trata de situaciones en que el Estado impide a la persona agraviada tener acceso a las instituciones por motivos de seguridad o de conveniencia política, entre otros. A su juicio, no se justifica dar a ese caso rango de excepción, porque en tales circunstancias un abogado nacional podría encargarse de que se agotaran los recursos internos. El orador piensa más bien en casos en que la legislación del Estado discrimina a los que no son nacionales del país. Está claro que deben constituir una excepción a la regla. Lo mismo se aplica a los casos en que hay una larga serie de precedentes desfavorables a

los extranjeros, situación a la que alude el Relator Especial en el párrafo 42 de su informe.

24. El orador también tiene dudas acerca de la validez de la excepción que se indica en el apartado *e* del artículo 14, relativo a la demora indebida. La demora indebida puede ser simplemente resultado de una sobrecarga del sistema judicial, como ocurre a menudo en países con una grave escasez de recursos y en particular de jueces calificados para ocuparse de los casos. Esas situaciones no deben considerarse excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos, sobre todo habida cuenta de que en tales circunstancias los ciudadanos del Estado en cuestión tienen que esperar pacientemente, al igual que los extranjeros, a que se haga justicia.

25. En cuanto a la cuestión del vínculo voluntario, que ha suscitado un animado e interesante debate, el orador ha quedado convencido por los argumentos expuestos por la Sra. Xue, quien considera con razón que la práctica del Estado por la que se autoriza a las personas agraviadas a no agotar los recursos internos es el resultado de la evolución del derecho ambiental internacional, una rama especializada del derecho internacional que no tiene mucho que ver con la cuestión que se examina. En cuanto a los casos referentes al derribo de un avión extranjero, mencionados en el párrafo 79 del informe, en líneas generales los Estados responsables insisten en que se ha tratado de un accidente, negándose a asumir la responsabilidad por un acto ilícito y ofreciendo pagos *ex gratia* para indemnizar a las víctimas. Así pues, el orador duda de que, en tales casos, pueda argumentarse a favor de hacer una excepción basada en un vínculo voluntario. En cuanto al ejemplo que figura en el apartado *c* del párrafo 83 del informe, el del asesinato de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A, el Relator Especial claramente contempla una situación en que las fuerzas armadas del Estado B están estacionadas en el territorio del Estado A en tiempo de paz y a solicitud de este Estado. En tal situación, los Estados en cuestión suelen concertar acuerdos para resolver esas cuestiones y por tanto no hay ninguna necesidad de hacer una excepción. Lo mismo vale para el secuestro transfronterizo de nacionales extranjeros, situación mencionada en el apartado *d* del párrafo 83 y que, por fortuna, rara vez se da.

26. Con respecto a la renuncia a la exigencia de agotar los recursos internos, es una norma establecida del derecho internacional que no debe haber ninguna presunción acerca de los límites de la responsabilidad de los Estados. Por consiguiente, el orador duda de que sea válida una disposición relativa a una renuncia tácita. El Sr. Rodríguez Cedeño señaló acertadamente que, dejando aparte los casos en que los Estados renuncian a esa norma de común acuerdo, toda renuncia unilateral debe hacerse expresamente. Ciertamente, al igual que el Sr. Simma, el orador se pregunta si es realmente necesario acoger una disposición que prevea una renuncia expresa, que, cuando es objeto de un acuerdo, constituye una *lex specialis*.

27. Por último, el orador expresa su agradecimiento al Sr. Pellet por sus observaciones acerca de la necesidad de presentar argumentos jurídicos para los recursos internos y por señalar que no basta con remitir el asunto a los tribunales para ampliar esa norma. El Relator Especial debe seguir examinando ese aspecto de la cuestión.

28. En conclusión, el artículo 14 mejoraría si se simplificara, ya que algunas de sus cláusulas podrían combinarse, independientemente de la cuestión de si son pertinentes al artículo. La norma relativa al agotamiento de los recursos internos debe respetarse salvo que los recursos internos sean obviamente inútiles: de ahí que el orador prefiera la opción 1.

29. El Sr. SIMMA dice no estar de acuerdo con la opinión expresada por el Sr. Momtaz de que no debe haber ninguna excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos en los casos en que la demora indebida sea atribuible a la incapacidad del sistema judicial del Estado demandado de examinar un gran número de asuntos atrasados. Aun cuando no se hayan frustrado de manera intencional los recursos internos, tiene que haber un momento en que un extranjero tenga derecho a recurrir a la protección diplomática de su propio Estado. Ha de existir alguna norma internacional mínima y la Comisión podría examinar la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos para orientarse en este asunto.

30. El Sr. MOMTAZ dice estar de acuerdo en que sería una buena idea remitirse a la jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a fin de determinar qué constituye «una demora indebida». Esa idea es subjetiva y es preciso establecer criterios objetivos que permitan tener en cuenta las situaciones en que el sistema judicial de un Estado se ve obstaculizado por falta de recursos humanos y materiales.

31. El Sr. CHEE dice que la labor del Relator Especial sobre el tema de la protección diplomática es digna de elogio por su alcance y por su profunda erudición. El artículo 10 reafirma la norma relativa al agotamiento de los recursos internos en el contexto de la codificación, por lo que el orador aprueba su formulación. El artículo 12 es aceptable, aunque podrían plantearse algunas cuestiones acerca de su redacción. En cuanto al artículo 13, el orador es más bien de la opinión de que la norma forma parte del derecho procesal. La denegación de justicia es un asunto extremadamente amplio que va más allá del ámbito de la protección diplomática. Por lo tanto, debería tratarse por separado en una adición.

32. El orador es partidario de la opción 3 en el apartado *a* del artículo 14 y tiene problemas con el concepto de «renuncia tácita» en el apartado *b* ya que parece sugerir que, en algunas circunstancias, el Estado demandado puede renunciar de manera no expresa a la exigencia de que se agoten los recursos internos.

33. En cuanto al apartado *c* del artículo 14, es importante la cuestión del vínculo voluntario: qué es, qué hace, qué no debe hacer. El Relator Especial presenta cuatro casos de vínculo voluntario que deben considerarse excepciones a la norma de agotar los recursos internos. Si bien el orador está de acuerdo con esos ejemplos, podrían citarse más, mejorando así el texto.

34. El principio del derecho interno de que la demora indebida constituye una denegación de justicia estaba incorporado esencialmente en la disposición que figura en el apartado *e* del artículo 14. Sin embargo, el concepto de demora es ambivalente y el orador no está seguro de que se trate de un criterio objetivo. La demora excesiva, frase

preferida en la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930, es un aspecto de la demora indebida que refleja cierta intencionalidad. El orador no tiene ninguna objeción al texto del apartado *e* pero preferiría que se indicara el aspecto excesivo de la demora.

35. Con referencia al apartado *f* del artículo 14, el orador tiene algunas dudas acerca de si los Estados obstaculizan efectivamente la justicia. Si se trata simplemente de un problema teórico, y salvo que el Relator Especial pueda presentar jurisprudencia que apoye la disposición propuesta, no debe incluirse.

36. Por último, el artículo 15 es aceptable. Corresponde a varias normas actualmente aplicadas por tribunales nacionales en lo que respecta a la carga de la prueba, y aunque son muy pocos los tribunales internacionales que tienen normas claras sobre la pertinencia y admisibilidad de las pruebas, la conservación del artículo puede servir para orientar en la práctica las actuaciones judiciales internacionales, y en cualquier caso no tendría consecuencias negativas.

37. El Sr. MANSFIELD dice aceptar la conclusión del Relator Especial en relación con el apartado *b* del artículo 14 de que es preciso prever específicamente la renuncia o la regla de los actos propios (*estoppel*) como posibles excepciones a la norma sobre los recursos internos. También está de acuerdo en que son difíciles los obstáculos que debe superar cualquier argumento basado en la renuncia tácita o la regla de los actos propios. No le plantea ningún problema especial la formulación de la disposición y está de acuerdo en remitirla al Comité de Redacción, pero el Comité quizás desee examinar dónde colocarla, teniendo presente la observación del Sr. Gaja de que por su naturaleza es muy distinta de los demás apartados que se refieren al alcance y el contenido de la norma.

38. Las cuestiones de fondo de los apartados *c* y *d* del artículo 14 son muy relevantes, si no fundamentales. Sin duda es necesaria una disposición que trate esas cuestiones, entre las que figuran, además de otras posibles, los casos indicados en el párrafo 83 del informe. El orador acepta la argumentación del párrafo 84 en el sentido de que en muchos de esos casos, por ejemplo, en los daños ambientales transfronterizos ilícitos o en el derribo ilícito de un avión, se habrá producido un perjuicio directo al Estado y no será aplicable la norma relativa al agotamiento de los recursos internos. Sin embargo, tal como funciona el mundo moderno es evidente que pueden plantearse muchos casos en que un Estado perjudique ilícitamente a un nacional de otro Estado sin causar un perjuicio directo a este Estado y que las circunstancias sean tales que resulte injusto o gravoso que la persona esté obligada a agotar los recursos internos.

39. El orador dista mucho de estar convencido de que los apartados *c* y *d* del artículo 14 abarquen todos esos casos. En el terreno comercial, por ejemplo, el mundo funciona hoy de manera muy distinta de la situación clásica del siglo XIX en que se basan las ideas acerca de la necesidad de agotar los recursos internos. Naturalmente resulta inapropiado que una persona que se haya ganado la vida en un país extranjero se niegue a utilizar los recursos internos disponibles cuando surge algún problema y procure en cambio que el Estado del que es nacional

presente una reclamación en su nombre. Por el contrario, son numerosos los pequeños comerciantes de pequeños países, muchos de ellos en desarrollo, que venden bienes o servicios en mercados especializados de todo el mundo. Quizás nunca, o sólo en contadas ocasiones, pongan pie en los Estados donde se encuentran esos mercados. Si un órgano normativo de uno de esos Estados perjudica ilícitamente al nacional extranjero, por ejemplo, no reconociendo alguno de sus derechos sobre la propiedad intelectual, pero no de tal manera que sea posible recurrir a la OMC, ¿es justo o razonable que el ciudadano extranjero tenga que agotar los recursos internos antes de que la cuestión pueda plantearse a nivel internacional? Los efectos del acto ilícito pueden ser catastróficos para las pequeñas empresas, pero el costo de utilizar los recursos internos ante los tribunales del Estado donde se encuentran los mercados podría ser superior al valor total de la empresa, simplemente a causa de la estructura de los costos y de las diferencias en los tipos de cambio. Quizás no haya la posibilidad de emprender una acción judicial colectiva para ayudar a distribuir los costos. ¿Hay realmente una razón de peso por la que en tales circunstancias deba impedirse que un Estado presente una reclamación ante otro Estado? Esas cuestiones debían seguir examinándose a fin de dar una orientación adecuada al Comité de Redacción. En su formulación actual, el apartado *c* del artículo 14 pretende dar al concepto de vínculo voluntario una mayor carga de justicia y equidad que la que ese concepto puede realmente sostener. De hecho, en algunas circunstancias, eso puede dar lugar precisamente a la injusticia que se pretende evitar.

40. Al igual que otros miembros de la Comisión, el orador tiene dudas acerca de si el apartado *d* del artículo 14 ayuda mucho a resolver las cuestiones básicas de justicia y equidad.

41. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice estar de acuerdo con la mayor parte de las opiniones expresadas hasta el momento. No tiene ninguna objeción a que se remitan los artículos 11, 12 y 13 al Comité de Redacción para que los examine, bien en relación con el artículo 10, bien por separado. También puede aceptar la opinión de quienes son contrarios a remitirle el artículo 13, siempre que no se considere que las causas para no hacerlo suponen estar en desacuerdo con la «tercera opinión» acerca de la naturaleza del agotamiento de los recursos internos. La «tercera opinión» es defendida por Fawcett y se expone en términos muy claros en el pasaje del memorando del Gobierno de los Estados Unidos⁶ que figura en el párrafo 52 del segundo informe del Relator Especial.

42. En cuanto al tercer informe, el orador elogia al Relator Especial por su punto de vista integrador. Convendría tener presente que un experto de manera explícita y otros de manera implícita, fuera o no razonable, calificaron de aguachirle el proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, eso no significa que la Comisión deba cejar en sus esfuerzos. En el párrafo 13 de su informe, el Relator Especial habla de *Hamlet* sin el príncipe, pero la obra de teatro de Tom Stoppard *Rosencrantz y Guildenstern han muerto* dice muchas cosas de la vida en general y de la corte de

⁶ Véase 2712.ª sesión, nota 10.

Dinamarca en particular sin que el príncipe aparezca nunca en escena.

43. Como señalaron el Sr. Brownlie y otros miembros, atreverse a tratar algunas de las cuestiones planteadas por el Relator Especial quizás sea más una muestra de temeridad que de valor y es probable que repercuta negativamente en la capacidad de la Comisión para producir un texto útil sobre los elementos básicos de la protección diplomática. El orador se refiere concretamente a la denegación de justicia, la carga de la prueba y la idea, actualmente arcaica pero perfectamente justificada en el momento de su aparición, conocida como cláusula Calvo. Lo que podía defenderse en la época de la diplomacia de las cañoneras es menos aceptable ahora, cuando tiene primacía la protección de las personas.

44. El orador está de acuerdo con el Relator Especial en que no habría que adentrarse en las cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del informe, aunque quizás sea prudente mostrar cierta flexibilidad. Se habían proferido considerables manifestaciones de apoyo a las opciones 2 y 3 del apartado *a* del artículo 14, que parecían diferir más en la forma que en el fondo y que debían remitirse al Comité de Redacción. En el texto o en el comentario debía quedar claro que debían tenerse en cuenta tanto el gasto como la demora al estimar qué era «lo razonable». La cita de Mummery⁷ que figura en el párrafo 37 del informe es un buen ejemplo de lo que sería útil incluir en el comentario.

45. El párrafo *b* del artículo 14 también puede remitirse al Comité de Redacción, aunque el orador está de acuerdo con el Sr. Gaja en que no hay que mezclar la renuncia con la efectividad. El Relator Especial está en lo cierto al decir que los apartados *c* y *d* del artículo 14 son innecesarios y, por las razones que adujo, no es preciso remitirlos al Comité. Es importante que quede claro, sin embargo, que la exclusión de esas disposiciones no supone negar su contenido sino simplemente estimar que no es necesario explicitarlo. El orador también mantiene una actitud abierta en lo que respecta al apartado *f* del artículo 14. No es útil ni prudente afirmar que esa disposición constituiría un desarrollo progresivo. Cualquier corte o tribunal razonable estará de acuerdo con la idea que allí se expone. Cabe esperar que este punto de vista pueda aclararse en el Comité.

46. El papel del vínculo voluntario no debe dominar el examen de la cuestión del agotamiento de los recursos internos. El orador dice que rara vez discrepa del Sr. Brownlie, pero sospecha que en este caso ha incurrido en lo que Alfred North Whitehead, en un contexto algo distinto, denominó la falacia de la precisión fuera de lugar. El agotamiento de los recursos internos no supone asumir un riesgo sino que es una manera de resolver cuestiones entre los gobiernos antes de que se conviertan en problemas internacionales. Sería inapropiado centrarse en determinados aspectos de la norma que tienden a desvirtuarla de manera que represente la asunción de un riesgo por parte de la persona. Ciertamente hay margen para aceptar la idea como parte de lo que es razonable o de algún otro concepto que permita establecer distinciones

basadas, entre otras cosas, en la actividad de la persona y en lo gravosa que resulte la carga de agotar los recursos internos, pero esa idea debe examinarse como noción subsidiaria y no como consideración primordial que daría al agotamiento de los recursos internos un sentido totalmente distinto del que ha tenido hasta ahora.

47. El Sr. FOMBA dice que el apartado *b* del artículo 14 plantea tres cuestiones. La primera, la renuncia expresa a la exigencia de agotar los recursos internos, no crea ningún problema, aunque cabe cuestionar la necesidad de formular una cosa jurídicamente obvia, aun cuando sea importante. En cuanto a la renuncia tácita, en el debate se manifiestan dos tendencias: algunos, al parecer la mayoría, se oponen a tenerla en cuenta, mientras que hay una minoría favorable, como puede verse por la opinión del Sr. Pellet. El orador opina que no debe rechazarse de entrada la posibilidad de una renuncia tácita. Hay que dar prioridad al enfoque causal, haciendo hincapié en los criterios de la intención y la claridad de la intención y teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes.

48. La referencia a la imposibilidad de plantear la exigencia de agotar los recursos internos en razón de los propios actos (*estoppel*) parece causar algunas dificultades filosóficas, teóricas y doctrinales. Para evitarlas, se podría incluir por analogía ese fenómeno en la tesis más general de la renuncia tácita, según parece desprenderse del tenor general de los asuntos mencionados por el Relator Especial en los párrafos 60 a 63 de su informe.

49. La expresión «vínculo voluntario» en el apartado *c* del artículo 14 parece extraña o por lo menos poco usual. Sustancialmente, la opinión del orador es que, aun cuando la expresión no parece haberse incorporado a la terminología jurídica y a las decisiones judiciales, o no lo suficiente, las situaciones contempladas en la disposición no carecen de interés. Por consiguiente, hay que tenerla en cuenta, del mejor modo posible y en el lugar adecuado dentro del texto, a los efectos del desarrollo progresivo del derecho. El orador tiene algunas dudas acerca de la necesidad de mantener el apartado *d* del artículo 14.

50. En conjunto, el orador opina que en la misma estructura del artículo 14 debe eliminarse toda controversia y adoptarse un enfoque más global de política judicial. Por último, debe devolverse la protección diplomática al contexto jurídico que le corresponde sustituyendo la expresión «Estado demandado» por «Estado responsable».

51. El Sr. BROWNLIE recuerda que, cuando se ocupó en un principio de la cuestión del vínculo voluntario, lo hizo desde un punto de vista normativo, no desde el punto de vista de si era o no derecho positivo. Utilizó la frase «asunción de riesgo», que posiblemente era algo emotiva, no invocándola en un sentido técnico como en el derecho de responsabilidad civil inglés y americano, sino para explicar la actitud de los gobiernos ante determinados tipos de reclamación. Intentó demostrar que, en determinadas circunstancias, insistir en el agotamiento de los recursos internos era poco realista y resultaba gravoso para las personas que no contaban con el apoyo de intereses económicos concretos, no formaban parte de ningún grupo de presión o carecían de recursos suficientes.

52. Aunque en el párrafo 70 de su tercer informe el Relator Especial no se pronunciaba acerca de la exigencia

⁷ D. R. Mummery, «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *American Journal of International Law*, vol. 58, n.º 2 (abril de 1964), pág. 389, en págs. 400 y 401.

de un vínculo voluntario, había de hecho muchas autoridades que sostenían esa exigencia, procedentes de todas las tradiciones jurídicas y ubicaciones geográficas, y que a veces se remontaban muchos decenios atrás. Sin embargo, ha de darse alguna definición del concepto de vínculo voluntario. No es aceptable considerar que turistas u otras personas de paso mantienen un vínculo voluntario con un Estado. El vínculo debe tener cierta continuidad y relevancia.

53. El PRESIDENTE dice que el problema puede deberse a la disparidad entre el vínculo voluntario como subconjunto del agotamiento de los recursos y el vínculo voluntario como subconjunto del concepto de lo razonable.

54. El Sr. YAMADA dice que los informes presentados por el Relator Especial contenían análisis sumamente estimulantes y que el debate fue extremadamente útil. Como Presidente del Comité de Redacción, no iba a comentar ningún proyecto de artículo concreto a fin preservar la neutralidad, pero deseaba hacer una observación general sobre el alcance de la protección diplomática.

55. El orador comparte algunas de las preocupaciones expresadas por la Sra. Xue y el Sr. Simma. Quizá su posición sea conservadora, pero le parece que la protección diplomática es un régimen cuya finalidad esencial es permitir a un Estado proteger a aquellos de sus ciudadanos que hayan sufrido perjuicios en el extranjero. El caso clásico es cuando un nacional del Estado A sufre un perjuicio como consecuencia de un acto internacionalmente ilícito del Estado B en un lugar que está bajo la jurisdicción o el control del Estado B, que no remedia el agravio. Entonces el Estado A invoca una ficción, o sea, que el perjuicio sufrido por su nacional es un perjuicio para sí mismo y presenta una reclamación al Estado B.

56. Ciertamente, el régimen de la protección diplomática debe ajustarse a las necesidades del mundo moderno y es preciso un desarrollo progresivo, que prevea la introducción de ajustes y excepciones a las normas relativas al Estado de la nacionalidad, la continuidad de la nacionalidad, el agotamiento de los recursos internos y otras normas. Pero, como profesional de la diplomacia, el orador expresa su inquietud por el hecho de que se describan asuntos como *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Chernóbil y otros incidentes de daños transfronterizos y contaminación del medio ambiente bajo la rúbrica de la protección diplomática.

57. En los casos de daños transfronterizos, la mayoría de las veces resultan perjudicados nacionales que residen bajo la jurisdicción y el control del Estado de la nacionalidad. Se producen perjuicios directos para ese Estado, que no tiene que invocar ninguna ficción, sino que puede presentar una reclamación directamente al Estado que ha causado los daños. Por ejemplo, antes de la concertación del Tratado por el que se prohíben los ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua, los Estados Unidos llevaron a cabo una serie de ensayos nucleares atmosféricos en el Pacífico. En 1954, un barco atunero japonés sufrió una precipitación radioactiva claramente fuera de la zona de peligro designada por los Estados Unidos. La tripulación se vio expuesta a una dosis excesiva de radiación y por este motivo uno de sus miembros perdió la vida. El Gobierno

japonés presentó inmediatamente una solicitud de resarcimiento de los daños sufridos por el Japón. El Gobierno de los Estados Unidos respondió con prontitud y llegó a un acuerdo amistoso en breve plazo. Ninguno de los dos Gobiernos consideró que se tratara de un caso de protección diplomática.

58. El orador espera que la Comisión no amplíe excesivamente el alcance de la protección diplomática. Le resulta alentador oír que el Relator Especial tiene intención de ultimar este tema en el plazo de cinco años, con lo que la protección diplomática sería parte de los logros de la Comisión en el presente quinquenio.

59. El Sr. DUGARD (Relator Especial), recordando que sugirió que era innecesario incluir una disposición sobre un vínculo voluntario precisamente porque en la mayoría de los casos se trataba de daños directos causados por un Estado a otro, por lo que no era necesario agotar los recursos internos, pregunta si el Sr. Yamada considera que bastaría con dejar que la cuestión del vínculo voluntario se limitara a las excepciones existentes a la norma relativa al agotamiento de los recursos internos.

60. El Sr. YAMADA dice que en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* los Estados Unidos y el Reino Unido participaron en la reclamación contra Bulgaria y recurrieron a la protección diplomática. El perjuicio se había causado en el extranjero desde el punto de vista de los Estados Unidos y del Reino Unido por lo que había un factor de vínculo voluntario. Eso podía considerarse en el marco del agotamiento de los recursos internos.

61. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que la observación del Sr. Yamada es acertada.

62. El Sr. TOMKA dice que no tiene ninguna objeción al apartado *a* del artículo 14. El Comité de Redacción debería poder encontrar una formulación adecuada sobre la base de las opciones 2 y 3. Está claro que la norma de la inutilidad obvia sería demasiado estricta. Con referencia al apartado *b* del artículo 14, el orador está de acuerdo con quienes aducen que no debe presumirse ninguna denuncia tácita y se pregunta si acaso el Comité no podría basarse en el ejemplo del artículo 45 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁸ y la pérdida del derecho a invocar la responsabilidad. Lo mismo puede decirse de la cuestión de la regla de los actos propios. El orador no está en desacuerdo con el concepto en sí, pero puede ser difícil de traducir a otros idiomas oficiales como el ruso y el francés.

63. El orador tiene algún recelo acerca de la cuestión del vínculo voluntario. El Relator Especial tampoco está convencido de que los apartados *c* y *d* del artículo 14 sean necesarios y opina que los asuntos en cuestión pueden estar abarcados por otras excepciones. Los ejemplos dados no corresponden al ámbito de la responsabilidad de los Estados sino al de sus obligaciones. A juicio del orador, la institución de la protección diplomática está estrechamente vinculada a la cuestión de la responsabilidad de los Estados. El Comité de Redacción propuso que la protección diplomática consistiera en el resultado de

⁸ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

medidas diplomáticas u otros medios de solución pacífica adoptados por un Estado que actúa por derecho propio o a causa del perjuicio sufrido por un nacional de resultas de un acto internacionalmente ilícito de otro Estado. Así pues, uno de los elementos esenciales es que haya un acto ilícito que cause perjuicios a un nacional. Por lo tanto, el orador no comprende por qué se cita el ejemplo del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, ya que no se trata de una cuestión de responsabilidad de los Estados sino que se refiere a un régimen especial. De manera análoga, hay convenios especiales relativos a daños transfronterizos o contaminación larvada en que no se plantea la cuestión, en sentido estricto, de un acto internacionalmente ilícito de un Estado que cause daños a un nacional. El orador también se muestra reacio a sacar conclusiones, como hizo el Relator Especial, del hecho de que algunos Estados no hubieran planteado la cuestión del agotamiento de los recursos internos o del vínculo voluntario en las deliberaciones ante la CIJ, como en el caso *Incident aérien du 10 août 1999*, cuando el Pakistán presentó una solicitud contra la India. A su juicio, fue suficiente que la India se remitiera a una declaración general hecha en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte y argumentara que el asunto no era de la competencia de la Corte. Así pues, los ejemplos indicados en el párrafo 79 del informe no dan ningún apoyo a la inclusión de un vínculo voluntario. El orador comparte la opinión del Relator Especial de que el apartado *c* del artículo 14 no es estrictamente necesario y se opone a que este párrafo se remita al Comité de Redacción.

64. En cuanto al apartado *e* del artículo 14, es difícil aceptar el argumento de que el sistema judicial nacional que no dispone de medios suficientes esté sobrecargado por asuntos que afectan a nacionales y extranjeros. El agotamiento de los recursos internos se justifica para dar a un Estado la oportunidad de remediar un perjuicio causado antes de que una reclamación de ámbito nacional se convierta en internacional. Si un sistema judicial nacional deja que un caso se retrase innecesariamente, el Estado no debería poder aprovecharse de esa circunstancia para aducir que no se han agotado los recursos internos.

65. El apartado *f* del artículo 14 debe remitirse al Comité de Redacción y, aunque la cuestión de la carga de la prueba es interesante, no es necesario incluir el artículo 15 en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática. El orador suscribe la opinión del Relator Especial de que es preciso enfocar la cuestión de manera flexible. A su juicio, el artículo 15 debe suprimirse.

66. La Sra. XUE dice que la teoría del vínculo voluntario es muy útil en el contexto del régimen de la protección diplomática, ya que ofrece uno de los argumentos más convincentes para exigir el agotamiento de los recursos internos antes de que un extranjero agraviado pueda dirigirse al gobierno de su propio Estado en busca de asistencia. También ayuda a superar la limitación que supone establecer simplemente el vínculo sobre una base territorial. Pero sería problemático utilizar la ausencia de un vínculo voluntario como cláusula excepcional que diese derecho a la protección diplomática. Cuestiones como los daños transfronterizos o algunos de los ejemplos indicados en el párrafo 83 del informe no entran en el ámbito del tema, porque de otro modo la Comisión estaría sugiriendo que

en todos los casos de daños transfronterizos las víctimas extranjeras deben recurrir antes que nada a los recursos internos por los daños sufridos. Ese no es el sentido que se le da aquí. Por el contrario, cuando los daños ambientales transfronterizos son muy graves, el Estado se encarga directamente del asunto en el plano internacional. En tales casos, no es sólo un derecho del Estado sino más bien una obligación, al menos en el plano nacional, adoptar medidas internacionales con respecto al Estado que ha causado los daños transfronterizos. Esa cuestión no debe incluirse en el régimen de la protección diplomática.

67. Ampliar el alcance de la protección diplomática al daño transfronterizo incluyendo la ausencia de un vínculo voluntario como excepción tendría varias consecuencias. En primer lugar, implicaría que sólo mediante esa cláusula puede ejercer un Estado la protección diplomática en nombre de nacionales que hayan sufrido daños transfronterizos causados por actividades en el territorio de otro Estado. De ahí se llega a la conclusión general de que todas esas reclamaciones internacionales quedan abarcadas por el régimen de la protección diplomática, lo que con seguridad no es la opinión de los Estados en la práctica. El Sr. Yamada acaba de dar un buen ejemplo de ello. La segunda implicación sería que, con esa cláusula excepcional, la Comisión transformaría todos los asuntos de daños ambientales transfronterizos en asuntos en que era obligatorio utilizar los recursos internos. Pero la realidad tampoco era así, porque esos daños a menudo guardan relación con la prevención y la cooperación entre los Estados interesados y no se trata de una mera cuestión de resarcimiento. El asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), al que se ha hecho referencia, no se limita tan sólo al cálculo del resarcimiento.

68. La tercera consecuencia tiene que ver con la relación entre la protección diplomática y el derecho ambiental internacional. ¿Cuál es la justificación del principio de no discriminación? En la práctica, incluso cuando se producen daños ambientales transfronterizos y las víctimas extranjeras disponen de los recursos financieros y de la asistencia jurídica necesarios, están discriminados como extranjeros y son a menudo incapaces de acceder a los recursos internos por razones tales como la jurisdicción, las leyes aplicables, el reconocimiento y la aplicación de sentencias extranjeras. Todos esos obstáculos legales impiden a los extranjeros acceder a los recursos internos. De ahí la necesidad del principio de no discriminación. La cuestión no es que las víctimas tengan que agotar antes que nada los recursos internos: no pueden hacerlo. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), los ciudadanos estadounidenses perjudicados por los humos no podían acudir a los tribunales canadienses, y las leyes nacionales no preveían ningún recurso para ellos. Para conseguir un resultado justo, los dos gobiernos acordaron también aplicar la jurisprudencia americana sobre las aguas interestatales, lo que demuestra que la protección diplomática no debe confundirse con las reclamaciones internacionales en general. El creciente número de casos de daños transfronterizos que se plantean es otra razón más para tratar la cuestión por separado.

69. La protección diplomática es una de las ramas más antiguas y delicadas de las relaciones internacionales. La Comisión debe adaptarse a los nuevos tiempos y trabajar para el desarrollo progresivo del derecho, pero clasificar

todas las reclamaciones internacionales como protección diplomática es incompatible con la práctica internacional tal como la entienden los Estados. La teoría del vínculo voluntario puede desarrollarse sobre la base de la norma relativa al agotamiento de los recursos internos en vez de ser considerada como excepción.

70. El Sr. DUGARD (Relator Especial) observa que el Sr. Brownlie fue en gran parte responsable de convertir la idea del vínculo voluntario en un elemento básico de la protección diplomática.

71. El Presidente y el Sr. Yamada apoyaron su opinión de que la Comisión no debía incluir semejante disposición; otros miembros adujeron que no debía incluirse como excepción sino considerarse una disposición separada o bien ser objeto de un estudio aparte. ¿Consideran los miembros que el asunto no debe remitirse al Comité de Redacción o quieren enviarlo al Comité con instrucciones de que aclare la cuestión?

72. El Sr. MANSFIELD dice estar de acuerdo con lo que señaló la Sra. Xue acerca de los casos de daños transfronterizos, en la mayoría de los cuales se causan perjuicios directos al Estado. Hasta ahí el orador apoya al Relator Especial. Sin embargo, el Sr. Brownlie señaló acertadamente que la cuestión del vínculo voluntario se refiere en realidad a lo que es equitativo o razonable en un contexto general. El Presidente dijo que podía examinarse desde el punto de vista de lo que era razonable, presumiblemente en el apartado *a* del artículo 14. Personalmente, el orador no cree que eso sea posible. Le parece bien que el Comité de Redacción estudie dónde debe tratarse la cuestión de lo que es equitativo y razonable, pero no desea que se deje de lado. Si la Comisión no prosigue el examen de la idea del vínculo razonable, que recoge parte de ese concepto, aunque no de manera satisfactoria, entonces debe abordarla por separado y de manera específica. Quizás este asunto sea de la incumbencia del Comité de Redacción.

73. La Sra. XUE dice que su punto de vista es que, como norma excepcional, la cláusula del vínculo voluntario debe quedar excluida. La idea es útil para explicar por qué deben agotarse los recursos internos, pero sería erróneo concluir que cuando no hay ningún vínculo voluntario no debe invocarse la protección diplomática. Si la Comisión desea disponer de más argumentos a favor de la norma del agotamiento de los recursos internos, puede añadir el razonamiento sobre el vínculo voluntario en el comentario, pero no como cláusula excepcional.

74. La Sra. ESCARAMEIA apoya la opinión de los miembros que estiman que la cuestión del vínculo voluntario es una cuestión sustantiva que provoca muchas divisiones en la Comisión y está de acuerdo con el Sr. Mansfield y otros miembros en que no puede incluirse en el apartado *a* del artículo 14. No cree que el Comité de Redacción sea el lugar apropiado para resolver diferencias sustantivas de opinión. En cualquier caso, su composición es limitada y no refleja necesariamente las diferencias de opinión de la plenaria. ¿No hay algún mecanismo para celebrar consultas oficiosas en tales casos?

75. El PRESIDENTE dice que pueden celebrarse consultas oficiosas, pero normalmente el asunto se remite al Comité de Redacción que, aunque tiene una composición limitada, está abierto a todos los miembros de la

Comisión. Si los miembros no aceptan las sugerencias del Relator Especial, habrá que encontrar otro medio de llegar a un acuerdo.

76. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las observaciones de los miembros han puesto de manifiesto cuán difícil es lograr un desarrollo progresivo del derecho en una cuestión tan antigua. No cree que la Comisión deba asumir el riesgo de examinar otros temas distintos de la protección diplomática. Es partidario de un enfoque tradicional del tema y por lo tanto se opone decididamente a que se incluya el denominado vínculo voluntario en el proyecto de artículos.

77. El Sr. SIMMA dice compartir la opinión del Sr. Brownlie de que el concepto del vínculo voluntario no debe figurar en la lista de excepciones a la norma sobre los recursos internos. Por consiguiente, propone someter el artículo 14 sobre dos excepciones al Comité de Redacción y seguir estudiando la cuestión del vínculo voluntario, ya sea celebrando consultas oficiosas, ya sea encargando al Relator Especial que prepare para el próximo período de sesiones un informe que recoja diversas opiniones sobre el tema. La Comisión puede añadir algo más después de los artículos 10 u 11 si la opinión preponderante resulta ser favorable al vínculo voluntario. La Comisión puede seguir adelante con el artículo 14, porque el vínculo voluntario no constituye una excepción a la norma sobre los recursos internos.

78. El Sr. CHEE, observando que el apartado *b* del párrafo 83 se refiere al asunto del derribo de un avión fuera del territorio del Estado demandado o de un avión que penetra accidentalmente en su espacio aéreo como excepción a la norma relativa a los recursos internos, pregunta qué ocurre si no hay relaciones entre ambos Estados por falta de reconocimiento. Cuando fue derribado el avión que realizaba el vuelo 007 de Korean Airlines, la OACI se ocupó del asunto, pero como la Unión Soviética y la República de Corea eran dos Estados que no se reconocían mutuamente, aun cuando las personas perjudicadas hubiesen querido agotar los recursos internos, no habría sido posible. De ahí la necesidad de tener en cuenta que el reconocimiento de un Estado es condición previa para el agotamiento de los recursos internos.

79. El Sr. TOMKA dice que la Comisión debe ser prudente acerca de la inclusión de la cuestión del vínculo voluntario en el examen de la justificación de la norma relativa al agotamiento de los recursos internos, porque entonces podría argumentarse que si no hay vínculo voluntario la norma no se aplica. El orador se opone a incluir el concepto de vínculo voluntario como excepción, porque la justificación para agotar los recursos internos es dar a un Estado la oportunidad de reparar un perjuicio; sólo cuando eso no lo hacía podía una reclamación nacional transformarse en una reclamación entre Estados. Todas las demás excepciones enumeradas en el artículo 14 tienen que ver con el ordenamiento jurídico de un Estado o con su comportamiento, mientras que la excepción del vínculo no voluntario que se propone no está relacionada con el Estado sino con una persona. La norma relativa al agotamiento de los recursos internos protege a un Estado de las reclamaciones internacionales dándole la oportunidad de reparar los daños causados a extranjeros. Por este motivo, no se justifica incluir la falta de un vínculo voluntario como excepción.

80. El Sr. OPERTTI BADAN dice secundar la propuesta del Sr. Simma de que se pida al Relator Especial que informe sobre la cuestión con mayor detalle y está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que, si la cuestión del vínculo voluntario se remite al Comité de Redacción, antes la Comisión tiene que definir qué significa ese concepto.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2719.ª SESIÓN

Martes 14 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. DUGARD (Relator Especial) hace un examen detallado del debate sobre el tema de la protección diplomática. En primer lugar, señala que la Comisión lo apoya en su voluntad de limitar el alcance del proyecto de artículos a las cuestiones relativas a la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos, lo que permitiría terminar el examen del tema al final del quinquenio en curso. El Sr. Pellet ha manifestado su aversión al concepto de nacionalidad de las reclamaciones, al que atribuye una connotación de *common law*, pero, en el asunto *Réparation*, el Presidente de la CIJ, que no es anglófono, lo empleó expresamente. Con todo, la expresión «nacionalidad de la reclamación» no figurará probablemente en el proyecto de artículos.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

2. Los miembros de la Comisión se han pronunciado también sobre las cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/523 y Add.1) que se relacionan con la nacionalidad de las reclamaciones pero no pertenecen tradicionalmente a este sector. La Comisión no se ha mostrado favorable a la realización de un estudio completo de la primera de estas cuestiones, es decir, la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios. Varios miembros insistieron, sin embargo, en la necesidad de establecer en el comentario una distinción entre la protección diplomática y la protección funcional, refiriéndose más en particular a la respuesta de la CIJ a la segunda cuestión que se le planteó en el asunto *Réparation*, a saber, cómo conciliar el ejercicio de la protección funcional por las Naciones Unidas con el derecho del Estado de la nacionalidad de proteger a sus ciudadanos. Se trataría de un caso de reivindicaciones concurrentes del derecho a ejercer la protección. El Relator Especial tratará esta cuestión en el comentario del artículo 1, pero es posible que sea necesario dedicarle un artículo aparte. La segunda propuesta de ampliar el alcance del tema mencionada en el párrafo 16 del informe, que concierne al derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o de una aeronave a presentar una reclamación en nombre de la tripulación y de los pasajeros, no recibió apoyo en la Comisión, aunque algunos sugirieron que se incluyera en el comentario, refiriéndose más en particular al asunto *Saiga*. Esto es lo que el Relator Especial tiene la intención de hacer. El tercer escenario mencionado en el párrafo 16, en el cual un Estado delega en otro el derecho a ejercer la protección diplomática, se da rara vez en la práctica y ha sido poco estudiado por la doctrina. El Relator Especial tiene, sin embargo, la intención de examinar esta cuestión más adelante y espera contar con la colaboración de los miembros de la Comisión que estén interesados en el tema, en particular el Sr. Daoudi. El cuarto aspecto que podría formar parte del estudio es el del ejercicio de la protección diplomática por un Estado que administra, conquista u ocupa un territorio. Con la excepción del Sr. Pellet, que estuvo resueltamente a favor de su inclusión, esta propuesta no fue respaldada. Por último, algunos miembros propusieron que se estudiara la protección diplomática que debería ejercer una organización internacional respecto de los habitantes de territorios que administre, como en el caso de Kosovo o de Timor Oriental. Esta propuesta fue apoyada por algunos miembros, pero la mayoría estimó que debía estudiarse más bien en el marco de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

3. Siempre en relación con las observaciones preliminares, el Relator Especial señala que el Sr. Candioti planteó la cuestión de la norma de las «manos limpias» o, como dijo el Sr. Pellet, la cuestión de determinar si un particular puede beneficiarse de la protección diplomática cuando ha violado normas del derecho internacional o interno. Esta cuestión será tratada en la adición que consagrará a la cláusula Calvo, así como en el comentario del artículo 5, en relación con el asunto *Nottebohm*, y en el marco del examen de la nacionalidad de las sociedades, en referencia al asunto *Barcelona Traction*. Además de la adición sobre la cláusula Calvo, el Relator Especial anunció en el párrafo 13 de su informe que prepararía otra adición, sobre la denegación de justicia. Sin embargo, el debate ha demostrado que la mayoría de los miembros tienen una

posición contraria, o, en el mejor de los casos, neutra, respecto de la inclusión de este concepto en el objeto del estudio. Muchos insistieron en que se trata de una norma primaria, pero el Sr. Opertti Badan señaló, con toda razón, que la denegación de justicia se da en un cierto número de contextos que tienen que ver con el procedimiento, y tiene, por lo tanto, un aspecto de norma secundaria. El contenido del concepto de denegación de justicia es, como mínimo, incierto. A comienzos del siglo XX, se trataba de la denegación del acceso a los tribunales. Los teóricos latinoamericanos añadieron la parcialidad y la dilación indebida. Para otros, la denegación de justicia no se limita a la acción u omisión de orden judicial sino que incluye la violación del derecho internacional en los planos administrativo o legislativo y abarca así todo el campo de la responsabilidad de los Estados. En nuestros días, el concepto de denegación de justicia se limita al acto ilícito del sistema judicial que da lugar a un procedimiento inadecuado o a una decisión injusta. En todo caso, este concepto aparece cada vez menos en la jurisprudencia y se ha sustituido en gran medida por las normas de justicia enunciadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión considera claramente que este concepto no forma parte del tema, y en consecuencia el Relator Especial renuncia a dedicarle una adición.

4. Los proyectos de artículo 12 y 13 suscitaron muchas críticas. El Sr. Brownlie estimó que no ofrecían un marco útil para el estudio del tema y que habría sido mejor enunciar la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos, los motivos por los cuales el derecho internacional plantea esta norma: la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero y el país de acogida, la necesidad de determinar rápidamente los hechos, lo que los tribunales internos están en mejores condiciones de hacer, etc. el Sr. Brownlie elabora también este argumento⁴ y añade, sin embargo, que la función de la norma del agotamiento de los recursos internos aparece más claramente si se distinguen tres situaciones, que figuran entre las enunciadas por Fawcett⁵ y en las que el Relator Especial se basó para establecer sus proyectos de artículo 12 y 13. Parece ser, pues, que estos últimos constituyen, después de todo, un marco útil para abordar el tema. Además, en su segundo informe⁶ el Relator Especial había incluido una sección introductoria sobre la razón de ser de la norma, que no fue particularmente bien acogida por la Comisión. Así pues, volverá sobre este aspecto en el comentario del artículo 10. En todo caso, hay que reconocer que los proyectos de artículo 12 y 13 no gozaron de la aprobación general y fueron considerados demasiado teóricos, ajenos al tema, doctrinalmente dualistas y demasiado determinados por la distinción entre el procedimiento y el fondo, siendo así que proceden en realidad de un debate que ocupa un lugar importante en la literatura, que tiene repercusiones prácticas importantes y que constituyó el fundamento del intento anterior de la Comisión de codificar la norma del agotamiento de los recursos internos. No cabe duda de que algunas críticas al artículo 13 son fundadas. El

Sr. Tomka y el Sr. Pellet señalaron que la protección diplomática interviene cuando ha habido violación del derecho internacional, mientras que el artículo 13 trata esencialmente de situaciones en que el daño aún no se ha hecho, según el derecho internacional. La Sra. Escaramenia y otros miembros señalaron que el proyecto de artículo 13 versa esencialmente sobre la cuestión de determinar cuándo interviene la responsabilidad internacional del Estado y, por lo tanto, no depende de la norma del agotamiento de los recursos internos. En cuanto al proyecto de artículo 12, aunque algunos miembros lo apoyaron, varios otros estimaron que el Comité de Redacción podría simplemente tenerlo en cuenta al redactar el artículo 10. El Relator Especial propone, por lo tanto, que los proyectos de artículo 12 y 13 no se envíen al Comité, lo que tendría por lo menos el mérito de no zanjar el debate sobre la cuestión de determinar si la norma del agotamiento de los recursos internos es una norma de procedimiento o de fondo y dejaría a los miembros la libertad de tener su propia opinión a ese respecto.

5. En cuanto al artículo 14, sus apartados *a*, *e* y *f* se refieren a la cuestión de la efectividad. El Sr. Pellet hizo a ese respecto una sugerencia útil, consistente en que el término «efectivo» no figurara en el artículo 10. Varios miembros de la CDI en el período de sesiones precedente y algunas delegaciones en la Sexta Comisión indicaron que el concepto de efectividad sólo debería tratarse en el marco de las excepciones. Cabe esperar que el silencio de la CDI signifique que aprueba esta sugerencia. El apartado *a* cosechó un apoyo casi unánime; la mayor parte de los miembros fueron favorables a la opción 3, y algunos a las opciones 2 y 3 al mismo tiempo, mientras que la opción 1 gozó de poco respaldo. El Relator Especial propone, en consecuencia, remitir el apartado *a* del artículo 14 al Comité de Redacción, encargándole que examine las opciones 2 y 3. Respecto del apartado *e*, relativo a la dilación indebida, las opiniones estuvieron más divididas. Uno o dos miembros se opusieron, otros propusieron que su contenido se tratara en el marco del apartado *a*, pero la mayoría se pronunció a favor de su mantenimiento como una disposición aparte. El Relator Especial propone, por lo tanto, que ese párrafo se envíe al Comité de Redacción, teniendo presente la sugerencia del Sr. Gaja de que se precise claramente que la dilación debe ser provocada por los tribunales, así como la sugerencia del Sr. Pellet de que se evite el empleo de la expresión «Estado demandado» en este apartado y en los demás. En cuanto al apartado *f*, algunos miembros fueron favorables a que se remitiera al Comité, posiblemente con una formulación que abarcara las situaciones en que sea una agrupación de tipo mafioso y no el Estado demandado el que impide el acceso a los recursos internos. La mayoría de los miembros estimó, sin embargo, que era mejor tratar esta cuestión en el marco del apartado *a*. El Relator Especial propone, por lo tanto, que el apartado *f* del artículo 14 no se envíe al Comité de Redacción.

6. En lo que respecta al apartado *b* del artículo 14, los miembros de la Comisión consideraron en general que la renuncia expresa debía constituir una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos; sin embargo, muchos tenían problemas con el concepto de la renuncia tácita y estimaron que la renuncia debía ser clara e inequívoca. Con todo, incluso esos miembros no se opusieron

⁴ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 1998, págs. 496 y 497.

⁵ Véase 2712.ª sesión, nota 11.

⁶ *Ibid.*, nota 2.

a que el Comité de Redacción examinara la cuestión. El Relator Especial, propone, en consecuencia, que el apartado *b* se remita al Comité, pidiéndole que dé muestras de prudencia en lo que concierne a la renuncia tácita y que trate eventualmente como renuncia tácita el concepto de *estoppel*, al que el Sr. Pellet se opuso firmemente debido a sus connotaciones de *common law*.

7. Los apartados *c* y *d* del artículo 14 dieron lugar a un debate muy estimulante, pero del que resulta difícil sacar una conclusión clara. Los miembros de la Comisión estuvieron de acuerdo en general en que, sea cual sea la suerte del apartado *c*, el apartado *d* es parte de él y no se justifica darle un trato distinto. Muchos miembros estimaron que el apartado *c* contiene un principio importante, pero no constituye una excepción sino una condición previa al ejercicio de la protección diplomática. La Sra. Xue y el Sr. Tomka señalaron que las situaciones de daño transfronterizo entrañan una responsabilidad sin acto ilícito y deberían, por lo tanto, excluirse totalmente. El Sr. Rosenstock estimó, por su parte, que esos conceptos podrían entrar en el terreno del apartado *a* del artículo 14, en relación con el concepto del carácter razonable. Esa era también la opinión inicial del Relator Especial, que consideraba que los apartados *c* y *d* eran inútiles, porque en la mayoría de los casos habría un perjuicio directo, y se aplicaría el artículo 11, o un problema de efectividad, que remitiría al apartado *a* del artículo 14. El Sr. Simma propuso que esta cuestión se tratase en un informe distinto. Otros miembros sugirieron que fuera objeto de consultas officiosas. El Relator Especial dice que no entiende bien qué quiere hacer la Comisión con esos dos apartados.

8. Por último, el artículo 15, sobre la carga de la prueba, fue considerado inofensivo por algunos y demasiado complejo por otros, pero la gran mayoría se pronunció en contra del texto. El Relator Especial propone, en consecuencia, que el artículo 15 no se envíe al Comité de Redacción.

9. El Sr. PELLET dice que el Relator Especial ha rendido cuentas muy objetivamente de los debates que la Comisión dedicó al tema en estudio, lo que lo ha hecho vacilar, con toda razón, acerca del envío del apartado *c* del artículo 14 al Comité de Redacción. Sin embargo, sería lamentable que ese apartado desapareciese, porque suscitó muchas reflexiones y varios miembros de la Comisión cambiaron de parecer al respecto durante el debate. El apartado *c* debería, pues, remitirse al Comité, dejando posiblemente a éste la libertad de transformarlo en una disposición aparte o de mantenerlo entre las excepciones, lo que sería un error.

10. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra como miembro de la Comisión, cree entender que lo que el Relator Especial desea hacer no es suprimir el apartado *c* sino encargar al Comité de Redacción que lo examine en el marco de la redacción del apartado *a*.

11. El Sr. TOMKA considera que la propuesta que haría del concepto de vínculo voluntario una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos no ha contado con suficiente apoyo de parte de los miembros de la Comisión como para que el apartado *c* pueda enviarse al Comité de Redacción. Este Comité podría tener en cuenta las diferentes opiniones expresadas cuando formu-

le el apartado *a* del artículo 14 y los artículos 10 y 11, o mencionarlas en el comentario sobre esos artículos.

12. La Sra. ESCARAMEIA observa, como el Relator Especial, que según la mayoría de los miembros el vínculo voluntario no debe tratarse como una excepción. Si el apartado *c* se envía al Comité de Redacción o se integra en el apartado *a* del artículo 14 o en otra disposición, no se habrá tratado una cuestión de fondo, a saber, que no es una excepción sino una condición previa. La oradora reitera por lo tanto su propuesta de que se celebren consultas officiosas sobre este aspecto, recordando que, aunque todos los miembros de la Comisión pueden participar en sus reuniones, el Comité de Redacción es un órgano restringido. Tal vez se podría pensar en organizar una reunión especial en la que participen todos los miembros con igual derecho a la palabra.

13. El PRESIDENTE observa que hay dos puntos de vista opuestos; algunos consideran que el vínculo voluntario es una condición *sine qua non*, y otros lo ven más bien como un elemento que hay que tener en cuenta. Sin embargo, le parece que la propuesta del Relator Especial es equilibrada, porque no hace de la ausencia del vínculo voluntario un elemento que tenga un efecto automático.

14. El Sr. Sreenivasa RAO considera que para tener en cuenta las diferentes posturas acerca del tratamiento del concepto de vínculo voluntario hace falta cierta flexibilidad, pero que en todo caso este punto es demasiado importante para figurar como simple elemento secundario del apartado *a* del artículo 14.

15. El Sr. BROWNLIE observa que tratar la cuestión a la que se refiere el apartado *c* en el marco de varios artículos, como ha propuesto el Relator Especial, podría ser una manera de vaciarla de contenido. Sea cual sea la decisión que se adopte respecto de la disposición, muchos miembros estiman que se trata de una condición previa y no de una excepción y, por consiguiente, debería examinarse en el marco del artículo 10.

16. El Sr. DUGARD (Relator Especial) teme que, si este punto no se trata en el período de sesiones en curso, en el siguiente no será objeto de toda la atención que merece, y por ello propone que los artículos 10, 11 y 14 se reformulen de manera que reflejen algunos de los puntos de vista expresados durante el debate. No tendría objeción a que se enviara simplemente el apartado *a* del artículo 14 al Comité de Redacción.

17. El Sr. PELLET repite que, puesto que en su gran mayoría los miembros parecen estar de acuerdo en que el apartado *c* del artículo 14 contiene un principio fundamental, sería lógico remitirlo al Comité de Redacción, el cual deberá decidir si conviene dejar esta disposición en forma de apartado del artículo 14, transformarla en un artículo aparte o incorporar su contenido en diferentes artículos, como ha propuesto el Relator Especial.

18. El Sr. TOMKA no está nada convencido de que el vínculo voluntario constituya una condición previa al ejercicio de la protección diplomática. Adoptar esta postura equivaldría a decir que, en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, Israel no tenía derecho a pedir reparación a Bulgaria por el derribo de una aeronave israelí en el espacio aéreo búlgaro, con lo cual el argumento del

vínculo voluntario se volvería en contra de la parte que lo ha invocado. El Sr. Tomka considera, pues, que sería más prudente suspender el debate sobre el apartado *c* y dejar al Relator Especial la posibilidad de presentar una nueva propuesta sobre el concepto del vínculo voluntario, como dice que está dispuesto a hacer.

19. El Sr. SIMMA pregunta si, en el caso de que el Relator Especial presentase efectivamente en el próximo período de sesiones una nueva propuesta sobre la manera de tratar la cuestión del vínculo voluntario, esta propuesta podría enviarse directamente al Comité de Redacción o si habría que someterla primero a un nuevo debate en sesión plenaria.

20. El Sr. DUGARD (Relator Especial) explica que lo que propuso fue simplemente que el concepto del vínculo voluntario se integrase en los artículos 10 y 11 y en el apartado *a* del artículo 14. Si la Comisión estima que la cuestión debe ser examinada en cuanto al fondo más adelante, sería conveniente celebrar consultas oficiosas con vistas a llegar a un consenso desde ahora, cuando los argumentos del debate aún están en la memoria, en lugar de recomenzar el debate el año siguiente.

21. El Sr. KAMTO, recordando que el Relator Especial declaró que no tenía la intención de desarrollar el concepto de denegación de justicia, estima que sería útil que, ya sea en el informe o en el comentario, se indicara en qué medida las hipótesis del artículo 14 coinciden con el concepto de denegación de justicia o difieren de él, sin dedicar sin embargo una disposición a esta cuestión.

22. El Sr. BROWNLIE dice que, en el examen del apartado *c* del artículo 14, no hay que limitarse a la cuestión de determinar si el concepto de vínculo voluntario forma parte del derecho positivo, lo que no es seguro, sino que habría que abordarla en el marco del desarrollo progresivo que forma parte del mandato de la Comisión. En todo caso, se trata sin duda de una condición previa y no de una excepción. Sería útil que el Relator Especial elaborase un proyecto de texto sobre el vínculo voluntario, dando una definición de este concepto, que merece un estudio serio con el fin, en particular, de fijar los límites.

23. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA opina que las consultas oficiosas no permitirán conciliar las posturas opuestas, y considera por consiguiente que la cuestión de la inclusión del concepto debería someterse a votación.

24. La Sra. XUE dice que el debate ha dejado en claro que la cuestión del vínculo voluntario es una cuestión de fondo y que proseguir la discusión sobre este punto no permitirá llegar a una conclusión. Sería sensato dejar al Relator Especial la posibilidad de proponer una nueva formulación que tenga en cuenta todos los puntos de vista expresados, lo que será muy difícil si el debate continúa.

25. El Sr. OPERTTI BADAN estima que no se trata en absoluto de un problema de redacción, sino de un problema de fondo. Integrar el apartado *c* en el apartado *a* no sería más que un mero trámite; hay que proceder primero a una verdadera reflexión sobre la cuestión del vínculo voluntario, que es importante, como lo ilustran los ejemplos citados.

26. El Sr. MANSFIELD considera muy constructiva la opinión del Relator Especial de que la formulación defi-

nitiva de los artículos 10 y 11 y del apartado *a* del artículo 14 habrá de tener en cuenta los puntos de vista expresados durante el debate. Se trata, en efecto, de una cuestión importante, aunque no le parece que las consultas oficiosas puedan hacer avanzar el debate. Sería preferible esperar los resultados de la labor del Comité de Redacción y del Relator Especial.

27. El Sr. PELLET no cree que sea útil celebrar consultas oficiosas sobre la materia. En cuanto a determinar si se trata de una condición o de una excepción, estima que hay una diferencia de perspectivas, sin repercusiones prácticas: en la perspectiva del Relator Especial, el agotamiento de los recursos internos es obligatorio salvo si no existe vínculo voluntario; en otras palabras, la ausencia de vínculo constituye una excepción a la norma; desde otro punto de vista, la existencia de un vínculo voluntario es la condición que debe cumplirse para que pueda exigirse el agotamiento de los recursos. Por su parte, el Sr. Pellet propone soslayar el problema hablando de «vínculo fortuito». En principio, antes de cualquier acción internacional hay que agotar los recursos internos, pero si el vínculo con el Estado es fortuito, no hay motivo para exigir el agotamiento de los recursos internos. En esta formulación, se está hablando claramente de una excepción. Como quiera que sea, propone que la cuestión se remita al Comité de Redacción, de acuerdo con el procedimiento habitual.

28. El Sr. SIMMA, comprobando que las opiniones sobre la cuestión de determinar si la ausencia de vínculo voluntario constituye o no una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos están divididas, piensa que sería inoportuno enviar en esta fase el apartado *c* del artículo 14 al Comité de Redacción. El orador propone que la Comisión suspenda el debate sobre este punto y pida al Relator Especial que entable consultas oficiosas y le rinda cuenta de sus resultados en el plazo más breve posible.

29. El Sr. CANDIOTI apoya la propuesta del Sr. Simma.

30. El Sr. CHEE desearía vivamente que la Comisión profundizara su reflexión sobre la cuestión de la aplicabilidad de la norma del agotamiento de los recursos internos en ausencia de un vínculo voluntario; que es una cuestión de fondo. Dicho esto, el orador desea añadir a los ejemplos que justificarían una excepción a la norma citados por el Relator Especial en el párrafo 83 de su tercer informe el de la ausencia de relaciones diplomáticas entre el Estado agraviado y el Estado responsable.

31. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose a la expresión «vínculo fortuito» sugerida por el Sr. Pellet para sustituir la expresión «vínculo voluntario», desea formular dos observaciones. En primer lugar, el problema concreto no es un problema de vocabulario: el concepto de «vínculo voluntario» tiene repercusiones ineludibles y requiere por ello un análisis detallado para determinar si permite tratar debidamente la protección diplomática. En segundo lugar, no está claro que el concepto de «vínculo voluntario» coincida con el de «vínculo fortuito».

32. El PRESIDENTE declara que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión decide remitir al Comité de Redacción los apartados *a*, *b*, *d* y *e* del artículo 14, suprimir los artículos 12, 13 y 15 y el apartado *f* del artículo 14,

y suspender por el momento el debate sobre el apartado c del artículo 14, para volver a examinarlo ulteriormente.

Así queda acordado.

Las reservas a los tratados⁷ (A/CN.4/526 y Add.1 a 3⁸, A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

33. El Sr. PELLET (Relator Especial), al presentar la introducción de su séptimo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/526 y Add.1 a 3), dice que este informe constituye esencialmente una recapitulación de carácter retrospectivo, incluso didáctico, en la que se hace una evaluación, destinada sobre todo a los nuevos miembros de la Comisión, de los trabajos realizados y de lo que queda por hacer. Se recuerdan los trabajos y las decisiones anteriores de la Comisión sobre el tema, situándolos en perspectiva y explicando las condiciones en las cuales la Comisión decidió inscribir nuevamente este tema en su programa, separándolo, hecho inhabitual, del otro, más amplio, del derecho de los tratados ya codificado. El Relator Especial precisa que, en relación con ello, la Comisión ha adoptado desde su 47.º período de sesiones dos decisiones importantes respecto de las cuales espera vivamente que no se dé marcha atrás: en primer lugar, salvo en caso de necesidad imperiosa, no se volverán a cuestionar las normas de Viena en materia de reservas que, aunque ambiguas e incompletas, son globalmente satisfactorias; en segundo lugar, y a consecuencia de ello, la Comisión adoptará una guía de la práctica, que en principio no está destinada a convertirse en tratado. Sobre esta base, el Relator Especial presentó en el 48.º período de sesiones de la Comisión, en su segundo informe, un «plan provisional del estudio»⁹ al que hasta ahora se ha atenido más o menos exactamente, aun cuando los trabajos han avanzado con más lentitud de lo previsto, por múltiples razones, entre las que figura la enorme complejidad del tema, en el que confluyen problemas fundamentales del derecho internacional general y, en todo caso, del derecho de los tratados. Sin embargo, se han hecho progresos: la Comisión ha aprobado hasta ahora 41 proyectos de directriz, de los cuales 30 se refieren a la definición de las reservas y de las declaraciones interpretativas y 11 a la formulación de las reservas; además, en su período de sesiones anterior, la Comisión envió al Comité de Redacción, que no pudo examinarlos en ese momento por falta de tiempo pero que lo hará en el período de sesiones en curso, 17 nuevos proyectos de directriz, todos relativos a cuestiones técnicas relacionadas con la formulación de las reservas.

34. Todos esos proyectos de directriz se retoman en el anexo al séptimo informe, donde se reproduce en caracteres normales el texto de los proyectos de directriz que

⁷ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

⁸ Véase la nota 3 *supra*.

⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, párrs. 37 y 50.

ya han sido aprobados definitivamente por la Comisión en primera lectura y que no deberían ser reexaminados, por lo menos antes de que concluya el examen en primera lectura de la Guía de la práctica. Esto no se aplica, sin embargo, a las disposiciones relativas a las declaraciones interpretativas condicionales, que se ha convenido en abandonar si se confirma que su régimen es idéntico al de las reservas. El Relator Especial precisa que sobre este punto tiene una postura neutral. En el mismo anexo figura además, en cursiva, el texto de los proyectos de directriz que el Relator Especial propuso en su sexto informe¹⁰ en el período de sesiones anterior de la Comisión y que se remitieron al Comité de Redacción. La Comisión ya no debe examinarlos en sesión plenaria, por lo menos en esta fase. El Relator Especial hace notar que lo mismo se aplica al proyecto de directriz 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional), para el que propuso dos variantes, que difieren sólo en la forma y no en fondo, y de las cuales la más larga ha sido acogida favorablemente por la mayoría de los miembros de la Comisión. Incumbirá al Comité elegir una de las dos variantes.

35. Por último, el anexo al séptimo informe contiene también un texto nuevo que sí debe examinarse en sesión plenaria: se trata del proyecto de directriz 2.1.7 *bis* (Casos de reservas manifiestamente inadmisibles). El Relator Especial explica que este proyecto se inscribe en la línea de los proyectos de directriz 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas) y 2.1.7 (Funciones del depositario), en los que se retoma la idea del «depositario-buzón» que inspira los artículos 77 y 78 de la Convención de Viena de 1969, y los artículos 78 y 79 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, «Convención de Viena de 1986»). El Relator Especial indica que esta idea obtuvo, en su conjunto, el apoyo de la Comisión en el período de sesiones precedente, pero que el Sr. Gaja y otros miembros consideraron que si el tratado prohíbe una reserva, el depositario debería tener la posibilidad de rechazarla. El Relator Especial admite que este argumento no lo convenció de inmediato, aunque sólo sea porque el concepto de «reserva prohibida» no siembre es fácil de definir, si bien en la práctica ciertos depositarios no vacilan en rechazar reservas que son manifiestamente inadmisibles. Así pues, se consideró que antes de adoptar un proyecto de directriz en ese sentido era mejor sin duda pedir la opinión de los Estados sobre la cuestión de si «corresponde al depositario negarse a comunicar a los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas una reserva manifiestamente inadmisibile, sobre todo cuando está prohibida por una disposición del tratado»¹¹. Las respuestas dadas en la Sexta Comisión, sin ser realmente concluyentes, no son hostiles a la idea de ampliar las funciones del depositario. Además, el Relator Especial propone una vía intermedia, consistente en admitir no que el depositario puede pura y simplemente rechazar una reserva ilícita, sino que puede señalar a la atención de su autor un aspecto ilícito que le parezca manifiesto. Si el Estado que ha formulado las reservas se obstina y la mantiene, el depositario la

¹⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/518 y Add.1 a 3.

¹¹ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), párr. 25.

transmitirá, junto con el texto del intercambio de pareceres que haya tenido lugar.

36. La inclusión de este nuevo proyecto de directriz presenta la ventaja de que, sin confinar al depositario a una función de buzón y sin hacer tampoco de él el guardián del tratado, le da la posibilidad de reaccionar negativamente, y de hacer valer un punto de vista ante una reserva que estima manifiestamente inadmisibles. Por lo demás, esta práctica parece ser aplicada discretamente por depositarios institucionales como las Naciones Unidas, la OEA o también el Consejo de Europa. El inconveniente es que es difícil valorar qué es «manifiestamente ilícito»: se puede decir que una reserva prohibida en el sentido de los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 es «manifiestamente ilícita», pero no siempre es fácil determinar cuándo una reserva está prohibida o, por el contrario, permitida. A ello se podría añadir que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* no es conforme a la tendencia, que se manifestó con creciente claridad durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, a hacer del depositario una simple correa de transmisión. El Relator Especial no tiene una idea definida a este respecto, aunque se inclina más bien por que se envíe el proyecto de directriz al Comité de Redacción, que al menos podrá mejorar la forma. Después de todo, esta disposición no deja la última palabra al depositario; no le da la posibilidad de tomar una decisión *erga omnes*, sino que le confiere simplemente una función de alerta útil, lo que cuadra bastante bien con la idea general del «diálogo sobre las reservas», noción fecunda y útil.

37. El Relator Especial invita a los miembros de la Comisión a que indiquen de inmediato si desean enviar el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, para que, como es lógico, pueda estudiarlo al mismo tiempo que los proyectos de directriz 2.1.6 y 2.1.7 que se le han presentado. En este espíritu, el Relator Especial deja para más tarde la presentación de la sección C de la introducción de su séptimo informe, titulada «Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados».

38. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que, en su séptimo informe, el Relator Especial abre nuevas pistas interesantes en relación con la modificación y la legalidad de las reservas a los tratados, y con cuestiones que el Relator Especial, con toda razón, ha calificado de delicadas y que se refieren a los efectos de las reservas. Concuerda enteramente con el Relator Especial en tres puntos. En primer lugar, aprueba la idea de que no se cuestionen las normas de Viena. En segundo lugar, suscribe la opinión de que no hay que perder tiempo en establecer una distinción entre las reservas y las declaraciones interpretativas condicionales, sino que hay más bien que esforzarse por definir un régimen común. En tercer lugar, y este es un punto esencial, hace plenamente suya la opinión del Relator Especial sobre la integración del proyecto de directriz 2.1.7 *bis* en la Guía de la práctica. Con todo, subraya la importancia de una cuestión fundamental, que el propio Relator Especial ha tenido la presencia de ánimo de plantear, la de definir qué es una reserva inadmisibles. Por ejemplo, ¿es una reserva prohibida? En cuanto al término «manifiestamente», si el carácter ilícito de la reserva es evidente, no existe dilema alguno para el depositario.

39. El proyecto de directriz 2.1.7 *bis* concilia la preocupación de mantener la flexibilidad necesaria en la gestión del diálogo sobre las reservas con el imperativo de salvaguardar a la vez la universalidad del círculo de las partes en el tratado y la de las disposiciones del tratado. En consecuencia, el Sr. Pambou-Tchivounda estima que debería enviarse al Comité de Redacción.

40. El Sr. TOMKA señala a la atención de los miembros anglófonos de la Comisión un problema de orden técnico que podría complicar su trabajo. En la versión en inglés del anexo al informe del Relator Especial, donde figura el conjunto de los proyectos de directriz adoptados en primera lectura por la Comisión o propuestos por el Relator Especial, algunos proyectos están en cursivas, a diferencia de lo que ocurre en la versión en francés, lo que hace pensar que no han sido adoptados por la Comisión, siendo así que se trata de un error tipográfico. Los proyectos en cuestión son los siguientes: 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4, 2.4.5, 2.4.6 y 2.4.7. El Sr. Tomka recuerda que la Comisión adoptó esos proyectos en primera lectura.

41. El PRESIDENTE agradece al Sr. Tomka esta rectificación, importante para los trabajos en curso.

42. El Sr. KAMTO, centrandó su intervención exclusivamente en el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, conforme al deseo del Relator Especial, dice que a primera vista este proyecto es atractivo, pero que plantea problemas jurídicos y sobre todo dificultades de orden práctico. En el plano jurídico, introduce al depositario en el diálogo sobre las reservas, porque ya no se limita a tomar nota de la reserva sino que la valora. Por lo tanto, ya no hay solamente un diálogo entre dos Estados. Eso recuerda al Sr. Kamto el párrafo 3 del artículo 36 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados por el que se instituyó el CIADI, según el cual el Secretario General del CIADI puede negarse a registrar una petición de arbitraje si esta petición se sitúa manifiestamente fuera del ámbito de competencia del CIADI. El orador observa que también en este caso se ha utilizado el término «manifiestamente». La práctica demuestra que la interpretación de esta disposición ha sido muy restrictiva y que, de hecho, el Secretario General del CIADI deja al tribunal la tarea de valorar la pertinencia de las peticiones de arbitraje. En el caso de las reservas ilícitas, se trata de una situación comparable, y el Sr. Tomka ve en ella una dificultad. Si se confía al depositario la tarea de valorar la legalidad de una reserva, se le hace asumir en parte un papel que corresponde a los Estados. En el plano práctico, el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, en particular su segundo párrafo, también plantea un problema. En efecto, en el segundo párrafo se establece que si el autor de una reserva considerada manifiestamente ilícita por el depositario mantiene esa reserva, el depositario debe comunicar a los Estados el texto del intercambio de pareceres que mantuvo con el autor de la reserva. El texto no dice con qué finalidad: ¿deben los Estados responder? En caso afirmativo, ¿en qué plazo? Estas son cuestiones esenciales que no se han resuelto. Por muy interesante que sea el proyecto de directriz, al introducir estos elementos nuevos podría frenar el diálogo sobre las reservas.

43. En conclusión, el Sr. Kamto estima que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* plantea más problemas que los que

resuelve, tanto en el plano jurídico como en el práctico, y tiene dudas, por no decir reservas, en lo que respecta a su envío al Comité de Redacción. Considera que la Comisión debería antes examinarlo más a fondo en sesión plenaria.

44. El Sr. DAOUDI da las gracias al Relator Especial por su presentación muy útil de un tema efectivamente difícil. En lo que respecta al proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, considera que representa, como ha explicado el Relator Especial, una solución de compromiso entre dos tendencias, la de considerar al depositario como un simple «buzón» y la de conferirle un cierto poder de valoración, tendencias que por lo demás se han manifestado en el seno de la Comisión. El orador se pregunta si puede confiarse ese poder de valoración a todos los depositarios. Sería conveniente reflexionar más a fondo sobre el asunto. En cuanto a la formulación del proyecto, la expresión «manifiestamente inadmisibile» puede efectivamente dar lugar a interpretaciones muy diferentes.

45. El Sr. Daoudi está de acuerdo en que se asigne al depositario una función, en consonancia con la práctica vigente, pero señala simplemente que, cuando se debatió la cuestión en la Sexta Comisión de la Asamblea General, varios representantes parecieron preferir que esa función se limitara a la de un «buzón».

46. El Sr. GAJA dice que ha apreciado mucho que el Relator Especial haya propuesto un proyecto de directriz suplementario después de los debates celebrados durante el anterior período de sesiones de la Comisión y de los que les siguieron en la Sexta Comisión. Habida cuenta de la variedad de los puntos de vista expresados por los miembros de la Comisión y por las delegaciones, el Relator Especial desea atribuir al depositario una función significativa. En efecto, aun cuando no se diga expresamente, el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* implica que el depositario no puede impedir el depósito de una reserva, sólo puede formular una objeción; si el Estado que formula la reserva insiste, la reserva tiene que ser comunicada a los otros Estados contratantes. Este mecanismo permite alertar a esos Estados sobre la legalidad de una reserva. La práctica de los Estados en ese tipo de situaciones es a menudo negligente porque estos se limitan a estipular en el tratado que no está autorizada ninguna reserva, sin intervenir en el caso de que un Estado desee formularla igualmente. Los motivos son a veces políticos: se considera por lo general que el hecho de objetar la reserva formulada por otro Estado es un acto poco amistoso. Sería, pues, sensato asignar al depositario la función prevista en la directriz.

47. No obstante, es verdad que puede haber ciertas dificultades, en particular cuando se trata de determinar si la reserva es compatible con el objeto y la finalidad del tratado. En consecuencia, habría podido preverse otra solución, consistente en dar al depositario la facultad de intervenir cuando la reserva está prohibida, pero no cuando hay un problema de compatibilidad. El Sr. Gaja estima, sin embargo, que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* es equilibrado y merece ser enviado al Comité de Redacción. Entre las ventajas que presenta está el hecho de que el Estado que formula una reserva, sabiendo que el intercambio de pareceres con el depositario será comunicado a los demás Estados contratantes, podría reconsiderar su reserva. Es útil para limitar una práctica bastante difundida, por la cual pueden formularse incluso reservas que

no son conformes con el objeto y la finalidad del tratado, contrariamente a lo dispuesto en el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

48. Además, el Sr. Gaja recuerda que durante los debates celebrados en el período de sesiones precedente algunos miembros expresaron su interés en un texto que enunciara la obligación del depositario de comunicar las declaraciones interpretativas, fuera cual fuera el momento en que se hubieran formulado. El orador espera que esta sugerencia sea examinada por el Comité de Redacción, aunque no se haya propuesto ningún proyecto de directriz suplementario.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2720.ª SESIÓN

Miércoles 15 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

1. El Sr. GAJA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Relator Especial) anuncia que el Grupo de Trabajo estará integrado por: el Sr. Baena Soares, el Sr. Brownlie, el Sr. Candioti, el Sr. Daoudi, la Sra. Escarameia, el Sr. Fomba, el Sr. Kamto, el Sr. Kateka, el Sr. Koskenniemi, el Sr. Mansfield, el Sr. Simma, el Sr. Tomka, el Sr. Yamada y el Sr. Kuznetsov (miembro *ex officio*).

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

2. El Sr. Sreenivasa RAO felicita al Relator Especial por su séptimo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/526 y Add.1 a 3), en que se resumen de manera útil los adelantos hasta la fecha, y por su proyecto de Guía de la práctica, muy apreciado por los expertos jurídicos de todo el mundo.

3. La función de depositario (proyecto de directriz 2.1.7 *bis*) es una cuestión importante que merece detenida atención. Se acepta generalmente que el depositario tiene funciones de comunicación y coordinación, incluso con respecto a las interpretaciones, declaraciones o reservas de los Estados. El depositario también da orientación a los Estados para la formulación de sus posiciones de manera oficiosa. El objetivo es asegurar que el tratado sea utilizado de manera adecuada por los Estados y refleje verdaderamente la posición de éstos sobre sus disposiciones. Sin embargo, han surgido problemas en el pasado y volverán a surgir en el futuro si se pide a un depositario que juzgue la posición del Estado, directa o indirectamente, de manera expresa o implícita. Los Estados se han opuesto a esa función. En un caso, el Gobierno de la India manifestó su desagrado ante la declaración del depositario de que las reservas de la India eran contrarias al objeto y el fin del tratado y eran en consecuencia nulas. La cuestión se planteó ante la Asamblea General, que determinó que las funciones de depositario no incluían la formulación de juicios.

4. Decir que una reserva es evidentemente impermisible implica ya un juicio. Si algo está claramente prohibido, no hay nada manifiesto al respecto: simplemente no está permitido. Por ejemplo, si la India declara que invierte su posición sobre las disposiciones de un convenio relativas al arreglo de controversias y presenta su posición al depositario, este último puede decir simplemente que eso no está permitido, y se pondría fin a la cuestión. Por otra parte, si se presenta un documento que un Estado dice que no es una reserva, mientras que en opinión del depositario sí lo es, ¿qué debe hacer el depositario? Es aquí donde entra en juego la palabra «manifiestamente». En ese caso, el depositario tiene derecho, de manera oficiosa, a comunicar por escrito o verbalmente sus opiniones sobre la forma en que un Estado utiliza una declaración particular. El orador ha mantenido ocasionalmente ese tipo de diálogo con algunos depositarios, y ha sido posible llegar a acuerdos. En la situación actual, la propuesta no beneficia ni al depositario ni al Estado interesado. El depositario no puede colocarse en una situación de conflicto con los Estados. Puede haber posiciones diferentes adoptadas en oportunidad de la formulación de un principio determinado, y puede haber ambigüedad interpretativa en el tratado

que permite ciertas formulaciones por ambas partes. En esas situaciones, la Convención de Viena de 1969 proporciona la orientación necesaria. Cabe esperar que se desarrolle una práctica más homogénea y armoniosa, pero dado que los Estados están divididos y no están bien coordinados, es inevitable que haya algunas ambigüedades y falta de uniformidad. Esto no puede resolverse a través de la ficción legal de asignar a los depositarios funciones que no deben tener. En su opinión, siempre que una reserva no sea admisible con arreglo a un tratado, un depositario tiene derecho a rechazarla. Pero donde hay margen para opiniones distintas, no puede apoyar el uso de las palabras «manifiestamente ilícita»; esta cuestión debe dejarse a cargo de los Estados.

5. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO está a favor de remitir la directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, pero le preocupa el uso de la palabra «manifiestamente». En su opinión consultiva respecto al asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ utilizó la palabra en un contexto diferente, cuando se refirió al carácter de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Tiene dudas sobre todo con respecto a la palabra «ilícita», que sugiere una prueba de permisibilidad. Es difícil para el depositario responder a esa cuestión. En realidad, la palabra «permisibilidad» o «impermisibilidad» guarda relación con la compatibilidad o la incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un convenio, y eso implica interpretar el convenio; no es una función que pueda dejarse a cargo del depositario. Es verdad que en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se establece claramente que no se aceptan reservas sobre algunas cuestiones. De la misma manera, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no permite reservas. En ese caso, el depositario está evidentemente en condiciones de decir que una reserva es permisible o no. De hecho, se trata de la cuestión de la no admisibilidad de una reserva, aunque la palabra no aparece en la Convención de Viena de 1969.

6. La Comisión puede remitir la directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción para que la vuelva a redactar de manera más aceptable. Hay dos posibilidades. Una sería dar orientación al depositario sobre la forma de reaccionar ante una reserva manifiestamente ilícita. La otra sería utilizar la palabra «inadmisible», pero en ese caso no cree que haya ningún problema de permisibilidad o no permisibilidad.

7. La Sra. ESCARAMEIA dice que la manera en que se planteó la cuestión en la Sexta Comisión (párr. 44 del informe) no fue suficientemente clara, porque se mezclaban en ella la cuestión de la inadmisibilidad manifiesta de la reserva y de la especificación de cuándo estaba prohibida por el tratado. Si la cuestión se hubiera planteado de manera diferente, la respuesta podría haber sido más clara. En su opinión, la mayoría de los Estados comprenderían que, si un tratado prohíbe claramente una reserva y se formula una reserva, el depositario puede simplemente negarse a aceptarla. Pero la Sexta Comisión tuvo la impresión de que el depositario tendría una función mucho mayor, y su respuesta fue algo ambigua. El argumento utilizado por algunos en la Sexta Comisión de que la Convención de Viena de 1969 no apunta en esa dirección no es convincente, porque el texto del párrafo 1

* Reanudación de los debates de la 2717.ª sesión.

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

del artículo 77, al establecer las funciones del depositario, dice «en particular», con lo que no se excluyen otras funciones, y en el párrafo 2 del artículo 77 se abre incluso esa posibilidad. Así pues, la función del depositario propuesta ahora por el Relator Especial estaría de acuerdo con la Convención y también con la práctica de los tratados de derechos humanos.

8. Propone que se envíe otro proyecto al Comité de Redacción, añadiendo un párrafo en el sentido de que, cuando un tratado no permita las reservas o cuando una reserva esté expresamente prohibida, el depositario puede negarse a aceptarla. Esto afectaría a los casos indiscutibles, por ejemplo, cuando una reserva dice que no puede aplicarse solamente a partes de un país y un Estado decide aplicarla sólo a parte del país. La directriz 2.1.7 *bis* se referiría entonces a los casos manifiestamente impermisibles, aunque no indiscutibles, y podría remitirse al Comité. En cuanto al segundo párrafo, es preciso incluir un plazo. No resulta claro cuándo pueden los Estados formular objeciones a las reservas. Por supuesto, sólo pueden hacerlo una vez que el depositario les haya comunicado la reserva. Esto puede que no ocurra sino hasta la terminación de un procedimiento prolongado. La Comisión debe especificar el momento en el que una reserva se considera formulada.

9. El Sr. SIMMA entiende, según lo dicho en los párrafos 44 a 46 del informe, que la CDI formuló una pregunta a la Sexta Comisión, que respondió a ella y, como resultado, el Relator Especial propuso la directriz 2.1.7 *bis*. La cuestión planteada a la Sexta Comisión no puede simplemente transformarse en una directriz. La idea básica de la cuestión mencionada en el párrafo 44 del informe habría quebrantado demasiado el principio de que, en última instancia, corresponde a los Estados partes en un tratado multilateral determinar la permisibilidad de una reserva. Una vez más, podría plantearse un problema si el depositario no comunica la reserva a los demás Estados partes, lo que podría tener un efecto opuesto a aquél en el que se basa la propuesta, porque la reserva se hizo, y podría quedar en pie si no se hace nada más.

10. Apoya decididamente el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*. El diálogo sobre las reservas es a menudo un diálogo de sordos: en la mayoría de los casos los Estados no reaccionan, y cuando lo hacen es de manera tal que dejan abiertas muchas cuestiones. Por ejemplo, un Estado raramente especifica las consecuencias que tendría que otro Estado formulara una reserva no permisible. La propuesta añade una voz clara y responsable al diálogo. El orador desea recalcar la palabra «responsable», porque un depositario no diría a un Estado que hace una reserva que, en su opinión, la reserva es impermisible. Esto no puede tomarse a la ligera. Está de acuerdo con el Relator Especial en que la palabra «manifiesta» es casi tan ambigua como «razonable». Tal vez el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, que contiene una definición de una violación manifiesta, podría proporcionar orientación para determinar en qué caso una reserva es manifiestamente ilícita.

11. La nueva directriz podría ser útil para los casos incluidos en el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, es decir, cuando en opinión del depositario la reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado. La limitación de esta posibilidad para

un depositario a los casos incluidos en los apartados *a* y *b* del artículo 19 restaría mucha fuerza a la propuesta y limitaría indebidamente su impulso. En su opinión, la directriz 2.1.7 *bis* puede dar como resultado que el depositario tome la iniciativa y dé orientación a los Estados partes sobre la forma de reaccionar ante la reserva de otro Estado, y haría así del depositario el guardián de una comunidad de intereses en que se basan los tratados multilaterales en que una reserva formulada por un Estado no vulnera inmediata y automáticamente los beneficios para otros Estados.

12. Otro problema posible es qué hacer si el depositario es poco estricto en el ejercicio de su función con arreglo a la directriz 2.1.7 *bis*. Si el depositario no hace de antemano una declaración, los Estados partes podrían mostrarse renuentes a decir que consideran unilateralmente que una reserva es impermisible. Podría plantearse otro problema si hubiera una divergencia entre un depositario que no haya hecho una declaración con arreglo a la directriz 2.1.7 *bis* y, más adelante, un órgano establecido por un tratado que se ocupe de la cuestión y llegue al resultado opuesto. Pero esos problemas ya existen. En consecuencia, está a favor de remitir la directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción.

13. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, se manifiesta de acuerdo con el Sr. Simma.

14. El Sr. MOMTAZ dice que la directriz 2.1.7 *bis* tiene varias ventajas innegables. Resuelve desde un principio las dificultades que plantean las reservas manifiestamente ilícitas en las relaciones internacionales, en particular las reservas manifiestamente ilícitas a los convenios de derechos humanos. La publicidad dada a un debate jurídico entre el depositario y el Estado que hace la reserva tendría un efecto de disuasión; como mínimo, podría hacer que otros Estados que se preparan a ratificar un instrumento dado pensarán dos veces antes de hacer una reserva manifiestamente ilícita. Los Estados no estarían probablemente dispuestos a iniciar un debate público que podría revelar la debilidad de sus argumentos en apoyo de una reserva manifiestamente ilícita, y preferirían en cambio no ratificar el tratado en cuestión. En esos casos, la discreción y la falta de publicidad podrían ser más constructivas. El propio Relator Especial ha reconocido que los jefes ejecutivos y otros funcionarios de organizaciones internacionales que tienen funciones de depositario se limitan generalmente a exhortar discretamente a los Estados cuyas reservas son manifiestamente ilícitas. Sería interesante saber en qué medida esas exhortaciones han sido escuchadas: está convencido de que son más eficaces que la publicidad, que podría llevar a un endurecimiento de la posición del Estado que formula la reserva. Está de acuerdo a este respecto con el Sr. Simma en que esto podría dar como resultado un diálogo de sordos.

15. Los Estados depositarios que quieren ser algo más que un «buzón» receptor siempre han preferido actuar con discreción al presentar objeciones a reservas manifiestamente impermisibles; también podrían ser mal aceptadas las exhortaciones de los secretarios generales de las organizaciones internacionales. A ese respecto, se mencionó el ejemplo de una denuncia de la Convención sobre la pesca y la conservación de los recursos vivos de alta mar a comienzos del decenio de 1970; la Convención no

contenía una cláusula de denuncia, y el deseo del Secretario General de las Naciones Unidas en calidad de depositario de actuar como algo más que una simple vía de transmisión de las reservas fue rechazado por la mayoría de los Estados Partes.

16. Por esas razones, tal vez sea preferible suprimir la segunda oración de la directriz 2.1.7 *bis*.

17. El Sr. KUZNETSOV dice que el segundo párrafo de la directriz es inaceptable. En todo diálogo, las observaciones de cada una de las partes reflejan las opiniones previamente expresadas por la otra parte, en todo caso no sería apropiado que el depositario comunicara las opiniones del Estado que formula la reserva a otras partes contratantes. Es verdad que la Comisión está dedicada al desarrollo progresivo, y no sólo a la codificación, del derecho internacional, pero es preciso actuar con mucho cuidado en el caso de que se trata.

18. La Sra. XUE está de acuerdo, en términos generales, en que el Relator Especial ha adoptado un enfoque cauteloso y equilibrado en la directriz 2.1.7 *bis*. Sin embargo, ella refleja la historia de la redacción de la Convención de Viena de 1969. El proyecto de ese instrumento, que la Comisión aprobó en segunda lectura en su 18.º período de sesiones, disponía que las funciones de depositario incluían el «examinar si toda firma, instrumento o reserva es conforme a las disposiciones del tratado y de los presentes artículos [...]»³. En el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 del instrumento final, esas palabras se sustituyeron por «examinar si una firma, un instrumento o una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma [...]».

19. Por razones políticas y jurídicas obvias, los Estados tienen a dar al depositario un papel limitado y puramente de procedimiento, como lo ilustran los debates en la Sexta Comisión recogidos en el resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión sobre el informe de la CDI durante el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General (A/CN.4/521, párrs. 60 a 67). Las opiniones de los Estados Miembros no son obligatorias para la Comisión, pero la práctica de los Estados reviste importancia fundamental para el tema que se examina.

20. Por ejemplo, es probable que el término «ilícita» dé lugar a controversias entre los Estados. Pese a que está modificado por la palabra «manifiestamente», podría dar a los depositarios una oportunidad de considerar aspectos procesales y sustantivos de las reservas. Sería especialmente poco apropiado que éstos emitieran juicios sobre los aspectos jurídicos de las declaraciones interpretativas, algunas de las cuales podrían considerarse reservas. Además, como señaló el Sr. Sreenivasa Rao, las organizaciones internacionales que actúan como depositarios no deben hacer ese tipo de juicios. Es probable, por otra parte, que la declaración de un depositario de que una reserva es inadmisibles desde el punto de vista sustantivo lleve a una controversia con el Estado que formula la reserva, lo que podría a su vez demorar la notificación oportuna de la reserva a otros Estados signatarios.

21. A diferencia del Sr. Simma, no considera prudente hacer del depositario el guardián de la comunidad internacional. Los Estados pueden tener buenas razones para formular lo que en opinión del depositario pueden ser reservas «manifiestamente ilícitas» pero no debe exigírseles que justifiquen su contenido ante éste. Incluso en el caso de una reserva que contradice claramente la práctica general, la historia de la redacción del tratado en cuestión podría proporcionar una explicación clara que sería aceptada por los demás Estados contratantes. Además, un depositario sin conocimiento de las intenciones de las partes debe abstenerse de formular observaciones sobre el resultado de sus negociaciones.

22. Por ejemplo, el Gobierno de su propio país, China, y el Gobierno del Reino Unido convinieron en que la mayoría de los tratados aplicados en Hong Kong, incluso aquellos en que China no es parte, seguirían en vigor después de la restitución de Hong Kong a China en 1997. Ese acuerdo es contrario a la práctica general de los tratados, pero los dos Gobiernos no preveían que surgiera ningún debate sobre su legalidad con los depositarios; esperaban simplemente que los demás Estados partes en los instrumentos en cuestión fueran notificados rápidamente y, de hecho, los depositarios no plantearon objeciones. Conviene con el Sr. Momtaz en que los intercambios de pareceres entre el depositario y el Estado que formula la reserva no deben hacerse públicos. Si la impermisibilidad de la reserva es de hecho manifiesta, no dejarían de notarla las demás partes contratantes.

23. Así pues, no cree que la directriz 2.1.7 *bis* esté lista para su redacción. El Relator Especial debe reflexionar más sobre las opiniones de la Comisión. El objetivo de mejorar la función del depositario y fortalecer el sistema de los tratados es un buen objetivo de política, pero es preciso tener en cuenta que los Estados son las verdaderas partes interesadas en lo que hace al desempeño de sus obligaciones en virtud de los tratados internacionales.

24. El Sr. TOMKA dice que las observaciones de la Sra. Xue sobre la situación de Hong Kong deben verse en el contexto de la sucesión de los Estados y considerarse con arreglo a la sección V del plan provisional del estudio contenido en el segundo informe del Relator Especial. Confía en que la Comisión pueda completar su labor sobre el tema de las reservas a los tratados para fines del quinquenio actual.

25. El término *illicites* en el texto francés de la directriz 2.1.7 *bis* no corresponde exactamente al inglés *im-permissible*. Una reserva constituye un acto; calificar ese acto de *illicite* (ilícito) equivale a comprometer la responsabilidad internacional de los Estados, lo que no era evidentemente la intención del Relator Especial. Es necesario modificar en consecuencia el texto francés del proyecto.

26. Un depositario que considera inadmisibles una reserva generalmente inicia un diálogo con el Estado que formula la reserva; en otros casos, una delegación de partes podría encargarse de esa función. Por ejemplo, dos veces por año, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa intercambia información sobre reservas respecto de las cuales los Estados miembros han planteado o prevén plantear

³ Anuario... 1966, vol. II, documento A/6309/Rev.1, pág. 293.

objecciones. Sin embargo, por razones de política o de otra índole, esas prácticas generalmente no llevan a que otros Estados planteen objeciones similares a las reservas en cuestión.

27. No está seguro de que deba confiarse al depositario la tarea de considerar si una reserva es compatible o no con el objeto y el fin del tratado. Esa posición constituiría una desviación excesiva de las intenciones de los redactores del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, que autoriza a los depositarios a examinar cuestiones de forma y no de fondo. Por otra parte, cuando hay una prohibición *prima facie* de las reservas o de ciertos tipos de reserva, puede ser apropiado que el depositario señale el problema a la atención del Estado que formula la reserva y, si este último insiste en formular la reserva, comunique ese hecho a los demás Estados partes, con inclusión de los intercambios formulados por escrito, pero no oralmente, sobre la cuestión.

28. Apoya la propuesta de remitir el párrafo al Comité de Redacción, a condición de que se modifique para reflejar esas observaciones.

29. El Sr. KOSKENNIEMI dice que la oposición a la directriz 2.1.7 *bis* es sorprendente, ya que constituye una solución intermedia que refleja los debates anteriores que han tenido lugar en la CDI y en la Sexta Comisión. Al igual que otros miembros, la interesa asegurar la neutralidad del depositario, pero ese término no debe confundirse con pasividad, porque si el depositario actúa simplemente como «buzón» receptor, ello promovería reservas perjudiciales para el tratado en su totalidad y podría introducir errores en el sistema. La propia neutralidad de los depositarios hace que les corresponda tomar medidas en algunas situaciones.

30. Por ejemplo, los autores de reservas manifiestamente inadmisibles a un tratado en el que se prohíban todas o ciertos tipos de reservas deben tener la oportunidad de corregir su error. Las notificaciones no deben necesariamente llevar a un conflicto entre el depositario y el Estado que formula la reserva. No deben necesariamente plantearse en términos de confrontación. Por ejemplo, su propio país, Finlandia, ha delegado la responsabilidad en materia de tratados en los distintos ministerios; en consecuencia, no se dispone siempre de conocimiento y experiencia en el juego sutil de las reservas, y el Ministerio de Relaciones Exteriores agradecería que se le informara de una reserva inadmisibles que se hubiera formulado.

31. Además, si los depositarios se limitaran a registrar pasivamente todas las reservas recibidas, no podría haber diálogo entre los Estados, ya que los gobiernos no podrían presentar objeciones a reservas de las que no tuvieran conocimiento. A este respecto, ello no se opondría al juego de las reservas entre Estados. Más bien lo haría posible. Por último, los depositarios ya están en cualquier caso facultados para hacer juicios de valor con arreglo al apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, dado que las apreciaciones de «en debida forma» son necesariamente de carácter subjetivo. Además, el depositario estaría en todo caso obligado a interpretar la Guía de la práctica. La forma y el contenido están, después de todo, relacionados y, como señaló el Sr. Sreenivasa Rao, la función del depositario no es la de

actuar como juez, sino como participante inteligente y responsable. Cree que la directriz 2.1.7 *bis* debe remitirse al Comité de Redacción.

32. El Sr. ADDO dice que la directriz 2.1.7 *bis* merece aprobación. El privilegio de formular reservas es una consecuencia incidental de la soberanía y la igualdad de los Estados. Sin embargo, no considera que el depositario sea un simple conducto para la transmisión de documentos. Con arreglo al apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, las funciones de depositario incluyen «examinar si una firma, un instrumento, una notificación o comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate». Así pues, cuando un tratado prohíbe las reservas, la función del depositario incluiría señalar a la atención del autor de la reserva su impermisibilidad y, si el autor mantiene la reserva, comunicar el texto de ella a los Estados signatarios, los Estados contratantes y las organizaciones internacionales. Esa medida podría persuadir al autor de que abandone la reserva. Se suma, en consecuencia, a los miembros que están a favor de remitir la directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción.

33. El Sr. FOMBA dice que el caso de las reservas manifiestamente ilícitas plantea varias cuestiones, entre ellas la definición de lo que es una reserva «manifiestamente ilícita», quién debe definirla y cuáles serían las consecuencias de ella. Puede encontrarse una base para la definición en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 en que se prohíbe que los Estados formulen reservas en tres circunstancias concretas. Sin embargo, en las tres pueden surgir problemas de interpretación cuando la redacción del tratado de que se trata no es claro. El Sr. Kamto y el Sr. Gaja se han referido a otras dificultades jurídicas y prácticas. Entre los argumentos aducidos en favor de una función más activa del depositario es que parece lógico reconocer el derecho del depositario de no comunicar una reserva si la considera manifiestamente impermisibles. Sin embargo, esto supone, en primer lugar, que los Estados estarían dispuestos a conceder ese derecho al depositario; y en segundo lugar, que el depositario estaría en condiciones de definir sistemática e incontestablemente qué constituye una reserva manifiestamente impermisibles. Ninguno de estos supuestos puede darse por hecho. También hay que tener en cuenta el párrafo 2 del artículo 76 de la Convención proclama el carácter internacional e imparcial de las funciones de depositario; además, el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención concede al depositario el derecho de examinar si una comunicación relativa a un tratado está en debida forma. No obstante, esas dos disposiciones deben interpretarse correctamente.

34. Con respecto a la cuestión de si debe remitirse la directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, parece claro que si, como propone el Relator Especial, no se examina el fondo del proyecto de directriz en el plenario en esta etapa, esa tarea debe corresponder al Comité de Redacción. Ese procedimiento plantea algunas cuestiones con respecto a los métodos de trabajo de la Comisión, que tal vez requieran a su vez codificación. Si se decide remitir el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* al Comité en su forma actual, éste tendrá que decidir, con respecto al primer párrafo, la cuestión de la definición y si la definición

debe ser determinada por los Estados, el depositario o un tercero; con respecto al segundo párrafo, deberá decidir cuál es la naturaleza precisa del procedimiento que se seguirá tras la comunicación del texto de la reserva, es decir, decidir cuál es el verdadero objetivo de la operación.

35. Dado que tanto el Comité de Redacción como el plenario son partes constitutivas de la CDI y no están rígidamente compartimentalizados, parece conveniente mantener cierta flexibilidad con respecto a los métodos de trabajo. En consecuencia, la directriz 2.1.7 *bis* debe remitirse al Comité para su examen, teniendo en cuenta que correspondería al plenario aceptar o rechazar las conclusiones a que llegue ese órgano.

36. El Sr. GALICKI dice que el séptimo informe sobre las reservas a los tratados contiene un resumen muy útil de la labor de la Comisión sobre el tema hasta el momento y presenta un panorama claro de las perspectivas futuras de esa labor. El documento es así útil no sólo para los nuevos miembros sino también para los miembros antiguos, a fin de que puedan adoptar un enfoque más sistemático del tema.

37. El proyecto de directriz 2.1.7 *bis* se elaboró sobre la base de las opiniones expresadas por los Estados en la Sexta Comisión y de las respuestas dadas por ellos a la CDI sobre la cuestión de si un depositario puede o no negarse a comunicar a los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas una reserva que es manifiestamente inadmisibles, en particular cuando está prohibida por un tratado. La directriz mantiene una posición intermedia entre las opiniones extremas expresadas por los Estados: por ejemplo, no sigue la sugerencia de dar al depositario el derecho a rechazar reservas obviamente prohibidas tras informar al Estado interesado de la razón del rechazo.

38. El carácter sostenible del proyecto de directriz propuesto parece su mejor ventaja. El texto se mantiene dentro de los límites de las funciones de los depositarios descritas en la directriz 2.1.7 y de las funciones de los depositarios, especialmente las establecidas en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969 y en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986.

39. Al considerar la posibilidad de ampliar las funciones del depositario en el caso de reservas manifiestamente impermisibles, es preciso recordar dos cosas: en primer lugar, toda directriz en esta esfera debe ajustarse a las normas de Viena, ya que, como señaló correctamente el Relator Especial, la Comisión no está preparando un nuevo tratado sino elaborando un conjunto de directrices sobre la base de las reglamentaciones existentes de los tratados. En segundo lugar, dada la estrecha relación existente entre las directrices 2.1.7 y 2.1.7 *bis*, la Comisión no debe olvidar los cambios significativos introducidos durante los trabajos preparatorios sobre la norma establecida en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969. Como señaló el Relator Especial en el párrafo 164 de su sexto informe⁴, el proyecto aprobado por la Comisión en segunda lectura en su 18.º período de sesiones se refería a si una firma, un instrumento o una

reserva «es conforme a las disposiciones del tratado y de los presentes artículos»⁵ en tanto que la revisión final del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969 utiliza la frase «en debida forma». La directriz 2.1.7 *bis* adopta también ese enfoque más limitado: los redactores de la Convención mostraron una tendencia a limitar las facultades del depositario exclusivamente al examen de la *forma* de las reservas, y no debe ahora cuestionarse ese enfoque.

40. El Relator Especial adoptó una actitud cautelosa similar al formular la directriz 2.1.7 *bis*. Aunque la impermisibilidad manifiesta va más allá de los aspectos estrictamente formales de las reservas, las facultades propuestas para los depositarios tienen exclusivamente un carácter informativo y de hecho análogo a las previstas en las disposiciones generales de la directriz 2.1.7. El depositario conserva la función tradicional de facilitador y no pasa a ser un árbitro. El Relator Especial no diferencia entre las facultades del depositario cuando las reservas están directamente prohibidas por un tratado y cuando son incompatibles con el objeto y el fin del tratado: en ambos casos, la decisión final de rechazar esas reservas debe ser adoptada por las partes en el tratado y no por el depositario. El orador comparte esa opinión.

41. Un factor adicional no mencionado hasta el momento favorece la posición de adoptar un enfoque relativamente restrictivo de las competencias de los depositarios. Hay muchos ejemplos de tratados que tienen más de un depositario. Si se dan facultades sustanciales a esos depositarios múltiples se crearían problemas graves en términos de interpretaciones políticas y de la aplicación de esas facultades por diferentes gobiernos que son depositarios del mismo tratado.

42. Por último, opina que la directriz 2.1.7 *bis* debe remitirse al Comité de Redacción para que la perfeccione, cosa que parece necesaria desde el punto de vista terminológico. Por ejemplo, ¿significa el término «manifiestamente» lo mismo que el término «manifiesta» que figura en el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, donde se define en relación con las violaciones de las disposiciones del derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados? ¿O debe dársele otra interpretación? Surge otro problema en conexión con la palabra «ilícita», que no figura en ningún otro lugar del proyecto. Sin embargo, en el informe se utiliza el término «inadmisibles», que parece más apropiado. El problema puede haber surgido en la traducción del francés. Parece inevitable que la terminología utilizada en la directriz 2.1.7 *bis* se armonice con la empleada en el resto de las directrices y en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, pero esa es una tarea que incumbe al Comité.

43. El Sr. Sreenivasa RAO dice que no ha dejado aparentemente claro si cree o no que la directriz 2.1.7 *bis* debe remitirse al Comité de Redacción. Tras haber escuchado a más oradores referirse a la cuestión, sigue teniendo dudas acerca de la directriz. Las funciones de depositario previstas en la Convención de Viena de 1969 y observables en la práctica existente nunca se expresaron en términos tan concretos. Se han planteado muy pocos casos como los descritos en el primer párrafo de la directriz, a saber,

⁴ Véase 2719.ª sesión, nota 10.

⁵ Véase la nota 3 *supra*.

en que un Estado insiste en presentar una reserva que no es aceptable con arreglo a un tratado. Lo que ocurre normalmente está claramente ejemplificado en los trabajos relativos al artículo 298 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: si un Estado se reserva su posición sobre cualquiera de los puntos mencionados en ella, el depositario puede simplemente informar a ese Estado de que esa reserva no está permitida, y ella deberá rescindirse. Si, con arreglo a un instrumento de derechos humanos, un Estado se compromete a cumplir sus obligaciones pero pone varias condiciones para ello, el depositario puede —y esto se ha hecho en la práctica— señalar a la atención el hecho de que ello constituye una reserva y el Estado debe revisar su posición.

44. La expresión «manifiestamente ilícita» no es clara. ¿Se refiere a las reservas que están totalmente prohibidas o a las declaraciones interpretativas y otras similares? Los Estados hacen declaraciones y declaraciones interpretativas cuando están prohibidas las reservas, y solamente puede deducirse sobre la base del lenguaje en que se hacen esas comunicaciones si se trata de reservas estándar o de reservas ilícitas. En su forma actual, el proyecto de directrices separa las reservas, las declaraciones interpretativas, las declaraciones, etc., en diferentes categorías, pero en la directriz 2.1.7 *bis* se oscurecen esas distinciones.

45. Está de acuerdo con el Sr. Koskeniemi en que un depositario no es una institución pasiva sino un cerebro jurídico con una función que desempeñar. Los depositarios no deben permanecer aislados de las inclemencias de la comunidad internacional sino que deben dar orientación y reglas razonables que deben aplicarse con respecto a los Estados. Por esa razón, los dos párrafos de la directriz 2.1.7 *bis* deben interpretarse con cuidado. No se opone a que se remita la directriz al Comité de Redacción, pero se necesitará mucho trabajo y deberá hacerse una distinción entre las reservas claramente prohibidas y las declaraciones que pueden ser o no reservas o las declaraciones interpretativas respecto de las cuales deben proporcionarse directrices diferentes y en relación con las cuales debe establecerse claramente lo que debe hacer o no hacer el depositario.

46. La Sra. XUE se siente obligada a plantear una cuestión de principio: después de su declaración anterior, el Sr. Tomka dijo que la restitución de Hong Kong es realmente una cuestión de sucesión. No es así, y no se ha tratado así durante las negociaciones. Por consiguiente, la cuestión de las reservas a los tratados no se ha examinado de conformidad con las normas sobre sucesión. La práctica actual sobre los tratados en Hong Kong sigue reflejando esos arreglos.

47. El Sr. KAMTO piensa que el problema planteado en la directriz 2.1.7 *bis* no es la neutralidad del depositario sino la función que debe asignarse al depositario, que debe encararse a la luz de la Convención de Viena de 1969. La Comisión debe evitar transformar al depositario de un administrador de un tratado, conforme a lo previsto en el artículo 77 de la Convención, en un árbitro de las relaciones jurídicas entre los Estados. La directriz 2.1.7 *bis* debe remitirse al Comité de Redacción con algunas enmiendas destinadas a evitar el término «manifiestamente ilícitas» y a incorporar la redacción de los párrafos *a* y *b* del artículo 19 de la Convención.

Actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2⁶ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

48. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), al presentar su quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/525 y Add.1 y 2), dice que las adiciones 1 y 2 al informe aún no se han publicado, pero estarán disponibles en el curso del período de sesiones. El quinto informe tiene cuatro capítulos. La introducción se refiere al desarrollo anterior del tema, el examen de la práctica internacional, la viabilidad y las dificultades del tema y el contenido del quinto informe, y el carácter recapitulativo de su capítulo I.

49. El capítulo I trata de los cuatro aspectos del tema examinado por la Comisión en su período de sesiones anterior: la definición del acto unilateral; las condiciones de la validez y las causales de nulidad, la interpretación de los actos unilaterales y su clasificación.

50. En el capítulo II se examinan tres cuestiones que pueden ser objeto de la elaboración de reglas comunes a todos los actos, independientemente de su contenido material y de sus efectos jurídicos: la regla relativa al respeto de los actos unilaterales, la aplicación del acto en el tiempo y su aplicación territorial.

51. En el capítulo III se tratan brevemente las cuestiones igualmente importantes de la determinación del momento en que el acto unilateral produce sus efectos jurídicos, que incluye tres aspectos de gran pertinencia y complejidad: la revocación, la modificación y la suspensión de la aplicación del acto, y su terminación.

52. Por último, en el capítulo IV se presenta la estructura de los artículos ya redactados y el plan de trabajo futuro. La Comisión tendrá en breve a su disposición un documento que contiene los textos examinados hasta el momento, que será examinado por el Comité de Redacción y el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados en el curso del actual período de sesiones.

53. En esta oportunidad se referirá solamente a la introducción del informe y al primer punto del capítulo I, relativo a la definición. Presentará los demás temas tratados en el capítulo I en una sesión posterior.

54. Es preciso reiterar que el tema de los actos unilaterales es de una gran complejidad y ha demostrado ser difícil de abordar. Existe una rica bibliografía pero, lamentablemente, no es siempre coincidente. El Relator Especial la ha examinado a fondo, junto con la jurisprudencia más importante: decisiones judiciales y arbitrales relativas a los actos y los comportamientos unilaterales, en general, aunque no todos deben tenerse en cuenta en el contexto de la tarea de codificación y desarrollo progresivo de la Comisión. Lamentablemente, no ha sido posible considerar la gama completa de la práctica de los Estados, por distintas razones. La información disponible sobre la práctica

⁶ Véase la nota 2 *supra*.

de los Estados es básicamente factual. Se plantean graves dificultades cuando se trata de determinar las convicciones de los Estados con respecto al desempeño de esos actos, su naturaleza y los efectos que se persiguen. Sin embargo, en la mayoría de los casos, ello se puede inferir. No hay duda de que los Estados realizan a diario actos unilaterales y hacen declaraciones unilaterales en el contexto de sus relaciones exteriores. Un rápido examen de los medios de información confirman ese hecho. Pero se plantea entonces la cuestión de determinar qué actos son políticos o jurídicos. Esta cuestión aparentemente sencilla sólo puede resolverse mediante una interpretación de la intención del Estado autor, cosa sumamente compleja y subjetiva.

55. Incluso si se llega a la conclusión de que el acto tiene carácter jurídico, quedaría todavía por decidir si se trata de un acto convencional o unilateral y, en el segundo caso, si es un acto formalmente unilateral dentro de una relación convencional, al que se aplicaría el régimen de Viena, o si es un acto puramente unilateral, es decir, no vinculado a otro régimen jurídico, que surte efectos por sí mismo. Es el último caso el que interesa a la Comisión, y podría ser objeto de la elaboración de normas para reglamentar su funcionamiento.

56. Al examinar este tema es esencial hacer referencia al derecho de los tratados. Cuando se redactaron los artículos sobre el derecho de los tratados, la situación era más accesible porque la práctica en relación con los actos convencionales era más clara. En el caso de los actos unilaterales se plantean dudas no en cuanto a si esos actos existen sino en cuanto a su naturaleza. No hay una convicción clara por parte de los Estados de que un acto unilateral dado pertenezca a la categoría que interesa a la Comisión. En consecuencia, en su 53.º período de sesiones la Comisión preparó un cuestionario que se distribuyó a los Estados para recabar información más completa sobre la práctica de los Estados⁷. El orador agradece en particular a los Gobiernos de Estonia y de Portugal la valiosa información que han presentado con respecto a su práctica internacional (véase A/CN.4/524). Esos Gobiernos no sólo suministraron ejemplos de actos unilaterales sino que también los calificaron y, lo que es muy importante, se refirieron a sus efectos jurídicos, con lo que demostraron que era en efecto posible hallar ejemplos de actos considerados por los propios Estados importantes para el estudio de la Comisión.

57. Es evidente, como lo reconoce la mayor parte de la doctrina, que los tratados son la forma más ampliamente utilizada por los Estados en sus relaciones jurídicas internacionales; pero esto no altera el hecho de que los actos unilaterales de los Estados se usan cada vez más como formas de condicionar su conducta ulterior. Nada impide al Estado asumir compromisos internacionales unilaterales, sin la reciprocidad ni las concesiones mutuas que se reflejan generalmente en los textos convencionales. El Estado está autorizado para formular actos de esta categoría, que la doctrina califica de «heteronormativos». Así pues, según el derecho internacional, el Estado puede formular un acto sin que sea necesaria la participación de

otro Estado, con la intención de producir determinados efectos jurídicos, sin que sea necesaria la aceptación, de cualquier forma, del o de los destinatarios.

58. En la sección *c* de la introducción, para mostrar mejor las dificultades a que da lugar el tema, se señala que los actos unilaterales considerados más frecuentes por la Comisión, a saber, la renuncia, la protesta, el reconocimiento y la promesa, no siempre se expresan mediante declaraciones ni tampoco son siempre unilaterales. Por ejemplo, el reconocimiento puede realizarse mediante actos implícitos o concluyentes. El Estado puede reconocer una entidad implícitamente, mediante un acto jurídico o político distinto de una declaración de reconocimiento de un Estado; por ejemplo, mediante un intercambio de embajadores o la apertura recíproca de misiones consulares o diplomáticas. Así pues, el reconocimiento no es siempre un acto unilateral del tipo que preocupa a la Comisión. Además, puede a veces adoptar la forma de un tratado, como en el caso del reconocimiento de los Estados Unidos de América y de las dos Alemanias.

59. Tampoco la promesa es siempre unilateral. Nada parece impedir que una promesa pueda expresarse mediante un acto convencional. Un Estado puede prometer a otro u otros Estados que observará un determinado comportamiento dentro de una relación convencional. En esos casos es evidente que, aunque se trate de una promesa en el sentido en que la entiende generalmente la doctrina, las reglas aplicables al acto del que surge serán las reglas de Viena sobre el derecho de los tratados, aunque el compromiso sea unilateral.

60. La protesta, por otra parte, es esencialmente, y quizás exclusivamente, unilateral. No debe confundirse con la protesta unilateral de origen colectivo, cuando dos o más Estados formulan una protesta mediante un solo acto.

61. La renuncia es también un fenómeno complejo y variado. La doctrina y la jurisprudencia internacionales han establecido que sólo puede ser explícita. No puede haber renuncia implícita o tácita, tema que tiene importancia para la cuestión de la protección diplomática, en el contexto de la renuncia del requisito del agotamiento de los recursos internos por parte del Estado demandante. Esa renuncia debe ser clara e inequívoca, y en consecuencia explícita. El acto unilateral de renuncia que interesa a la Comisión es una manifestación inequívoca de la voluntad del Estado, con la intención de producir determinados efectos jurídicos. La incertidumbre persistente con respecto al objeto de la labor de codificación, que el orador señala a la atención en el párrafo 4 de su informe, plantea la cuestión de determinar si la codificación de este tema es viable. Pese a la complicitad del tema, una mayoría sustancial, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, ha considerado que el tema puede ser objeto de una labor de codificación y desarrollo progresivo.

62. El capítulo I se concentra en la definición de los actos unilaterales, en un esfuerzo por llegar a una definición que abarque los distintos actos no incluidos en las definiciones propuestas anteriormente. En lo que hace a la evolución de la definición y de sus elementos constitutivos desde la presentación del primer informe⁸, se ha sustituido el término «declaración» por «acto», que se

⁷ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 29 y 254. El texto del cuestionario puede consultarse en <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>.

⁸ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486.

ha considerado menos restrictivo y que incluye los actos unilaterales no formulados por medio de una declaración. En su calidad de Relator Especial, consideró que la mayoría, si no todos los actos unilaterales, con inclusión de la renuncia, la promesa, la protesta o el reconocimiento, se podían formular solamente mediante una declaración. Sin embargo, en respuesta a las observaciones de algunos miembros, ha sustituido el término «declaración» por el término «acto».

63. Se ha suprimido en la definición el concepto de «autonomía», aunque el Relator Especial considera que una de las características de esos actos es que son independientes de otros regímenes jurídicos, como el de los tratados. La característica de la autonomía puede, sin embargo, tratarse en los comentarios.

64. Se ha incluido en la definición la expresión «manifestación de voluntad inequívoca [...] formulada con la intención de producir efectos jurídicos». No parece haber duda de que el acto jurídico es una «manifestación de voluntad». La doctrina confirma que esos actos se definen sobre la base de una manifestación de la voluntad del autor. La voluntad es un elemento constitutivo del consentimiento, y es también indispensable para la formulación del acto jurídico. La expresión «manifestación de la voluntad formulada con la intención de producir efectos jurídicos» ha sido considerada por algunos tautológica. Sin embargo, en su opinión, abarca dos conceptos diferentes y complementarios, a saber, el desempeño y el objetivo. La frase «intención de producir efectos jurídicos» reemplaza a la expresión anterior «intención de contraer obligaciones jurídicas», que la Comisión consideró restrictiva y que excluía la posibilidad de que el Estado estableciera una relación separada con el destinatario. En su opinión, es evidente que el Estado no puede imponer obligaciones a otro sujeto de derecho internacional sin su consentimiento. La doctrina y la jurisprudencia internacionales respaldan esta apreciación en virtud del principio de *res inter alios acta* y de *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, y de varios casos citados en el párrafo 60 del quinto informe, aunque el derecho de los tratados establece excepciones a esa regla, como la estipulación a favor de terceros y la cláusula de la nación más favorecida, que requieren el consentimiento del destinatario.

65. Cabe preguntarse si un Estado puede imponer obligaciones a otro Estado que no ha participado en la formulación de un acto unilateral ni ha aceptado las obligaciones correspondientes. Del análisis de los actos unilaterales considerados más representativos se desprende que ni la promesa ni la renuncia crean obligaciones para terceros. De hecho, el Estado autor asume obligaciones al formular el acto y otorga al mismo tiempo derechos a otros Estados. La estipulación a favor de terceros no requiere aceptación ni reacción que signifique aceptación. Como señaló la CIJ en sus decisiones en los asuntos *Essais nucléaires*, el acto unilateral crea obligaciones desde el momento en que se formula. Ese momento es comparable, *mutatis mutandis*, a la entrada en vigor de un tratado.

66. El reconocimiento de los Estados tal vez requiera un examen más detenido en calidad de acto unilateral formulado expresamente y no en forma implícita. Aunque no hay duda de que el Estado autor asume obligaciones con respecto al Estado destinatario, cabe preguntarse si este

último asume así obligaciones que le impone el derecho internacional. La respuesta depende evidentemente de la forma en que se vea el reconocimiento de los Estados, es decir, si se considera declarativo o constitutivo. En el primer caso, el Estado que reconoce toma nota simplemente de una situación existente, a saber, la condición de Estado que se produce no por la declaración de reconocimiento sino porque se dan las condiciones necesarias para que esa entidad se constituya en Estado. En ese caso, las obligaciones del Estado emanan de esa condición y no del acto de reconocimiento. En el segundo supuesto, que refleja una opinión que no comparte el orador, la situación sería distinta.

67. En los debates anteriores sobre el término «inequívoco» se ha dicho que es difícil imaginar un acto unilateral formulado de manera que no sea clara o que contenga condiciones o limitaciones implícitas. Algunos miembros consideran que la expresión de voluntad debe ser siempre clara y comprensible, y que si es equívoca y no puede aclararse por los medios ordinarios de interpretación no crea un acto jurídico. El término sigue en todo caso en la definición que tiene ahora ante sí el Comité de Redacción.

68. El término «publicidad» fue sustituido por el término «notoriedad», ya que se consideró que la publicidad se inscribe de manera exclusiva en el caso de la formulación de actos *erga omnes*, en tanto que el elemento importante es que el acto sea conocido por el destinatario.

69. El hecho de que la definición dé solamente a los Estados la capacidad de formular actos unilaterales —lo que responde al mandato de la Comisión— no debe interpretarse de ninguna manera en el sentido de que otros sujetos de derecho internacional, en particular las organizaciones internacionales, no pueden formularlos. El concepto de destinatario se entiende en términos amplios, de modo que un acto unilateral puede estar dirigido no sólo a uno o más Estados sino también a una organización internacional. Algunos miembros de la Comisión creen que otras entidades jurídicas internacionales, incluidos los movimientos de liberación, podrían ser destinatarios de esos actos. Esto plantea varias cuestiones que merecen consideración detenida, entre ellas la responsabilidad internacional y la capacidad internacional en caso de controversia. El texto en su forma actual se limita siempre expresamente a los Estados y las organizaciones internacionales.

70. La definición de actos unilaterales está ahora ante el Comité de Redacción y es crucial que se apruebe en el actual período de sesiones para permitir que se hagan progresos sobre otros proyectos de artículos. Se ha considerado ampliamente la definición, y su concepción ha evolucionado sobre la base de las observaciones de los miembros de la Comisión y de los gobiernos. Se ha proporcionado en respuesta a sugerencias formuladas el año anterior una recapitulación de los progresos realizados y de las razones por las cuales se han modificado algunos conceptos y términos. Aunque todos los actos unilaterales son similares en su formulación y pueden elaborarse reglas comunes para ellos, algunos actos difieren en sus efectos jurídicos. En consecuencia, la estructura del proyecto debe dividirse en dos o tres partes, dependiendo de la clasificación que se haga de los actos unilaterales. El orador recuerda que la Comisión ha considerado que la

labor debe concentrarse en la próxima etapa en la promesa internacional y otros actos mediante los cuales los Estados asumen obligaciones unilaterales.

71. Con esas observaciones, encomienda la parte introductoria de su quinto informe a los miembros de la Comisión, en el entendimiento de que en la próxima sesión presentará aspectos adicionales del tema para su consideración.

72. El Sr. PELLET dice que la recapitulación de los trabajos de la Comisión presentada por el Relator Especial es muy interesante, especialmente para los nuevos miembros, pero que no contiene elementos nuevos ni nuevos proyectos de artículos para su examen. ¿Sobre qué se pretende que hablen los miembros en las próximas reuniones sobre el tema?

73. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que ha sido el propio Sr. Pellet quien sugirió que se presentara una recapitulación, cosa que el orador agradece, dado que ayudará a los nuevos miembros de la Comisión a evaluar los progresos alcanzados. Es verdad que hay poca información nueva para los demás miembros, pero los párrafos 44 y 45 del informe plantean algunos puntos sobre los cuales agradecería recibir observaciones: la aplicación a los actos unilaterales de la regla general de *pacta sunt servanda*; la aplicación en el tiempo del acto unilateral, que plantea la cuestión de la retroactividad; la aplicación del acto unilateral en el espacio; y la determinación del momento en que el acto unilateral empieza a producir efectos jurídicos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2721.ª SESIÓN

Viernes 17 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación)

[Tema 2 del programa]

1. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que, teniendo en cuenta los deseos expresados por distintos miembros de la Comisión y la necesidad de que haya una representación equitativa de las regiones geográficas y los idiomas en el Comité, se ha decidido que el Comité de Redacción sobre el tema de las reservas a los tratados esté compuesto por los miembros siguientes: Sr. Pellet (Relator Especial), Sr. Comissário Afonso, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue y Sr. Kuznetsov (Relator de la Comisión, miembro de pleno derecho). Agrega que tiene entendido que el Presidente está dispuesto a participar como miembro de pleno derecho. Por lo demás, el Comité está abierto a la participación de cualquier otro miembro de la Comisión que desee asistir a sus reuniones.

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

2. El Sr. MANSFIELD dice que le extraña que el proyecto de directriz suplementaria 2.1.7 *bis* (Casos de reservas manifiestamente imprevisibles) propuesto por el Relator Especial en su séptimo informe sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/526 y Add.1 a 3) suscite inquietudes a algunos miembros de la Comisión. En primer lugar, es evidente que el Relator Especial lo único que ha querido con ese proyecto de directriz ha sido contemplar aquellos casos en que la reserva formulada plantea claramente algún problema. Esta disposición no sería desde luego aplicable en aquellas situaciones en que lo que se pretende es ver si una determinada reserva es o no compatible con el objeto y el fin del tratado de que se trate. El Comité de Redacción podría buscar una fórmula que permitiera indicarlo con más claridad. Sin embargo, conviene recordar que la labor del depositario entraña siempre un cierto elemento de juicio, y este juicio no sería en este caso concreto muy diferente del que tendría que emitir en otras situaciones, por ejemplo, cuando se trata de determinar si la reserva ha sido formulada en debida forma. Es razonable suponer que en todos los casos el depositario actuará con discreción en las comunicaciones que haga al Estado autor de la reserva. Conviene tanto al depositario como al Estado interesado que la cuestión se solvete de esta manera.

3. Por último, piensa como el Sr. Koskenniemi que no hay que confundir la pasividad del depositario, que se limita a actuar de buzón de correos, con su neutralidad.

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

La actuación prevista en el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* es algo que interesa a todos, incluido el Estado autor de la reserva. La comunicación del intercambio de pareceres entre el depositario y el Estado autor de la reserva puede cuando menos despertar la atención de los departamentos jurídicos de los ministerios de asuntos exteriores de los demás Estados partes, lo que no quiere decir que vayan a compartir las inquietudes expresadas por el depositario o aprobar el punto de vista del Estado autor de la reserva. Por este motivo, es partidario de remitir el proyecto de directriz al Comité de Redacción para que busque una nueva redacción del texto que tenga en cuenta las preocupaciones expresadas durante el debate.

4. El Sr. CANDIOTI, tras afirmar que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* contiene una propuesta útil en el plano práctico, está de acuerdo en remitirlo al Comité de Redacción, en el entendimiento de que éste deberá tener debidamente en cuenta todas las opiniones expresadas con respecto al mantenimiento de las funciones y facultades del depositario en el marco del sistema definido en la Convención de Viena de 1969.

5. El Sr. Candiotti señala por otra parte que habría que sustituir en la versión española del proyecto de directriz la palabra «ilícita», que no es muy apropiada, por otra que podría ser «inadmisible».

6. El Sr. ADDO recuerda que el fundamento jurídico de una reserva depende del contenido del tratado al que ésta se refiera. En efecto, algunos tratados a veces prohíben todas las reservas y a veces las autorizan todas; otros sólo autorizan algunas, y hay también tratados que no dicen nada acerca de la cuestión de las reservas. En su opinión, el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* se aplica a las situaciones a que se refieren los apartados *a* y *b* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, que distinguen claramente entre reservas prohibidas y reservas autorizadas por un tratado. En ocasiones, los Estados intentan formular reservas a tratados que prohíben hacerlas mediante una declaración. Este fue el caso de Filipinas con respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 309 prohíbe las reservas. Esa declaración, que parecía tener los mismos efectos que una reserva, era manifiestamente ilícita, y precisamente varios Estados formularon una objeción a la misma. En casos como éste, el depositario tiene perfectamente derecho a señalar al Estado autor de la reserva que ésta está prohibida para que la retire, y, si ese Estado insiste en mantenerla, comunicar el texto de la reserva y el texto del intercambio de pareceres que haya tenido con su autor a los demás Estados signatarios del tratado, tal como prevé el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*. Sucede lo mismo con las situaciones comprendidas en el apartado *b* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, esto es, cuando un Estado formula una reserva que no figura entre las reservas concretas autorizadas por el correspondiente tratado.

7. En cambio, a su entender, una reserva que sea incompatible con el objeto y el fin del tratado, aunque sea ilícita, no lo será «manifiestamente», porque no es fácil saber cuáles son el objeto y el fin de un tratado. Se trata de una cuestión subjetiva, y por consiguiente incumbirá a cada Estado parte decidir al respecto. En relación con esto señala que una reserva que sea contraria a un principio del derecho internacional consuetudinario que haya sido

codificado será manifiestamente ilícita. Por ejemplo, un Estado no podría reservarse el derecho de practicar la esclavitud. En este caso, el depositario no estaría obligado a aceptar tal reserva porque ésta no podría tener efecto alguno. En cambio, sí podría señalar a su autor que la reserva es ilícita, lo que permitiría a este último renunciar a ella y así no sería necesario comunicarla a los otros Estados partes.

8. Para terminar, considera que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* es útil y por ello es partidario de remitirlo al Comité de Redacción, quedando no obstante entendido que no se aplicaría en caso de las reservas que sean incompatibles con el objeto y el fin de un tratado conforme a lo indicado en el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

9. El Sr. GAJA, refiriéndose a la última observación del Sr. Addo, según la cual una reserva a una disposición de un tratado que corresponda a una norma del derecho internacional consuetudinario estaría comprendida en la categoría de las reservas ilícitas, precisa que, cuando un Estado formula una reserva de este tipo, no pretende necesariamente negar aquella norma. Lo que quiere simplemente es no añadir a las obligaciones que le impone una norma del derecho internacional consuetudinario las obligaciones dimanantes del tratado, para así escapar al mecanismo de vigilancia que éste pudiera establecer. En su opinión, no cabe considerar *per se* ilícita una reserva de este tipo.

10. El Sr. PELLET (Relator Especial) piensa también que nada impide a un Estado formular una reserva a una norma consuetudinaria recogida en una norma convencional. Seguirá vinculado por la norma consuetudinaria, pero tendrá derecho a no aceptar la incorporación a una norma convencional.

11. El Sr. SEPÚLVEDA felicita al Relator Especial por la calidad de sus informes, que no pasan desapercibidos y suscitan siempre muchas reacciones porque incitan a la reflexión.

12. En lo que se refiere al proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, señala ante todo la contradicción evidente que existe en el texto en español, en el que se emplean dos términos diferentes para modificar las reservas: «manifiestamente inadmisibles» en el título del proyecto y «manifiestamente ilícita» en el primer párrafo del texto, contradicción que convendría corregir.

13. Aparte de esta cuestión de terminología, la cuestión fundamental que plantea este proyecto es su compatibilidad con la Convención de Viena de 1969 y el alcance que la Comisión quiere atribuir al proyecto de Guía de la práctica. Para él, el proyecto no debe superar los límites establecidos por la Convención. El sistema de formulación de reservas definido en los artículos 19 a 23 de la Convención concierne únicamente a los Estados partes, no al depositario. Es evidente que no incumbe al depositario, cuyas funciones están definidas en el artículo 77 de la Convención, decidir si una reserva es lícita o ilícita, como prevé el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*. Son los Estados partes en el tratado de que se trate los que deben decidirlo. El depositario está obligado únicamente a comunicar el texto de una reserva a los Estados y organizaciones signatarios del tratado. Además, según el proyecto de directriz

propuesto, una vez que haya determinado que una reserva es manifiestamente ilícita, el depositario tendría que desempeñar el papel poco envidiable de mensajero de malas noticias comunicando a los otros Estados partes el texto del intercambio de pareceres que haya tenido con el autor de la reserva. El Relator Especial no indica cuáles serían las consecuencias de esta intervención del depositario, pero cabe suponer que el primer efecto será suscitar dudas acerca de esa reserva, juzgada ilícita por el depositario de manera unilateral y quizá también arbitraria. También es posible que provoque una cierta irritación, no sólo en el Estado autor de la reserva que pensaba de muy buena fe que quizá ésta era lícita, sino también en todos los Estados signatarios o contratantes, que creerán que el depositario se ha excedido de sus funciones al emitir un juicio de valor subjetivo sobre la reserva. No parece sensato poner al depositario, cuya misión es facilitar la comunicación entre las partes, en una situación semejante de conflicto potencial.

14. En consecuencia, para facilitar la misión del depositario, habría que establecer un procedimiento de consultas entre los Estados partes interesados para ayudar a determinar qué reservas son aceptables y cuáles no lo son. El depositario podría señalar a la atención de los Estados signatarios y de los Estados contratantes que un Estado ha formulado una reserva que podría ser una reserva prohibida por el tratado, una reserva de las que no se encuentran dispuestas en el tratado, o una reserva que puede ser incompatible con el objeto y el fin del tratado. Corresponderá entonces a cada uno de los Estados así notificados determinar si acepta la reserva formulada o si la objeta, aplicando de esta suerte el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969. La incorporación de estos elementos a la Guía de la práctica ayudaría a ajustar el proyecto al espíritu de la Convención, por lo que espera que el Comité de Redacción encuentre una fórmula adecuada que tenga en cuenta todas las observaciones formuladas.

15. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO estima que el texto del proyecto de directriz 2.1.7 *bis* debe ajustarse a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En particular, debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, que establece las funciones esenciales del depositario, así como a los artículos 19 y 20 de esa misma Convención. El proyecto del Relator Especial tiene en cuenta de manera equilibrada dos puntos de vista, el consagrado en la Convención de Viena de 1969, según el cual la misión del depositario se limita a una simple gestión de los tratados, y el que emana del desarrollo progresivo, según el cual incumbe al depositario una función más amplia. No obstante, le preocupa ver que el proyecto otorga al depositario la facultad de decidir que una reserva es «manifiestamente ilícita». Por este motivo, además de aprobar su remisión al Comité de Redacción, espera que éste dé una nueva redacción al texto que tenga en cuenta las diferentes opiniones expresadas en sesión plenaria, en particular sobre este punto. Convendría también que el Comité examinase el problema, ya planteado, de las discrepancias de terminología que hay en la versión española.

16. El Sr. MOMTAZ precisa que en la mayoría de los casos los Estados que formulan reservas manifiestamente ilícitas lo hacen con todo conocimiento de causa y no por algún error de sus juristas. Generalmente lo hacen por

problemas de política interior que no les dejan más elección que formular reservas ilícitas o renunciar a ratificar el tratado. Cree que sería preferible remitirse a lo dispuesto en el artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 y dejar a los demás Estados contratantes la decisión de reaccionar a este tipo de reservas. Señala que la cuestión que se plantea es la de escoger entre la integridad de los tratados y su universalidad.

17. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA considera que sigue habiendo una ambigüedad y se pregunta qué efecto tendría el silencio de los demás Estados partes ante una reserva manifiestamente ilícita. En la medida en que la Convención de Viena de 1969 otorga un carácter tácito a la aceptación de las reservas, se pregunta también si el silencio de los Estados en una situación así puede ser un modo de aceptar las reservas que son manifiestamente ilícitas o si habría que considerarlo como una indicación de que para ellos esas reservas son nulas e inexistentes.

18. La Sra. XUE señala que, en vista del gran número de tratados adoptados en la era presente, es de suponer que el depositario posee los elementos de juicio necesarios para determinar si una reserva es manifiestamente ilícita, sobre todo si el depositario forma parte del sistema de las Naciones Unidas. No obstante, conviene no olvidar lo esencial, y lo esencial es que si se formula efectivamente una reserva que es manifiestamente ilícita, los Estados cuyos intereses resulten afectados no tendrán más remedio que reaccionar. Se pregunta si es sensato colocar al depositario en una situación que le obligue a abrir un debate sobre el fondo de la cuestión con un Estado parte. Teme que si se mantiene el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* la Comisión termine atribuyendo al depositario un poder de interpretación más amplio del que desea o los propios Estados desearían. Si un Estado formulase una reserva manifiestamente ilícita, por ejemplo que en el caso de un tratado sobre el genocidio y un Estado se reservase el derecho de cometer un genocidio en ciertos casos, todos los Estados contratantes tendrían que formular una objeción a esa reserva. De todos modos, el depositario debe mantener su neutralidad, en interés de la estabilidad de las relaciones entre los Estados partes y en el suyo propio.

19. El Sr. CHEE se refiere al texto del proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, que le parece contrario al artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, relativo a las funciones de los depositarios. En los apartados *a* a *h* del párrafo 1 del artículo 77 no hay nada que otorgue al depositario la facultad de determinar si una reserva es lícita o ilícita. El apartado *d* le atribuye la facultad de «examinar si [...] una comunicación [está] en debida forma», frase que está claro que sólo se refiere al procedimiento. Agrega que le preocupan estas tres expresiones utilizadas en el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*: «a juicio del depositario», «manifiestamente ilícita» y «en su opinión». Piensa que estas expresiones exceden los límites establecidos en el artículo 77 de la Convención y también la función de depositario según los usos internacionales.

20. El Sr. KAMTO dice que, al margen de las cuestiones que se han planteado, por ejemplo las de la neutralidad del depositario o las cuestiones de política interior que pueden influir en el comportamiento de los Estados, el problema jurídico que se plantea es el de la definición de las funciones del depositario a la luz del derecho positivo,

y en particular de la Convención de Viena de 1969, y de la evolución posterior de la práctica internacional. Conviene respetar las disposiciones de los artículos 19 y 77, así como del artículo 20, de la Convención, aunque teniendo en cuenta la necesidad real de otorgar al depositario una función más importante. Dice que es partidario de remitir el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, pero le gustaría que éste evitase el término «ilícita», que tiene que ver con la responsabilidad del Estado, por ejemplo hablando en cambio de admisibilidad o recogiendo las disposiciones del artículo 19 para precisar cuáles son los tipos de reservas ante las cuales tendría que intervenir el depositario y remitiéndose al apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77. El depositario podría señalar a la atención del Estado autor de la reserva, mediante una correspondencia que no sería necesario divulgar, que aquélla es contraria a los apartados *a* o *b* del artículo 19. Si el Estado autor de la reserva insistiese en mantenerla, el depositario podría entonces poner en conocimiento de los otros Estados esa reserva. En cuanto a la cuestión a que se refiere el apartado *c* del artículo 19, es de la exclusiva competencia de los Estados.

21. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA señala que el primer párrafo del proyecto de directriz 2.1.7 *bis* comienza con la frase «Cuando una reserva sea manifiestamente ilícita a juicio del depositario.». Tal juicio, por muy fundado que esté técnica y jurídicamente, no podría vincular a un Estado soberano, que es libre de aceptar o no la reserva formulada por otro Estado. Le parece, pues, que la Comisión abriga temores del todo inútiles.

22. La Sra. ESCARAMEIA dice que el proyecto de directriz que se discute no contiene nada que sea contrario al artículo 77 de la Convención de Viena de 1969, que define las funciones del depositario sin ponerles expresamente ningún límite. En cuanto a la cuestión de la decisión política, difícilmente se puede pensar que se derive de la oposición entre integridad y universalidad del tratado. En la práctica no es el tratado lo que es universal, sino algunas de sus disposiciones, y es imposible decir de antemano cuáles lo serán. Si un Estado formula una reserva que no está autorizada según el artículo 19 de la Convención, ese Estado se coloca en la ilegalidad, de modo que no debe animarse al depositario a que se comporte como si nada hubiera pasado. En lo que se refiere al silencio de los otros Estados, en la práctica significa que aceptan la reserva, porque el tratado surte efectos, incluida la reserva, entre el Estado que no la ha objetado y el Estado autor de la misma. Por último, es inexacto afirmar que los Estados pueden hacer siempre lo que quieren. En la práctica, los Estados pequeños o medianos suelen dudar en poner en peligro sus buenas relaciones con el Estado autor de la reserva. En la Unión Europea es frecuente que las objeciones se formulen conjuntamente, y los países pequeños miembros de la Unión están muy contentos de aprovechar esa posibilidad. La modesta función de alerta que se encomienda al depositario en el proyecto de directriz que se discute tendría la misma utilidad.

23. El Sr. PELLET (Relator Especial) celebra la amplitud que ha tomado el debate sobre el proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, que es un texto puramente procedimental, desde luego útil pero a fin de cuentas anodino, y supone una vía intermedia entre todas las posiciones a veces extremas expresadas en la Sexta Comisión. Ese texto lo

que dice es que cuando un depositario considera que una reserva es manifiestamente ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, debe poder señalarlo al autor de la reserva. Éste reacciona y, si no se llega a ningún compromiso, se cierra este paréntesis, el procedimiento sigue su curso y el depositario comunica la reserva a los otros Estados, los cuales la objetan o no. En cambio, no tiene nada de anodino el argumento que sostiene que el Estado tendría el derecho de trasladar al plano internacional problemas de política interior formulando una reserva manifiestamente ilícita. Si un Estado formula una reserva manifiestamente ilícita, esto es, que esté prohibida por el tratado o sea fundamentalmente contraria al objeto y el fin del mismo, los problemas de política interior no podrían sustraerle al cumplimiento de las normas del derecho internacional, que deben imponerse tanto más cuanto que establecen en situaciones semejantes un equilibrio muy aceptable entre el principio de integridad y el de universalidad.

24. La Comisión no tiene manifiestamente ninguna objeción que hacer a que se remita el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, pero las orientaciones que pueda dar a este último dependen de las lecciones que se deben extraer del debate, el cual ha girado esencialmente en torno a estas cuatro cuestiones: la terminología, la cuestión de saber si el acto manifiestamente ilícito se limita a los apartados *a* y *b* del artículo 19 de la Convención o si incluye también el apartado *c*, el final del segundo párrafo del texto y la cuestión de los plazos, que a su entender es infundada. Los problemas de terminología tienen que ver con las palabras «ilícita» y «inadmisibles». El término «ilícita» plantea problemas en francés (*illicite*) y en español, mientras que la palabra *impermissible* no ha suscitado objeción alguna en inglés. El término «ilícita» plantea efectivamente un problema, ya que en derecho internacional ese término remite a la cuestión de la responsabilidad del Estado. Ahora bien, el Estado que hace una reserva «ilícita» no incurre en responsabilidad alguna y simplemente corre el riesgo de que su reserva sea considerada nula e inexistente. Entre los términos que podrían sustituir al término «ilícita», en francés hay que excluir el término *inadmissible*, por lo menos como término técnico, la palabra *irrecevable* es más limitada que el término inglés *impermissible*, y el término *incompatible* sólo remite al apartado *c* del artículo 19 de la Convención, sobre todo si se piensa que el problema planteado es más vasto y que algunos miembros de la Comisión querían incluso descartar el apartado *c*. La mejor solución sería posiblemente volver a emplear los términos que el Relator Especial utilizó en sus dos primeros informes, los de reserva «válida» o «inválida», aunque luego se conservara en la versión inglesa el término *impermissible* a causa de las objeciones que suscitó en su momento la utilización en inglés de la palabra *valid*. En cuanto al adverbio «manifiestamente», se podría desde luego intentar definirlo, inspirándose por ejemplo en el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención, pero, si bien aprecia mucho el *soft law*, cree que no hay motivo alguno para rebuscar en el diccionario un término para una disposición tan anodina.

25. Algunos miembros de la Comisión han propuesto que se limitase la posibilidad de reacción de depositario a los casos concretos a que se refieren los apartados *a* y *b* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969.

Él es contrario a esta sugerencia porque son precisamente las situaciones a las que se refiere el apartado *c* las que se pueden dar con más frecuencia en la práctica. No es insensible a las observaciones que se han hecho acerca de cómo está redactado el texto, pero no habría que vaciar de su sustancia la disposición estableciendo que sería aplicable solamente en aquellos casos en que el problema no pueda darse en la práctica. Las objeciones más claras se refieren, sin embargo, a la última frase del segundo párrafo de la disposición que se está discutiendo, que dice «al que adjuntará el texto del intercambio de pareceres que mantuvo con el autor de la reserva». Es cierto que la discreción es una virtud y que el depositario es un facilitador y no un juez, pero también es cierto que los Estados con frecuencia se muestran negligentes y que no es del todo inútil recordarles cuál es su deber. El intercambio de pareceres de que se habla en dicha frase no se desarrolla precisamente por escrito y el depositario no tiene por qué adjuntar su texto íntegro. El Comité de Redacción encontrará ciertamente una fórmula que recoja la función de alerta del depositario, pero sin redactarla con demasiado formalismo. Por último, en lo que se refiere a la cuestión de los plazos, algunos miembros se han mostrado preocupados por el riesgo de prolongación indefinida del procedimiento y se han preguntado si no habría que fijar un plazo para el intercambio de pareceres con el Estado autor de la reserva. Estima por el contrario que mientras el Estado esté dispuesto a discutir, hay que dejar que el intercambio de pareceres siga adelante, lo que quizás exija precisar en el comentario que sólo el Estado autor de la reserva tendrá la posibilidad de dar por terminado el intercambio y exigir que se notifique su reserva. En cuanto a la cuestión del momento a partir del cual cabe considerar que la reserva ha sido formulada, el proyecto de directriz 2.1.8 (Fecha en que se considerarán efectuadas las comunicaciones relativas a las reservas) no puede ser más claro: ese momento es el de la comunicación de la reserva al Estado o la organización a la que esté destinada. El plazo establecido para formular objeciones empieza por consiguiente a correr a partir de la fecha de la comunicación conforme al proyecto de directriz 2.1.8. Estas son, pues, las bases sobre las cuales podría discutir el Comité.

26. El Sr. MOMTAZ precisa que su intención no era la de permitir que los Estados violen el derecho intencional. Al referirse al artículo 20 de la Convención de Viena de 1969 había incluso recordado que los Estados tienen derecho a objetar las reservas que sean manifiestamente ilícitas. En consecuencia, vuelve a insistir en que una reserva manifiestamente ilícita no tiene valor jurídico alguno.

27. El PRESIDENTE cree entender que los miembros de la Comisión están de acuerdo en remitir el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* al Comité de Redacción, en el entendimiento de que éste, cuando examine ese texto, tomará en consideración todas las opiniones expresadas en las sesiones plenarias.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.40 horas.

2722.ª SESIÓN

Martes 21 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados (*continuación**) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación**)

1. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) continúa con la presentación de su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2) y recuerda que se centra en una cuestión fundamental: la definición del acto unilateral a la luz de la evolución en la redacción de los proyectos de artículos. Ha optado por este criterio por diversas razones, entre otras, para responder a las sugerencias de que presentara un informe recapitulativo de lo que ya se había hecho y como manera de iniciar el nuevo quinquenio y de poner al corriente del tema a los nuevos miembros. En las secciones B a D del capítulo I del quinto informe se abordan varios aspectos del tema no sólo en forma recapitulativa sino complementaria. En esas secciones se trata de las condiciones de validez y las causales de nulidad del acto unilateral, de las reglas de interpretación y de la clasificación de esos actos.

2. Uno de los comentarios hechos en el anterior período de sesiones es que las causales de nulidad debían considerarse juntamente con las condiciones de validez del acto unilateral y examinarse de una manera más amplia, no sólo en relación con los vicios relativos a la manifestación de la voluntad, sino que su consideración debía abarcar otras causales de nulidad que pueden afectar a la validez del acto y que pueden estar relacionadas con la capacidad del autor, la realidad del consentimiento y la licitud del objeto.

3. Las referencias a estos temas en el derecho de los tratados son escasas y la práctica en relación con esta cuestión parece casi inexistente. Una vez más, sin embargo, el régimen de Viena es una referencia válida. En la Convención de Viena de 1969 las condiciones de validez de los actos jurídicos están referidas en distintas

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

disposiciones, en particular, en los artículos 42 a 53 y 69 a 71, aunque no se consideró necesario incorporar una disposición expresa al respecto. El Relator Especial del tema presentó un proyecto de artículo sobre las condiciones de validez cuando se redactaba la Convención, que no se adoptó por considerarse que era innecesario. Una referencia a las condiciones de validez, sin embargo, debería hacerse, aunque ello no quedara recogido en los proyectos de artículo que se redactan. Ese es el motivo de que en el informe se precisen las condiciones necesarias para la validez del acto unilateral, que no difieren de las condiciones exigidas para que un tratado sea válido.

4. En primer lugar el acto debe ser formulado por un Estado, lo que no excluye otros sujetos de derecho internacional que pueden formular actos de esta naturaleza, como serían las organizaciones internacionales. Esa limitación se debe simplemente a la necesidad de ajustar los trabajos al mandato que se ha dado a la Comisión, que se limita a los actos unilaterales de los Estados. Por otra parte, el acto unilateral debe ser realizado por una persona que tenga capacidad para actuar y comprometer al Estado en el plano internacional.

5. Es condición también de validez del acto unilateral, lo que es aplicable al acto jurídico en general, que su objeto sea lícito, que no sea contrario a una norma imperativa de derecho internacional o de *jus cogens* y, además, que la manifestación de voluntad esté exenta de vicios. Por analogía con lo que se hizo en la Convención de Viena de 1969, no es necesaria, sin embargo, en los proyectos de artículos una disposición específica por la que se fijen las condiciones de validez.

6. En la sección B del capítulo I del quinto informe se hace referencia al régimen de nulidades del derecho internacional, que es, sin ninguna duda, uno de los aspectos más complejos del estudio del acto jurídico en general. Antes de Viena, aunque no era desconocido en el ámbito nacional e incluso había sido objeto de controversias internacionales, el tema no había sido examinado con mayor profundidad en el derecho internacional. Otra cuestión conexa que se plantea es el conflicto de un acto unilateral con otro anterior, unilateral o convencional, es decir, un acto unilateral contrario a obligaciones anteriormente contraídas por el mismo Estado. También se hace referencia a la nulidad absoluta, que no permite la confirmación o la convalidación del acto, y a la nulidad relativa que sí lo permite. En el primer caso se estaría ante la nulidad de un acto por su carácter contrario a una norma de derecho imperativo o del *jus cogens* o por la formulación del acto en base a la coacción ejercida sobre el representante autorizado del Estado que realiza el acto. En el segundo estaríamos ante las otras causas de nulidad que pueden ser subsanadas por las partes y permitir así la realización o producción de sus efectos jurídicos.

7. Como se señala en el párrafo 115 del informe, en virtud de las observaciones formuladas por algunos miembros de la CDI y por la Sexta Comisión, se sustituye el proyecto de artículo presentado antes sobre las causas de nulidad por varios proyectos separados. Tal como se señala en el párrafo 116, en la nueva redacción presentada entre corchetes se precisa una referencia al Estado o los Estados que formulan el acto, alternativa que toma en cuenta la posibilidad de que un Estado invoque la nulidad del acto

cuando se trata de un acto de origen colectivo. Si esta idea es aceptable, quizá pudiera considerarse que en la definición propuesta en el proyecto de artículo 1 se incluya una referencia al Estado o los Estados de manera que se refleje con mayor claridad la posibilidad de los actos unilaterales de origen colectivo. En la nueva redacción del artículo 5 se puede observar que el Estado o los Estados autores del acto pueden invocar el error, el dolo o la corrupción del funcionario como vicios de la manifestación de voluntad. En el caso de un acto contrario a una norma del *jus cogens* o a una decisión del Consejo de Seguridad, cualquier Estado podrá invocar la nulidad del acto.

8. Algunas cuestiones no estarían resueltas y podrían ser objeto de reflexión, como, por ejemplo, la posibilidad de que uno de los Estados que participe en la elaboración del acto unilateral de origen colectivo invoque una causal de nulidad, o los efectos que puede tener la nulidad del acto en las relaciones jurídicas entre el Estado que invoca la nulidad y los otros Estados que participan en la formulación de ese acto y en sus relaciones con el destinatario. ¿La nulidad del acto afecta solamente la relación del Estado que invoca la causal con el destinatario o, distintamente, la nulidad afecta la relación entre todos los Estados que formulan el acto y los destinatarios? Entre otros, habría que considerar la situación en el caso de la estipulación a favor de terceros, en cuyo caso, si el acto que origina la relación con el tercero es nulo, se extingue o termina la relación con el tercer Estado. A ese respecto debe recordarse que en el artículo 69 de la Convención de Viena de 1969 se establecen las consecuencias de la nulidad de un acto, situación que es distinta a la que se plantea en relación con el acto unilateral de origen colectivo. Agradecería comentarios a este respecto para poder reflejarlos en la disposición que eventualmente habrá de prepararse.

9. La diversidad de actos unilaterales puede tener una incidencia en la capacidad de invocar la nulidad del acto. Así, por ejemplo, en el caso de una promesa o de una declaración de reconocimiento, el Estado autor puede invocar la nulidad del acto pero, en el caso de la protesta, la situación se podría presentar distinta: el Estado autor difícilmente podría invocar la nulidad del acto pero nada pareciera impedir que el destinatario pueda invocarlo.

10. Otra cuestión que se aborda también en el informe que no es objeto de una redacción concreta es la relativa a la pérdida del derecho de un Estado de invocar una causal de nulidad o un motivo para poner fin al acto por su comportamiento, sea éste implícito o explícito. Para parte de la doctrina, no habría ningún vicio, o casi ninguno, que no pueda ser subsanado por la conducta ulterior del Estado. Por su actitud ulterior, un Estado podría regularizar un acto considerado nulo *ab initio*. Se observa la decisión de la CIJ en el caso *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* cuando no reconoció a Nicaragua el derecho de contestar la sentencia arbitral porque había aplicado el tratado que contenía la cláusula de arbitraje (véase el párrafo 109 del informe).

11. En el párrafo 110 del informe se plantea si un Estado puede, en ese contexto, mediante un comportamiento ulterior convalidar un acto unilateral o cualesquiera actos unilaterales y si en ese caso la aplicación dependerá de sus distintos efectos jurídicos. La protesta, por ejemplo, puede tener un tratamiento diferente. No se propone

ninguna disposición porque podría no ser de aplicación general.

12. Otra cuestión que se aborda en el informe (párr. 113) es la relacionada con la nulidad del acto unilateral por la violación del derecho interno concerniente a la competencia para formular un acto unilateral y la restricción particular del poder de manifestar voluntad. Tal como se plantea en el régimen de Viena, sólo puede alegarse tal cosa si esa violación es manifiesta y si, además, afecta a una norma de importancia fundamental del derecho interno.

13. A este respecto deben destacarse las dificultades que plantea la simple transposición del régimen de Viena a los actos unilaterales. Una referencia a las normas internas no pueda tener quizás asidero en este contexto, porque las constituciones de los Estados por lo general se refieren a la capacidad para concluir tratados sin hacer referencia a los actos unilaterales. Una interpretación extensiva que permita asimilar el acto unilateral a los tratados no tendría justificación. Aunque el representante del Estado tenga facultades para actuar en nombre del Estado y comprometerlo en el plano internacional, no podrá hacerlo en todas las situaciones. Por ejemplo, se podría preguntar si una declaración unilateral de un representante, incluso del jefe de Estado o del ministro de relaciones exteriores, cuya capacidad es incuestionable en este sentido, puede tener como objeto la modificación del territorio o formularse en relación con otras materias que por lo general requieren de la ratificación interna e incluso de referendos a nivel nacional. ¿La sola declaración unilateral conforme a las exigencias que la hacen válida puede producir *per se* efectos jurídicos?

14. El segundo aspecto que se aborda en el informe es la interpretación del acto unilateral. Las reglas relativas a la interpretación pueden ser aplicables a todos los actos unilaterales, independientemente de su contenido, por intervenir la manifestación de voluntad. Algunos miembros de la CDI e incluso algunos representantes de la Sexta Comisión consideraron que el examen de las reglas de interpretación era prematuro. Otros, sin embargo, y quizás reflejaban la corriente mayoritaria, consideraban que sí se podía tratar de establecer una regla general y sobre los medios complementarios, como en el régimen de Viena. La transposición de ese régimen al acto unilateral debe considerarse en función de las especificidades de tal acto. Por ello en la redacción propuesta del párrafo 1 del proyecto de artículo a), que se inspira en el artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, también se tiene en cuenta la definición del artículo 1 del proyecto que se redacta actualmente.

15. Aunque en el proyecto de artículo no se hace una referencia expresa al carácter restrictivo de la interpretación, podría incluirse una referencia si así lo prefiriese la Comisión. Si no, en el comentario debe reflejarse ese concepto, que ha sido señalado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como en el caso *Essais nucléaires* (Australia *c.* Francia), en el que la CIJ consideró la promesa, y en el de las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte.

16. Otra cuestión abordada en el informe es la clasificación de los actos unilaterales que podría facilitar, aunque

es una labor compleja, la estructuración del proyecto de artículos. Se ha señalado con razón que no es posible elaborar reglas de común aplicación a todos los actos unilaterales. La clasificación puede ser un ejercicio demasiado académico, pero puede facilitar esa agrupación y estructuración. Sin embargo, aunque por el momento no se pueda definir esa clasificación, la Comisión podría adoptar una decisión definitiva sobre la elaboración de reglas relativas a una categoría de actos unilaterales que, como la promesa, significan la asunción de obligaciones unilaterales por parte del Estado autor del acto. En el próximo informe podrían abordarse entonces cuestiones tan complejas como la revocación, la modificación, la terminación y la suspensión de los actos unilaterales que se pudieran canalizar más fácilmente al relacionarlas solamente con esta categoría de actos.

17. Sin duda, la revocación de un acto unilateral no puede ser objeto de una regla aplicable a todos los actos. No parece ser igual la revocación de una promesa o de un acto por el cual un Estado asume una obligación unilateral que la revocación de un acto mediante el cual el Estado reafirma un derecho. La situación puede ser diferente, y lo es, cuando se trata de la revocación de una promesa o de una protesta. Se plantea la cuestión de si en ambos casos el Estado puede revocarlo unilateralmente o si también en ambos casos o en uno de ellos el poder del Estado autor de revocar ese acto unilateralmente está limitado. Igual cuestión se plantea con la modificación del acto unilateral. ¿Puede un Estado modificar un acto unilateral en forma igualmente unilateral, es decir, sin que en ello participe el destinatario, o el Estado deberá contar con el consentimiento del destinatario, lo que se acerca más a una relación convencional?

18. La terminación y la suspensión de la aplicación del acto unilateral debe ser considerada en relación con el acto unilateral. De nuevo cabe preguntarse si es posible trasladar las reglas de Viena y aplicarlas *mutatis mutandis* o si es posible elaborar reglas de aplicación común a todos los actos unilaterales sea cual fuere su contenido. Habría que elaborar reglas sobre la terminación del acto unilateral, a juicio del orador, como se hace en relación con el tratado y se recoge en los artículos 59 y siguientes de la Convención de Viena de 1969. De igual manera deberían también examinarse las consecuencias que acarrea la terminación y la suspensión de la aplicación recogidas en ese mismo texto en los artículos 70 y 72, pero ello en base a las características propias del acto unilateral. Las reglas convencionales relacionadas con la terminación o la suspensión por su ejecución imposible o por un cambio de circunstancias podrían ser aplicables al acto unilateral. Más difícil se presenta la situación cuando se intenta transponer la regla de Viena relativa a la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado por la formulación de un tratado posterior. Igual observación podría hacerse en relación con la regla relativa a la extinción o la suspensión como consecuencia de la violación del acto unilateral. También podría reflexionarse sobre la elaboración de reglas relacionadas con la terminación o la suspensión del acto por la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares o por el surgimiento de una norma imperativa de derecho internacional, cuestiones que se recogen en los artículos 63 y 64 de la Convención.

19. Estas interrogantes que a su juicio no podrían ser objeto de reglas de aplicación común podrían ser consideradas por la Comisión y en el grupo de trabajo que se habrá de constituir después, cuyas sugerencias y conclusiones deberán ser tomadas en cuenta para la elaboración del próximo informe.

20. En los capítulos II a IV del quinto informe se abordan algunas cuestiones que quiere mencionar brevemente para facilitar una visión de conjunto. Se trata de reglas relativas al respeto y la aplicación de los actos unilaterales. En particular una regla inspirada en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 que fundamentaría la obligatoriedad de los actos unilaterales. La inclusión de la regla *acta sunt servanda* puede ser importante, y quizás la Comisión pueda considerarla en la segunda parte de este período de sesiones.

21. La aplicación en el espacio del acto unilateral y su aplicación en el tiempo son dos aspectos igualmente importantes del tema que serán examinados en el capítulo II del informe. En ambos casos el principio de la irretroactividad y de la aplicación del acto en todo el territorio del Estado autor parece trasladable del derecho de los tratados al ámbito de los actos unilaterales.

22. Hasta ahora se habrían presentado artículos relacionados con la definición de los actos unilaterales, la capacidad del Estado para formular actos unilaterales, las personas habilitadas para formular actos unilaterales, la confirmación del acto formulado sin autorización, las causales de nulidad, *acta sunt servanda*, la irretroactividad de los actos unilaterales, la aplicación en el espacio de los actos unilaterales, las reglas generales de interpretación y los medios complementarios de interpretación. Un proyecto de artículo 6 se presentará más adelante para tratar de la determinación del momento a partir del cual el acto surte sus efectos jurídicos, lo que podría asimilarse a la entrada en vigor de un tratado. Es un aspecto sumamente importante, ya que a partir de ese momento el acto es oponible al autor y ello puede tener una incidencia en la revocación, en la terminación, la modificación y la suspensión de la aplicabilidad del acto.

23. El orador ha planteado una serie de cuestiones y espera con interés escuchar los puntos de vista de los miembros de la Comisión para tenerlos en cuenta en su labor futura sobre el tema.

24. El Sr. GAJA, limitándose a los comentarios sobre los aspectos nuevos de los textos que acaba de presentar el Relator Especial, dice que, conforme a los proyectos de artículos 5 a) a h), se considera que sólo el Estado autor del acto unilateral tiene derecho a invocar una causal de nulidad del acto. Esa solución no parece justificarse adecuadamente en el informe, en el que en cierta medida parece propugnarse una solución distinta. Conforme al párrafo 118, por ejemplo, cualquier Estado puede invocar la nulidad de un acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional. Ese extremo, sin embargo, no queda reflejado en el artículo 5 f), que se refiere exclusivamente a la invocación del Estado autor del acto unilateral.

25. Es cuestionable que el Estado autor del acto unilateral sea el único sujeto habilitado a invocar una causal

de nulidad. Los actos unilaterales también surten efectos en otros sujetos de derecho internacional, a los que, al menos en algunos casos, puede considerarse habilitados para invocar una causal de nulidad. Desde luego, sus intereses podrían verse afectados por la existencia del acto sin que fueran responsables de la causal. En consecuencia, se debe examinar si no estaría justificado permitir a todos aquellos Estados también, en determinadas circunstancias, invocar la nulidad.

26. En cualquier caso, parece preferible emplear los mismos términos que en los artículos 51 a 53 de la Convención de Viena de 1969 relativos a los tratados afectados por la coacción o que están en violación de normas imperativas en conflicto. Mientras que en los artículos 46 a 50 de la Convención se dispone que sólo un Estado parte en el tratado puede invocar las respectivas causales de nulidad, concretamente el que se ve afectado por un error u otras causas de nulidad, en el artículo 51 se sostiene que el tratado deja de surtir efectos jurídicos y en los artículos 52 y 53 se considera el tratado como nulo si se ejerce coacción o hay violación de normas imperativas, lo que podría entenderse como que todos los Estados partes, y no sólo uno, pueden invocar la causal, aunque también entraña un *droit de regard* de los Estados que no son partes en el tratado, habida cuenta del interés general en que ningún tratado quebrante una norma imperativa. Esa preocupación también está justificada cuando se trata de actos unilaterales afectados por la misma causal de nulidad.

27. El modificar la redacción de la Convención de Viena de 1969 para hablar meramente de la “invocabilidad” por el Estado autor del acto unilateral en los artículos 5 d), e) y f) restaría autoridad innecesariamente a las disposiciones sobre la nulidad correspondientes a las de los artículos 51 a 53 de la Convención.

28. La referencia del Relator Especial en el artículo a) a la intención del Estado que formula el acto para la interpretación del acto unilateral (párr. 135) significa un avance, aunque no lleva mucha convicción, en particular en vista de lo dicho en el párrafo 132 sobre los trabajos preparatorios, que son al fin y al cabo el instrumento principal para determinar la intención del autor. La referencia a los trabajos preparatorios se hace únicamente en el contexto de los medios complementarios de interpretación y va entre corchetes en el artículo b) (*ibíd.*), lo que demuestra que es una consideración menor cuando de hecho tiene importancia y debe destacarse cuando se trata de la intención.

29. El Relator Especial propugna la interpretación restrictiva del acto unilateral. Pero, como señala él mismo en el párrafo 134, ese punto de vista no queda reflejado en el texto de los proyectos de artículos y no se dice el motivo. El Relator Especial solo ha sugerido la redacción por un grupo de trabajo de un texto sobre la interpretación restrictiva, pero como ese texto repercutiría en los artículos a) y b), habría sido útil una propuesta a ese respecto.

30. Por cuarto año consecutivo quiere reiterar su convencimiento de que sólo tras una práctica considerable en materia del acto unilateral debidamente matizada podrá avanzar la Comisión de manera razonable en esta materia.

31. El Sr. PELLET dice que empezó teniendo la impresión de que el Sr. Gaja criticaba injustificadamente al Relator Especial, porque en la versión francesa de los artículos 5 *f*) y *g*) no se indica que es el Estado autor o los Estados autores de un acto unilateral quienes pueden invocar la nulidad absoluta de un acto unilateral si éste está en pugna con el *jus cogens*. La falta de una referencia al Estado autor es contraria a la intención expresada en el párrafo 116 del informe. Por su parte, en el texto inglés figura la expresión *State [or States] that formulate[s] a unilateral act may invoke*, etc. ¿Qué se propone decir el Relator Especial? En cualquier caso, la versión francesa es preferible a la inglesa. En otras palabras, está de acuerdo con el Sr. Gaja; si se da la nulidad absoluta del acto, cualquier Estado puede invocarla. Pero si es correcta la versión francesa de los artículos 5 *f*) y *g*), que no quedan restringidos al Estado autor, no cree que sea sólo en el caso en que el acto unilateral se oponga a una norma imperativa o a una decisión del Consejo de Seguridad cuando cualquier Estado puede invocar la nulidad: también debe ser así ante la amenaza o el empleo de la fuerza. Es decir, tal vez la Comisión deba reintroducir en esa forma la distinción entre la nulidad absoluta y relativa en la Convención de Viena de 1969.

32. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que evidentemente la versión española es el texto de referencia; su traducción es la labor de los traductores. Trata por su parte de distinguir entre la nulidad absoluta y la relativa. Los artículos 5 *f*) y *g*) se refieren a casos de nulidad absoluta que van más allá del interés del Estado que formula el acto y que puede evidentemente ser invocada por cualquier Estado. Tal vez la Comisión también desee considerar el comentario del Sr. Pellet sobre la amenaza o el empleo de la fuerza.

33. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose a la observación del Sr. Gaja sobre los trabajos preparatorios, se pregunta sobre la posibilidad de acceder a los trabajos preparatorios cuando se trate de un acto unilateral. Imagínense una declaración importante de la que no haya constancia escrita, pero a la que deba referirse el destinatario y de la que deba tomar nota. ¿Cabe en ese caso verdaderamente hablar de trabajos preparatorios? ¿Cómo se puede conseguir el acceso a los archivos particulares de un Estado? ¿Es eso algo sencillo? ¿Puede citarse algún ejemplo práctico?

34. El Sr. KAMTO dice que, según el Relator Especial, la formulación del artículo 5 *f*) se basa en la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, en el artículo 53 de ésta se dice simplemente que el tratado «es nulo». El motivo de introducir el concepto de «invocación» es afirmar la nulidad absoluta del acto unilateral cuando éste se opone al *jus cogens*, y no crear la posibilidad de que la invoque cualquier Estado.

35. El Sr. TOMKA dice que está de acuerdo con el Sr. Gaja en que ha de hacerse una distinción entre los casos en que se invoque la nulidad del acto unilateral y aquellos en que un acto es nulo por estar en pugna con una norma imperativa de derecho internacional. En este último caso es la sanción del derecho internacional la que hace que el acto sea nulo y no el que el Estado que haya formulado el acto o cualquier otro Estado invoquen esa causa. El Sr. Pellet dice que ese derecho debe darse también a otros

Estados. Personalmente estima que un acto contrario a las normas imperativas del derecho internacional es nulo, independientemente de que un Estado invoque o no esa nulidad.

36. El Sr. GAJA dice que pide disculpas al Relator Especial, ya que no consultó la versión española y no pudo distinguir entre los artículos 5 *d*) y *e*), donde la referencia se hace a «El Estado» (*The State*), el Estado autor de un acto, mientras que en los artículos 5 *f*) y *g*) se habla de «Un Estado» (*A State*). Pero, tal y como señalaron también el Sr. Kamto y el Sr. Tomka, es preferible emplear el término «nulo», como en la Convención de Viena de 1969, y en no decir que cualquier Estado puede invocar la nulidad del acto.

37. Por lo que se refiere al comentario del Sr. Pambou-Tchivounda, la Comisión debatió la cuestión de los trabajos preparatorios en el período de sesiones anterior y los nuevos miembros sin duda expresarán sus opiniones. Una de las condiciones claras para el uso de los trabajos preparatorios es que sean accesibles.

38. El Sr. KOSKENNIEMI dice que, en tanto que nuevo miembro de la Comisión, tiene algunos comentarios generales que hacer con respecto al artículo 1 y al artículo 5.

39. Tiene dudas fundamentales en cuanto a la dirección y el contenido de los trabajos. Para empezar, la singularidad del lenguaje empleado en los artículos 1 y 5 resulta revelador de problemas fundamentales. Por ejemplo, en el artículo 1 se habla del acto unilateral diciendo que es el que se lleva a cabo «con la intención de producir efectos jurídicos». En el artículo 5 se emplea la extraña expresión «autor[es] de un acto unilateral» y se alude a las condiciones de nulidad de los actos unilaterales y a su interpretación. Eso hace pensar que el acto unilateral ha de entenderse como un régimen o norma plenamente voluntarios, como una especie de promesa o de declaración unilateral.

40. Inicialmente el tema se concibió en términos de declaraciones unilaterales. Después de los debates celebrados en la Sexta Comisión y en la CDI, se modificó y pasó a hablarse de «actos unilaterales», para que no pudieran considerarse como promesas recíprocas entre Estados de carácter unilateral. Ese tipo de promesa es muy raro, y apenas recuerda, en sus 17 años de permanencia en el Ministerio de Relaciones Exteriores un solo caso en que un Estado hubiera hecho una promesa *unilateralmente* y se hubiera considerado legalmente vinculado por ella sin esperar reciprocidad de la parte de otro Estado. En consecuencia, tiene sus dudas en cuanto a la expresión «autor[es] de un acto unilateral».

41. En la jurisprudencia pertinente, concretamente en los asuntos *Essais nucléaires*, *Temple de Préah Vihear* y el mencionado *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, el propio Estado autor nunca concibió actuar conforme a una «declaración» a fin de que surtiera efectos jurídicos. Por el contrario, se vio obligado por la manera en que actuó o dejó de actuar o por lo que dijo o dejó de decir, independientemente de cualquier declaración que hubiera hecho sobre cómo actuó o lo que dijo.

42. Una diferencia entre el tema del acto unilateral y otros de los que se ocupó la Comisión anteriormente con éxito es que éstos se referían a instituciones jurídicas susceptibles de definición y de mantenerse aparte del resto del ordenamiento jurídico: el concepto de tratado, la responsabilidad, la sucesión de los Estados y la protección diplomática remiten todos ellos a unas instituciones jurídicas regidas por unas normas y principios, y sujetas a una práctica considerable que los letrados consideran como un aspecto de un todo. El acto unilateral no es así: no remite a una institución jurídica en particular, sino que es un término amplio con el que se denota la manera en que los Estados se obligan a veces sin ser efecto de instituciones determinadas o en que los Estados proceden de formas específicas para surtir efectos jurídicos. Del acto unilateral se derivan algunas dificultades; la Comisión trata de codificar algo que no existe en tanto que institución jurídica y no sabe cómo hacer para definirlo de forma que se constituya en institución jurídica.

43. La segunda dificultad estriba en que el concepto mismo de acto unilateral es fundamentalmente ambivalente. Se refiere a dos cosas distintas. Por una parte es una descripción sociológica de la actuación de los Estados. Los Estados ejecutan miles de actos y lo hacen de manera unilateral en el sentido de que resuelven actuar en tanto que entidades individuales. Son personas en la gran plaza de mercado de la diplomacia que luego se reúnen en las más variadas circunstancias, a veces contraen obligaciones, en otras ocasiones no lo hacen. Por otra parte, el concepto se refiere también al mecanismo jurídico por el que los actos de los Estados surten efectos asimismo jurídicos o, por decirlo así, por el que el ordenamiento jurídico proyecta normas y obligaciones en la manera de actuar de los Estados haciendo que su actuación acarree consecuencias jurídicas. Se trata de un mecanismo en el que el ordenamiento jurídico surte efecto independientemente de los propios actores. Al surtir efecto, dicho ordenamiento hace que de las actuaciones de los Estados se deriven consecuencias.

44. Cuando los Estados se reúnen en el mundo de la diplomacia crean expectativas que conforme a la buena fe no deben defraudar. Se trata de un proceso de imposible descripción en tanto que régimen voluntario conforme al cual los Estados tienen la intención de crear efectos jurídicos y en el que actúan para ello. Puede tomarse el ejemplo del caso *Essais nucléaires* (Australia c. Francia). En él, la CIJ resolvió que Francia estaba obligada por determinadas declaraciones unilaterales hechas por funcionarios franceses por dos motivos. En primer lugar, se dio a entender que se actuaba conforme al régimen voluntario tradicional de la diplomacia afirmando que si la intención del Estado era obligarse por sus propias declaraciones, debía quedar obligado por ellas. Dos párrafos más adelante del fallo, la Corte se contradice diciendo que la buena fe y la confianza en las relaciones internacionales, así como la necesidad de poder confiar, exigen que los Estados no se vuelvan atrás en lo dicho, independientemente de que quieran o no obligarse. Naturalmente, los letrados franceses se acogieron de inmediato a esta formulación diciendo que los políticos se limitaron a hacer ciertas declaraciones, pero que no hubo intención de crear efectos jurídicos o de obligarse, lo que viene a demostrar la importancia del segundo aspecto del fallo de la Corte. Francia quedó obligada por

la intención que encerraba su actuación, independientemente de lo que el Presidente, el Ministro de Relaciones Exteriores y los diplomáticos estuvieran pensando cuando hicieron las declaraciones. De esta manera, los Estados quedan obligados por el hecho de haber creado, mediante su actuación unilateral, expectativas en otros Estados. La expresión de voluntad no puede ser decisiva por dos motivos: es imposible saber cuál es la voluntad de los Estados y, lo que es más, nada impide a éstos cambiar de parecer y decidir un buen día que ya no quieren estar obligados por declaraciones anteriores. Llegados a este punto, resulta clara la importancia del segundo aspecto del fallo de la Corte en el caso *Essais nucléaires* (Australia c. Francia): la buena fe y la necesidad de poder confiar exige que si los Estados crean una expectativa sobre cómo van a proceder, queden obligados por esa expectativa independientemente de que hubieran querido no obligarse.

45. De esta manera de lo que se trata es de algo distinto de la promesa. Los Estados pueden quedar obligados por cualquier tipo de actuación. El Relator Especial esbozó los cuatro tipos generales de acto unilateral, pero hay otros. Un Estado puede quedar obligado por guardar silencio, por lo que hace, por lo que deja de hacer y así sucesivamente, independientemente de cómo pensara que actuaba. Los casos *Essais nucléaires*, *Temple de Préah Vihear* y *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* no son ejemplos de Estados que quedaran obligados porque hubieran prometido algo, porque se propusieran quedar obligados o porque el ministerio de relaciones exteriores hubiera ejecutado un acto unilateral a la manera en que se formulan las notas diplomáticas o promesas a otros gobiernos y que fundamentan el que los tratados y acuerdos pasen a ser vinculantes. Procedieron de determinada manera y quedaron obligados porque ésa era la lógica de la situación.

46. La conclusión que se impone es que el ordenamiento jurídico dota de carácter vinculante a determinados actos de forma distinta de como sucede con los tratados u otras instituciones jurídicas, por cuanto que lo que se crea no es derecho universal sino contextual, una oponibilidad bilateral que se da entre el Estado o Estados que actúan y los Estados en los que, por un acto determinado, se crean expectativas. Los casos de que se ha hablado e incluso el asunto *Compétence en matière de pêcheries* no guardan relación con la creación de derecho general, sino con las obligaciones bilaterales o quizá trilaterales, debido a que las expectativas eran asimismo bilaterales o trilaterales y porque la buena fe entraña la necesidad de contextualizar el efecto. Sean cuales sean los países implicados en cada caso, hay una oponibilidad en la que el orden jurídico no interpreta el acto, sino todo su contexto. ¿Cuál es el mensaje del Estado autor, independientemente de lo que haya querido decir? ¿Cómo lo han recibido los demás? ¿Qué proceder se espera, razonablemente y de buena fe, si se interpreta el carácter que se ha apreciado en una relación determinada? No se pueden formular normas generales, ya que determinadas relaciones, como las existentes entre Francia, Nueva Zelandia y Australia en los casos *Essais nucléaires*, o entre Camboya y Tailandia en el asunto *Temple de Préah Vihear*, son resultado de una historia larga y de una situación geográfica que no cabe generalizar. La oponibilidad creada por los actos unilaterales no puede someterse a los criterios generales de entendimiento,

porque queda fuera de las instituciones internacionales y guarda relación con lo que es de esperar en el contexto de la conducta humana y atendiendo a la historia de los Estados de que se trate.

47. De ahí que no proceda establecer ninguna analogía con la Convención de Viena de 1969, algo que se puede apreciar en la referencia forzada y extraña que se hace en los artículos a la «validez» de los actos unilaterales. Un acto es un acto: no existe en la esfera de la validez, sino en el mundo de la sociología. Es el ordenamiento jurídico el que proyecta la obligación sobre el acto y es la manera de interpretar el acto la que da la idea de si hay una obligación o no. Puede compararse la ambigüedad fundamental consustancial al acto unilateral con el matrimonio de hecho; aun cuando no se ha oficializado la relación, las partes, con su proceder, han contraído determinadas obligaciones y éstas no pueden repudiarse después simplemente porque una de las partes ya no quiere estar obligada por los compromisos contraídos.

48. En consecuencia, todo el planteamiento es erróneo, como lo demuestra el lenguaje empleado, y el orador no cree que el problema se pueda resolver haciendo apaños en los proyectos de artículos. Al tiempo que entiende al Relator Especial, al Sr. Pellet y a otros miembros de la Comisión que han estudiado la cuestión del acto unilateral en los últimos cinco años, opina que se ganaría si el tema se reformulara en tanto que institución jurídica.

49. La Comisión debe abandonar el régimen de voluntariedad fundado en la intención de los Estados y concentrarse en los aspectos razonables que abonan el buen sentido en la cuestión atendiendo a las expectativas creadas y a las obligaciones jurídicas contraídas. También debe abandonar la analogía con el derecho de los tratados, que se ajusta a un criterio impersonal en toda la esfera de la diplomacia y, en lugar de eso, fundar sus consideraciones en el derecho de las relaciones sociales, en las que cada particular ejerce el poder en mayor o menor grado dentro de una red de relaciones compleja. Por último, debe circunscribir el tema a las instituciones jurídicas e históricas reconocibles por los letrados en ejercicio, como es el reconocimiento de los Estados y los gobiernos. A este respecto, está de acuerdo con el Sr. Gaja en la utilidad que podría tener un examen a fondo y riguroso de la práctica de los Estados.

50. El Sr. SIMMA dice que está de acuerdo en gran medida tanto con el criterio básico como con el contenido de las observaciones del Sr. Koskenniemi. En el anterior período de sesiones de la Comisión sostuvo que el tema en su forma actual no se prestaba a la codificación. Opina, no obstante, que el Sr. Koskenniemi ha ido demasiado lejos y no puede estar de acuerdo con el diagnóstico que hace del problema. Manteniendo el curso que sigue actualmente, la Comisión conseguirá acotar un tipo determinado de acto unilateral, tipo que existe en la forma contemplada por el Relator Especial y la mayoría de los miembros, pero que representa sólo una pequeña parte del tema más amplio expuesto por el Sr. Koskenniemi.

51. Es cierto que un Estado no formularía normalmente un acto unilateral sin beneficiarse él mismo de alguna forma, pero ese beneficio no entraña necesariamente la reciprocidad. Por ejemplo, Alemania denegó recientemente la

petición de extradición a Turquía de un presunto dirigente de un movimiento islamista si Turquía no prometía con carácter vinculante que si se declaraba culpable al acusado no se le impondría la pena de muerte. Se produjo una disputa sobre qué órgano nacional era competente para hacer tal promesa; Turquía sostenía que era el Parlamento, mientras que Alemania consideraba que sólo el Gobierno turco tenía esos poderes.

52. Este ejemplo demuestra que el proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en la formulación del acto unilateral, que no se debate en el quinto informe del Relator Especial, tiene fundamento lógico. Inicialmente se preguntó si esas situaciones podrían de hecho plantearse alguna vez, y ahora comprueba que, aunque no sean corrientes, sí se producen. Además, aun cuando el caso turco entrañaba un beneficio para el Gobierno de Turquía —la extradición del implicado—, no sería correcto hablar de reciprocidad. Con anterioridad la Comisión no ha estudiado el acto unilateral en el que el Estado se obliga intencionadamente mediante una declaración sin que de ello se derive ningún beneficio para él. Además, no ve contradicción alguna entre la intención de obligarse como factor de fondo en el acto unilateral por una parte y la declaración por la que se crean expectativas legítimas por la otra; ambos conceptos son de naturaleza complementaria. Y, como lo demuestra el ejemplo que ha referido, la Convención de Viena de 1969 es de aplicación a actos unilaterales en determinados casos.

53. En el quincuagésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, el Relator Especial sobre las reservas a los tratados, Sr. Pellet, presentó a la Sexta Comisión un proyecto de directrices sobre las declaraciones de los Estados de que la adhesión a un tratado determinado no implicaba el reconocimiento de otro Estado. En tanto que catedrático de derecho, encuentra fascinantes estas cuestiones; sin embargo, los Estados Miembros objetaron de inmediato que se trataba de una cuestión política que no debía abordar la CDI. Teme, por consiguiente que, contrariamente al proyecto de programa de trabajo preparado por Lauterpacht en 1949, la Comisión no sea el lugar en el que tratar de derechos humanos o de cuestiones eminentemente políticas como es el reconocimiento de los gobiernos. Tal vez con los nuevos miembros se modifique la situación.

54. El Sr. PELLET dice que el derecho internacional no se funda enteramente en la expresión de la voluntad de los Estados, pero que está claro que, en la medida en que quedan vinculados por las obligaciones de los tratados y por los actos unilaterales, es por su propia voluntad individual o colectiva. En los casos *Essais nucléaires*, la CIJ adoptó la postura lógica y coherente de negarse a aceptar la posición de Francia. Falló que Francia contrajo un compromiso vinculante de no llevar a cabo más ensayos nucleares en la atmósfera en la región del Pacífico Meridional y, en buena fe, debía atenerse a él. Por consiguiente, no ve diferencia entre los dos párrafos que al Sr. Koskenniemi le parecen contradictorios. ¿Por qué quedan obligados los Estados conforme al mecanismo de los tratados? Porque desean quedar obligados y limitar su libertad de acción. Lo mismo sucede cuando los Estados formulan actos unilaterales. Es indispensable para el buen orden de las relaciones entre los Estados que éstos se obliguen por la expresión de su voluntad; no ve diferencia alguna entre

la declaración del Sr. Koskenniemi de que los Estados en algún momento pueden no querer seguir obligados por un acto unilateral que formularon y el hecho de que los Estados partes en un tratado queden obligados por ese instrumento, aun cuando más adelante lamenten haberse adherido. Además, no es cierta la afirmación de que los Estados no hacen nada sin reciprocidad. Desde luego, a los Estados los mueve siempre algún interés propio, pero la reciprocidad tiene un significado específico en derecho internacional. Con respecto al ejemplo expuesto por el Sr. Simma, Alemania no es el único Estado que impone condiciones a la extradición —el problema se ha planteado en el caso de las peticiones de extradición de europeos, entre otros países, a los Estados Unidos de América— y aun cuando puede ser impropio hablar de reciprocidad, sí existe desde luego un equilibrio de intereses. Hablar de reciprocidad, sin embargo, es confundir los conceptos hasta cierto punto.

55. Amparándose en la contextualidad, el Sr. Koskenniemi ha hablado de manera un tanto abstracta. Hay una forma de realidad jurídica que puede asimilarse a la realidad social, siendo la primera la superestructura y la segunda la infraestructura, por valerse de términos marxistas algo obsoletos. El Sr. Koskenniemi parece decir que no le interesa la superestructura porque no puede separarse de la infraestructura. Pero eso carece de importancia para los juristas; lo que importa es determinar las normas.

56. La postura del Sr. Koskenniemi entraña volver a considerar no sólo el tema del acto unilateral, sino todo el derecho internacional. No obstante, la tarea de la Comisión consiste meramente en establecer un orden en los problemas complicados. Es perfectamente posible fijar unas normas generales mínimas por las que se rija el acto unilateral; la labor del Relator Especial puede ser susceptible de crítica en algún detalle, pero el derecho internacional es una realidad y nada se ganaría disolviéndolo en lo que, desde su punto de vista, son consideraciones extrajurídicas.

57. El Sr. DUGARD dice que las cuestiones planteadas por el Sr. Koskenniemi se prestan a un debate más amplio. Es cierto que el tema del acto unilateral es distinto de otros de los que se ha ocupado anteriormente la Comisión. Por ejemplo, en el caso de la protección diplomática, de la que es Relator Especial, hay ya mucho derecho consagrado y la tarea consiste en optar entre distintas normas en concurrencia e incompatibles entre sí derivadas de la práctica de los Estados. Cuando se aborda el tema del acto unilateral, no se cuenta con ese volumen de derecho consagrado, y eso hace más difícil la labor del Relator Especial. Aun así, hay normas y sí que existe una práctica del Estado en cuestiones tales como el reconocimiento de los Estados, y el orador estima que la Comisión podría emprender una combinación de codificación y de desarrollo progresivo en esas esferas. El Sr. Simma ha señalado acertadamente que la Comisión ha evitado escrupulosamente la cuestión del reconocimiento de los Estados, pero no está de acuerdo en que deba evitarse esa cuestión porque sea delicada en el aspecto político. Si la Comisión ha de tener una función, también ha de estar preparada para abordar esas cuestiones.

58. Las respuestas de los gobiernos (A/CN.4/524) al cuestionario sobre los actos unilaterales² son muy interesantes. En particular, las observaciones de Portugal sobre el Tratado relativo a la falla de Timor³ tiene una aplicación que desborda las relaciones entre Portugal y Australia, ya que en ellas se expone la postura del Gobierno de Portugal sobre el estatuto de Timor Oriental.

59. Está de acuerdo en que no puede seguirse la Convención de Viena de 1969 en todos los casos, pero sí puede servir de orientación y dar pie a un debate fructífero sobre el alcance de su aplicabilidad al acto unilateral. Por ejemplo, a diferencia del Relator Especial, opina que la Comisión puede estudiar el objeto y la finalidad del acto unilateral como orientación para interpretarlo.

60. La Comisión ha agotado prácticamente la lista de temas más tradicionales del tipo de los que propuso Lauterpacht en 1949. En consecuencia, debe emprender nuevos estudios que representen un desafío, al mismo tiempo que brindan la oportunidad de codificación y de un desarrollo progresivo innovadores.

61. El Sr. FOMBA dice que, aunque las cuestiones planteadas por el Sr. Koskenniemi —derecho, sociología, instituciones y mecanismos— plantean problemas epistemológicos, existe entre ellos un lazo dialéctico. En cuanto a si el acto unilateral es una institución, eso depende de la definición que se dé del término. Desde luego hay acontecimientos y actos importantes de los Estados que vale la pena considerar en el contexto del derecho internacional. Conforme al artículo 15 de su estatuto, en el que se definen los conceptos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, incumbe a la Comisión crear instituciones, cuando no existan, y aclararlas cuando sea necesario. El acto unilateral no es un mito, y la analogía con la Convención de Viena de 1969 es, *mutatis mutandis*, insoslayable.

62. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que tiene dudas importantes sobre la pertinencia del criterio demasiado simplista propugnado por el Sr. Koskenniemi en su alegato apocalíptico, un criterio según el cual los tratados, como acto de la voluntad, son el único medio de regular el mercado mundial de la diplomacia. La relación entre la voluntad y la intención de un Estado es difícil de desentrañar y, tanto desde el punto de vista lógico como del cronológico, es difícil fijar la separación entre el imperio de la voluntad y el de la intención.

63. El reconocimiento de la validez del criterio del Sr. Koskenniemi entrañaría la reformulación de muchos de los instrumentos de trabajo de que se sirven los letrados y teóricos en su tarea diaria. Exigiría que los ministros de relaciones exteriores se estrellaran contra los hechos al llevar los asuntos de la nación fundándose únicamente en los tratados internacionales y haciendo caso omiso de todos los demás actos, debido a que, según el Sr. Koskenniemi, tales actos no existen. Sin embargo, el silencio de

² Véase 2720.ª sesión, nota 7.

³ Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la zona de cooperación en la zona situada entre la provincia indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), *Australian Treaty Series 1991, N.º 9*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1995.

un Estado puede ser tan elocuente como una declaración verbal o escrita.

64. El reconocimiento de ese criterio entrañaría volver a redactar de arriba abajo el párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ, cuya función consiste en resolver conforme al derecho internacional las controversias que se le presenten, disponiendo que la Corte sólo ha de atenerse a los tratados internacionales al fallar en tales controversias. Habría que volver a escribir todos los capítulos de los libros de texto que se refieran a las fuentes del derecho internacional. El Sr. Koskenniemi tiene razón en poner en tela de juicio la analogía con el derecho de los tratados. Desafortunadamente, no propone ningún criterio alternativo viable, aparte de la afirmación muy discutible de que el tema simplemente no tiene ningún lugar en el derecho internacional.

65. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Sr. Koskenniemi por sus propuestas, expuestas de manera radical y brillante, aunque lamenta no poder estar de acuerdo con sus conclusiones y con muchas de sus condiciones previas. La esencia del argumento del Sr. Koskenniemi parece ser, en primer lugar, que el acto unilateral no es un tema apropiado para la consideración por la Comisión, ya que se refiere a una relación social más que jurídica y, en consecuencia, no puede codificarse, y, en segundo lugar, que no pueden formularse normas generales, ya que dicho acto sólo crea expectativas bilaterales y debe contextualizarse. La solución que propone es que la Comisión abandone el principio de voluntariedad fundado en las intenciones de los Estados y la analogía con el derecho de los tratados y que, en su lugar, se estudien determinadas esferas de la práctica como es el reconocimiento de los Estados o de los gobiernos.

66. En cuanto al primer punto, no puede estar de acuerdo en que el acto unilateral no sea un campo susceptible de regulación. Aun cuando en última instancia termine habiendo más excepciones que normas, existen algunas de éstas y brindan la única base viable sobre la que proceder. Tampoco está de acuerdo en que el acto unilateral suscite sólo expectativas bilaterales y que, en consecuencia, no se preste a la codificación. A veces esos actos pueden tener un alcance más general. Por ejemplo, las protestas que presentó Portugal en relación con el Tratado relativo a la falla de Timor entre Australia e Indonesia surtieron unos efectos tan amplios que repercutieron en otros Estados e incluso en otras entidades, como las empresas multinacionales con intereses en la zona. De igual manera, Portugal afirmó en diversas ocasiones que el derecho a la libre determinación del pueblo de Timor Oriental era de carácter *erga omnes*, afirmación posteriormente confirmada por la CIJ en el caso *Timor oriental*.

67. En cuanto a la cuestión de cómo debe proceder la Comisión, si bien la propuesta de abandonar el criterio de voluntariedad tiene sus atractivos, en la actualidad no hay una alternativa mejor que la analogía con el derecho de los tratados. La Comisión no debe dejarse tentar por un exceso de ambición y debe tratar de llegar a alguna serie de normas mínimas por las que ha de regirse el acto unilateral antes de pasar a considerar uno o más de los cuatro tipos específicos de acto enumerados por el Relator Especial. De esos actos, el que más posibilidades le parece que brinda como tema de debate es el reconocimiento.

68. La Sra. XUE dice que hay que felicitar al Relator Especial por cómo ha avanzado en el tema del acto unilateral de los Estados, que no se presta fácilmente a la formulación de normas. Como profesional en ejercicio, comparte muchas de las reservas del Sr. Koskenniemi a este respecto. Pero, por eso mismo, también tiene clara conciencia de la enorme importancia del acto unilateral en las relaciones internacionales. En este sentido, está de acuerdo con el Sr. Simma en que el Sr. Koskenniemi debe evitar deshacerse de lo bueno junto con lo malo. Además de las obligaciones derivadas de los tratados y de las que impone el derecho internacional consuetudinario, existen claramente otras obligaciones internacionales que se derivan de los actos unilaterales de los Estados. Un ejemplo evidente es el reconocimiento, que es un acto político unilateral que surte efectos jurídicos en el plano internacional. El Relator Especial tal vez debiera fijarse menos en el comportamiento y las intenciones del Estado autor y más en los efectos del acto unilateral en otros Estados.

69. Aún cabe añadir otros ejemplos al expuesto por el Sr. Simma sobre la extradición y la pena de muerte. La Declaración conjunta sobre la cuestión de Hong Kong⁴ entre el Gobierno de China y el del Reino Unido y el Comunicado conjunto de China y de los Estados Unidos de América sobre el reconocimiento mutuo, aunque tienen la consideración de tratados, contienen de hecho algunas declaraciones unilaterales por cada una de las dos partes que entrañan obligaciones vinculantes para una de ellas que la otra reconoce como tales.

70. La Comisión debe empezar a estudiar ejemplos de actos unilaterales como el reconocimiento y la promesa a fin de determinar si cabe sentar normas generales. Es una tarea difícil pero, en potencia, agradecida. Aun cuando el seguir muy de cerca la analogía con el derecho de los tratados resulta problemático, hay determinadas disposiciones de éstos que, desde su punto de vista, pueden analizarse con provecho.

71. El PRESIDENTE, tomando la palabra como miembro de la Comisión, dice que la Comisión debe guardarse de diluir las obligaciones «firmes» derivadas del derecho de los tratados estableciendo analogías entre esas obligaciones y otras de menos entidad asumidas en el contexto del acto unilateral.

72. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), contestando a los comentarios del Sr. Koskenniemi, dice que el acto unilateral es un hecho del derecho internacional. La reciprocidad no es un elemento que haya de ser necesario en el acto unilateral, ya que a veces falta también en el contexto de los tratados. El régimen de Viena es también un punto de referencia necesario que constituye un denominador común entre los dos sistemas. La práctica, aunque desde luego no resulta fácil de determinar, apunta a la existencia de ciertas categorías de acto jurídico. Además, como se ha señalado en el contexto del debate sobre las reservas a los tratados, la formulación de normas suele estimular la evolución de la práctica en determinadas materias.

73. El Sr. KOSKENNIEMI dice que quisiera aclarar la cuestión de la relación entre los actos, las instituciones y

⁴ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1399, n.º 23391, pág. 33.

las obligaciones. El acto unilateral es un fenómeno que existe en el mundo social. Ese acto a veces va ligado a instituciones jurídicas como los tratados y el derecho consuetudinario. Así, mediante la institución del tratado, hay una serie de actos que crean obligaciones jurídicas. Los usos funcionan de manera semejante: cuando determinadas conductas aisladas de los Estados adquieren un carácter general suficiente para que pueda proyectarse sobre ellas la ficción de la *opinio juris*, el resultado final es una obligación. En el caso del acto unilateral, sin embargo, no resulta patente qué institución es la que hace del acto una obligación. Según una tesis, no existe tal institución, de forma que el acto unilateral queda simplemente al margen del ámbito de la legalidad. A veces, sin embargo, como en la jurisprudencia que ha citado él mismo, hay una institución invisible que crea un lazo entre un acto y una obligación. Esa institución invisible es una concepción amorfa de lo que es justo y razonable en una circunstancia determinada. Tal vez la Comisión desee formular principios generales en los que se articule la manera en que determinadas relaciones entre los Estados adquieren carácter vinculante. El intentarlo sería un proyecto que tal vez pecaría de ambicioso, aunque sería muy meritorio; él mismo en tanto que persona en ejercicio duda de que sea factible.

74. Por otra parte, la Comisión podría llenar el vacío que presenta la falta de una institución jurídica estudiando la institución del reconocimiento de los Estados, que, aunque surte efecto a un nivel distinto de los tratados o el uso, sirve, no obstante, como lazo entre las formas de comportamiento y las obligaciones jurídicas. Si, no obstante, la Comisión quiere seguir la otra vía, más ambiciosa, ello entrañaría ir más allá del sistema actual de derecho internacional, en el que las relaciones diplomáticas se fundan en actos voluntarios, para pasar a un sistema en el que los Estados, lo mismo que las personas en la sociedad, queden obligados por una suerte de interés general, quizás para ir más allá de Sir Henry Sumner Maine: de la condición al contrato a la justicia.

75. El Sr. PELLET dice que el motivo de que haya que observar los tratados se plasma en el adagio *pacta sunt servanda*. Un aspecto interesante de la labor de codificación propuesta por el Relator Especial es la idea de que, *mutatis mutandis*, lo mismo cabe decir del acto unilateral: en otras palabras, *acta sunt servanda*. Habría que determinar, por supuesto, las condiciones concretas en que este último lema resulta aplicable. Sin embargo, no incumbe a la Comisión indagar en los motivos recónditos de ese principio fundamental. Una cosa es segura: si el Relator Especial escuchara los cantos de sirena de quienes propugnan seguir ese curso, todo intento de codificación y desarrollo progresivo en esa materia estaría condenado al fracaso.

76. El Sr. TOMKA dice que los elementos primero y último de la concepción del Sr. Koskenniemi fundada en los actos, las instituciones y las obligaciones son indiscutibles. Sin embargo, desde su punto de vista, gran parte de la confusión que envuelve el presente debate obedece al segundo elemento de esa concepción, a saber, las instituciones. En la exposición del Sr. Koskenniemi, esa categoría comprende sólo los tratados y los usos. Sospecha que varios miembros de la Comisión tienen ciertas dudas sobre la validez de ese punto de vista.

77. El Sr. KABATSI expresa agradecimiento por la oportunidad de participar una vez más en la labor de la Comisión. Acoge con especial satisfacción que por primera vez haya mujeres entre los miembros en la Comisión, un hito histórico que viene a refutar las acusaciones de que la Comisión no es sensible a las cuestiones de género y un hecho que dará realce a los debates.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2723.ª SESIÓN

Miércoles 22 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados (*continuación*) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. AL-BAHARNA rinde homenaje al Relator Especial, cuyo quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2) le parece excelente. Observa con interés que el capítulo I del informe se ha dedicado a recordar algunas cuestiones fundamentales a la luz de los debates que tuvieron lugar tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. En este sentido, observa que la cuestión a la que más se hizo referencia en la Sexta Comisión fue la de la clasificación de los actos unilaterales. Algunas delegaciones consideraron necesario que se otorgue prioridad a la clasificación de los actos unilaterales antes de formular unas normas sobre el tema, y otras, por el contrario, manifestaron que la clasificación de los actos unilaterales no reviste necesariamente importancia o utilidad para los Estados y que verdaderamente lo fundamental es saber si un acto unilateral produce un efecto vinculante con respecto a su autor y si otros Estados pueden aludir al carácter vinculante del acto en cuestión.

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

2. Cabe señalar a este respecto que en su cuarto informe², el Relator Especial defendió la idea de clasificar los actos unilaterales en función de sus efectos jurídicos y desde este punto de vista propuso dividirlos en dos grandes categorías, la primera la relativa a los actos unilaterales por los que el Estado asume una obligación y la segunda a los actos unilaterales por los que el Estado reafirma un derecho o una pretensión. En aquel entonces se preveía empezar por la primera categoría, formulando unas normas comunes aplicables a todos los actos unilaterales que corresponden a esta categoría, para después elaborar unas normas específicas para los actos unilaterales que pertenecen a la segunda. Ahora bien, del estudio del quinto informe se desprende claramente que el Relator Especial se ha alejado de esta vía. Lo explica en el párrafo 138 de su informe y remite la cuestión de la clasificación de los actos unilaterales a la Comisión, por conducto de un grupo de trabajo, para que aporte su opinión. No obstante, de la lectura del párrafo 145 del informe se desprende que el Relator Especial sigue creyendo que esta cuestión de la clasificación es importante.

3. El Sr. Al-Baharna observa que en el párrafo 144 del quinto informe el Relator Especial confirma que la Comisión, tras leer las respuestas al cuestionario de 1999 sobre los actos unilaterales³, consideró que los actos unilaterales más importantes eran la promesa, el reconocimiento, la renuncia y la protesta. Recuerda haber indicado en su intervención sobre el tema en el período de sesiones precedente que algunos tipos de actos unilaterales, como la promesa, el reconocimiento y la renuncia, pertenecen a la primera categoría de actos unilaterales —aquellos por los que el Estado contrae una obligación— y que por ello podrían someterse a una norma general, así como que el proyecto de artículo 1, acerca de la definición del acto unilateral, podría aplicárseles. Por el contrario, la protesta pertenece a la segunda categoría de actos unilaterales, aquellos por los que el Estado reafirma un derecho o una pretensión. En todos los casos se trata de actos unilaterales que, cuando se formulan debidamente con un fin preciso y se notifican al destinatario, producen los efectos jurídicos que el Estado autor tiene intención de producir.

4. En cuanto a las declaraciones de neutralidad, el Sr. Al-Baharna indica que en el período de sesiones anterior dijo que, a su juicio, estas declaraciones producen un efecto jurídico análogo al de una renuncia o una promesa, pero señala que, para algunos miembros de la CDI y algunas delegaciones de la Sexta Comisión, la declaración de neutralidad pertenece a las dos categorías de actos unilaterales mencionadas y que por consiguiente puede al mismo tiempo crear obligaciones y reafirmar derechos.

5. Por último, el Sr. Al-Baharna apoya la conclusión que expone el Relator Especial en el párrafo 146 de su informe, según la cual, por razones prácticas, algunas reglas, entre las cuales se encuentran las relativas a la formulación del acto y a su interpretación, pueden ser consideradas comunes a todos los actos.

6. Pasando a los proyectos de artículos propuestos por el Relator Especial a lo largo de los años y de los cuales algunos han sido devueltos al Comité de Redacción, el

Sr. Al-Baharna observa que el informe que se está estudiando incluye una versión revisada del proyecto de artículo 5, que se presentó en un principio en el tercer informe⁴ y en el que se enuncian en un solo y único texto las causales de nulidad del acto unilateral. El nuevo texto, dividido en diversos artículos consagrados cada uno a una causal de nulidad, se inspira en los artículos 46 a 53 de la Convención de Viena de 1969, aunque no retoma la misma terminología. Por esta razón propone para los artículos 5 *d)*, *e)*, *f)*, *g)* y *h)* la siguiente redacción, que se acerca más a la terminología de la Convención:

«Artículo 5 *d)*: Un acto unilateral formulado por un Estado carece de todo efecto jurídico si en la formulación del acto ha mediado la coerción sobre la persona que lo realiza, mediante actos o amenazas dirigidos contra ella.

Artículo 5 *e)*: Se considera nulo todo acto unilateral formulado por un Estado cuya formulación se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 5 *f)*: Se considera nulo todo acto unilateral formulado por un Estado que, en el momento de su formulación, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 5 *g)*: Se considera nulo todo acto unilateral formulado por un Estado que, en el momento de su formulación, contradice una decisión del Consejo de Seguridad.

Artículo 5 *h)*: Se considera nulo todo acto unilateral formulado por un Estado que, en el momento de su formulación, es contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado que es autor del acto.»

7. El Sr. Al-Baharna precisa que el artículo 5 *g)* que propone no figura en el régimen previsto por la Convención de Viena de 1969 y que el artículo 5 *h)* es una adaptación del artículo 46 de dicha Convención.

8. El Sr. Al-Baharna, como ya ha expresado su opinión sobre el proyecto de artículo 1 y los proyectos de artículo *a)* y *b)*, consagrados a las reglas de interpretación del acto unilateral, no va a hablar de ellos por el momento, pero se reserva el derecho de hacerlo en caso necesario en una fase posterior.

9. En conclusión, el Sr. Al-Baharna comparte el optimismo manifestado por algunos miembros de la Comisión en cuanto a la oportunidad del tema que se está estudiando. Es cierto que la labor de la Comisión ha sido ardua. En cuanto al Relator Especial, después de haber presentado cinco informes, parece ser que sigue sin dominar totalmente un tema para el que carece de informaciones en cuanto a la práctica que siguen los Estados y, si ha llegado a formular unas normas comunes acerca de la definición, la formulación y la interpretación del acto unilateral, esto se debe a que se ha limitado a hacer una adaptación de las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969. No obstante, quedan pendientes algunos problemas, como la

² *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519.

³ Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), párrs. 593 a 596.

⁴ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505.

clasificación y el agrupamiento de los actos unilaterales en función de una norma común aplicable a todos los actos unilaterales o a un conjunto dado de actos unilaterales, la dificultad que existe para establecer firmemente que los actos unilaterales, una vez que han sido debidamente formulados, tendrán un efecto obligatorio para el Estado autor y que los demás Estados destinatarios podrán estar seguros de este carácter obligatorio y la cuestión de saber si un tribunal internacional puede hacer que se respete un acto unilateral en caso de diferencia entre el Estado autor y el Estado destinatario como puede hacerlo para un tratado válido entre esos dos Estados. No obstante, esto no debe desalentar al Relator Especial: por el contrario, debe asumir el desafío y redactar un conjunto de proyectos de artículo, o incluso de conclusiones o directrices, empezando por los cuatro actos unilaterales clásicos, que son el reconocimiento, la renuncia, la promesa y la protesta, interesándose también por otras acciones u omisiones como el silencio, el consentimiento y el *estoppel*, que no constituyen actos unilaterales en el sentido jurídico de la expresión. Sea cual sea la opción que se elija, la Comisión y el Relator Especial deberían procurar llegar a una conclusión sobre la prosecución del estudio de este tema o su abandono a más tardar al final del próximo período de sesiones. Para entonces la Comisión estará en posición de informar en consecuencia a la Asamblea General, para la adopción de una decisión definitiva.

10. La Sra. ESCARAMEIA se refiere para empezar al proyecto de artículo 1, acerca de la definición del acto unilateral, y se pregunta si no convendría ampliar la categoría de los destinatarios del acto más allá de los Estados o de las organizaciones internacionales a otras entidades como, por ejemplo, movimientos, pueblos, territorios, o incluso el CICR.

11. Por lo que respecta al capítulo I del informe, y más concretamente a las consideraciones generales sobre los proyectos de artículos relativos a la validez y la nulidad del acto unilateral, la Sra. Escarameia dice que no ve ningún inconveniente en seguir las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que ha utilizado el Relator Especial, pero que ella añadiría el artículo 64 de la Convención, que se refiere a la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). A propósito de las personas autorizadas a representar al Estado en la formulación de un acto unilateral, la oradora admite con prudencia la inclusión en esta categoría, además de los jefes de Estado y de gobierno y de los ministros de relaciones exteriores, de toda persona autorizada por el Estado a formular actos unilaterales susceptibles de afectar a otros Estados. En cuanto a los vicios de la manifestación de voluntad, la Sra. Escarameia se pregunta si, en la versión en inglés del párrafo 110 del informe, la palabra *renunciation* (en francés, *dénonciation*) tiene el mismo sentido que la palabra *waiver* (en francés, *renonciation*). Por último, al igual que el Sr. Gaja y el Sr. Al-Baharna, considera que sería más conveniente seguir la estructura de la Convención enunciando los efectos de la nulidad del acto unilateral que precisar quién puede invocar la nulidad del acto unilateral. En este sentido, la idea de «nulidad» absoluta plantea problemas y no es fácil de delimitar. En lo que se refiere más concretamente al artículo 5 a), la Sra. Escarameia se pregunta si la palabra «error», que aparece en la expresión «sobre la base

de un error de hecho», no está de más. Quizás se trate simplemente de una cuestión de redacción. Siempre en relación con este artículo, señala que es inoportuno hablar de la manifestación de la voluntad o del consentimiento del Estado «para vincularse por tal acto», ya que, por un acto unilateral, un Estado únicamente puede afirmar un derecho.

12. Por lo que respecta en general a la cuestión de la interpretación de la manifestación de voluntad, la Sra. Escarameia se pregunta por la oportunidad de recurrir a la labor preparatoria en la que no siempre se puede acceder fácilmente. En cuanto al artículo a), sobre la regla general de interpretación, y más concretamente al párrafo 2, la Sra. Escarameia señala que el preámbulo y los anexos en cuestión no siempre existen. En cuanto al párrafo 3, desearía recibir precisiones sobre la expresión «derecho internacional»: ¿se trata de derecho internacional, regional, local, o de derecho convencional? Por lo que respecta al artículo b), sobre los medios complementarios de interpretación, la Sra. Escarameia vuelve a preguntarse si es razonable incluir entre estos medios los trabajos preparatorios. Se pregunta asimismo si la palabra «circunstancias» tiene el mismo sentido que la palabra «contexto», que aparece en otros lugares.

13. Por último, en lo referente a la cuestión de la clasificación de los actos unilaterales, la Sra. Escarameia vuelve a afirmar que ella se inclina más bien por la exposición de una breve teoría general sobre los actos unilaterales, seguida de la enumeración de los cuatro actos unilaterales clásicos (promesa, reconocimiento, renuncia y protesta) acompañada de unas normas específicas.

14. El Sr. SEPÚLVEDA se suma a los miembros de la Comisión que han felicitado al Relator Especial por la presentación de su quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados. Comparte asimismo la opinión de que es importante prestar una atención especial a la codificación de este tema, por motivos que ya se han expuesto en otras ocasiones. Además, se congratula por que el Relator Especial haya hecho, en el capítulo I de su informe, una recapitulación de determinadas cuestiones fundamentales que permite a todos los miembros de la Comisión basar su trabajo en un denominador común. Manifiesta también su acuerdo con los miembros que han señalado que no bastaba con reunir en un informe la doctrina y la jurisprudencia, sino que también era imperativo determinar cuál era la práctica de los Estados en materia de actos unilaterales. En este sentido, observa que el Relator Especial no ha obtenido muchas respuestas a las preguntas que había enviado a los gobiernos. Únicamente dos de ellos han proporcionado ciertos criterios y el tercero se ha pronunciado contra la codificación del tema. Por tanto, a juicio del Sr. Sepúlveda, habrá que recurrir a otras fuentes, por ejemplo, el repertorio de la práctica de los Estados, que publican los ministerios de relaciones exteriores, y otros anuarios de derecho internacional como el *American Journal of International Law* y el *British Year Book of International Law*. Por último, aprueba la idea que se expone en el párrafo 144 del informe: los principales actos unilaterales que debe examinar la Comisión son la promesa, el reconocimiento, la renuncia y la protesta.

15. Por lo que respecta al reconocimiento, si está claro, como ha observado el Sr. Simma, que se trata de un acto

eminente político, no es menos cierto que este acto produce unos efectos jurídicos que conviene examinar. Dicho esto, lo más importante es sin duda que la práctica de los Estados en materia de reconocimiento se ha modificado considerablemente durante los últimos años. Por lo que respecta al reconocimiento de un Estado, se observa que las declaraciones oficiales son cada vez menos frecuentes y que es probable que caigan en desuso. El principal motivo es que, cuando un nuevo Estado pasa a ser miembro de las Naciones Unidas, en la mayoría de los casos se sobreentiende que los demás Estados lo reconocen. En este sentido, sería interesante que el Relator Especial indicase a los miembros de la Comisión cuáles son los Estados Miembros que han reconocido unilateralmente la independencia de Timor Oriental. Además, cuando presentó su informe, el Relator Especial indicó que el Estado que hubiera hecho una declaración de reconocimiento podía invocar posteriormente su nulidad. El Sr. Sepúlveda está sorprendido, ya que él creía que el reconocimiento era un acto irrevocable cuyos efectos jurídicos no eran reversibles.

16. En cuanto al reconocimiento de un gobierno, la práctica también ha evolucionado. México dejó de hacer este tipo de declaración en 1930, por dos motivos fundamentales: por una parte, consideraba que se trataba de un medio de obtener ventajas injustificadas y, por otra, a su juicio el reconocimiento equivalía a imponer un juicio de valor arbitrario con respecto a las instituciones de un país, lo que era contrario al principio de no intervención. Por tanto, México se ha limitado a mantener o a retirar a sus representantes diplomáticos ante el país interesado. En el decenio de 1990, el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno británico adoptaron una actitud similar al anunciar que a partir de entonces no harían más declaraciones de reconocimiento de un gobierno sino que se limitarían a establecer relaciones diplomáticas. La práctica de los Estados también ha evolucionado, en el sentido de que también ha habido reconocimientos por así decir colectivos, sobre todo dentro del marco de la Unión Europea. Por último, una declaración de reconocimiento puede ir acompañada de ciertas condiciones. En este sentido, en el párrafo 18 de su informe, el Relator Especial dice que el reconocimiento no produce derechos a favor de su autor, aunque sí obligaciones a su carga. El Sr. Sepúlveda estima que esta afirmación no corresponde a la realidad. Por ejemplo, la Unión Europea exige como condición la instauración de un régimen democrático y el respeto de los derechos humanos.

17. Por lo que respecta a la promesa, este acto unilateral puede incluirse dentro del marco de un tratado. Así, en los protocolos adicionales del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), las Potencias nucleares se comprometen entre otras cosas a no emplear armas nucleares y a no amenazar con su empleo a los demás Estados Partes, así como a no cometer ningún acto que entrañe una violación de las obligaciones que han contraído en virtud del Tratado.

18. En su informe, el Relator Especial hace referencia a algunas declaraciones unilaterales que pueden calificarse de promesa. Por ejemplo, la declaración del Gobierno de España de 13 de noviembre de 1998 sobre la concesión de una ayuda a los países de Centroamérica tras los daños

producidos por el huracán Mitch y la declaración formulada por el Presidente del Gobierno del mismo país, el 4 de abril de 2000, acerca de la condonación de una deuda en concepto de ayuda al África subsahariana. Sin embargo, no indica cuáles eran los efectos jurídicos de estas promesas y ni siquiera si se han cumplido. Convendría examinar con más detalle este tipo de acto unilateral, y sobre todo evaluar su alcance.

19. Por lo que respecta a la definición de acto unilateral, el Relator Especial se limita a los actos que tienen por autor o destinatario uno o varios Estados. Ahora bien, existen actos unilaterales cuyo autor o destinatario no es necesariamente un Estado o una organización internacional. Se trata, sobre todo, de los actos unilaterales formulados por una entidad política reconocida por algunos gobiernos pero no por otros, o que representa a un Estado en proceso de creación, como Palestina. Sería interesante examinar el carácter de los actos unilaterales formulados por la Autoridad Nacional Palestina. Desde otra perspectiva, el Sr. Sepúlveda se pregunta por las declaraciones unilaterales formuladas por el representante de un Estado parte que goza de plenos poderes acerca de cuestiones fundamentales, tales como la cesión de territorios o la entrada en guerra y que, por consiguiente, requieren la aprobación del Parlamento. En el proyecto de artículo 5 *h*) se indica que el Estado autor podrá invocar su nulidad si dicho acto es contrario a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. ¿Es, por tanto, válido invocar el derecho interno para anular un acto que ya está produciendo efectos jurídicos internacionales? ¿Surge en ese caso una responsabilidad internacional para el Estado autor? Convendría seguir examinando estas cuestiones.

20. Por lo que respecta al proyecto de artículo 5 *g*), según el cual un Estado podrá invocar la nulidad absoluta de un acto unilateral formulado por uno o varios Estados si dicho acto unilateral, en el momento de su formulación, contradice una decisión del Consejo de Seguridad, el Sr. Sepúlveda cree entender que el Relator Especial hace alusión a las decisiones a que se hace referencia en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pero sería útil precisarlo. Además, convendría saber, en el caso de los países que se han opuesto a la creación de tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Rwanda por el Consejo de Seguridad —entre los que se encuentra México— cuál es el efecto jurídico de las declaraciones que han hecho sobre este tema.

21. Por último, en cuanto a las cuestiones relacionadas con la extradición, el Sr. Sepúlveda se refiere a un asunto que se produjo en México. De conformidad con la ley, la Cancillería había autorizado la extradición de una persona que posteriormente apeló a la Suprema Corte. La Corte consideró que el hecho de extraditar a esta persona la exponía a ser sometida a la pena de muerte y, por tanto, se pronunció en contra de la extradición. Convendría determinar si un órgano del Estado distinto del poder ejecutivo puede emitir una declaración unilateral que comprometa al Estado interesado y produzca efectos jurídicos en un plano internacional.

22. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA observa que el Sr. Sepúlveda ha calificado de irrevocable el acto unilateral de reconocimiento. Se pregunta por qué. Por ejemplo, el hecho de que un Estado haya reconocido a otro y haya

establecido relaciones diplomáticas con él, ¿prohíbe la ruptura de estas relaciones? Si no la prohíbe, ¿hay que respetar de todas formas un plazo determinado? Sería útil que el Relator Especial examinase estas cuestiones y sobre todo la de los efectos jurídicos de los actos unilaterales en el tiempo. Cabe también interrogarse sobre la relación entre los actos unilaterales de los Estados y sus comportamientos. Sería pertinente estudiar estas nociones afines. El Sr. Pambou-Tchivounda desearía que el Relator Especial precisase si un acto unilateral debe ser confirmado y, en caso afirmativo, cómo pueden resolverse los problemas que plantea el silencio.

23. El Sr. SEPÚLVEDA, en respuesta a la pregunta acerca del carácter irrevocable del reconocimiento de un gobierno, cita, a título de ejemplo, el asunto *Sabbatino*, en el que un tribunal de Nueva York consideró que determinados actos que habían sido realizados por el Gobierno de Cuba eran totalmente legítimos, que producían efectos jurídicos y que el Gobierno de los Estados Unidos no podía volverse atrás sobre el hecho de que había reconocido al Gobierno de Fidel Castro. Dicho esto, es cierto que, en materia de reconocimiento de un Estado o de un gobierno, la práctica de los Estados ha empezado a modificarse: por ejemplo, tanto el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos como el Gobierno de la Arabia Saudita han anulado el acto por el que habían reconocido el Gobierno talibán del Afganistán.

24. El PRESIDENTE dice que, en efecto, es importante hacer una distinción clara entre el reconocimiento de un gobierno y el reconocimiento de un Estado.

25. El Sr. MANSFIELD dice que el recordatorio de las cuestiones fundamentales que figura en el quinto informe sobre los actos unilaterales del Estado permite hacerse una idea de las dificultades concretas a que tuvo que hacer frente el Relator Especial, así como del amplio abanico de puntos de vista tanto sobre el tema en sí como sobre de la posibilidad de codificarlo. La lectura del conjunto no es menos preocupante en cierta medida, porque muestra la dificultad de la labor confiada al Relator Especial. En efecto, este último precisa, en el párrafo 6, que se ha basado en una amplia consideración de la doctrina y de la jurisprudencia pero que ha encontrado dificultades para obtener información sobre la práctica, que sin embargo reviste una importancia cada vez mayor. Añade incluso que resulta imposible realizar un estudio completo sobre el tema, y aún menos intentar una labor de codificación y desarrollo progresivo, sin un estudio de esta práctica. Se ha invitado a los gobiernos a responder a un cuestionario sobre su práctica en la materia, pero al parecer sólo han respondido tres, entre más de 180 Estados Miembros. Dada la importancia de la práctica, se trata de un hecho sobre el que conviene reflexionar para la prosecución de los trabajos de la Comisión sobre el tema. El propio Relator Especial establece un paralelo con la codificación del derecho de los tratados, lo que lo lleva a la conclusión, en el párrafo 24, de que las normas de derecho consuetudinario eran mucho más fáciles de identificar en ese contexto que en el de los actos unilaterales. Las declaraciones del Relator Especial sobre el interés y la dificultad del tema son asimismo muy explícitas en lo que se refiere a los numerosos problemas que plantea la determinación y la calificación de un acto unilateral. Por tanto, parece que los elementos de que dispone el Relator Especial lo llevan

en algunos casos en un sentido y en otros en otro, cuando no es en el sentido opuesto, y que no se dispone de una base sólida para poder realizar la formulación de proyectos de artículos.

26. Por consiguiente, conviene proceder a la realización de un balance de la situación en su conjunto. Es cierto que los Estados recurren a los actos unilaterales, y que estos actos pueden resultar jurídicamente vinculantes para su autor, pero el fundamento de la obligación jurídica que se crea de este modo sigue siendo problemático, ya que los Estados no pueden —o no quieren— proporcionar información sobre su práctica en la materia y no puede haber un sucedáneo del estudio de esta práctica. Quizás convendría descomponer el tema en diversos elementos más «fáciles de gestionar», de los cuales algunos podrían ser objeto de una labor de codificación y otros se prestarían más bien a un trato más discursivo, pero sin embargo útil para los Estados. El todo o una parte de estos elementos podrían ser objeto de estudios, sin ideas preconcebidas en cuanto a la forma que adoptarían los trabajos de la Comisión sobre estos distintos elementos. El Relator Especial, eventualmente con la participación de un grupo de trabajo, podría, basándose en estos estudios, definir los elementos que habría que codificar y la forma que adoptaría esta codificación en cada caso. En cualquier caso, si la Comisión experimenta dificultades sobre un tema, no sólo es legítimo sino también muy importante que se tome el tiempo de reflexionar. Como ya ha agotado los temas tradicionales, se aventura en terrenos no señalizados, tanto que es inevitable realizar ajustes y que estos últimos son incluso indicio de una conducta sensata. El quinto informe del Relator Especial puede leerse como un llamamiento a la ayuda de alguien que debe realizar una labor muy difícil sin disponer de los instrumentos necesarios para ello, o al menos de los que se necesitarían para llevar a cabo su misión tal y como se planteó en un principio.

27. El Sr. CHEE dice que la tipología de los actos unilaterales que se establece en los párrafos 14 a 17 del informe del Relator Especial es aceptable en lo que respecta a dos de sus elementos, que son la protesta y la renuncia, pero que los otros dos elementos —promesa y reconocimiento— plantean algunas dificultades. Por lo que respecta a la promesa, los actos unilaterales no benefician necesariamente a sus destinatarios y muy a menudo consisten en una declaración destinada a afirmar unilateralmente un derecho, una posición o una política sin que de ello resulte una ventaja para un tercero. De este modo, las dos declaraciones realizadas por los Estados Unidos en 1945, sobre la conservación de los recursos pesqueros y sobre la plataforma continental, marcaron la evolución posterior del derecho del mar pero tuvieron un efecto de emulación y no una función de promesa. La declaración de una zona marítima del hemisferio occidental por la que se prohibía la actividad de los submarinos alemanes alrededor del territorio de los Estados Unidos durante la segunda guerra mundial también fue una declaración unilateral. En cuanto al reconocimiento, este tipo de acto nos remite a una práctica de los Estados y a una literatura abundantes y por tanto tiene su propio régimen *sui generis*: reconocimiento *de facto* o *de jure*, retirada del reconocimiento, reconocimiento del Estado o del gobierno, etcétera. Por tanto, conviene estudiarlo separadamente.

28. Por lo que respecta a la definición de acto unilateral, el cambio de terminología que se señala en el párrafo 60 del informe es aceptable, al igual que la exposición acerca del término «inequívoco», que aparece en el párrafo 69. Por el contrario, es más problemática la exclusión del comportamiento como objeto posible del acto unilateral. El hecho de que un comportamiento produzca efectos jurídicos está corroborado por la jurisprudencia, entre otras por la decisión de la CIJ en el asunto *Temple de Préah Vihear*. Lo mismo sucede con el silencio (párr. 77), que es quizás el elemento capital entre todos. Cuando el Estado destinatario de la declaración guarda silencio o no responde dentro de un plazo razonable, su silencio equivale a la aceptación y lo pone en situación de *estoppel*. La Comisión debería prestar más atención a esta noción de silencio.

29. En los proyectos de artículos que se proponen en el párrafo 119, los artículos 5 d) a 5 h) se distinguen de los tres proyectos de artículos 5 a) a 5 c) por el empleo de la expresión «nulidad absoluta», lo que plantea la cuestión de la diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa. La Convención de Viena de 1969 no contiene este criterio de carácter absoluto y, si el Relator Especial quiere indicar así que no se limita a esta Convención, habría que prever quizás que estas disposiciones se separen de las otras, y plantearse si el adjetivo «absoluta» es necesario. Por lo que respecta a la interpretación de los actos unilaterales, el Relator Especial retoma, en el párrafo 135 del informe, la distinción que se establece en la Convención entre una regla general y los medios complementarios. En lo que respecta a la regla general de interpretación, el párrafo 2 del proyecto de artículo a) incluye dentro del contexto el «preámbulo y anexos», dos elementos que no parecen encontrarse a menudo en los actos unilaterales y cuya inclusión quizás no se justifica. En cuanto a los medios complementarios de interpretación, las dificultades de acceso a los documentos y el carácter fundamentalmente ambiguo y oscuro de estos medios complementarios casi consiguen excluir de hecho el recurso a tales medios. En conclusión, el Relator Especial insiste, con razón, en la diversidad de la práctica de los Estados y en los problemas que plantea. Por tanto, debería abordar esta práctica caso por caso en lugar de tratar de establecer una regla común uniforme de interpretación de todos los actos unilaterales.

30. El Sr. MOMTAZ se sorprende por la referencia que se hace, en el párrafo 93 del informe, a los artículos 7 a 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁵, en lo referente a la cuestión de quién está autorizado a formular un acto unilateral. Se pregunta si el Relator Especial, por analogía con el artículo 7 de este proyecto de artículos, quiere reconocer como acto unilateral una declaración de un agente del Estado que sobrepasa su competencia o contraviene las instrucciones que ha recibido. La referencia, dentro del contexto de los actos unilaterales de los Estados, a los artículos 8 y 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos que atribuyen al Estado en determinadas condiciones restrictivas los actos de personas o

grupos de personas que no pertenecen a las estructuras del Estado, por ejemplo, de rebeldes o movimientos de liberación nacional, suscita también interrogantes. ¿Tiene intención el Relator Especial de calificar como actos unilaterales las declaraciones de estos grupos? Esta posición parece por una parte contraria al principio según el cual sólo el Estado puede formular actos unilaterales, que se menciona en el párrafo 88 del mismo informe, y por otra parte incompatible con el proyecto de artículo 3, que se devolvió al Comité de Redacción, según el cual únicamente las personas autorizadas a ello pueden actuar en nombre del Estado y comprometerlo en sus relaciones internacionales. El Sr. Momtaz considera que es necesario restringir la capacidad de formular un acto unilateral a las personas que se mencionan en el apartado a del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969.

31. Por lo que respecta a la interpretación de los actos unilaterales, el examen de este punto le parece prematuro en la fase en que se encuentra el proyecto. Podría hacerse referencia en la materia al régimen de Viena, a condición de tener prudencia, sobre todo en lo que respecta al recurso a los trabajos preparatorios. En efecto, estos trabajos no siempre están disponibles e incluso a veces no existen en la medida en que, al contrario que las convenciones, a menudo los actos unilaterales son actos espontáneos, o incluso formulados de manera súbita para resolver una crisis.

32. En cuanto a la clasificación, está claro que presenta dificultades, y sobre todo que no puede conservarse la distinción entre los actos unilaterales por los que los Estados reafirman unos derechos y los que son fuente de obligaciones. De este modo, la declaración de neutralidad que se ha citado como ejemplo es a la vez fuente de derechos para el Estado autor y fuente de obligaciones para los Estados beligerantes a los que está dirigida. Equiparar una declaración de este tipo a una renuncia y a una promesa, como se prevé en el párrafo 139 del informe, no es una solución satisfactoria en la medida en que el Estado autor de la declaración de neutralidad puede decidir posteriormente tomar parte en el conflicto invocando la legítima defensa si es atacado por uno de los beligerantes. Por el contrario, la distinción entre las cuatro categorías tradicionales de actos unilaterales (promesa, reconocimiento, renuncia y protesta) que se menciona en el párrafo 144 del informe, presenta ventajas y merece una atención especial.

33. El Sr. SIMMA subraya la utilidad de la recapitulación realizada por el Relator Especial, en vista de la importancia de los aspectos teóricos en el análisis de la cuestión de los actos unilaterales. Se pregunta por la dirección que debe tomar el estudio iniciado por la Comisión, y teme que el Relator Especial tenga previsto proponer una regla que diga en sustancia *acta sunt servanda*, y que adolecería de dogmatismo. El planteamiento de un principio así llevaría a la Comisión a analizar con detalle todos los aspectos teóricos del carácter vinculante de los actos unilaterales, cosa a la que se opone por adelantado el Sr. Simma. Volviendo a la definición propuesta por el Relator Especial en el párrafo 81 de su informe, propone utilizarla provisionalmente para la continuación de los trabajos. En esta definición, le parece acertado hablar de «intención» de estar vinculado por parte del Estado, ya que es cierto que esta intención existe en los cuatro tipos de acto unilateral que se enumeran, que son la promesa, la

⁵ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

protesta, la renuncia y el reconocimiento; por el contrario, la expresión «inequívoca» le parece redundante, ya que si la manifestación de voluntad no es «inequívoca», puede suponerse que no existe tal intención.

34. Por lo que respecta a las causales de nulidad, desde luego la analogía con el régimen de Viena es útil, pero las modalidades de transposición de este régimen al caso de los actos unilaterales deben estudiarse con cuidado. De este modo, en el proyecto de artículo 5 *a*) debería evitarse el término «consentimiento» que remite al derecho de los tratados. En el artículo 5 *c*) quizás es demasiado restrictivo limitar los casos de corrupción a la corrupción provocada por otro Estado. El artículo 5 *f*) se ha incluido por analogía con el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969; habría que prever también una referencia al *jus cogens superveniens* por analogía con el artículo 64 de esta misma Convención. El artículo 5 *g*) podría plantear dificultades, ya que, aunque las obligaciones que se desprenden de la Carta de las Naciones Unidas deben prevalecer, no es menos cierto que si un acto unilateral es contrario a una decisión del Consejo de Seguridad, será considerado como nulo. El Sr. Simma propone encontrar una formulación que ponga de manifiesto la jerarquía de las normas evitando al mismo tiempo el término «nulidad», que le parece peligroso. Por lo que respecta al artículo 5 *h*), su formulación podría aproximarse más a la del artículo 46 de la Convención; sería útil integrar en él la idea de carácter «manifiesto» del conflicto con una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado. Además, la idea de nulidad en el caso de los actos unilaterales de origen colectivo podría crear dificultades de tamaño. Así, puede imaginarse que la causa de nulidad existe únicamente para algunos de los Estados autores del acto unilateral, y entonces se plantearía la cuestión de si el acto es nulo para el conjunto de los Estados. Por lo que respecta a la interpretación, el Sr. Simma, como otros miembros de la Comisión, considera que el criterio fundamental es la intención del Estado autor del acto y que puede resultar útil recurrir con este fin a los trabajos preparatorios, si éstos están a disposición.

35. Por lo que respecta a la forma en que debería proceder la Comisión para el examen de esta cuestión, el Sr. Simma considera interesantes las observaciones generales del Reino Unido, que se reproducen en el informe del Secretario General que contiene las respuestas de los gobiernos al cuestionario sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/524) y que se mencionan en el párrafo 27 del quinto informe, y según las cuales carecía de fundamento tratar de someter la amplia gama de actos unilaterales a un único conjunto de normas generales, sino que resultaría útil examinar los problemas específicos que se plantean acerca de determinados actos unilaterales. Considera, sin embargo, que ya es tarde para cambiar de método de trabajo. Propone, por tanto, que la Comisión se esfuerce por concluir rápidamente la redacción de la parte general del proyecto de artículos, deteniendo el examen del proyecto en la cuestión de la interpretación, sin comprometerse en la formulación de un principio *acta sunt servanda* ni en el examen de las cuestiones de la suspensión, la extinción o la retroactividad, que podrían examinarse en partes especializadas consagradas a determinados actos unilaterales. En una segunda fase, la Comisión podría concentrarse en algunos tipos particulares de acto unilateral: la promesa, la

renuncia, el reconocimiento y la protesta. En este sentido, al Sr. Simma le sorprende ver que la Comisión está dispuesta a iniciar el examen del reconocimiento de los Estados y de los gobiernos, ya que las prácticas y las doctrinas en esta esfera son claramente divergentes, por lo que sería difícil codificar el derecho en la materia. En una tercera etapa de los trabajos de la Comisión, convendría volver a examinar el conjunto de los principios establecidos a la luz de los casos particulares con vistas a decidir si la redacción de un proyecto de artículos sobre esta cuestión es el mejor método. El Sr. Simma propone que se haga uso de los recursos externos con objeto de llevar a cabo una investigación más sistemática de la práctica efectiva de los Estados en materia de actos unilaterales y quizás crear un equipo para que se ocupe de esta labor.

36. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA aprueba la idea de concluir el presente ejercicio, pero considera necesario llegar al examen de la suspensión y de la extinción de los actos unilaterales, para tener una visión completa de la existencia del acto unilateral desde el principio hasta el fin. Las tentativas de clasificación están abocadas al fracaso, ya que es imposible encontrar unos criterios de organización en un sistema jerárquico o afinidades entre los distintos conjuntos de actos, por lo que sería más provechoso examinar los casos tipo (promesa, renuncia, reconocimiento y protesta). De este modo, se procederá en un principio a examinar las reglas generales antes de pasar a los regímenes particulares. El Sr. Pambou-Tchivounda aprueba la propuesta del Sr. Simma de que se realice una investigación sistemática sobre la práctica de los Estados en la materia.

Se levanta la sesión a las 12.55 horas.

2724.ª SESIÓN

Jueves 23 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Declaración del Asesor Jurídico

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Hans Corell, Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico, a que informe a la Comisión acerca de las últimas novedades jurídicas ocurridas en las Naciones Unidas.

2. El Sr. CORELL (Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) felicita a todos los miembros de la nueva Comisión por su reciente elección, y sobre todo a los que han sido elegidos por primera vez. También hay que felicitar a la Comisión por haber concluido su labor sobre el tema de la responsabilidad de los Estados¹ y el de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)². La conclusión de la labor sobre la responsabilidad de los Estados es un hecho realmente histórico. Los artículos publicados han pasado a formar parte del derecho internacional y servirán de base a la CIJ y a otros órganos en todo el mundo para tomar decisiones. Por último, y no menos importante, debe felicitar a la Comisión por haber añadido tres nuevos temas al programa del presente período de sesiones. Está seguro de que la Comisión los examinará con el acierto y la experiencia habituales en ella.

3. Tiene entendido que la Comisión piensa seguir dividiendo sus períodos de sesiones. Por supuesto la Comisión es consciente de que esta práctica entraña gastos adicionales. En consecuencia, le ha agradado observar que en su 53.º período de sesiones la propia Comisión propuso una serie de medidas para ahorrar costos, una tendencia alentadora que espera continúe, ya que una de sus principales funciones es la de procurar que la Comisión disponga de recursos financieros y humanos suficientes. En el párrafo 10 de su resolución 56/82, la Asamblea General ha tomado nota del párrafo 260 del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones³ en el que se alude a las medidas adoptadas para ahorrar costos por la Comisión al organizar su programa de trabajo, y la ha alentado a que continúe aplicando medidas análogas en futuros períodos de sesiones. Nunca insistirá bastante en la importancia de aplicar el párrafo 10 de esa resolución, así como en la necesidad de seguir discutiendo medidas que ayuden a ahorrar costos. La Oficina de Asuntos Jurídicos hace todo cuanto puede por defender los intereses de la Comisión ante los órganos responsables del presupuesto, pero, dadas las dificultades financieras que afrontan actualmente las Naciones Unidas, cualquier medida que adopten los propios órganos de expertos para ahorrar costos será más que bienvenida.

4. Con respecto a la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, dice que la CDI colaboró por supuesto a llevar a cabo los trabajos preparatorios tanto para la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional como, después, para la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma entrará en vigor el 1.º de julio de 2002. A partir de esa fecha serán punibles y —aunque la Corte Penal Internacional no empiece a funcionar hasta el 2003— también perseguibles los crímenes que caen dentro de la competencia de la Corte. En consecuencia, la Comisión Preparatoria se reunirá por última vez en julio de 2002. Se están haciendo los arreglos necesarios para la celebración, en septiembre de 2002, del primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. La Comisión Preparatoria ha añadido recientemente a su colección de textos concluidos los principios básicos por los que se regirá el futuro acuerdo de sede y dos proyectos de resolución que serán sometidos a aprobación de la Asamblea de los Estados Partes. También ha creado un fondo fiduciario que ayuda a financiar el establecimiento de la Corte. La Comisión Preparatoria trabaja en estrecho contacto con las autoridades de los Países Bajos y espera tener listo en las próximas semanas un equipo avanzado que se encargará de ayudar a los Estados miembros a establecer la Corte y, sobre todo, de dar el curso debido a la correspondencia que se reciba en tanto no se eligen los administradores superiores. Además, la Comisión Preparatoria ha concluido los trabajos relativos al primer presupuesto anual, al Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y a la retribución de los magistrados, el Fiscal y el Secretario de la Corte. La Comisión Preparatoria debe también hacer una recomendación acerca de la continuación de la labor sobre el crimen de agresión, crimen que quedó sin definir en el Estatuto de Roma. Este asunto es uno de los que más se ha preocupado la Comisión Preparatoria, en vista de la insistencia de muchos Estados en la necesidad de avanzar en la definición de ese crimen y de la estrecha relación entre el Estatuto de Roma y el Artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. En su próximo período de sesiones la Comisión Preparatoria concluirá sus trabajos, entre ellos el examen de los documentos preparatorios para la primera reunión de la Asamblea de los Estados Partes.

5. Los miembros de la Comisión recordarán también que el 11 de abril de 2002 la Oficina de Asuntos Jurídicos recibió otros 10 instrumentos de ratificación, con lo cual el número de ratificaciones recibidas alcanza un total de 66, seis más que la cifra de 60 que se exige para que el Estatuto de Roma pueda entrar en vigor. Desde entonces ha llegado a la sede la 67.ª ratificación.

6. Con respecto a la situación en Sierra Leona, en agosto de 2000 el Consejo de Seguridad decidió pedir al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno sierraleonés para establecer un tribunal especial independiente en ese país⁴ que juzgue a los responsables de las atrocidades cometidas durante la guerra civil. En un principio el Secretario General quería que ese tribunal se financiara con contribuciones prorrateadas, pero en 2001 el Consejo de Seguridad comunicó que sería financiado con contribuciones voluntarias. Esta decisión ha tenido serias consecuencias para el trabajo de la Oficina de Asuntos Jurídicos, que se ha visto obligada a ocuparse directamente de la ardua tarea de encontrar fondos. Hasta noviembre de 2001 no se consiguieron los recursos financieros para poner en marcha el establecimiento del tribunal. Se obtuvo financiación para el primero de los

¹ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

² Véase el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. V, párr. 97.

³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte).

⁴ Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000, párr. 1.

tres años proyectados de funcionamiento del tribunal, y se han hecho promesas de aportaciones para financiar los gastos del segundo año y parte del tercero. Una misión de planificación visitó Sierra Leona en enero de 2002, y el 16 de enero del presente año él mismo y el Ministro de Justicia firmaron un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona. Están siendo entrevistados los candidatos para el cargo de juez. El Sr. David Crane, ciudadano de los Estados Unidos, ha sido nombrado Fiscal, y el Sr. Robin Vincent, ciudadano británico, Secretario del Tribunal. Se espera que éste empiece a funcionar a finales de agosto o principios de septiembre de 2002, paralelamente a la Comisión de la Verdad y la Reconciliación creada con arreglo a la legislación nacional de Sierra Leona. Es de suma importancia demostrar a la población que ambas instituciones se complementan.

7. Los miembros de la Comisión son sabedores de que el Secretario General está en negociaciones con el Gobierno de Camboya desde 1997. La propuesta de establecer un tribunal internacional ha quedado arrinconada con el cambio de planes del Gobierno camboyano, que ha decidido en cambio solicitar una presencia internacional en sus tribunales nacionales. Las negociaciones concluyeron en julio de 2000, habiéndose dado indicaciones muy claras acerca de los requisitos referentes a la legislación nacional y al acuerdo que debe concertarse. Todo este esfuerzo se ha llevado a cabo mediante los buenos oficios del Secretario General y ha sido financiado con contribuciones voluntarias. Como ha transcurrido mucho tiempo sin que haya habido ningún resultado tangible, el Secretario General, tras considerar con todo detenimiento el asunto, ha llegado a la conclusión, muy a pesar suyo, de que había que poner fin a las negociaciones. Esta decisión se ha basado en tres consideraciones: en primer lugar, la total renuencia del Gobierno a aceptar algunos de los criterios establecidos por las Naciones Unidas con respecto al proyecto de ley y al acuerdo que debía concertarse; en segundo lugar, su resistencia a permitir que el acuerdo rigiera toda la operación; y, en tercer lugar y sumamente importante, el hecho de haber observado que el Gobierno camboyano no tenía ninguna prisa en seguir adelante con el plan. En opinión del Secretario General, el asunto está ahora en manos completamente de los Estados Miembros.

8. Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 causaron una gran emoción entre los funcionarios de la Secretaría en la Sede, quienes, como neoyorquinos, sintieron profundo dolor por los demás habitantes de Nueva York y de otros lugares de los Estados Unidos de América. Poco después, un Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión, que desarrolla su labor en el marco del Comité Especial establecido en virtud de la resolución 51/210 de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996, ha reanudado sus debates sobre tres aspectos: un convenio general para la represión del terrorismo, proyecto en el cual uno de los miembros de la Comisión, el Sr. Sreenivasa Rao, ha jugado un papel destacado; una propuesta de la Federación de Rusia con miras a elaborar un convenio para la represión de los actos de terrorismo nuclear; y una vieja propuesta para la organización de otra conferencia de alto nivel sobre el terrorismo. Los trabajos sobre el convenio general para la represión del terrorismo estaban muy avanzados

en el otoño de 2001. Sin embargo, es triste decir que ha sido imposible superar una serie de obstáculos en algunos aspectos fundamentales. Estos aspectos son los siguientes: la definición de terrorismo; la relación entre el proyecto de convenio y los instrumentos existentes y futuros en materia de terrorismo internacional; y el problema de distinguir entre terrorismo y el derecho de los pueblos a la libre determinación y a combatir la ocupación extranjera. El Comité Especial continuó sus deliberaciones entre el 28 de enero y el 1.º de febrero de 2002, pero siguió sin poder llegar a un acuerdo sobre esos aspectos controvertidos. Será la Sexta Comisión la que deberá continuar con urgencia en el otoño de 2002 los debates sobre la elaboración del proyecto de convenio general.

9. Un dato interesante es que el Secretario General ha pedido a la Oficina de Asuntos Jurídicos que indique cuáles serían los aspectos en los que podrían trabajar las Naciones Unidas. Muy recientemente, el 23 de mayo de 2002, el Grupo Superior de Gestión, que preside el Secretario General, ha debatido el tema del terrorismo en ese contexto, y como resultado de este debate se ha creado un grupo de trabajo que se ocupará de los aspectos civiles de la cuestión. El informe del grupo de trabajo estará listo en junio de 2002.

10. En lo referente al derecho del mar, el 23 de abril de 2002 la 12.ª reunión de los Estados Partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar eligió los 21 miembros de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental por un período de cinco años, que comenzará el 16 de junio de 2002. Se ha recibido la primera solicitud concerniente a los límites inferiores de la plataforma continental y se han tomado disposiciones para poder tramitar todas las solicitudes futuras, que se supone alcanzarán un número elevado. El 19 de abril de 2002, la 12.ª reunión de los Estados Partes eligió siete jueces por un período de nueve años, que comenzará el 1.º de octubre de 2002. La Oficina de Asuntos Jurídicos ha distribuido un cuestionario a todos los Estados en relación con el vigésimo aniversario de la Convención, que se celebrará en diciembre de 2002.

11. Las reuniones oficiosas regulares de asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores en relación con el debate sobre el informe de la CDI en la Asamblea General están resultando muy útiles como medio de dar a conocer en las instancias más altas la labor de la Sexta Comisión y el informe de la CDI. La próxima de esas reuniones tendrá lugar los días 28 y 29 de octubre de 2002.

12. Se ha trabajado en la creación en la web del sitio dedicado al derecho internacional y en adaptarlo para que sea más fácil consultarlo. El sitio dedicado a los tratados, sobre todo, tiene una gran acogida y todos los meses recibe miles de visitas. Resulta alentador saber que los problemas que tuvieron al comienzo algunos miembros de la Comisión para consultar el sitio de la web se han podido superar. Desde ahora también se puede consultar la labor de la Comisión en ese sitio.

13. Se están adoptando medidas para acelerar la aparición de las publicaciones en general. El pasado año se publicaron cuatro volúmenes del *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas*, el último el correspondiente a 1996. Se espera que aparezca pronto la versión inglesa del volumen

correspondiente a 1997. El volumen para 1998 ya está en manos de los editores, y se está a punto de entregarles el correspondiente a 1999. A final de año se concluirá la preparación del volumen relativo al año 2000, para el que se acaban de recibir contribuciones de los Estados y de organizaciones internacionales.

14. Dentro de la categoría de las publicaciones no periódicas, señala la publicación de un compendio de instrumentos internacionales referentes a la prevención y represión del terrorismo internacional⁵. El Comité creado para supervisar la aplicación de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, de 28 de septiembre de 2001, desarrolla una intensa actividad, y se está publicando una masa tremenda de información atendiendo a las solicitudes llegadas de Estados Miembros, que también reciben asistencia técnica para ayudarles a cumplir con las responsabilidades que les incumben en virtud de esa resolución.

15. El Secretario General no es abogado, pero se ha interesado mucho por las cuestiones jurídicas. En sus discursos se pueden encontrar repetidas alusiones al imperio de la ley en el ámbito de las relaciones internacionales. El Secretario General ha puesto en marcha un proyecto denominado «Era de aplicación del derecho internacional», que ha dado ya algunos resultados fructíferos. Durante los períodos de sesiones de la Asamblea General se han organizado centenares de eventos relacionados con la firma o ratificación de tratados, a los que han asistido delegaciones de altísimo nivel y que han dado a conocer al público en general las actividades que se llevan a cabo para elaborar normas jurídicas. Como corolario de esos eventos, el Secretario General le ha pedido que organice la prestación de asistencia técnica para la firma o ratificación de instrumentos internacionales utilizando a tal efecto el sitio en la web de la Oficina de Asuntos Jurídicos⁶, en el cual se puede encontrar una descripción de las actividades de las Naciones Unidas en este campo y los nombres y direcciones de las personas a quienes contactar.

16. Hay que discutir en qué esferas se podrían iniciar otras actividades. La Oficina de Asuntos Jurídicos coopera con organizaciones no gubernamentales que podrían colaborar con actividades sobre el terreno a la redacción de las leyes nacionales. También se está explorando la posibilidad de que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo establezca proyectos con ese fin. Recientemente se ha puesto en marcha un programa de formación sobre aspectos relacionados con el derecho y la práctica de los tratados, y los resultados que está dando son extremadamente positivos. Se puede ya consultar un manual en Internet. Es consciente de los temores que suscita en los países en desarrollo la utilización cada vez mayor de Internet, en perjuicio del material impreso, pero todavía no ha llegado el día en que haya que abandonar los materiales impresos.

17. Se ha efectuado una evaluación a fondo de cinco de los seis subprogramas de la Oficina de Asuntos Jurídicos. Se ha publicado un informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sobre la evaluación a fondo de los

asuntos jurídicos (E/AC.51/2002/5), que será examinado por el Comité del Programa y de la Coordinación en junio-julio de 2002. Varios párrafos de ese informe se refieren a la CDI, y entre ellos quiere destacar el párrafo 48. Este párrafo trata del problema de la presentación tardía del informe anual de la CDI a la Sexta Comisión, problema que se debe a que el período de sesiones de la CDI termina apenas cinco semanas antes de que se reúna la Sexta Comisión. Se trata en efecto de un problema que se viene arrastrando y que recarga el trabajo de los servicios de impresión en un momento en que ya se está preparando una enorme cantidad de documentación para la Asamblea General del otoño. Le gustaría discutir este asunto con miembros de la CDI a puerta cerrada.

18. En conjunto, los resultados de la evaluación a fondo han sido muy positivos, y se siente verdaderamente orgulloso del trabajo que ha hecho el personal de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

19. El PRESIDENTE da las gracias al Asesor Jurídico por la informativa declaración que acaba de hacer. Es de gran utilidad escuchar esos informes y celebra la oportunidad que se ofrece a la Comisión de comentar esa declaración.

20. El Sr. PELLET dice que comparte la opinión del Presidente. Comentar la declaración del Asesor Jurídico resultará efectivamente muy útil, y aplaude que éste se haya ofrecido a ello. No es secreto alguno decir que encuentra personalmente los debates de la Sexta Comisión poco útiles y reiterativos. Las relaciones entre la Sexta Comisión y la CDI son, tanto institucional como individualmente, excesivamente formales y muy poco fructíferas, pues apenas dan orientación alguna a la CDI. Durante varios años, la CDI ha tratado de mejorar sus métodos de trabajo, pero ahora le toca actuar a la Sexta Comisión, que debe hacer lo mismo.

21. Hay que reconocer que se han hecho algunos progresos. En las reuniones informales de asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores, impulsadas por el Sr. Sreenivasa Rao, se producen verdaderos intercambios de puntos de vista, pero esas reuniones son muy breves y en ellas hay que debatir numerosos asuntos, y no solamente los que atañen a la CDI. Ahora todos los relatores especiales presentes en Nueva York, y no tan sólo el que representa oficialmente a la CDI, tienen la posibilidad, que hay que aplaudir, de hablar ante la Sexta Comisión. Sin embargo, en conjunto, la impresión que saca de las deliberaciones de la Sexta Comisión es muy negativa y cree que hay que hacer algo para que haya intercambios más productivos de puntos de vista entre los dos órganos. Los Estados acogerían muy bien esta idea. Está seguro de que también la Secretaría podría ayudar a crear las condiciones para un diálogo más fructífero.

22. Un hecho muy de agradecer es que los miembros de la Comisión tengan ahora acceso gratuitamente a la publicación de las Naciones Unidas *Recueil des Traités*, pero quiere protestar ante el hecho de que el público en general, especialmente los estudiantes, tenga que pagar por ese privilegio. La publicación de las Naciones Unidas *Recueil des Traités* debe ser un servicio público internacional y no algo que sirva para hacer dinero. Se felicita por los progresos hechos en la publicación del *Anuario*

⁵ *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.01.V.3).

⁶ <http://untreaty.un.org/ola>.

Jurídico de las Naciones Unidas, pero la publicación del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* sufre grandes retrasos y esto le crea serios problemas en su tarea docente.

23. El Sr. CORELL (Secretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que el primer problema que ha planteado el Sr. Pellet se lleva discutiendo desde hace algún tiempo y la CDI sí ha adoptado medidas para corregirlo. Sus informes están ahora estructurados de forma diferente, pues se centran en determinados aspectos y presentan cuestiones acerca de las cuales la CDI querría escuchar la opinión de los miembros de la Sexta Comisión. La respuesta que da la Sexta Comisión a esas cuestiones es muchas veces inadecuada, así que se podría ver la manera de mejorar la situación. Sin embargo, en general le parece que los últimos años ha mejorado el ambiente en la Sexta Comisión. Resulta particularmente útil que ahora los debates estén organizados por temas. Las discusiones en las reuniones oficiosas de los asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores abarcan más temas que el informe de la CDI y no ve qué es lo que podría hacer la Secretaría a ese respecto.

24. También él lamenta que la Asamblea General haya decidido establecer el cobro de una cierta suma por consultar la publicación de las Naciones Unidas *Recueil des Traités*. En cuanto a los estudiantes, son una de las categorías de personas que hace algún tiempo se decidió que tendrían acceso gratuito a esa serie. Espera que un día todos puedan tener acceso gratuitamente a dicha serie como servicio público.

25. Desde luego sería de desear que el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se publicara con prontitud, pero se le ha informado de que los recursos necesarios han sido recortados en la mitad. En 1994 había un retraso de 11 años en la publicación de los tratados, que ahora ha quedado reducido a año y medio, gracias a un tremendo esfuerzo por parte del personal. En general, el ritmo de aparición de las publicaciones ha mejorado enormemente y se hará todo lo posible por seguir aumentándolo. Tiene la intención de recurrir más a medios electrónicos, pero no sabe aún hasta dónde y con qué rapidez se avanzará en la utilización de tales medios. La Asamblea General ha pedido al Secretario General que proceda a efectuar una revisión de todas las publicaciones. Hace poco que él mismo ha sido entrevistado por un consultor y en esta entrevista ha defendido firmemente publicaciones como las de la Comisión, que constituyen la historia de la labor legislativa que se lleva a cabo en la Organización.

26. El Sr. DUGARD señala que han transcurrido 30 años desde que se hizo el primer intento por redactar un tratado general que prohibiera el terrorismo internacional. A estas alturas tendría que estar claro que no se trata de una tarea sencilla, a causa de las discrepancias de opinión sobre la consideración que debe darse a las guerras de liberación nacional, el terrorismo de Estado y otros aspectos. En su opinión, la mayoría piensa que los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 caen dentro del ámbito de los acuerdos existentes. Se pregunta si no sería más productivo intentar llegar a un acuerdo sobre determinados puntos del terrorismo que buscar un tratado general de represión de terrorismo, ya que esto último lo que hace es poner de manifiesto las discrepancias entre las naciones.

27. El Sr. Sreenivasa RAO da las gracias al Asesor Jurídico por haberse ofrecido a discutir con los miembros de la Comisión sobre un amplio abanico de cuestiones.

28. Añade que ha participado en las negociaciones recientes sobre un convenio general para la represión del terrorismo internacional y, en defensa de este convenio, dice que los convenios sectoriales son útiles como tales, pero se centran en elementos específicos del problema. En cambio, el convenio general agrupa los elementos valiosos incorporados separadamente en los doce convenios sectoriales, y ésta es la primera ventaja de este proyecto. La segunda es que se ha estado muy cerca de llegar a adoptarlo. El artículo 2 del proyecto, que no suscita ninguna controversia, define el terrorismo de una forma muy amplia, algo sobre lo cual fue imposible llegar a un consenso en intentos anteriores. El diálogo entablado y los esfuerzos y progresos realizados constituyen un hito importante en la historia de abordar el hecho del terrorismo en un texto jurídico. La única dificultad que ha surgido ha sido en el momento de distinguir entre actos militares y actos de Estado, entre el derecho humanitario y la necesidad de combatir el terrorismo. Incluso sobre estos aspectos se ha llegado a un cierto consenso, y los negociadores estaban convencidos de que con un poco más de voluntad política se habrían superado los obstáculos. Habría sido un día maravilloso, pero merece la pena esperar y dar otra posibilidad para que llegue ese día.

29. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que le satisface conocer la voluntad del Asesor Jurídico de llevar a cabo la evaluación, pero también él se siente algo escéptico. La idea es valiente y prometedora, pero quizá no consiga superar ciertos límites. Desde luego la evaluación tocará puntos muy delicados, en particular los aspectos jurídicos. Pero también es cierto lo contrario: si él decidiera abordar una determinada cuestión desde el ángulo jurídico, automáticamente tendría que examinar también sus aspectos políticos. Evaluar sistemáticamente la labor que se realiza en el ámbito del derecho internacional es una tarea fascinante, pero cree también que las Naciones Unidas deben dar a conocer ampliamente, en un plazo razonable, los resultados de esa tarea de evaluación, que no sólo encierra un gran interés sino que además es muy compleja.

30. Para ilustrar las dificultades que plantea toda evaluación, saca a colación los tribunales penales creados por iniciativa del Consejo de Seguridad o en el marco de un acuerdo entre un país y las Naciones Unidas. Si quisiera ser provocador, diría que Camboya ha sido un fracaso; ha sido un aviso para el futuro del Tribunal Internacional para Rwanda. ¿Por qué se han empeñado tanto las Naciones Unidas en crear un tribunal para Sierra Leona? ¿Se ha efectuado una evaluación previa de lo que las Naciones Unidas han hecho o han dejado de hacer antes de tomar la decisión de establecer un tribunal penal para ese país? ¿A quién se piensa detener? ¿A quién se piensa juzgar? Tiene ciertas dudas a este respecto. La evaluación, por muy pertinente que pueda parecer en principio, tendría que hacerse caso por caso. Para ello, habría que informar a todos los países de los criterios en que se basaría la evaluación, así como de los resultados alcanzados y los obstáculos encontrados.

31. También quiere que se le aclare qué forma va a dar el Asesor Jurídico a los trabajos sobre las esferas de aplicación del derecho internacional. El estudio que se pretende realizar necesitará la colaboración de expertos. ¿Intervendrá la Comisión en esta tarea? ¿Qué forma revestirán los resultados de los trabajos en las esferas de aplicación del derecho internacional?

32. El Sr. DAOUDI dice que no comparte el optimismo del Sr. Sreenivasa Rao sobre la posibilidad de llegar pronto a un consenso sobre un proyecto global para combatir el terrorismo. Estuvo presente en la Sexta Comisión cuando se abordó el tema y allí hubo grandes discrepancias entre los países, y por el momento no se siente optimista en conjunto, ya que quizá sea difícil llegar a un consenso hoy por hoy.

33. Con respecto a lo que ha dicho el Asesor Jurídico acerca de un grupo para combatir el terrorismo, sobre el cual debe presentarse un informe en junio, pregunta qué relación tendría ese grupo con el convenio general para reprimir el terrorismo. ¿Será un grupo de expertos?

34. El Sr. GALICKI dice que está de acuerdo con el Sr. Sreenivasa Rao en la importancia de los trabajos sobre un convenio general de las Naciones Unidas para la represión del terrorismo. Todavía no ha habido ningún resultado espectacular, pero el Comité Especial y el Grupo de Trabajo han hecho grandes avances para concluir el texto del convenio. Quedan por resolver muy pocos problemas importantes, pero se los ha aislado del resto del texto. Sería un error pararse ahora. Además, este trabajo ha tenido un gran impacto en los intentos que se están haciendo a escala regional, por ejemplo en el Consejo de Europa, para elaborar medidas e instrumentos de ámbito regional contra el terrorismo. En su calidad de miembro de un órgano especial del Consejo de Europa ha intentado que en ese órgano se aceptaran las propuestas del Comité Especial. Los convenios sectoriales tienen su importancia, pero están íntimamente unidos al convenio general. Las posibilidades de ultimar el proyecto de convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear dependen de que los trabajos sobre el convenio general den resultados positivos. Está de acuerdo en que las Naciones Unidas deben combatir el fenómeno del terrorismo de diversas maneras, y advierte con satisfacción que los Estados han respondido a la resolución del Consejo de Seguridad sobre esta cuestión. Es muy útil consultar los informes nacionales sobre la lucha contra el terrorismo para tener una base de comparación. Espera poder participar en la ultimación del texto del convenio general.

35. Dice que está de acuerdo con el Asesor Jurídico en la necesidad de definir la agresión, definición que es esencial para el buen funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Sin esa definición, la Corte sería un gigante lisiado. Se pregunta si la Comisión es el órgano adecuado para llevar a cabo esa tarea. El problema es de tal importancia política que tal vez fuera mejor resolverlo en otro foro.

36. El Sr. KOSKENNIEMI señala que en el presente período de sesiones la Comisión ha iniciado el examen de la cuestión de la fragmentación del derecho internacional, cuestión que reviste gran importancia y complejidad, y que se ha establecido un grupo de estudio para que exami-

ne su alcance exacto. Muchos miembros piensan que ese tema tiene dos vertientes. En primer lugar está la cuestión procedimental de la proliferación de tribunales internacionales, aspecto al cual se ha referido el propio Asesor Jurídico. El otro aspecto, que es de fondo, tiene que ver con la proliferación de canales de formación del derecho, esto es, con la aparición de cauces informales de creación de normas de derecho internacional, no sólo por los cauces diplomáticos habituales o por los actores clásicos del derecho internacional, sino también como producto de distintos tipos de iniciativas normativas tomadas por representantes de la sociedad civil. Ahí parece encontrarse el futuro del derecho internacional, y al discutir el tema de la fragmentación deberá abordarse ese aspecto.

37. El tema tiene cierta relación con otros aspectos planteados a lo largo de los años por el Secretario General, quien ha insistido reiteradamente en la necesidad de que las Naciones Unidas entablen un diálogo con la sociedad civil y asocien a este diálogo a sus diversos representantes oficiosos y no diplomáticos. Piensa sobre todo en la iniciativa del Secretario General relativa al Pacto Mundial, en la que se anima a los órganos de las Naciones Unidas a cooperar con las empresas privadas para que éstas conozcan mejor la Organización y su labor y la apoyen.

38. Como la codificación del derecho internacional por órganos tales como la Comisión empieza a parecer una reliquia arcaica, resulta cada vez más necesario asociar a esa tarea a representantes de la sociedad civil, tales como empresas internacionales, organizaciones no gubernamentales y sus redes. En el otoño de 2001 se reunió con varios órganos de las Naciones Unidas en Ginebra y les preguntó lo que debía hacer la Comisión para ayudarles en sus actividades en las esferas de la protección de los refugiados, los derechos humanos o el comercio internacional. Su respuesta fue: ¡la Comisión no debe intervenir en esas actividades! Pide al Asesor Jurídico que estudie el tipo de cooperación que podría tener la Oficina de Asuntos Jurídicos con la Comisión para poner a punto programas que lleguen a la sociedad civil, la cual tampoco ha demostrado ningún interés por la labor de codificación que se lleva a cabo en la Comisión. Una cooperación posible sería que ayudase a la Comisión a estudiar el tema de la fragmentación del derecho internacional.

39. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión preparó un proyecto para la Corte Penal Internacional en muy poco tiempo. Este proyecto sirvió de base para la labor futura, y muchos problemas que algunos consideraron que había en ese proyecto surgieron efectivamente más tarde, no cuando la Comisión redactó dicho texto.

40. El Sr. TOMKA dice que ha seguido de cerca la labor de las Naciones Unidas en el ámbito jurídico en los últimos diez años. Ha aumentado enormemente la participación de las Naciones Unidas en la creación de normas de derecho internacional. Se han dado pasos revolucionarios y la Oficina de Asuntos Jurídicos ha tenido un papel activo en la redacción de los estatutos del Tribunal Internacional para Rwanda y del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, en la preparación de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional y el proceso posterior, y en muchos otros ámbitos. El

Asesor Jurídico y su personal han trabajado sobre esas cuestiones con gran dedicación, lo que les agradece.

41. En su opinión debe haber una división del trabajo en el terreno de la creación de normas de derecho internacional. El tema de los derechos humanos debe dejarse en manos de los órganos creados en virtud de tratados en la materia y de los Estados, mientras que la Comisión debe seguir centrándose en las cuestiones que se le encomendaron originalmente.

42. Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 demostraron que los convenios sectoriales no pueden abarcar todos los aspectos del problema del terrorismo. Por ejemplo, es posible perseguir los actos de secuestro de aeronaves o buques invocando el convenio apropiado. Si los secuestradores fallecen, se puede procesar a los que les ayudaron a cometer sus delitos. Pero ¿qué convenio habría que aplicar para castigar a los autores de la destrucción del World Trade Center? No el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas: como los aviones civiles no son un explosivo ni otro dispositivo letal, duda que sea aplicable ese Convenio. De ahí la necesidad de un convenio general para reprimir el terrorismo.

43. Los que están a favor de ese convenio deben ayudar también a resolver ciertos problemas políticos que existen desde hace muchos años en diversas partes del mundo, problemas que, aunque no están relacionados directamente con el convenio como tal, sí pueden repercutir en el ritmo de las negociaciones.

44. El Sr. MOMTAZ dice que las Naciones Unidas son en gran parte los responsables del éxito de las elecciones de la semana pasada en Sierra Leona. Sin embargo, le preocupa que sea el Tribunal Especial el que se ocupe del problema de la impunidad, mientras que la Comisión de la Verdad y la Reconciliación tiene el cometido de buscar la reconciliación nacional. Pronostica que surgirá un conflicto entre esos dos planteamientos y se pregunta si las Naciones Unidas han establecido un mecanismo para impedir que en el futuro vuelva a darse ese tipo de situaciones después de otros conflictos armados.

45. El Sr. YAMADA dice que su país, el Japón, y otros Estados asiáticos consideran importantísimo que las Naciones Unidas ayuden a llevar ante la justicia a los responsables de las violaciones graves del derecho humanitario en Camboya y han estado discutiendo el asunto con la Oficina de Asuntos Jurídicos. En una conversación reciente con el Embajador japonés, el Primer Ministro de Camboya, Sr. Hun Sen, ha confirmado que sigue esperando recibir la asistencia de las Naciones Unidas, y el Gobierno japonés está dispuesto a facilitar ese proceso.

46. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO dice que, al igual que el Sr. Galicki, quiere destacar el papel importante que la Comisión puede desempeñar en la tarea esencial de definir el crimen de agresión. Para esta labor podrían utilizarse diversas resoluciones de distintos órganos de las Naciones Unidas y otros documentos. Se pregunta si la Corte Penal Internacional cuenta con los recursos financieros necesarios para poder iniciar sus funciones en un futuro muy cercano. Por último, cree que las Naciones Unidas pueden hacer más para ayudar a los ministerios de justicia de los países a armonizar la práctica, sobre

todo en el caso de los países que necesitan desarrollar sus instituciones jurídicas.

47. El Sr. CORELL (Secretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos, Asesor Jurídico) dice que son los Estados Miembros quienes deben decidir qué pasos deben darse en relación con las cuestiones referentes al terrorismo, que tienen ramificaciones políticas. El Secretario General ha intentado facilitar el acuerdo entre los Estados durante el período comprendido entre las sesiones de otoño del Grupo de Trabajo sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional y el comienzo de las sesiones plenarias de la Sexta Comisión. A este respecto, a él mismo se le pidió que hiciera una exposición del problema ante diversos grupos, entre ellos la Organización de la Conferencia Islámica, y cree que está al alcance de la mano una solución, pero esto quizá dependa de que se solucionen los problemas actuales en el Oriente Medio.

48. El planteamiento sectorial ha resultado muy útil. No obstante, como ha señalado el Sr. Comissário Afonso, no todos los ministerios de justicia de todos los países están bien equipados y sería mucho más fácil para los Estados adoptar un único convenio general sobre el terrorismo en vez de una serie de instrumentos referentes a los diversos aspectos del problema.

49. Los comentarios del Sr. Pambou-Tchivounda escapan al ámbito de competencia de su Oficina y las decisiones correspondientes deben tomarlas los órganos políticos. El informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sobre la evaluación a fondo del programa de asuntos jurídicos al que él hizo alusión (párr. 17 *supra*) se refiere a una evaluación que llevó a cabo la Oficina de Servicios de Supervisión Interna a intervalos concretos utilizando una metodología muy específica, que incluyó el examen del sitio de su Oficina en la web y la comprobación de si se citaban en otros estudios sus publicaciones.

50. La CDI es un órgano de expertos independientes que creó la Asamblea General para desarrollar el derecho internacional. Sin embargo, la Sexta Comisión indica cada vez más los campos en los que los Estados Miembros quieren que la Comisión centre su labor. Algunos han sostenido que la Comisión es libre de abordar cualquier tema que le parezca oportuno, pero su labor tendría poca utilidad si las delegaciones no se interesasen por el resultado final. Su Oficina forma parte de la Secretaría y, como tal, puede iniciar un diálogo con la CDI, pero toda decisión debe tomarla la Sexta Comisión.

51. El Sr. Daoudi ha preguntado qué relación hay entre la labor de la Secretaría y la elaboración de un convenio general sobre el terrorismo. Su Oficina no interviene directamente en la elaboración del texto del proyecto de convenio como tal, sino que lo que hace es enterarse de lo que el Secretario General puede hacer, por propia iniciativa o animando a otros órganos a trabajar en el campo del terrorismo. El informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo⁷ será presentado pronto al Secretario General, quien luego tomará una decisión al respecto. La Secretaría trabaja no sólo con expertos jurídicos, sino también con especialistas del mundo académico y con los medios de comunicación de distintas formas.

⁷ A/57/273-S/2002/875, anexo.

En particular, está intentando determinar cuáles son las causas verdaderas de los actos terroristas, porque los convenios sólo entran en juego una vez que se ha cometido un delito de terrorismo. En cambio, no abordará la delicada cuestión de la definición de lo que es terrorismo.

52. Los comentarios del Sr. Koskenniemi incitan mucho a reflexionar. En numerosos países, entre ellos Australia, Finlandia y Nueva Zelandia, el trabajo de preparar proyectos de leyes para que el gobierno los someta al parlamento ha sido encomendado a comisiones legislativas. Posteriormente la mayoría de estas comisiones han sido sustituidas por comisiones especializadas a las que se ha encargado la elaboración de propuestas sobre diferentes aspectos. De la misma manera, los trabajos jurídicos en algunas esferas de la actividad de las Naciones Unidas, por ejemplo la de los derechos humanos, corren a cargo de órganos distintos de la Comisión, y varios de esos órganos también se ocupan de la elaboración de tratados. El artículo 97 del reglamento de la Asamblea General establece que los temas relacionados con una misma categoría de asuntos serán remitidos a la comisión o a las comisiones que se ocupen de esa categoría de asuntos. Sin embargo, durante años no se ha seguido esta práctica y establecerla causaría una enorme consternación. Sería difícil y quizá desacertado detener el proceso iniciado. En otras ocasiones, la Comisión ha pedido a su Oficina que le ayudase preparando documentos y haciendo investigaciones, posibilidad que se podría discutir. Pero la Secretaría está de hecho al servicio de los órganos legislativos de la Organización y no debe actuar sin recibir un mandato de ellos. Le interesa muchísimo continuar este diálogo y sugiere que podría plantear la cuestión durante el examen del presupuesto o del próximo plan de mediano plazo, y en este sentido señala que la Secretaría ha incluido exposiciones de expertos de la sociedad civil en otro campo nuevo, el de la clonación reproductiva de seres humanos.

53. El Sr. Momtaz ha planteado una cuestión clásica. En el pasado, Estados como Sudáfrica establecieron sus propias instituciones para curar las heridas de la nación. En el caso de Sierra Leona esa decisión la tomó el Consejo de Seguridad tras consultar con el Gobierno. La relación entre el Tribunal Especial y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación es importantísima; ambos órganos se han creado al amparo del derecho interno, en cumplimiento de la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad y por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno, pero incumbirá a las dos instituciones desarrollar la relación entre ellas. Para ayudarles en esta tarea su Oficina ha patrocinado tres seminarios, dos en Nueva York y uno en Freetown. El Fiscal del Tribunal Especial y el Presidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación tienen material de sobra para estudiarlo. Además, las actividades del Tribunal Especial se centrarán en un número relativamente reducido de personas: las que tienen más responsabilidad por las atrocidades cometidas.

54. Sabe muy bien el interés del Gobierno japonés por la situación en Camboya y no puede menos de lamentar el giro inevitable que han tomado los acontecimientos en ese país. No obstante, se trata de un asunto político que está ahora en manos de los Estados Miembros.

55. Se ha elaborado el presupuesto para la Corte Penal Internacional, que en principio será aprobado en septiembre de 2002. Hecho esto, los Estados miembros pagarán

sus contribuciones a un fondo central que será administrado por el Secretario de la Corte; cuando se estableció el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar se siguió un procedimiento similar.

56. Por haber cooperado con los ministerios de justicia de muchos países, entre ellos los países africanos, siente el máximo respeto por lo que han realizado con sus escasísimos recursos. En algunos casos ni siquiera tenían papel para imprimir las propuestas de ratificación de tratados sometidas a sus parlamentos nacionales. Sin embargo, su Oficina no puede cooperar directamente con esos ministerios si no hay un mandato directo de la Asamblea General. Su Oficina proporciona una lista de nombres y direcciones útiles a los ministerios de justicia de todo el mundo, ayuda a organizar reuniones informales de asesores jurídicos y anima a los colegas de países desarrollados a proporcionarles asistencia, por ejemplo con aportaciones a las bibliotecas jurídicas de los países en desarrollo. Sin embargo, se puede hacer mucho más. El Secretario General ha señalado en su informe «Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI» (Informe del Milenio)⁸ que muchos países se han abstenido de firmar o ratificar tratados y convenios internacionales porque carecían de los expertos y recursos necesarios; la cooperación bilateral podría ayudar a solucionar este problema.

57. El Sr. DUGARD pide al Asesor Jurídico que, en su calidad de Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas, haga llegar a sus superiores y colegas en la Sede su inquietud y la de otros miembros de la Comisión por haberse reducido sus honorarios a la bonita suma de un dólar y les transmita su esperanza de que pronto se restablezcan esos honorarios en una suma adecuada.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

⁸ A/54/2000.

2725.ª SESIÓN

Viernes 24 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación*) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

1. El Sr. DUGARD (Relator Especial) al presentar la sección C de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), expresa que, contrariamente a algunos miembros de la Comisión que consideran que la cláusula Calvo se refiere a una época del pasado cuando los Estados occidentales intervenían en América Latina, estima que es un procedimiento que forma parte de la historia y la evolución de la norma de los recursos internos y sigue siendo pertinente. Por ello propone a la Comisión el proyecto de artículo 16 sobre el tema.

2. La cláusula Calvo es una disposición contractual mediante la cual una persona vinculada por su propia voluntad con un Estado del que no es ciudadano acepta renunciar a solicitar protección diplomática del Estado de su nacionalidad y limitarse exclusivamente a los recursos judiciales internos para la ejecución del contrato. Este procedimiento fue concebido por el jurista argentino Carlos Calvo a fin de evitar que los ciudadanos de Potencias imperialistas occidentales presentes en América Latina llevaran inmediatamente al nivel internacional cualquier controversia de carácter conceptual con el gobierno del Estado anfitrión, sin agotar previamente los recursos internos. Desde que existe, esta cláusula ha sido objeto de controversia. Los Estados de América Latina la consideran como una norma de derecho internacional, y seguramente también del derecho regional, y algunos la han reconocido en su constitución, en particular México. En cambio, los Estados occidentales la han estimado contraria al derecho internacional, arguyendo que en virtud del principio en que se funda la ficción de Vattel, según el cual el daño causado a un nacional es un daño causado al Estado mismo, sólo el Estado puede renunciar al derecho de protección diplomática⁴. La principal jurisprudencia en la materia la constituye la decisión adoptada por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en la causa *North American Dredging Company*, en la que resultó claramente que la cláusula Calvo era compatible con el derecho internacional en general y el derecho de protección diplomática en particular. En esa causa la empresa reclamante había celebrado un contrato con el Gobierno de México en que figuraba una disposición, el artículo 18, en virtud de la cual el contratista y las personas que participaban en la ejecución de los trabajos aceptaban ser considerados mexicanos para las cuestiones relativas a la ejecución del contrato y

en ninguna circunstancia se permitiría la intervención de agentes diplomáticos extranjeros por un hecho relativo al contrato⁵. Cuando surgió una controversia, el reclamante no intentó agotar los recursos internos como se preveía en el artículo 18 del contrato e, invocando el artículo V del tratado por el que se estableció la Comisión General de Reclamaciones⁶, que eximía de cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos, pidió al Gobierno de los Estados Unidos que presentara una reclamación en su nombre ante la Comisión. Ésta entonces examinó los efectos del artículo 18 del contrato y llegó a diversas conclusiones que se exponen con detalle en la sección C.7 del informe. En resumen, la Comisión consideró la cláusula Calvo como una promesa del extranjero de agotar los recursos internos. En consecuencia, el extranjero renunciaba a su derecho a solicitar protección diplomática en una reclamación por daños dimanados del contrato o para cualquier cuestión relacionada con el contrato. Sin embargo, ello no lo privaba del derecho a solicitar la protección diplomática en una supuesta denegación de justicia u otra violación del derecho internacional sufrida en el proceso de agotar los recursos internos o ejecutar su contrato.

3. La decisión adoptada en la causa *North American Dredging Company* fue objeto de muchas críticas de parte de ciertos juristas, esencialmente debido a la negativa de la Comisión de dar pleno efecto al artículo V del tratado por el que establecía la Comisión General de Reclamaciones, que parecía eximir al reclamante de la obligación de agotar los recursos internos. No obstante, ya no es posible argumentar seriamente que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional. El debate versa sobre su propósito y su alcance, en el contexto de este caso en particular. En el párrafo 31 de la sección C.8 de su informe, el Relator Especial ha procurado indicar los principios que se desprenden de este debate.

4. En primer lugar, la cláusula Calvo tiene validez limitada, únicamente en el sentido de que no constituye una prohibición completa de la intervención diplomática. Sólo se aplica en controversias relativas a un contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión en que figura la cláusula, y no en caso de violación del derecho internacional. En segundo lugar, la cláusula Calvo confirma la importancia de la norma del agotamiento de los recursos internos. Según algunos autores, no haría más que reafirmarla, mientras que para otros va más allá de esa reafirmación. En efecto, conforme a la decisión adoptada en la causa *North American Dredging Company*, la cláusula Calvo puede prevalecer sobre la disposición de un compromiso en que se renuncie a la exigencia del agotamiento de los recursos internos. En tercer lugar, el derecho internacional no se opone al derecho de un extranjero a renunciar contractualmente a su propia facultad o derecho de pedir al Estado de su nacionalidad que ejerza en su nombre protección diplomática. En cuarto lugar, un extranjero no puede renunciar mediante la aceptación de la cláusula Calvo a derechos que en virtud del derecho internacional corresponden a su gobierno; el derecho de la protección diplomática se funda en la ficción de Vattel, según la cual el daño a un particular dimanado de una violación del derecho internacional es un daño al Estado de la

* Reanudación de los trabajos de la 2719.ª sesión.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

⁴ Véase E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. III.

⁵ Véase A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, Nueva York, Macmillan, 1935, pág. 187.

⁶ *Ibíd.*, págs. 321 y ss., en particular pág. 326.

nacionalidad del particular. En quinto lugar, la renuncia en la cláusula Calvo sólo se extiende a las controversias dimanadas del contrato, o al incumplimiento del contrato, y no a las violaciones del derecho internacional ni, en particular, a la denegación de justicia. No obstante, subsiste un cierto grado de incertidumbre en cuanto a la noción de denegación de justicia conexa al contrato en que figure la cláusula Calvo o dimanada de éste, como se desprende de las obras de García Amador, que llega a la conclusión de que se debe demostrar una forma agravada de denegación de justicia antes de poder interponer una reclamación internacional.

5. El Relator Especial recuerda que la cláusula Calvo nació del temor de parte de los Estados de América Latina de que los Estados europeos y los Estados Unidos de América intervinieran en sus asuntos internos con la excusa de la protección diplomática. Los Estados europeos y los Estados Unidos de América por su parte temían que sus nacionales no se beneficiaran de un procedimiento equitativo en países cuyas estructuras judiciales consideraban insuficientes. La situación ha cambiado desde entonces. Los Estados europeos y los Estados Unidos de América respetan la igualdad soberana de los países latinoamericanos y ahora tienen confianza en el sistema judicial de éstos, que, por otro lado, está sujeto a supervisión regional e internacional. No obstante, la cláusula Calvo sigue siendo una característica importante del enfoque latinoamericano del derecho internacional, y representa una doctrina que influye en la actitud de algunos países en desarrollo, africanos o asiáticos, que temen la intervención de Estados poderosos en sus asuntos internos. La doctrina Calvo, que ya se reflejaba en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, aparece en instrumentos internacionales como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que figura en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974, que dispone en el apartado c del párrafo 2 de su artículo 2 que las controversias sobre la indemnización correspondiente a los bienes extranjeros expropiados deben resolverse de conformidad con la legislación del Estado que adopte las medidas de nacionalización. La influencia de la doctrina Calvo aparece asimismo en la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)]. En cambio, es de señalar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)⁷, al permitir al inversionista extranjero recurrir al arbitraje internacional sin haber agotado antes los recursos internos, se aparta de la doctrina Calvo.

6. El Relator Especial estima que quedan dos opciones abiertas a la Comisión: no incluir disposición alguna sobre el tema, con fundamento en que sería superfluo, en la medida en que la cláusula Calvo sólo reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos; o, por el contrario, redactar una disposición sobre este punto que limite la validez de la cláusula Calvo a las controversias dimanadas del contrato, sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero de ejercer protección diplomática

en nombre de dicha persona cuando ésta sea lesionada por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado que sea parte en el contrato. Tal es el objeto del proyecto de artículo 16 que se propone, cuyo párrafo 2 dispone que dicha cláusula constituye una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional, e incluso si existe un compromiso que contiene una cláusula que excluya la exigencia del agotamiento de los recursos internos. En resumen, el proyecto recoge los principios enunciados en la causa *North American Dredging Company*, al decir claramente que la cláusula Calvo no es contraria al derecho internacional, que la renuncia a la protección diplomática se limita exclusivamente a las controversias dimanadas del contrato y que cualquier disposición de un compromiso que excluya la necesidad de agotar los recursos internos se vería invalidada por la cláusula Calvo.

7. El Sr. SEPÚLVEDA destaca la gran calidad de los dos informes presentados por el Relator Especial, notables por la manera de ordenar y sistematizar los conceptos analizados y por la extensión de la bibliografía consultada. El tratamiento de esta cuestión podrá constituir un complemento al de la responsabilidad internacional del Estado.

8. El principio general del agotamiento previo de los recursos internos ha sido ya explorado en el seno de la Comisión, como también lo han sido las excepciones a la regla. Las ideas en torno a las cuales se articula el análisis del Relator Especial son la primacía de las leyes y de los tribunales nacionales como una expresión necesaria de la soberanía del Estado; la reafirmación de las competencias legales y políticas del Estado anfitrión; la oportunidad que tiene el Estado de reparar, conforme a su propio sistema legal, cualquier daño que haya sufrido un extranjero, antes de ser llamado a cuentas en el ámbito internacional; el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros quedaría eliminado si éstos se sustrajeran a la jurisdicción nacional mediante el recurso de la protección diplomática, con lo cual se restaría vigencia al orden jurídico del Estado anfitrión y la función de los tribunales nacionales para resolver conflictos surgidos en el territorio nacional. La violación de una obligación internacional no podrá establecerse sino hasta que se hayan agotado los recursos disponibles, no se haya obtenido satisfacción o la justicia haya sido denegada. Entonces solamente se podrá iniciar un procedimiento internacional, sea por la vía de los tribunales arbitrales o judiciales, sea por la vía de la protección diplomática.

9. El Sr. Sepúlveda comparte el criterio del Relator Especial de que ninguna codificación de la regla del agotamiento de los recursos internos sería completa sin el reconocimiento de la cláusula Calvo, que es parte integral del derecho constitucional de los países latinoamericanos y del derecho consuetudinario regional en América Latina. Piensa también que en la etapa contemporánea no es posible argumentar que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional, ya que descansa en dos conceptos jurídicos esenciales: la igualdad soberana de los Estados, que impone el deber de la no intervención, y la igualdad en el tratamiento a nacionales y extranjeros. En este sentido, quien se establece en un tercer país asume una «comunidad de fortunas» con los nacionales de ese país, lo que significa que tiene el mismo derecho a la protección que

⁷ Véase *Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, México, M. A. Porrúa, SECOFI, 1993.

se da a un nacional y la responsabilidad de los gobiernos es idéntica con respecto a nacionales y extranjeros. En el plano de la codificación, como señala el Relator Especial, la cláusula Calvo se ha incorporado en un buen número de convenciones interamericanas. Es cierto que los Estados Unidos de América al ratificar esas convenciones han formulado reservas, al reafirmar su derecho a la protección diplomática. Pero también es cierto que la Carta de la OEA, sin que se registre una sola reserva por parte de país alguno, da una radical definición de la no intervención, prohibiendo cualquier forma de intervención, directa o indirecta y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de un Estado.

10. Por lo que hace a la jurisprudencia en la materia, el Relator Especial indica con razón que la decisión en la causa *North American Dredging Company* tiene una línea divisoria que permite distinguir el período previo y el período posterior a esa decisión arbitral. La Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América determinó la validez de un contrato de concesión mediante el cual el beneficiario extranjero aceptó tener los mismos derechos de reclamación que un ciudadano mexicano, sin pretender disfrutar de otros derechos que aquellos otorgados en favor de los mexicanos. En esa ocasión, la Comisión General de Reclamaciones definió las siguientes normas: debe existir un equilibrio entre el derecho soberano a una jurisdicción nacional y el derecho a la protección que ejerza el Estado de sus nacionales; no existe una norma de derecho internacional que prohíba imponer limitaciones al derecho de protección diplomática; un extranjero no puede repudiar el derecho de su gobierno a formular reclamaciones internacionales por la violación de obligaciones internacionales que le hayan ocasionado un daño; la Comisión General de Reclamaciones no encontró una norma generalmente reconocida en derecho internacional positivo que otorgue a un gobierno el derecho de intervenir para repudiar un contrato jurídicamente válido que haya sido concluido por uno de sus ciudadanos; ese contrato obliga al beneficiario de la concesión a someterse a la legislación mexicana y a utilizar los recursos locales que proporciona esa legislación; se originará el derecho a la protección diplomática como resultado de una denegación de justicia o alguna otra violación del derecho internacional.

11. El Relator Especial, basándose en la jurisprudencia derivada de este caso, identificó a una serie de comunes denominadores que deben servir como elementos constitutivos en la codificación de una norma en la materia: la cláusula Calvo se aplica a aquellas controversias relacionadas con un contrato celebrado entre un extranjero y el Estado anfitrión, contrato que debe tener incorporados los términos de la cláusula; no se aplica en el caso de violación del derecho internacional; la cláusula convalida la vigencia de la norma consuetudinaria que obliga al agotamiento de los recursos locales; el derecho internacional no impide a un extranjero ejercer el derecho a no solicitar la protección de su gobierno; un particular no puede repudiar derechos que, conforme al derecho internacional, pertenecen al Estado; el extranjero se compromete, conforme a la cláusula Calvo, a no invocar la protección de su gobierno en caso de diferencias que surjan en torno a la aplicación del contrato pero no en relación con una

posible denegación de justicia u otras formas de incumplimiento del derecho internacional.

12. A estos elementos constitutivos de una norma propuestos por el Relator Especial el Sr. Sepúlveda desearía incorporar el principio enunciado en la Base de discusión N.º 26 redactada por la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, que se enuncia en una nota de la sección C del tercer informe: «Si un extranjero ha aceptado válidamente en un contrato la competencia exclusiva de los tribunales locales, esta disposición es obligatoria para todo tribunal internacional al que se presente una demanda en virtud de ese contrato»⁸. El espíritu de esa disposición ya se encuentra consagrado en el texto del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, citado en la sección C.9 del informe. Los tribunales de arbitraje que han operado conforme a ese Convenio de manera consistente han decidido que ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá una reclamación internacional por una diferencia que uno de sus ciudadanos y otro Estado contratante hayan consentido someter a arbitraje conforme a los términos del Convenio, salvo si el laudo dictado no se ha acatado o no se ha cumplido. En este sentido, existe una sólida jurisprudencia de los tribunales arbitrales. Un principio equivalente se encuentra en tratados relacionados con los derechos humanos, en particular en el apartado c del párrafo 1 del artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que, para conocer de un asunto, el Comité de Derechos Humanos deberá cerciorarse de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos.

13. Para concluir, el Sr. Sepúlveda comparte la recomendación formulada por el Relator Especial de que se elabore una disposición que incorpore los términos de la cláusula Calvo y que reflejaría así la jurisprudencia, la doctrina y una porción de la práctica de los Estados en la materia, reafirmando la función de la jurisdicción nacional. Con ello también se codificaría una norma consuetudinaria regional que, con la evolución reciente en el derecho internacional, puede aspirar legítimamente a una vocación universal.

14. El Sr. BROWNLIE observa que el informe que se reseña, bien documentado y útil, ofrece la prueba de que la cláusula Calvo reviste más que un mero interés histórico. Sin embargo, pese a su importancia, es ajena al estatuto de la Comisión, en particular al artículo 15: en efecto, al no ser una norma de derecho, no se presta a codificación. Además, si la Comisión debiera codificarla, tendría que pronunciarse sobre si es lícita o no, lo cual es inaceptable. La cláusula Calvo no es sino un procedimiento técnico de redacción de contratos. En cuanto a la «ficción de Vattel», mencionada en la sección C.8 del informe, que

⁸ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 135; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 2, pág. 221.

parte del principio de que el daño a un particular es un daño al Estado del que éste es ciudadano, no es una ficción y en ningún modo puede eximir de un examen caso por caso del ejercicio de la protección diplomática. Por esta razón el Sr. Brownlie piensa que el proyecto de artículo 16 presentado por el Relator Especial no debería remitirse al Comité de Redacción.

15. El Sr. PELLET destaca que el informe le confirma su convicción expresada en una intervención anterior de que el examen de la cláusula Calvo, a cuyo principio no se opone, debería tener lugar en el marco de la cuestión más amplia de la renuncia a la protección diplomática. En efecto, se pretende que el informe a la vez versa y no versa sólo sobre esta cláusula, pero en realidad trata también de otras instituciones, y en particular de la renuncia al ejercicio de la protección diplomática por el Estado mismo, problema que se plantea en términos muy diferentes de los de la cláusula Calvo propiamente dicha. A este respecto el Sr. Pellet comparte en lo esencial el análisis del Sr. Brownlie y coincide con él en que la cláusula Calvo es una práctica, aunque no aprueba su conclusión y estima que ello no impide forzosamente interrogarse sobre la cuestión de si dicha práctica es conforme al derecho internacional y cuáles son sus efectos en derecho internacional. Con toda evidencia es un tema abierto a discusión jurídica, incluso en lo que respecta a la codificación o al desarrollo progresivo del derecho internacional.

16. En su informe, el Relator habría debido distinguir con claridad los dos aspectos de la cuestión, a saber, la renuncia por un particular a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad y la renuncia por el Estado al ejercicio de la protección nacional —lo que no ha hecho—, con lo cual resulta más difícil, y hasta imposible, la definición misma de la cláusula Calvo. A este respecto el Sr. Pellet no está seguro de que el Relator Especial haya tenido razón en adherirse a la definición de García Amador⁹, como parece según la sección C.3 del informe. En efecto, si bien es cierto que las hipótesis primera y tercera pueden parecer realmente como formas de lo que el Sr. Pellet cree que es «la» cláusula Calvo, la segunda hipótesis, que es simplemente una cláusula arbitral contractual, no está relacionada con la doctrina Calvo, salvo si, paralelamente al compromiso de arbitraje, el cocontratante extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. La cláusula Calvo es de hecho esencialmente una disposición contractual mediante la cual el cocontratante extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de que es ciudadano.

17. Sin embargo, el Sr. Pellet no está seguro de que ello sea suficiente, pues se pregunta si esta definición de la cláusula debe aplicarse a cualquier contrato o si hay que limitarla a los contratos de Estado, o sólo a los contratos de concesión, como parece desprenderse, por ejemplo, del artículo 27 de la Constitución de México citado en una nota del informe, a pesar de que el Relator Especial presenta a México como el defensor más convencido de la cláusula Calvo. De todos modos, el Sr. Pellet cree que no es posible hablar de cláusula Calvo sino en el caso de un contrato de

Estado, como lo da a entender también el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 propuesto por el Relator Especial. Dicho esto, no deja de plantearse el problema de cuál sería el destino de esa cláusula en un contrato entre un nacional y un particular extranjero.

18. El Sr. Pellet piensa que el Relator Especial tiene una concepción mucho más general, o más confusa tal vez, de la cláusula Calvo, como lo demuestran los ejemplos que cita en la sección C.4 del informe de lo que llama cláusula Calvo: la Convención relativa a los derechos de los extranjeros, el artículo 9 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, el artículo VII del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»), las decisiones 24 y 220 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)] y el artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Ahora bien, para el Sr. Pellet no se trata en modo alguno de «cláusulas Calvo»: son compromisos más o menos claros, asumidos por los Estados interesados, de no ejercer la protección diplomática o de limitar su ejercicio. Son cláusulas convencionales que figuran en tratados y no cláusulas contractuales que figuran en contratos. En este sentido plantean problemas de validez, si es que plantean un problema, que son muy diferentes de los planteados por las «verdaderas» cláusulas Calvo. Huelga decir que los Estados pueden comprometerse a no ejercer su protección diplomática, es decir el derecho que tienen los Estados de hacer respetar su derecho propio en la persona de sus ciudadanos, recogiendo la célebre fórmula de la decisión pronunciada por la CPJI en el caso *Mavrommatis*. En efecto, no hay que olvidar, como lo ha recordado la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, que el Estado debe ser considerado como el único autorizado a decidir si ejercerá su protección. El nacional del Estado no puede sustituirse a éste, ya que no se trata de sus propios derechos sino de los del Estado, si al menos no se cuestiona la ficción en la que se funda la fórmula *Mavrommatis*. No parece que sea así, y el Sr. Pellet lo lamenta. En efecto, sería posible decir actualmente que los individuos son sujetos de derecho internacional y que el Estado representa a los individuos.

19. El Sr. Pellet reconoce que no obstante no se puede deducir de estas observaciones que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional: un particular no puede renunciar a un derecho que no le pertenece, pero en cambio puede comprometerse primero a respetar exclusivamente las leyes del país de acogida y después a no buscar la protección diplomática de su Estado de origen. Haciéndolo renuncia al derecho de someter una controversia internacional y no a la protección en sí. Lo que no puede hacer es garantizar que el Estado de su nacionalidad no intervendrá, no ya en su favor, sino para hacer respetar su derecho a que el derecho internacional se respete en la persona de su ciudadano.

20. Es ésta la orientación que el Relator Especial parece haber adoptado, como resulta de la sección C.8 del informe y del párrafo 1 del proyecto de artículo 16. No obstante, el Sr. Pellet no se muestra convencido por el razonamiento que ha seguido el Relator Especial para llegar a esta conclusión y tiene reticencias en cuanto a la redacción misma del proyecto de artículo.

⁹ F. V. García Amador, «State responsibility. Some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leyde, Sijthoff (1959), págs. 455 y 456; *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, págs. 62 y 63.

21. Por lo que se refiere al razonamiento, los «argumentos» relacionados con la renuncia por el Estado a la protección diplomática de sus ciudadanos parecen exactos en sí mismos y pueden convenir al propio Sr. Calvo, pero no inciden en el problema que interesa a la Comisión, a saber, la validez o el alcance de las cláusulas Calvo en el único sentido exacto que les atribuye el Sr. Pellet, es decir, en el sentido de disposiciones contractuales en virtud de las cuales un extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Por lo demás, los ejemplos de «falsas cláusulas Calvo convencionales» que cita el Relator Especial no son renunciaciones totales a la protección diplomática: en general se trata más de disposiciones convencionales que reafirman, y circunscriben a veces, la norma del agotamiento de los recursos internos. Tal es el caso de la Convención relativa a los derechos de los extranjeros, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados y Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»). Otros ejemplos, mal clasificados bajo la denominación «cláusula Calvo», como las decisiones 24 ó 220 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)], se limitan a recordar que el derecho aplicable a un contrato internacional es, en principio, el derecho del Estado en que se ejecuta el contrato, lo que no quiere decir que si el Estado anfitrión viola una norma de derecho internacional en la aplicación del contrato se excluye la protección diplomática. Por último, el Sr. Pellet no piensa que la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General o la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados constituyan una «clásica reformulación de la Cláusula Calvo», y menos aún una reafirmación de la validez de las cláusulas Calvo, como se indica en la sección C.9 del informe: se trata más bien de la reafirmación del principio enunciado por la CPIJ en el caso de los *Emprunts serbes*, según el cual «todo contrato que no sea un contrato entre Estados como sujetos de derecho internacional encuentra su fundamento en una ley nacional» [pág. 41]. Se deriva que el derecho nacional, y sólo éste, es el único aplicable, salvo disposición contraria. Este problema es muy diferente del que plantea la validez de las cláusulas Calvo.

22. A este respecto el Sr. Pellet no entiende bien el argumento expuesto en la sección C.8 del informe, que dice que la renuncia en la cláusula Calvo sólo se extiende a las controversias dimanadas del contrato, o al incumplimiento del contrato, lo que en ningún caso constituye una violación del derecho internacional. ¿Acaso no se enuncia así una evidencia? La protección diplomática de todos modos sólo puede intervenir si se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, y únicamente para hacer respetar el derecho internacional, nunca el contrato como tal. Entonces la cuestión que se plantea es la de saber si el incumplimiento del contrato es o no contrario al derecho internacional. Por último, el Sr. Pellet duda que la decisión de la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en la causa *North American Dredging Company* y las posteriores de la misma Comisión constituyan la esencia misma de la jurisprudencia en la materia. Le parece que otras decisiones judiciales y arbitrales igualmente respetables son también pertinentes en esta esfera, como la sentencia Ralston de 1904 en el caso *Martini* o la decisión n.º 2 de la CPIJ en el caso *Usine de Chorzów*. Ahora bien, estos precedentes son mucho más reservados con respecto a las cláusulas

Calvo que la decisión en la causa *North American Dredging Company*, que, por no decir más, es ambigua, como lo señala asimismo el Relator Especial.

23. Hechas estas observaciones, que podrían encontrar lugar en el comentario del proyecto de artículo 16, el Sr. Pellet pasa al proyecto de artículo mismo. Declara que aprueba la idea general del párrafo 1, pero tiene algunas críticas con respecto a la redacción misma del proyecto. En primer lugar, piensa que no es necesario enumerar en una disposición de este tipo «distintas» cláusulas Calvo, que no hacen justicia a la imaginación de los juristas que las redactan. En efecto, esas cláusulas son muy diversificadas y sería más satisfactorio encontrar una fórmula mucho más general. Bastaría decir en una primera oración que un extranjero puede renunciar de manera válida a invocar la protección diplomática, tal vez precisando que puede hacerlo «por contrato», pero que ello no es necesario pues, en resumen, también puede renunciar a esa protección fuera del marco del contrato. En segundo lugar, el Sr. Pellet duda que sea oportuno hablar del «derecho» a invocar la protección diplomática: el término «derecho» puede prestarse a confusión porque podría acercarse a la noción de «derecho a la protección diplomática», que no existe en derecho internacional. El Estado tiene derecho a proteger, pero no existe el derecho a la protección.

24. En tercer lugar, en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 16 habría que evitar emplear el término «estimulación», que tiene un significado demasiado específico, y reemplazarlo por «disposición». En cuarto lugar, sería preferible reemplazar en la misma oración en la versión francesa la expresión *n'affecte en rien* por sencillamente *n'affecte pas*. En quinto lugar, habría que seguir lo más cerca posible en francés y en inglés la redacción de la fórmula Mavrommatis, y sustituir así *au bénéfice de* por *en faveur de*. Se impone una sexta modificación que es mucho más importante, a saber, suprimir la última frase del párrafo 1 («o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero»), primero porque la significación del adverbio «directamente» no está clara. En efecto, bien el Estado resulta directamente lesionado —él también— y no se está ante una hipótesis de protección diplomática, bien sólo el particular es víctima directa del daño, pero de todas formas, siempre según la fórmula Mavrommatis, el Estado tiene derecho a hacer respetar el derecho internacional en la persona de su ciudadano y la hipótesis a que se refiere esta frase no tiene nada de particular.

25. Por último, el Sr. Pellet se opone con firmeza al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, porque le parece que contradice todo lo que expresa el proyecto acerca del agotamiento de los recursos internos. La existencia de una cláusula Calvo no es en absoluto necesaria para crear una presunción en favor del agotamiento de los recursos internos. Esta presunción existe independientemente de cualquier cláusula contractual. Es incluso una condición principal para el ejercicio de la protección diplomática. En cambio, el Sr. Pellet se pregunta si no habría que introducir en el proyecto de artículo 16 un nuevo párrafo 2 si, como él lo espera, la Comisión renuncia al texto actual; dicho párrafo precisaría que el Estado del que es ciudadano el particular lesionado puede renunciar válidamente y sin restricciones a ejercer su protección diplomática. En efecto, lo que no es necesario decir resulta mejor decirlo.

En este caso, claro está, el artículo 16 abarcaría un ámbito más amplio que el de la cláusula Calvo y debería titularse «Renuncia a la protección diplomática».

26. Al comienzo de su exposición el Relator Especial dijo que estimaba que en su proyecto debía mencionarse absolutamente la cláusula Calvo. Dada la divergencia de opiniones que el Sr. Pellet percibe a este respecto en la Comisión, tal vez sería más prudente renunciar a una disposición que efectivamente no es más que la consecuencia de otros principios que figuran en otra parte del proyecto de artículos, a saber la fórmula Mavrommatis y la exigencia indiscutible del agotamiento de los recursos internos.

27. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se pregunta si el interés del examen de la cláusula Calvo en relación con la norma del agotamiento de los recursos internos no debería ser más bien por el alcance de una cláusula que figura en un contrato entre un particular y un Estado. Apoya plenamente la observación del Sr. Pellet de que no se trata de cualquier contrato sino de un contrato de Estado.

28. Con respecto a la renuncia, la cláusula en cuestión permitiría a un particular creerse autorizado por el Estado de su nacionalidad a asumir en nombre de éste el compromiso de que el Estado no ejercerá un derecho que sin embargo le corresponde. Como ha señalado el Sr. Pellet, este derecho no pertenece al particular sino al Estado. En consecuencia, el problema de la validez de la cláusula Calvo se plantea más bien sólo entre las partes en el contrato. Habría que determinar de qué modo el Estado cuyo ciudadano se permite decir que renuncia a la protección diplomática está obligado por semejante declaración. Además, es importante analizar el momento en que el Estado podría efectuar tal renuncia. ¿En el momento de concluirse el contrato entre el particular y el Estado cocontratante o en el momento en que, habiendo surgido la controversia, el particular se dirige al Estado de su nacionalidad para solicitar su protección? Es preciso situar en el tiempo el momento de la renuncia por el Estado de origen del particular para que ésta pueda tener efecto. Se trata de un problema de validez y también de oponibilidad.

29. El Sr. Sreenivasa RAO hace observar que, si bien es cierto que la cláusula Calvo tiene importancia histórica, en la práctica se utiliza cada vez menos. Por ejemplo, la mayoría de los Estados hoy día concluyen acuerdos en materia de inversiones que prevén el recurso directo al arbitraje internacional en caso de controversias. Teme que la Comisión dedique demasiado tiempo al examen de una cuestión que ha perdido gran parte de su pertinencia.

30. El Sr. SEPÚLVEDA estima que la cláusula Calvo no debe considerarse una reliquia. En México, toda sociedad extranjera que se constituye conforme a la legislación nacional tiene la obligación de suscribir un contrato que incluye este tipo de cláusula. El arbitraje internacional sólo se prevé para ciertas categorías de controversias. En la mayoría de los casos, para todo lo que se refiere a la interpretación o a la ejecución de un contrato, la sociedad extranjera debe respetar una cláusula Calvo, es decir aceptar someterse a la legislación nacional.

31. El PRESIDENTE dice que no tiene la impresión de que la intervención del Sr. Sepúlveda sea fundamentalmente puesta a la del Sr. Sreenivasa Rao o la del Sr.

Brownlie. Después de todo, sólo se trata de una cláusula contractual y no habría que apartarse demasiado del objetivo principal de la Comisión, que es producir resultados concretos y aceptables para todos.

Actos unilaterales de los Estados (*continuación**) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹⁰ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación**)

32. El Sr. KAMTO dice que no habría que perder de vista el importante trabajo que se ha realizado desde hace años sobre el tema de los actos unilaterales. Recuerda que la cuestión fundamental que se plantea a la Comisión es la de si existe en derecho internacional un ser jurídico denominado «acto unilateral» y, en caso afirmativo, cuál debe ser el régimen jurídico que rige tal acto. Saluda el trabajo efectuado por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2), que representa un neto progreso con respecto a los trabajos anteriores. Además de la parte recapitulativa, que resulta útil tanto para los nuevos miembros de la Comisión como para los antiguos, el Relator Especial expone el resultado de investigaciones profundas en las esferas doctrinal y jurisprudencial. A este respecto, el Sr. Kamto comparte la opinión expresada por el Sr. Gaja y otros oradores de que se carece enormemente de información sobre la práctica de los Estados. El Sr. Sepúlveda ha indicado fuentes muy pertinentes que podrían permitir a la Comisión proseguir sus trabajos sin esperar la respuesta de los Estados al cuestionario.

33. Formulando en primer lugar observaciones de orden general sobre capítulo I del quinto informe, el Sr. Kamto señala al Relator Especial ciertas repeticiones, en particular en los párrafos 99 y 100. En el párrafo 106 el Relator Especial habla de «vicios en la manifestación de voluntad», pero esta expresión en francés (*défauts de manifestation de la volonté*) no resulta clara. Puede ser que se trate de un problema de traducción. En todo caso habría que precisar si el término *défauts* designa vicios que podrían afectar a la manifestación de la voluntad o bien una falta de manifestación de la voluntad. En cuanto al fondo, una de las cuestiones importantes es determinar si el acto unilateral constituye una fuente de derecho internacional del mismo nivel que las fuentes habituales, a saber, el tratado y la costumbre. En otras palabras ¿puede un acto unilateral derogar el derecho internacional general u obligaciones *erga omnes*? El Sr. Kamto estima que el acto unilateral no debería jamás prevalecer sobre el derecho internacional general ni sobre las disposiciones de un convenio multilateral en que el Estado autor del acto unilateral sea parte. La jurisprudencia contiene, por lo demás, varias indicaciones en este sentido. Por ejemplo, en el caso *Wimbledon*, la CPJI, al pronunciarse sobre la denegación de acceso al canal de Kiel para este buque en virtud de ordenanzas alemanas sobre la neutralidad promulgadas con ocasión de la guerra rusopolaca, juzgó que una ordenanza de neutralidad, acto unilateral, no puede prevalecer sobre las disposiciones de un tratado de paz [en

* Reanudación de los trabajos de la 2723.ª sesión.

¹⁰ Véase la nota 3 *supra*.

este caso el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles)]. Por lo tanto, el acto unilateral sí representa una fuente de derecho internacional pero no del mismo nivel que el tratado y la costumbre.

34. En el párrafo 87 del informe habría que reemplazar la expresión latina que figura entre paréntesis, a saber, *pacta sunt servanda*, por *acta sunt servanda*. Dicho esto, lo principal es saber si esta fórmula debe mantenerse. En el párrafo 94 se indica que el Estado tiene la libertad para efectuar actos unilaterales fuera del derecho internacional, pero dichos actos no podrán ser contrarios a normas de *jus cogens*. El Sr. Kamto pregunta si la expresión «fuera de» se refiere a la formulación o los efectos del acto unilateral. Lo que importa son los efectos.

35. Pasando al texto de los proyectos de artículos propuestos en el párrafo 119 del informe, el Sr. Kamto destaca dos problemas de terminología. En primer lugar, en el artículo 5 c) se habla de corrupción del «representante del Estado», y en el artículo 5 d) de «la persona que realiza el acto». No es necesario emplear dos expresiones diferentes y, dado que en el marco de los actos unilaterales la noción de representación no es pertinente, sería preferible decir en ambos casos «la persona que realiza el acto». En texto del artículo 5 h) se hace mención de «una norma de importancia fundamental del derecho interno». El Sr. Kamto se pregunta qué significa esta expresión. ¿Se trata de una norma constitucional? De todas formas, sería mejor mantener el término que figura en la Convención de Viena de 1969, es decir norma «fundamental». *A priori*, los proyectos de artículos 5 d) y 5 e) son repetitivos, a menos que el Relator Especial quiera establecer una distinción entre la coerción que se ejerce sobre la persona que realiza el acto y la coerción, representada por la amenaza o el uso de la fuerza, que se ejerce sobre el Estado y que lo lleva a formular un acto unilateral.

36. Con respecto a la interpretación de los actos unilaterales, el párrafo 123 del informe no permite determinar claramente si el Relator Especial se refiere a la causa *Compétence en matière de pêcheries* (España *c.* Canadá) o a la causa *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. De todas formas, el Relator Especial parece indicar que por el momento sólo da indicaciones de lo que serán sus propuestas. Por lo tanto, el Sr. Kamto se reserva el derecho de volver más tarde sobre esta cuestión de la interpretación de los actos unilaterales.

37. El Sr. PELLET apoya decididamente la propuesta de estudiar la relación entre los actos unilaterales y las otras fuentes del derecho internacional. El estudio de este aspecto tal vez no era indispensable en el caso de la Convención de Viena de 1969, pero al tratarse de actos unilaterales, es un punto muy interesante e importante, por lo que convendría alentar al Relator Especial a no ceñirse al esquema de esa Convención.

38. El Sr. KOSKENNIEMI dice que es contrario a la idea de que los actos unilaterales puedan asimilarse a fuentes del derecho internacional. Tales actos crean obligaciones y no derecho, por lo que la utilización poco afortunada del término «nulidad» en todo el proyecto de artículo 5 denota la incapacidad de enunciar la teoría de los actos unilaterales en términos de obligaciones recípro-

cas entre Estados que, en ciertas circunstancias, pueden ser recíprocamente «oponibles». Esas obligaciones jurídicas recíprocas no pueden considerarse derivadas de una condición general de validez de los actos unilaterales, dependen del carácter concreto de la relación entre las partes, la que actúa y las que tienen en cuenta el acto o han confiado en él. El proyecto de artículo 5 no debe remitirse al Comité de Redacción porque plantea problemas que no se refieren únicamente a la redacción.

39. El PRESIDENTE pregunta si en el fondo el debate no gira en torno a algo muy parecido a la noción de impedimento legal.

40. El Sr. KAMTO dice que si se lleva al extremo el razonamiento del Sr. Koskenniemi, se llega a la posición de los voluntaristas de que no hay acto unilateral en derecho internacional: todo acto jurídico o toda fuente de derecho internacional expresa dos voluntades concordantes aun si puede haber una diferencia en el tiempo entre la manifestación de esas dos voluntades, es decir, un consentimiento disociado. Ahora bien, el acto unilateral no crea en general obligaciones recíprocas y no procede de un proceso bilateral o multilateral directo o instantáneo con otros sujetos de derecho internacional. Claro está, ciertos actos unilaterales no se distinguen claramente de los acuerdos internacionales, pero en otros casos sí existe una frontera que los separa. De todas formas, el estudio de los informes con las fuentes del derecho internacional, si bien es de carácter doctrinal, permite situar mejor la noción de acto unilateral y, además, no afecta a la búsqueda de la codificación del tema por la Comisión.

41. El Sr. TOMKA plantea en primer lugar la cuestión de la marcha de los trabajos de la Comisión sobre el tema. El estudio de este tema comenzó en 1997 y hasta el presente sólo ha producido cuatro proyectos de artículos que está examinando el Comité de Redacción. La Comisión se halla en cierto modo en la situación en que se encontraba hace 40 ó 45 años para el estudio del tema de la responsabilidad de los Estados. Entonces el primer Relator Especial, García Amador, se interesó en un aspecto particular del tema y después, ante la ausencia de resultados por ese conducto, el segundo Relator Especial, con la aprobación de la Comisión, intentó establecer reglas generales. En lo que se refiere a los actos unilaterales, tal vez convendría hacer lo contrario, es decir, estudiar sistemáticamente las diferentes categorías de actos unilaterales con el fin de extraer elementos generales. Por ejemplo, la categoría de la promesa, que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas abordó en su intervención ante la Comisión, podría ser interesante y el Relator Especial debería estudiar más detalladamente los efectos jurídicos, las posibilidades de ejecución y las consecuencias de los ejemplos de promesa que cita en su informe.

42. El acto unilateral no es un mecanismo creador de derecho o de normas. Tanto en la convención como en la costumbre, se requiere la participación de varios Estados y una voluntad común. El acto unilateral puede a lo sumo estar en el origen de una práctica del Estado que acaba por crear una norma.

43. Con respecto a la cuestión de la nulidad de los actos unilaterales [proyectos de artículos 5 a) a 5 h)], el Relator Especial, en el párrafo 99 de su informe, establece una

distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, pero al final del párrafo da un ejemplo de nulidad relativa que parece estar en contradicción con el proyecto de artículo 5 h). Esta distinción entre absoluto y relativo quizá no sea necesaria en el texto de un proyecto de artículos, y el Comité de Redacción probablemente encontrará otra forma de expresarla. También en el párrafo 99 del informe, uno de los ejemplos de nulidad absoluta se refiere a la coacción que se ejerce sobre el representante del Estado, pero, si no hay coacción, no hay voluntad, por lo tanto no hay acto jurídico. Así, se trata de una falta de acto y no de un acto de nulidad absoluta. En consecuencia, parece que los actos de nulidad absoluta corresponderían a los proyectos de artículos 5 e) y 5 f) y los casos de nulidad relativa a los proyectos de artículos 5 a) —teniendo en cuenta la reacción de buena fe de los otros Estados— 5 b), 5 c) y 5 h). Por lo que se refiere al proyecto de artículo 5 g), el Sr. Tomka comparte el punto de vista del Sr. Simma. En todo caso, todos los proyectos de artículos de 5 a) a 5 h) necesitan ser retocados.

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el proceso de teorización del tema de los actos unilaterales del Estado no parece haber alcanzado el punto crítico para proseguir su desarrollo, en razón del alcance que el Relator Especial mismo confiere al tema. Es verdad, el Relator Especial ha abandonado la referencia a la noción de autonomía del acto unilateral en la definición de éste, pero sigue considerándolo como acto autónomo y sigue procurando estudiar su valor en derecho, lo que constituye el meollo del problema. Los actos unilaterales y las diferentes formas en que se expresan pueden presentar interés, e incluso tener efectos en el plano jurídico, pero no pueden en sí tener valor de obligaciones internacionales. Sólo pueden analizarse en relación con la acción, la reacción o la aceptación en alguna u otra forma por otros Estados. Sin esta contrapartida, el acto unilateral queda por así decirlo suspendido, máxime si se considera que el Estado, que es totalmente libre de formular el acto, también lo es de ponerle fin. Desafortunadamente, dado que la mayoría de los actos unilaterales son declaraciones de política nacional, cabe preguntarse por qué tantos miembros de la Comisión se preocupan por las dificultades de acceso a los trabajos preparatorios para la interpretación de estos actos. Los trabajos preparatorios no son en este caso los referentes al derecho de los tratados, están constituidos por el contexto de la declaración, la coacción, la ocasión o cualquier otro factor que lleva al país a actuar o a reaccionar de cierta manera. Se sabe por experiencia que el Estado que hace una declaración de este tipo considera con toda lógica que contrae una obligación. Cuando los Estados poseedores de armas nucleares declaran que no utilizarán el arma nuclear contra un Estado no poseedor de tales armas, se trata de un compromiso unilateral, que algunos Estados aceptan, del que otros Estados dudan y en que otros Estados no creen, pero el Estado autor de la declaración estima que ésta le impone una obligación. Sin embargo, se trata de una especie de «cortesía internacional», lo cual es muy diferente de una obligación internacional. Por lo tanto, no tiene nada de inmoral que la India, después de haber mantenido durante más de 40 años el compromiso que había asumido unilateralmente de no dotarse de armas nucleares, retire este compromiso porque las circunstancias han evolucionado y los resultados esperados de su compromiso no se han materializado.

Raros son incluso los acuerdos internacionales que sobreviven más de 40 años. La manera en que se pone fin a la obligación unilateral creada por el acto unilateral difiere también de la manera en que se pone fin a un tratado, en el sentido de que en este último caso hay un procedimiento y un método convenientes que respetar, mientras que en el caso del acto unilateral sólo el impedimento legal, el consentimiento, la existencia de un tratado, la costumbre o alguna otra obligación puede oponerse a una rescisión igualmente unilateral.

45. El Sr. Sepúlveda ha planteado una cuestión muy importante acerca del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a saber, el acto unilateral de que son autores conjuntamente varios Estados, pero en ese caso tenemos la forma del tratado y la firma de las Partes. Está también el caso de figura en que un Estado A hace una declaración unilateral de política nacional y un Estado B reacciona ante esa declaración con otra declaración unilateral que refleja una verdadera concordancia entre ambos y cierta expectativa común; no se trata de la forma de un tratado, y el reducido número de Estados interesados hace que no se pueda hablar de costumbre, pero los dos Estados están obligados por un compromiso recíproco. Otro ejemplo es el Acuerdo sobre los arreglos provisionales relativos a los nódulos polimetálicos de los grandes fondos marinos, en virtud del cual los Estados Unidos y otros tres países enunciaron, en las primeras fases de la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un sistema diferente de reglamentación de la explotación minera de los fondos marinos. Todos estos ejemplos constitutivos de la práctica de los Estados deberían estudiarse atentamente para procurar determinar los efectos y la lógica de estos actos que se sitúan al límite de la obligación internacional sin ser ellos mismos fuente de derecho internacional. El Comité de Redacción seguramente no dejará de tener en cuenta todas las observaciones formuladas acerca de la cuestión de la nulidad de los actos unilaterales, quedando entendido que es importante tanto estudiar la «rescisión» del acto unilateral como su formación.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2726.ª SESIÓN

Martes 28 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Can-dioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Mom-taz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet,

Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue.

Actos unilaterales de los Estados (continuación) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. FOMBA subraya que los actos internacionales son acciones y hechos importantes de los Estados y así deben considerarse en derecho internacional. Se pregunta hasta qué punto es o puede llegar a ser éste el caso en la práctica y de qué forma y qué evaluación crítica cabe hacer de esos actos, y con qué objeto. Dejará a los «poetas del derecho internacional» la respuesta a estos interrogantes.

2. Resulta desconcertante que, al 14 de marzo de 2002, solamente tres gobiernos hayan respondido al cuestionario sobre los actos unilaterales de los Estados (véase A/CN.4/524), lo que sugiere que los gobiernos no consideran interesante el tema, que la práctica es más imaginaria que real, que los actos unilaterales son flexibles y, por lo tanto, difíciles de definir o que toda la cuestión está preñada de riesgos. En cualquier caso, se necesita ulterior información sobre la práctica. Debe instarse de nuevo a los Estados a que respondan al cuestionario y pedirse a la Oficina de Asuntos Jurídicos que proporcione información sobre esta cuestión.

3. En el párrafo 30 de su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2) el Relator Especial señala que, a pesar de que en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ no se hace referencia a los actos unilaterales, tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina se presume la existencia de esta categoría de actos jurídicos. Conviene observar que también la jurisprudencia acredita la existencia de esos actos. La dificultad principal es la del ámbito de los actos unilaterales, que, como ha señalado De Visscher, se caracteriza por las incertidumbres que acompañan a sus efectos jurídicos². La CIJ ha disipado esas incertidumbres recurriendo al principio de la buena fe y a consideraciones objetivas que se infieren del interés general, en particular la necesidad de la certidumbre jurídica³. Sin embargo, habida cuenta de la diferente naturaleza de los mandatos de la Corte y de la Comisión, y sin perjuicio de los resultados del estudio que se está llevando a cabo de la práctica, la Comisión debería poder avanzar más de lo que lo ha hecho la Corte y proponer un auténtico régimen jurídico para los actos unilaterales.

4. El examen del concepto de los efectos jurídicos en función de los derechos y obligaciones y desde el punto de vista de la lógica, consideraciones de seguridad y la

práctica deberían ayudar a establecer un marco jurídico adecuado, por lo menos para los actos unilaterales más tradicionales: promesa, reconocimiento, renuncia y protesta. Además, este enfoque parece concordar con las opiniones expresadas por la CIJ en el asunto de la *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá). Incumbe a la Comisión «descifrar» el «mensaje» de la Corte con inteligencia, sutilidad y sentido práctico.

5. Mientras que se entiende relativamente bien el mecanismo que rige el proceso dialéctico del desarrollo y funcionamiento de las convenciones y la costumbre en cuanto fuentes de derecho internacional, poco o nada se sabe acerca del vínculo entre los actos unilaterales y esas fuentes establecidas. Por consiguiente, está de acuerdo con el Sr. Kamto y el Sr. Pellet, que han pedido que se estudie esta cuestión.

6. En general, el derecho internacional tiene poco que decir sobre la cuestión de la clasificación, por razones concernientes a las diferencias entre el derecho internacional y el derecho interno. Así ocurre tanto con las convenciones como con la costumbre. El párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la CIJ no entra en detalle en ninguna de esas categorías. Los autores han abordado con frecuencia esta cuestión, pero sin gran éxito, y la jurisprudencia internacional ha tenido al parecer escaso interés en establecer una jerarquía entre ellas. La Comisión debe seguir estos ejemplos y abstenerse de forzar la cuestión. Ahora bien, sería muy útil aclarar el vínculo jurídico y funcional entre los actos unilaterales y otras fuentes de derecho internacional.

7. En cuanto al proyecto de artículos, parece haber un consenso general sobre el artículo 1. No obstante, subsisten algunas dudas sobre el ámbito *rationae personae* de los actos formulados por los Estados. Por ejemplo, no está claro si deben quedar incluidos los movimientos de liberación nacional. En su opinión, la respuesta depende de la manera en que se trate en definitiva a esas entidades en derecho internacional y si hay una necesidad práctica de incluirlas en el marco de los actos unilaterales. Habría sido interesante examinar las posiciones y el comportamiento, o por lo menos los deseos e intenciones, de un movimiento tal como la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) acerca del reconocimiento, promesa, protesta o renuncia.

8. El artículo 5 g) (párr. 119 del informe) relativo a la nulidad absoluta de un acto que, en el momento de su formulación, contraviene una decisión del Consejo de Seguridad, constituye una acertada adición al régimen de Viena desde los puntos de vista político y jurídico. Si bien el artículo 5 h) refleja el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969, no incluye el concepto de violación «manifiesta» del derecho interno del Estado que formula el acto unilateral. Se pregunta si debería incluirse esta palabra en el artículo o mencionarla simplemente en comentario.

9. Los proyectos de artículos a) y b) (párr. 135 del informe), relativos a la interpretación, son aceptables en conjunto. Conviene con la posición adoptada por el Gobierno español en el asunto *Compétence en matière de pêcheries*. Dado que los actos unilaterales no siempre incluyen preámbulos y anexos, tal vez fuera preferible que en el párrafo 2 del artículo a) se dijera que el contexto a efectos

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

² C. De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, París, Pedone, 1967, pág. 156.

³ *Ibid.*, pág. 157.

de la interpretación de un acto unilateral debería incluir el texto y, en su caso, su preámbulo y anexos. Debería adoptarse un enfoque análogo con respecto a la referencia a los trabajos preparatorios en el artículo b).

10. Por último, apoya la propuesta concerniente al grupo de trabajo sobre el importante tema de los actos unilaterales.

11. El Sr. PELLET dice que, en su quinto informe, el Relator Especial suena como un disco rayado, repitiendo las mismas cosas y obligando con ello a los miembros de la CDI y a los representantes de los Estados en la Sexta Comisión a repetirse a su vez. En el párrafo 37 de su informe, el Relator Especial se refiere indudablemente a él cuando habla del miembro que ha pedido un informe recapitulativo sobre el estado de las discusiones acerca del tema en general y de los proyectos de artículos presentados hasta la fecha. Si, en verdad, es ese miembro, hubiera esperado que dicho informe le ofreciese la oportunidad de plantearse de otro modo el tema sobre la base de las críticas y observaciones hechas y proponer nuevos proyectos de artículos a la luz de esas consideraciones. Lamentablemente, no es así como ha obrado el Relator Especial.

12. Sigue convencido de que el tema de los actos unilaterales de los Estados se presta a la codificación y el desarrollo progresivo por parte de la Comisión. Existe ya una «amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas», por utilizar los términos del artículo 15 del estatuto de la Comisión, y sería también útil que los Estados supieran de la manera más exacta posible los riesgos que corren al formular tales actos. Los Estados están dispuestos a asumir compromisos, pero no desean verse tomados por sorpresa, como le ocurrió a Noruega a resultas de la declaración de Ihlen [véanse las páginas 69 y 70 de la sentencia de la CPIJ en el asunto *Statut juridique du Groënland oriental*] o a Francia en el caso de los ensayos nucleares en la atmósfera.

13. Resulta evidente de los párrafos 136 a 147 del informe que tanto la Sexta Comisión como la CDI permanecen divididas sobre la cuestión de la clasificación. Algunos consideran que los actos unilaterales son demasiados diversos para tratarlos en cuanto categoría única; la promesa, el reconocimiento, la renuncia, la protesta, la notificación y demás actos deben ser estudiados y codificados por separado. Otros, incluido al parecer el Relator Especial, piensan que pueden unificarse las normas aplicables, por lo menos a nivel de principios generales. En lo que a él respecta, comparte esta última posición. Parece evidente que los Estados pretenden que sus actos unilaterales surtan efectos jurídicos. En este sentido, no hay diferencia entre tales actos y los tratados, a los que también resulta imposible reducir a una sola categoría homogénea, pero que son, no obstante, objeto de aplicación de normas comunes.

14. En cuanto que autor conjunto de un libro de texto de derecho internacional general, no tuvo problemas especiales para redactar el capítulo relativo a los actos unilaterales. Por otra parte, es con frecuencia muy difícil clasificar un acto unilateral, por ejemplo, la declaración de Ihlen o la declaración de soberanía sobre las Islas Monjes hecha por Colombia en 1952; ese hecho sugiere que dichos actos son menos similares de lo que se ha mantenido. Por otra

parte, su pretendida diversidad puede ser más aparente que real. Tiende a convenir con las opiniones expresadas en los párrafos 138 a 140 del informe y, en cualquier caso, se pregunta si no podrían dividirse los actos unilaterales sencillamente en dos, y solamente dos, categorías, por lo menos en lo que se refiere a sus efectos. Sin embargo, en lugar de la clasificación propuesta por el Relator Especial en el párrafo 137 de su informe, podría ser más útil distinguir entre actos de «condición», como la notificación y su contrapartida negativa, la protesta, que son necesarios para que otro acto surta efectos jurídicos, y actos «autónomos», que surten efectos jurídicos, como la promesa, la renuncia, que podría considerarse como su contrario, y el reconocimiento, que es una especie de promesa. Al estudiar los efectos jurídicos, habría que distinguir necesariamente entre esas dos categorías, pero debería poderse llegar a una definición y un régimen jurídico común de los actos unilaterales.

15. Uno de los principales argumentos formulados por quienes impugnan la propia validez del tema es el de que los actos unilaterales no surten efectos en sí y por sí, ya que sus efectos dependen de las reacciones de otros Estados. No está en absoluto de acuerdo. La promesa de hacer algo, el reconocimiento de otro Estado o de una situación, la renuncia a un derecho o la protesta contra el comportamiento de otro sujeto o sujetos de derecho internacional surten efectos jurídicos, aunque en algunos casos sólo si otros Estados o un tribunal internacional toman al pie de la letra al Estado autor. Las declaraciones hechas por el representante de Francia en la Asamblea General y los carteles colgados en las paredes de las Embajadas de Francia en Australia y Nueva Zelandia no habrían interesado a nadie si la CIJ no se hubiese remitido a ellos en los asuntos de los *Essais nucléaires*. El reconocimiento por un Estado de otro Estado podría equivaler a una declaración de amor platónico en el improbable caso de que no buscara ninguna reacción del Estado reconocido de este modo, pero ese hecho no privaría al reconocimiento de efectos jurídicos. Análogamente, si Suiza conviene en acatar una decisión del Consejo de Seguridad, está obligada por esa promesa, sin necesidad de ningún reconocimiento oficial.

16. El Sr. Sreenivasa Rao ha sostenido que, a diferencia de un tratado, un acto unilateral puede ser revocado en cualquier momento. Una vez más discrepa de esta opinión. El Estado que ha manifestado unilateralmente su voluntad de obligarse está de hecho obligado. En sus fallos en los asuntos de los *Essais nucléaires*, la CIJ declaró que «no puede interpretarse que [los actos unilaterales] sean formulados contando implícitamente con un poder arbitrario de reconsideración» [Australia *c.* Francia, pág. 270; Nueva Zelandia *c.* Francia, pág. 475]. Los actos unilaterales, al igual que los tratados, pueden ser trampas en las que caigan los Estados contra su voluntad; una vez que un Estado manifiesta su compromiso, éste es irrevocable. E incluso si, como mantienen algunos miembros, los actos unilaterales no producen efecto si no hay una manifestación de voluntad por otro sujeto de derecho internacional, no ve por qué esto impediría a la Comisión abordar el tema o codificar los actos del caso.

17. En la reunión anterior apoyó la sugerencia del Sr. Kamto de que el Relator Especial estudie la relación entre los actos unilaterales y otras fuentes de derecho internacional. El Sr. Koskenniemi parece haberse opuesto

enérgicamente a ese estudio por pensar que los actos unilaterales no pueden ser fuentes de derecho internacional; pueden crear obligaciones, pero no normas. Se trata de una postura excesivamente doctrinal, abstracta y sin consecuencias concretas. Lo importante es que los actos unilaterales producen efectos jurídicos del mismo modo que fuentes «genuinas» de derecho internacional. Además, los tratados pueden crear obligaciones especiales para los Estados partes, mientras que los actos unilaterales pueden dar origen a normas generalizadas e impersonales, como en el caso de la reglamentación unilateral por un Estado del derecho de paso de otros Estados por sus aguas territoriales o del acceso de extranjeros a su territorio. Si con ello complace al Sr. Koskenniemi, está dispuesto a abandonar la utilización de la palabra «fuentes», pero sigue manteniendo que es *absolutamente* indispensable, pues el Sr. Koskenniemi adora los adverbios, estudiar la relación entre los actos unilaterales y otras maneras de crear normas y obligaciones en derecho internacional por las razones esbozadas por el Sr. Kamto. Un tratado puede establecer excepciones a la costumbre. ¿Podría hacerlo también un acto unilateral? Por supuesto, un acto unilateral no puede contravenir un tratado, tal vez por las razones líricamente evocadas por el Sr. Koskenniemi. El Relator Especial debe ciertamente examinar ese tipo de cuestiones.

18. En cuanto a las cuestiones concretas planteadas en el quinto informe, acoge con satisfacción el hecho de que se haya excluido el concepto de «autonomía» de la definición de actos unilaterales, aunque reconoce que pudiera ser pertinente para el régimen jurídico correspondiente, y que la palabra «declaración» se haya sustituido por «manifestación de voluntad», lo que deja la cuestión abierta. La sustitución de «contraer obligaciones jurídicas» por «producir efectos jurídicos» resulta especialmente satisfactoria en la versión francesa, en la que la primera expresión decía *créer des obligations juridiques* (crear obligaciones jurídicas). Un acto unilateral puede reconocer una obligación preexistente o protestar contra ella, pero no crearla. Sin embargo, se opone a la inclusión de la palabra «inequívoca» en la definición, puesto que una declaración de contenido equívoco podría obligar, no obstante, a un Estado. Le suscitan también objeciones las palabras «y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional», que plantean el mismo problema que «inequívoca» e introducen un elemento de prueba que complica innecesariamente la definición.

19. No está claro que «condiciones de validez» y «causas de nulidad» sean expresiones equivalentes. No está de acuerdo con quienes mantienen que el Relator Especial ha seguido demasiado de cerca la Convención de Viena de 1969. Al igual que los tratados, los actos unilaterales son manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos. Por ello, es lógico utilizar el derecho de los tratados, *mutatis mutandis*, como base para la codificación de esos actos y proceder empíricamente examinando si las diversas causas de nulidad enumeradas en los artículos 46 a 53 de la Convención pueden utilizarse como base para el tratamiento de esta cuestión en el proyecto de artículos. No piensa que el Relator Especial haya hecho un auténtico esfuerzo para estudiar la lista de causas; una vez hecho esto, la Comisión estaría en condiciones de examinar si

existen factores, distintos de los mencionados en la Convención, que sean específicos de los actos unilaterales.

20. Por ejemplo, el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 se refiere a las disposiciones del derecho interno relativas a la competencia para concertar tratados, pero está convencido de que no hay disposiciones semejantes en relación con la competencia para formular actos unilaterales. Cualquier funcionario del Estado, desde el agente de policía más ordinario hasta el Presidente de la República, pueden obligar al Estado en esas cuestiones. A diferencia del Relator Especial, no opina que los artículos 7 a 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁴ sean particularmente pertinentes para el tema. El artículo 4, que establece que el comportamiento de cualquier órgano del Estado debe considerarse como un acto de ese Estado en derecho internacional, es más pertinente. La cuestión principal es la de si un órgano que se ha excedido de sus poderes o contravenido las instrucciones recibidas obliga, no obstante, internacionalmente al Estado a proceder así. Según el artículo 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la respuesta es afirmativa. Se siente, pues, inclinado a pensar que debe examinarse el artículo 5 h) con mucho más detalle antes de remitirlo al Comité de Redacción, ya que no sólo su texto sino también su principio mismo suscita interrogantes. Lo mismo ocurre, a *fortiori*, con la cuestión de las restricciones específicas a la autoridad para manifestar el consentimiento de un Estado, de que se ocupa el artículo 47 de la Convención de Viena de 1969, y que el Relator Especial propone que no se aplique al caso de los actos unilaterales, sin dar, no obstante, motivo alguno auténtico para esa decisión.

21. En cuanto a las disposiciones relativas a error, dolo, corrupción o coerción, la transposición de esos motivos de nulidad parece plantear menos problemas. No obstante, debe seguir considerándose su formulación, teniendo más plenamente en cuenta la práctica de los Estados. Al igual que la gran mayoría de los demás miembros que han hecho uso de la palabra, considera que el Relator Especial no ha dedicado suficiente atención a la abundante práctica disponible en esa esfera. No es muy infrecuente que los Estados aleguen que no se han obligado válidamente al contraer algún compromiso unilateral del que luego se han lamentado. El Relator Especial parece incluso haber dedicado insuficiente atención a la jurisprudencia: los alegatos verbales y escritos en los casos *Statut juridique du Groënland oriental* y *Temple de Préah Vihear* en los que Noruega y Tailandia, respectivamente, negaron de modo enérgico que se hubieran comprometido son accesibles sin problemas y podrían haber ofrecido valiosas lecciones a este respecto. Solamente cuando se haya realizado un estudio adecuado podrá la Comisión adoptar una decisión informada sobre la conveniencia de remitir esas disposiciones al Comité de Redacción.

22. Apoya la opinión de que el Relator Especial no ha sido suficientemente riguroso al establecer la distinción entre nulidad absoluta y relativa. Sin embargo, prescindiendo del uso que se haga de ella, se plantea la cuestión de si tal distinción, que es válida en relación con el derecho

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

de los tratados, puede traspasarse a la esfera de los actos unilaterales. La razón principal para establecer tal distinción en el derecho de los tratados era la de garantizar que los Estados no pusieran en peligro la seguridad jurídica impugnando compromisos recíprocos. En el caso de los actos unilaterales no existe tal reciprocidad de voluntad. En consecuencia, caben dos líneas de razonamiento. O bien concluir que la nulidad es siempre relativa y que sólo el Estado autor puede invocarla; o bien cabe estimar que todos los Estados a los que se dirige el acto pueden invocar su nulidad. Se siente inclinado hacia esta última opinión, ya que en el caso de los actos unilaterales, a diferencia de los tratados, los demás Estados no han participado en la formación de los derechos u obligaciones que, por definición, les afectan. Una vez más a este respecto, se requiere ulterior estudio.

23. Parece haber un caso en el que la nulidad absoluta del acto unilateral es indiscutible, no sólo en el sentido de que cualquier Estado puede invocarla, sino también en el de que es nulo *ab initio* con respecto a todas sus consecuencias. Tal es el caso, mencionado en el artículo 5 f), de un acto que contradice una norma imperativa de derecho internacional. Por otra parte, no está convencido de la nulidad absoluta de un acto que contradiga una decisión del Consejo de Seguridad, de que trata el artículo 5 g). No sólo no está incluido ese caso en la Convención de Viena de 1969, sino que el problema es también, no de nulidad, sino de conflicto entre instrumentos de distinta naturaleza. Esto le hace volver a la cuestión de la relación entre los actos unilaterales y otras fuentes de derecho internacional, o entre las obligaciones derivadas de actos unilaterales y las derivadas de otros actos en derecho internacional. La Comisión debería esperar el resultado de un estudio detallado de esta cuestión, en lugar de adoptar precipitadamente una disposición aislada que, en su opinión, no tiene cabida en la sección del proyecto relativa a la nulidad. Además, merece señalarse de paso que el artículo 5 g) postula la universalidad de las Naciones Unidas, situación que, si bien es cierta en el mundo contemporáneo, pudiera no persistir indefinidamente.

24. En resumen, no es partidario de que se remitan los artículos 5 a) a 5 h) al Comité de Redacción, debido en parte a sus reservas sobre el contenido de algunas de esas disposiciones, pero también por razones más generales. En su opinión, el Relator Especial no ha tomado suficientemente en cuenta la extremada complejidad de los problemas y de la práctica de los Estados en esta materia. Si la mayoría de los miembros de la Comisión es partidaria de remitir los artículos al Comité de Redacción en el actual período de sesiones —lo que, sin embargo, parece improbable— el Comité afrontaría la pesada tarea, no sólo de armonizar las diversas disposiciones, sino de tratar diversos problemas de fondo que no forman parte de su mandato. Ahora bien, si el Comité se ve obligado, pese a todo, a ocuparse de los artículos 5 a) a 5 h) en su redacción actual, haría bien en abandonar la forma plural «[o los Estados]», adoptando quizás también una disposición general en el sentido de que puede haber actos unilaterales colectivos, o bien explicar la cuestión en los comentarios, como sugiere el Relator Especial en el párrafo 116 del informe. Sin embargo, en su opinión, el artículo 5 no está maduro todavía para ser remitido al Comité de Redacción.

25. En cuanto a la cuestión de la interpretación, tiene poco que añadir a lo que ya dijo en el anterior período de sesiones, puesto que el Relator Especial no parece haber atendido las críticas hechas a su cuarto informe⁵, limitándose, por el contrario, a reproducir textualmente los artículos a) y b) en su quinto informe. Por las razones que indicó en el anterior período de sesiones, le sigue suscitando reservas la conveniencia de remitir esos artículos al Comité de Redacción.

26. Para concluir con una nota de carácter más general, no ve motivos para que la Comisión remita al Comité de Redacción en el actual período de sesiones los artículos relativos a la interpretación y a la nulidad, que decidió no remitir al Comité de Redacción en anteriores períodos de sesiones. Si bien el artículo 5 incluye, según se reconoce, algunas enmiendas al artículo 7 propuesto por el Relator Especial en su segundo informe⁶, no se han introducido verdaderas modificaciones de fondo; y, sobre todo, el proyecto de artículos sigue sin basarse en un estudio adecuado de la práctica de los Estados. Si bien no es de los que desean que se abandone el tema, se pregunta si no sería más apropiado suspender su examen por el momento y pedir a la Secretaría que realice un estudio de la práctica de los Estados en materia de actos unilaterales, tal vez en colaboración con algunos miembros de la Comisión, como el Sr. Simma, que de hecho se han prestado ya a hacerlo. Ese estudio debería realizarse sobre la base de la definición contenida en el artículo 1, que el Comité de Redacción podría tal vez examinar en el actual período de sesiones, y en colaboración con el Relator Especial. Sobre la base de ese estudio, el Relator Especial podría evaluar, modificar y ampliar su proyecto. Podría establecerse un grupo de trabajo, con carácter urgente, para determinar, en una o dos sesiones de tarde, el objeto exacto del estudio que hubiera de realizarse. Aunque esto supondría la suspensión de los trabajos sobre el tema durante un año, se ahorraría mucho tiempo a largo plazo.

27. El Sr. KOSKENNIEMI se considera obligado a defenderse de la somera desestimación que ha hecho el Sr. Pellet de su distinción entre fuentes de derecho y fuentes de obligación, y de las acusaciones de que está excesivamente preocupado por abstracciones académicas. En su opinión, la distinción entre fuentes de derecho y fuentes de obligación y entre las nociones de validez e impugnabilidad constituye la causa de las dificultades con que se enfrenta la Comisión respecto del artículo 5, y es fundamental para la adecuada comprensión de la distinción entre los actos unilaterales que producen consecuencias jurídicas y los que no las producen.

28. Admite que la distinción entre fuentes de derecho y fuentes de obligación es teórica. En cuanto tal, podría haberse prescindido de ella, de no ser por el hecho de que conduce a la ulterior distinción entre validez e impugnabilidad. La redacción del artículo 5 pone de manifiesto que el Relator Especial considera los actos unilaterales en función de su validez o nulidad. En su opinión, tal concepción es errónea. Los actos unilaterales deben considerarse de hecho en función de su impugnabilidad o inimpugnabilidad. La validez es una calidad de la ley:

⁵ Véase 2723.ª sesión, nota 2.

⁶ *Anuario...* 1999, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1, párr. 109.

cuando un parlamento aprueba una ley, ésta adquiere validez y, con ello, carácter vinculante. Por el contrario, los actos unilaterales no se ajustan a los criterios formales que debe satisfacer una ley para crear consecuencias jurídicas. En lugar de ello, crean consecuencias jurídicas en determinadas circunstancias, en las que cierto número de otros Estados consideran que el comportamiento de un Estado es impugnabile.

29. Esto por lo que se refiere a las abstracciones académicas. Al nivel más inferior de la práctica, durante una visita hecha a Noruega en 1977, el Presidente de Finlandia informó a sus anfitriones noruegos de que Finlandia aceptaba la reclamación de Noruega a la plataforma continental desde la costa noruega hasta Jan Mayen. Desde entonces, no pasó un año sin que Noruega recordase a Finlandia que había aceptado esta exorbitante reclamación. Y, en lo que respecta a un análisis jurídico, esto era ciertamente correcto: Finlandia no estaba ya en condiciones de impugnar la reclamación de Noruega, aunque cualquier otro Estado tenía ciertamente derecho a ello. En otras palabras, aun cuando impugnabile, la declaración hecha por el Presidente de Finlandia no gozaba del tipo de validez de que disfruta una ley. Lo mismo cabe decir, *mutatis mutandis*, de las transacciones jurídicas entre Francia, Australia y Nueva Zelandia en los asuntos de los *Essais nucléaires*.

30. La pertinencia de esto con respecto al artículo 5 consiste en que, basándose en su posición de que los actos unilaterales gozan de validez, el Relator Especial pasa a enumerar determinadas condiciones para la nulidad, como la coerción, la amenaza o el empleo de la fuerza o un conflicto entre el acto y una norma imperativa de derecho internacional. Lo que falta en la lista es la condición más evidente para la nulidad —o, más bien, la impugnabilidad— de un acto, a saber, el simple caso de un hecho ilícito, un hecho contrario a la ley y las obligaciones contraídas por el Estado en la esfera de la responsabilidad de los Estados. Esa omisión es atribuible al hecho de que el Relator Especial está pensando en función de la creación del derecho; al colocar los actos unilaterales al mismo nivel que la ley, el Relator Especial llega a la conclusión de que un acto unilateral no constituye un hecho ilícito. Esto es un error. Evidentemente, un acto unilateral puede ser inimpugnabile —o «nulo», para utilizar la expresión del Relator Especial—, por ser un hecho ilícito con arreglo a un sistema general de derecho que es válido y que confiere sentido a determinadas acciones de los Estados al proyectar sobre ellas la calidad de la impugnabilidad.

31. Si bien dista mucho de estar obsesionado por distinciones académicas, debe reconocerse que, en ocasiones, arrojan luz sobre algunos aspectos del comportamiento de los Estados y proporcionan una base para interpretar ese comportamiento de una forma determinada. El marco conceptual de los actos unilaterales es útil en la medida en que indica que, en determinadas circunstancias, los Estados pueden quedar obligados, con independencia de sus deseos. Sin embargo, la noción de validez no tiene cabida en ese marco conceptual. Además, el enfoque del Relator Especial está también viciado fundamentalmente por cuanto considera sólo la función del Estado autor, prescindiendo del contexto más general. Por todas estas razones, le suscita serias dudas la idoneidad del tema para la codificación.

32. El Sr. SIMMA, refiriéndose a las críticas del Sr. Pellet a las observaciones hechas por el Sr. Koskenniemi en la sesión anterior, críticas que, en su opinión, son excesivamente dogmáticas, dice que apoya plenamente la opinión del Sr. Koskenniemi de que los actos unilaterales pueden ser fuentes de obligación, pero no fuentes de derecho. Por otra parte, no puede admitir que la distinción fundamental entre actos unilaterales y fuentes de derecho sea la de impugnabilidad frente a la validez. La «validez» es una palabra cuyo significado difiere según los idiomas y, en su opinión, se trata de una cuestión de *Begriffsjurisprudenz*. Por su parte no ve nada erróneo en describir una promesa solemne hecha por un jefe de Estado en contravención de determinadas disposiciones constitucionales como «nula».

33. Le suscitan también algunas reservas las críticas hechas por el Sr. Koskenniemi al artículo 5 *h*). El problema parece derivar de la utilización hecha por el Sr. Pellet de la palabra *engager* (comprometer). Es cierto que, en el sentido más amplio, cualquier acto de un órgano de un Estado puede comprometer la responsabilidad del Estado: si un agente de policía golpea brutalmente a un diplomático extranjero, su Estado quedaría *engagé* (comprometido). Por otra parte, si un agente de policía alemán hace la promesa de que Alemania jamás adquirirá armas nucleares, es evidente que el Estado alemán no quedaría *engagé*. Lo que el Relator Especial ha tenido presente en el artículo 5 *h*) es el *engagement* contractual o unilateral del Estado como consecuencia de sus declaraciones, y no como resultado de actos que comprometan la responsabilidad del Estado.

34. En cuanto a la preocupación expresada por el Sr. Koskenniemi sobre la falta de toda referencia en el artículo 5 al caso de la ilegalidad del acto unilateral, debe tenerse presente que la ilegalidad en derecho internacional sigue siendo abrumadoramente un concepto relativo o bilateralista. Si el Estado A hiciera una promesa al Estado C, violando con ello un compromiso contraído por los Estados A y B, sería difícil decir con seguridad que ese acto unilateral era nulo. Esto plantea la cuestión de la distinción en derecho internacional entre obligaciones bilaterales y obligaciones *erga omnes*, que son sumamente afines a las obligaciones de *jus cogens*, categoría de la que el Relator Especial se ha ocupado ya en su proyecto inicial.

35. Por último, en lo que respecta a su propuesta anterior relativa a la conveniencia de realizar un estudio detallado, no tenía la intención de que la Secretaría, ya sobrecargada, acometiera tal estudio. Lo que había previsto es que el Relator Especial, tal vez con la ayuda de otros miembros, elaborara un proyecto de investigación, sobre la base del cual podría encargarse a investigadores del sector privado que prepararan una compilación de la práctica, tal vez con la financiación de alguna fundación no política.

36. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que está sumamente consternado. Se acaba de hacer un llamamiento a la Comisión para que suspenda su labor sobre el tema. Sin embargo, es demasiado tarde para tal llamamiento. La Comisión se encuentra ahora en la fase en que tiene que decidir si puede y debe rellenar el surco que ha roturado colectivamente. No piensa que deba. Cabe aducir que no se ha logrado nada, pero no es ésta su impresión. Coincide con el Sr. Pellet en que, como parte de su labor futura,

la Comisión debería analizar la manera de revocar los actos unilaterales. ¿Significa esto que debe descartarse el análisis ya realizado de los medios de formular actos unilaterales? No lo cree así.

37. El Sr. Pellet ha impugnado el argumento del Sr. Sreenivasa Rao de que en cualquier momento puede revocarse un acto unilateral. En su opinión, esto es cierto y no lo es. En el derecho de los tratados no se desconoce la técnica de la denuncia, pero ni la Convención de Viena de 1969, ni la de 1986, indican cuándo debe hacerse una denuncia para que se considere admisible. Es el autor de la denuncia el que tiene la capacidad soberana y unilateral de determinar el momento en el que se hace la denuncia. Esto es todavía más así en el caso de un acto unilateral: el Estado autor puede advertir posteriormente que no hubiera debido formularse el acto. ¿Obraría en tal caso el Estado autor de mala fe al denunciarlo? Si el acto se hubiera formulado de buena fe, el Estado autor podría igualmente de buena fe reconocer que no debería haberlo formulado. La clave de este rompecabezas, que data de los casos de los *Essais nucléaires*, es la buena fe, y piensa que puede darse por terminado un acto unilateral de buena fe. Merece incluirse la técnica de la revocación en el estudio de los medios de dar por terminados los actos unilaterales.

38. Un segundo motivo de su consternación es el de combinar el régimen de los actos unilaterales con el régimen de la responsabilidad de los Estados. Los casos de los *Essais nucléaires* y la declaración de Ihlen se desvanecen si se piensa que un agente de policía de poca categoría que trata con brusquedad a alguien compromete la responsabilidad de Francia. Después de todo, hay una diferencia entre que la Casa Blanca adopte medidas contra una persona y que alguien en Harlem golpee a esa persona. La institución competente para comprometer la responsabilidad del Estado tiene que considerarse en términos relativos: no puede situarse al Presidente de Francia y a un empleado postal francés, por ejemplo, en pie de igualdad. El tema es ya lo bastante difícil y complejo como para tener que recurrir a estos razonamientos tan poco útiles.

39. Otra cuestión problemática es la de quién puede invocar la nulidad en el contexto de los actos unilaterales. ¿Puede cualquier persona hacerlo una vez que ha habido una declaración o manifestación de voluntad?

40. Por su parte, piensa que deben extraerse lecciones de toda la labor realizada y los debates celebrados hasta la fecha sobre un tema que la propia Comisión no ha comprendido adecuadamente. Pueden ponerse a salvo algunos elementos de la labor realizada sobre determinadas cuestiones: por ejemplo, partes de la definición contenida en el artículo 1 deberían suprimirse, pero esto no significa que deba desecharse el artículo en su totalidad. Se han señalado elementos interesantes en relación con la interpretación, y también éstos deben conservarse. Tal es la labor que la Comisión puede abordar ahora.

41. El Sr. BROWNLIE dice que el tema es colosalmente difícil y que el Relator Especial merece todo tipo de consideración por sus esfuerzos. Por su parte, piensa, y al parecer diversos miembros coinciden con él, que puede realizarse un estudio expositivo de los actos unilaterales. El Gobierno de su propio país, en su respuesta al cuestionario sobre los actos unilaterales de los Estados, ha

dicho que consideraba que cualquier enfoque que tratase de someter la gama tan amplia de actos unilaterales a un solo conjunto de normas generales no está bien fundado y ha sugerido que se realice un estudio expositivo de problemas concretos en relación con tipos concretos de actos unilaterales. En su opinión, es ésta una sugerencia muy acertada que debería seguirse.

42. En el derecho de los tratados, hay una matriz que rige ciertos tipos de relación y que los divide en relaciones contractuales. No puede sencillamente hacerse esto con los actos unilaterales: de hecho, la expresión «acto unilateral» es una descripción muy superficial. Todos los actos unilaterales entrañan prolongadas relaciones entre los Estados. En el asunto del *Temple de Préah Vihear*, se mantuvo la relación durante 50 años. El acto unilateral sólo tuvo consecuencias jurídicas en este caso debido a la relación que mantenían los Estados interesados. Análogamente, la declaración de Ihlen se hizo en un contexto determinado y en una situación concreta, y algunos comentaristas muy respetables piensan que no fue un acto unilateral en absoluto, sino un acuerdo officioso. El problemático resultado de los casos de los *Essais nucléaires* ha sorprendido a todos, y es bien sabido que la CIJ ha venido evitando el problema de tener que ocuparse de un miembro permanente del Consejo de Seguridad tratando de encontrar motivos de inadmisibilidad. Incluso en ese caso había una relación, a saber, la litigación, entre los Estados interesados. Es sumamente difícil hallar normas generales para tratar esta diversidad de situaciones, cada una de las cuales se basa en los hechos.

43. El Sr. TOMKA entiende que el Sr. Pellet ha dicho que un acto unilateral puede estar en el origen de una norma internacional. Sin embargo, hay una diferencia entre estar en el origen de una norma y ser la fuente de ella. ¿Son verdaderamente los actos unilaterales fuentes de normas, medios para la creación de normas de derecho internacional? En tal caso, un acto unilateral es el comienzo de un proceso, de una práctica de los Estados que, en forma de costumbre, da lugar a la creación de una norma de derecho internacional. Pero ¿debe un solo Estado poder crear normas para otros? No piensa que muchos Estados acepten esto, ya que significaría que dicho Estado quedaba elevado a la categoría de Superestado.

44. En lo que respecta a las causas de nulidad, parece haberse suscitado un malentendido a causa de las disparidades en las versiones inglesa y francesa del artículo 5 f). El texto francés estipula que el Estado que puede invocar la nulidad de un acto unilateral es el autor del acto, mientras que en el texto inglés falta la referencia al autor. En su opinión, sería extraordinario que el autor de un acto tuviese que invocar su nulidad: en caso de que no lo hiciera, ¿significa que el acto es válido? Sin embargo, si el acto contraviene una norma imperativa de derecho internacional, es nulo e irrito *ab initio*. Tiene que redactarse de nuevo el artículo 5 f).

45. El Sr. PELLET está de acuerdo con el Sr. Tomka en que un solo Estado no debe poder crear normas para todos los demás, ni incluso en el caso de un Superestado, que puede darse y de hecho se da, o por lo menos uno lo ha hecho, pero éste es un fenómeno sociopolítico y no jurídico. Ha citado ya el ejemplo de la reglamentación por un Estado del derecho de paso por su territorio, lo que sin

duda es un acto unilateral. Pero la validez depende de la relación con una norma consuetudinaria o contractual, a saber, otra norma de derecho internacional general que autoriza al Estado a actuar unilateralmente. Esto es lo que tiene que investigarse, la validez y los efectos del acto unilateral, y el Relator Especial todavía no lo ha hecho.

46. Mantiene su posición de que los actos unilaterales pueden crear normas. Normas derivadas, ciertamente, pero ¿qué norma de derecho internacional no lo es? Le gusta poco Kelsen, pero Kelsen tiene razón en una cosa: todos los actos jurídicos presuponen una autorización de cierto tipo, un principio informador, como el de *pacta sunt servanda*, y los actos unilaterales no constituyen una excepción a ello.

47. En cuanto a las observaciones del Sr. Pambou-Tchivounda sobre el hecho de que los Estados modifican los actos unilaterales cuando así lo deciden, como dijo la CIJ en los casos de los *Essais nucléaires*, esto es lo contrario mismo de la norma de la buena fe. Una vez más, en lo que concierne a la relación del tema con el régimen de la responsabilidad de los Estados, es el Relator Especial el que ha suscitado la cuestión y piensa, por su parte, que merece la pena seguir examinándola rigurosamente. El hecho de que un Estado pueda comprometer su responsabilidad, ¿significa que compromete su responsabilidad? En cuanto al ejemplo del agente de policía dado por el Sr. Pambou-Tchivounda, hay límites indudablemente a la medida en que puede comprometerse la responsabilidad de un Estado en virtud de los actos unilaterales. De hecho, el Relator Especial plantea esa cuestión, pero no responde adecuadamente a ella. Jamás ha sugerido que se abandone la labor sobre el tema: por el contrario, desea que se trate de seguir determinando normas generales, en lugar de adoptar un enfoque caso por caso como ha sugerido el Gobierno del Reino Unido.

48. El Sr. Koskenniemi está obsesionado con la imprudente declaración hecha por Finlandia a Noruega, pero todos los Estados, y no sólo Finlandia, hacen estupideces. En el marco del asunto *Différend frontalier*, el Jefe del Estado de Malí declaró imprudentemente que no importaba dónde se trazara el límite. La CIJ dijo que esas declaraciones no habían sido hechas con la voluntad de comprometerse y que, por consiguiente, Malí no había manifestado la voluntad de comprometerse. Está de acuerdo con la Corte: no se habría servido la causa de la justicia si se hubiesen tomado las palabras del Jefe de Estado de Malí al pie de la letra. El Jefe del Estado había hablado sin el propósito de comprometer la responsabilidad del Estado, lo que ocurre con frecuencia en las intervenciones diplomáticas o políticas. De aquí que no hubiese habido acto unilateral al no haberse tenido el propósito de producir efectos jurídicos. Sin embargo, lo que debe investigarse es el momento en el que una intervención diplomática pasa a ser algo más y se convierte en una manifestación de la voluntad de comprometer a un Estado. La Corte examina estas cuestiones y no hay motivos para que la Comisión no lo haga también y trate de elaborar criterios.

49. En el de la declaración de Ihlen, Finlandia hizo una declaración insostenible y no puede considerarse que comprometiera su responsabilidad. En cualquier caso, esa declaración se había hecho a Noruega únicamente. Por lo tanto, la situación es enteramente distinta de la de los

casos de los *Essais nucléaires*, en que la CIJ determinó claramente que se había hecho una promesa a todos los Estados del mundo y que había habido una auténtica manifestación de voluntad que creaba una obligación para Francia, no con respecto a un Estado determinado, sino en términos generales. El Sr. Koskenniemi no puede elegir lo que le convenga entre las decisiones de la Corte.

50. Sin embargo, está de acuerdo con el Sr. Koskenniemi en que algunos actos unilaterales de los Estados están dirigidos a un solo interlocutor. Pero también hay tratados vinculantes que conciernen a un solo interlocutor. El efecto de los tratados bilaterales en terceros es una cuestión muy interesante. La CIJ está reflexionando actualmente a este respecto en el contexto de la controversia *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, en la que el Camerún alega que puede invocar un compromiso de Nigeria respecto de un tercer Estado, Guinea Ecuatorial. Estos son los problemas que plantean los actos unilaterales formulados a un solo interlocutor, pero que también se plantean en el caso de los tratados, ya sean bilaterales o multilaterales con una participación limitada. No ve por qué el Sr. Koskenniemi desea insistir en que los actos unilaterales no son un acto legislativo. Sin embargo, incluso si se utiliza la definición tan restrictiva que aplica a la ley el Sr. Koskenniemi, hay ocasiones en que los actos unilaterales crean auténticas normas.

51. Al Sr. Koskenniemi le interesa mucho la distinción entre oponibilidad y validez, pero ambos conceptos proceden de dos esferas completamente diferentes. En lo que respecta a la validez, lo que se pregunta es si un acto puede, de hecho, crear obligaciones. Una vez respondida esta pregunta, cabe preguntar para quién crea obligaciones ese acto, y a esto podría calificarse de oponibilidad. Un acto unilateral siempre será oponible a la parte que lo haya formulado válidamente, pero se plantea la cuestión de si es también oponible a otras entidades. La oponibilidad está de moda actualmente y puede, por supuesto, incluirse en la labor sobre el tema, pero no ve que ello impida a la Comisión examinar las causas de nulidad.

52. En lo que respecta al estudio de la Secretaría a que se ha referido el Sr. Simma, recuerda que el Asesor Jurídico ha indicado claramente que la Comisión tiene derecho a solicitar tales estudios. El Relator Especial tiene dificultades en hallar ejemplos de la práctica de los Estados, y la Secretaría ha mostrado ya en diversas ocasiones que puede hacerlo especialmente bien, por ejemplo en las esferas de la responsabilidad internacional y de los cursos de agua. La única advertencia que haría es la de que se delimite claramente el tema del estudio, tal vez por un grupo de trabajo.

53. El Sr. BROWNLIE, refiriéndose al razonamiento del Sr. Pellet a favor de la elaboración de un concepto general y su oposición a un enfoque sectorial, dice que no ve por qué la idea rectora sería la de que aportaría una auténtica base, y no sólo un concepto, para un estudio unitario general del tema de los llamados actos unilaterales. La expresión «actos unilaterales» es desastrosa. Es una especie de abreviación para describir lo imposible, mientras que sería mucho más útil y realista disponer de una descripción de lo que constituye de hecho el comportamiento de los Estados. La Comisión no está hablando de actos unilaterales o, más bien, sí lo *hace* en cierta

medida, ya que el caso del *Temple de Préah Vihear* ha entrañado no un solo acto unilateral, sino toda una pauta de actos a lo largo de 50 años. Utilizar la expresión de «actos unilaterales» supone detenerse muy por debajo del umbral de un análisis decente. En ocasiones, no hay en absoluto un acto. La mayoría de los casos conciernen al comportamiento de los Estados, incluido el silencio, siempre en un contexto determinado de las relaciones de los Estados interesados. Incluso en el caso de una promesa hecha excepcionalmente en un contexto académico en el que no se hubieran planteado cuestiones previas entre los dos Estados, una vez hecha la promesa se desarrollaría probablemente una relación.

54. Una forma de comportamiento consiste en la prueba de la actitud de un Estado. Hay muchas decisiones de tribunales internacionales en las que la actitud del Estado constituye una prueba decisiva. Esa actitud puede incluir el comportamiento, declaraciones o el silencio respecto de determinadas cuestiones. Es muy frecuente que un tribunal observe que un Estado ha permanecido en silencio o no ha negado un determinado hecho. En el caso *Détroit de Corfou*, la decisión de la CIJ sobre los medios de información de Albania con respecto a las minas existentes en la Bahía de Saranda se basa en parte en la actitud de Albania. Por ello, es muy difícil encontrar un tema unitario, e incluso un enfoque sectorial sería problemático de aplicar en la práctica.

55. El Sr. Sreenivasa RAO dice que siempre ha sido partidario del tema de los actos unilaterales y valora los esfuerzos del Relator Especial por precisar su impulso básico. Los actos unilaterales son un medio muy importante de expresar las actitudes y comportamiento de los Estados. Aunque en sí mismos no sean actos jurídicos plenamente realizados, los actos unilaterales son desde luego un elemento principal en la eventual creación de una obligación internacional: mediante la respuesta, la reacción, el silencio y otras formas. En la medida en que el Relator Especial se centra únicamente en la formulación del acto, es decir, su iniciación, se limita a una parte de la cuestión y no muestra cuándo el acto unilateral, por sí sólo o acompañado de otros elementos, puede considerarse como obligación jurídica. El Sr. Pellet ha parecido indicar que hay diversos modos de hacer esto. Pero el proyecto de artículos no ha ofrecido la oportunidad de ver cuál es la otra parte de la historia antes de que pueda decirse que un acto unilateral se haya convertido en obligación jurídica. Al examinar si un acto unilateral puede crear una obligación jurídica, es también importante determinar cómo puede darse fin a tal obligación.

56. Se ha dicho que las obligaciones dimanadas de actos unilaterales no son distintas de las dimanadas de tratados. Puede darse fin a ambas de diferentes maneras. Si tal es el caso, un Estado puede fácilmente dar por terminado un acto unilateral que no le suponga ninguna otra limitación, como un impedimento o la aquiescencia. Un acto unilateral debe ser examinado en su contexto, lo que contribuiría a determinar si el acto ha creado una obligación jurídica. Sin embargo, la obligación jurídica no nace automáticamente. Algunos países consideran sinceramente que cuando hacen una declaración, ello entraña algunas obligaciones. Pero sigue tratándose de un acto unilateral, en el sentido de que los Estados son libres de rescindirlos si lo desean. A menos que se examinen todos estos factores,

un acto unilateral seguirá siendo un acto interesante pero sin más.

57. El Sr. GAJA dice que el Sr. Pellet tal vez haya exagerado su caso al propugnar una distinción entre validez y oponibilidad. Parece decir que, una vez que un Estado se ha propuesto obligarse, existe un acto unilateral válido, incluso si ese acto sólo es oponible a ese Estado. En su opinión, no puede considerarse un acto unilateral en total aislamiento de los demás Estados. Sin, por lo menos, relaciones bilaterales en el sentido de que el acto produce consecuencias en relación con otro Estado, nada hay que pueda considerarse vinculante en derecho internacional. Esto no significa que no puedan distinguirse las cuestiones de validez de las de oponibilidad. El ejemplo dado por el Sr. Simma de un jefe de Estado que hace declaraciones sin tener la competencia necesaria suscita cuestiones de validez, mientras que la oponibilidad podría depender de las circunstancias, afectar sólo a otro Estado o a más Estados, y así sucesivamente. Si un acto no es oponible a ningún Estado, no hay por qué preocuparse por su validez.

58. La Sra. ESCARAMEIA ve la necesidad de alguna teoría general sobre los actos unilaterales. Si la Comisión se limita a los cuatro actos mencionados por el Relator Especial, podría pasar por alto otros muchos que también pueden ser considerados como actos unilaterales de los Estados. Un acto unilateral de un Estado es aquel por el que el Estado desea producir algunos efectos, pero le inquieta la idea de que esos efectos tengan que ser obligaciones. También impugna la sugerencia de que tiene que haber alguna relación bilateral o trilateral: la relación puede ser *erga omnes*. Por citar un ejemplo, el Presidente y el Ministro de Relaciones Exteriores de Portugal hicieron repetidas declaraciones a favor del derecho de Timor Oriental a la libre determinación. Se trataba de un acto unilateral por un Estado en un foro internacional, por el que trataba de producir efectos. No se planteaba verdaderamente una cuestión de oponibilidad; algunos actos unilaterales están dirigidos a la comunidad internacional en su conjunto para reafirmar o interpretar el derecho vigente. De aquí el recelo que producen las situaciones en un contexto. Muchos actos corresponden a la categoría general de acto unilateral, pero no están incluidos en la promesa o renuncia. También hay otra razón por la que se necesita una teoría general. Es posible porque hay normas que se aplican siempre que un Estado desea formular un acto unilateral; cuestiones tales como quién puede formular ese acto, cómo puede considerarse válido, cómo garantizar que no tiene defectos, y así sucesivamente. Cabe también aplicar otras muchas normas. Si la Comisión se limita a considerar simplemente lo que es un acto unilateral, podría avanzar bastante en la elaboración de una teoría general. Algunas normas se aplican a todas las situaciones. Si la Comisión se dedica a debatir si los actos unilaterales son, o no, fuentes de derecho internacional, cuestión que no es necesaria para su labor, ello causaría enormes problemas, que pueden evitarse hasta cierto punto.

59. El Sr. KAMTO coincide plenamente con las observaciones del Sr. Pellet sobre la validez y la oponibilidad. Un acto que no es válido da lugar a la inoponibilidad de ese acto. Por ello, cabe decir que ambas nociones están vinculadas, aunque hay una diferencia conceptual.

60. Es la primera vez que la Comisión se ocupa de un tema sobre el que existe tanta jurisprudencia. Se ha hecho referencia a los casos *Statut juridique du Groënland oriental* y *Essais nucléaires*, así como a otros, en los que se ha considerado la cuestión de los actos unilaterales. La Comisión no ha inventado este concepto. En la actualidad, la Comisión debería ser constructiva y expresar su opinión sobre la propuesta del Sr. Pellet. ¿Cómo puede adentrarse en el tema? El Sr. Simma ha hecho hace unos días unas sugerencias, que él apoya: definir un conjunto de normas generales sobre los actos unilaterales en relación con su formulación y validez, es decir, condiciones para un acto unilateral en el orden jurídico.

61. La cuestión de los efectos es otro aspecto que, debido a la gran diversidad de actos unilaterales, podría centrarse en las cuatro categorías del informe. Con ello, la Comisión prestaría un gran servicio a la comunidad internacional. Se trata de decidir lo que puede considerarse como acto unilateral y lo que no, ya que no todas las declaraciones de los Estados son actos unilaterales. Merece la pena examinar estas propuestas. Apoya la sugerencia de que se haga un estudio de la práctica, que debería probablemente ser realizado por un grupo de trabajo, y comparte la opinión de que no hay por qué desechar todo lo que ha presentado hasta la fecha el Relator Especial. Algunos proyectos de artículo y críticas plantean cuestiones de redacción y no problemas de orientación general, por ejemplo, la tautología de referirse a la voluntad y el propósito. La Comisión podría entonces centrarse en las categorías concretas de los efectos.

62. El Sr. BROWNLIE dice que está muy bien parecer constructivo, pero otra cuestión es *ser* constructivo. Ninguno de los oradores anteriores ha presentado sólidas pruebas de la existencia de principios generales. El Sr. Kamto ha invocado la jurisprudencia de la CIJ en apoyo de la idea de que hay un concepto general de actos unilaterales. Pero no es así. Cada caso se refiere a unos hechos. La Corte no se remite a una teoría general de los actos unilaterales. Por ejemplo, en el caso del *Temple de Préah Vihéar* no se hace referencia a tal teoría.

63. El Sr. PELLET señala que, en el caso de los *Essais nucléaires* (Australia *c.* Francia), la CIJ dice claramente que «[e]s un hecho reconocido» [párr. 43]. Esto constituye en sí mismo una generalización, y es una generalización interesante.

64. Si ninguna generalización es posible, todo depende de las circunstancias. Esto es cierto, por supuesto, pero no exime a la Comisión de tratar de determinar un número reducido de normas jurídicas que permitan decir que, en circunstancias concretas, los Estados se comprometen mediante sus expresiones unilaterales de voluntad. No ve cómo puede afirmarse lo contrario. La función misma de la ley y de quienes la codifican es tratar de unir lo que parece diverso. No tiene sentido decir desde un principio que no puede jamás lograrse este objetivo. Un número reducido de principios se prestaría a la interpretación, pero esa es una tarea para los juristas. Por ello, coincide con el punto de partida del Sr. Brownlie, pero está en pleno desacuerdo con sus conclusiones.

65. El Sr. BROWNLIE dice que suelen citarse los casos de los *Essais nucléaires* respecto del principio de la buena fe. Tal vez la Comisión debería estudiar *ese* principio.

66. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, espera que el Relator Especial atienda las ideas presentadas por el Sr. Simma.

67. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que, debido a la falta de tiempo, examinará sólo algunas de las observaciones hechas durante el debate y volverá a todas las cuestiones con mayor detalle en su respuesta más adelante. Para comenzar con la última cuestión señalada por el Sr. Brownlie, no piensa que los actos unilaterales puedan limitarse a las decisiones adoptadas por la Corte en los casos de los *Essais nucléaires*. También debe tomarse en cuenta el caso *Différend frontalier*, así como las declaraciones unilaterales en general. La CDI no puede pasar por alto la jurisprudencia existente ni la doctrina sobre los actos unilaterales o las opiniones de los gobiernos que han expresado sus posiciones en un cuestionario y en la Sexta Comisión. Impugnar la existencia de un acto jurídico internacional tal como un acto unilateral no sería apropiado en un contexto amplio del derecho internacional en el que un Estado puede asumir compromisos internacionales, no sólo del modo habitual, es decir, mediante una convención, sino también mediante un acto unilateral.

68. Cabe estudiar la sugerencia de dejar el tema en suspenso, pero no piensa que la Comisión deba cambiar su proceder, ya que esto introduciría incertidumbre y crearía una confusión jurídica y política, a saber, que los actos unilaterales no existen en derecho internacional. Si la Comisión se limita a un estudio, ¿no sería posible llegar a una definición y elaborar una teoría general de los actos unilaterales, o por lo menos normas aplicables a ellos? Por supuesto, la Comisión no puede tratar de reglamentar los actos unilaterales, porque son muy diversos y producen diferentes efectos jurídicos; no pueden agruparse. Cabe establecer normas, pero quizá no sea posible reglamentar los efectos jurídicos en todos los casos.

69. La Comisión tendría que hacer observaciones sobre el resto del capítulo y decidir lo que debe remitirse al Comité de Redacción: tal vez la definición y los dos primeros artículos. El Grupo de Trabajo podría seguidamente examinar cuestiones relacionadas con la interpretación y otros aspectos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2727.ª SESIÓN

Jueves 30 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja,

Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

1. El PRESIDENTE anuncia que tras la realización de consultas oficiosas se propone al Sr. Chusei Yamada como Relator Especial sobre el tema de los «Recursos naturales compartidos».

Así queda acordado.

Actos unilaterales de los Estados (continuación) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

2. La Sra. XUE señala que los actos unilaterales de los Estados representan uno de los aspectos más complicados de las relaciones jurídicas internacionales, lo que explica que después de un debate muy estimulante la Comisión se encuentre dividida. La Comisión quizás debería detenerse a reflexionar en qué sentido convendría profundizar el estudio de este tema, para poder así aprovechar al máximo la labor realizada por el Relator Especial. La complejidad del tema se debe, en primer lugar, a la abundancia de la práctica de los Estados en la materia. Es común que los Estados recurran a declaraciones o a otros instrumentos que contienen promesas, protestas, reconocimientos o renunciaciones, y suele ocurrir que un compromiso asumido en forma unilateral se convierta en una obligación, a menudo en el marco de un procedimiento de arreglo por terceros. Pero, a diferencia de las relaciones convencionales, el acto unilateral está lleno de incertidumbres, respecto de su intención, a la amplitud de sus efectos en el tiempo y en el espacio, y a sus relaciones con las obligaciones convencionales vigentes. Por eso las pruebas indirectas resultan importantes, por no decir esenciales, para determinar si el autor del acto unilateral queda comprometido por el acto. Los Estados, al igual que las jurisdicciones internacionales, se muestran muy prudentes por lo que se refiere a los derechos y las obligaciones jurídicas. Es lo que llevó al Relator Especial a establecer cláusulas comparables a las de la Convención de Viena de 1969 por lo que respecta a la competencia, la nulidad o la interpretación de los actos unilaterales. Pero respecto de ciertos puntos, habrá que ser discretos con este paralelismo.

3. En primer lugar, por lo que hace a los tratados, existen normas procesales seguras y reconocidas, a nivel nacional e internacional, que legitiman la función de las disposiciones convencionales en cuanto fuente de derecho. Además, la intención jurídica de quedar obligado por las disposiciones de un tratado no presenta dudas para las partes. Estos factores objetivos y subjetivos suelen faltar en el caso de los actos unilaterales y ésta es una laguna que no se subsanará con la doctrina o con los trabajos de investigación, no porque exista un «defecto de fabricación» del acto unilateral sino, por el contrario, porque se suele buscar la ambigüedad.

4. En segundo lugar, la cuestión de saber si los actos unilaterales son una fuente de derechos o una fuente de obligaciones deriva de una confusión entre la elaboración de normas y la producción de efectos jurídicos. Si se examinan casos precisos y concretos se verá que, en determinadas circunstancias, el acto unilateral puede crear una obligación para el Estado que es autor, que esta obligación determina a menudo la conducta futura de ese Estado y que otros Estados encuadran en ella su conducta. Pero se trate de derechos o de obligaciones los efectos jurídicos del acto unilateral no podrán ser autónomos; deberán regirse por el derecho internacional. Un Estado no podrá realizar ni reconocer una reivindicación territorial sobre la Antártida, ni reivindicar hoy en día un mar territorial de más de 12 millas marinas. La Comisión corre el riesgo de equivocarse dando demasiada importancia a los criterios de formulación de actos unilaterales y al sacarlos del contexto del derecho vigente —las relaciones convencionales en particular— para realizar un puro proceso de creación de efectos jurídicos bajo la forma de derechos y obligaciones. En la práctica del derecho internacional se da más importancia a los efectos que un acto, por ejemplo el reconocimiento, tiene sobre las relaciones internacionales que a las condiciones y criterios de formación de este acto. De entrada causa sorpresa que el Relator Especial, que adoptó toda una serie de cláusulas de la Convención de Viena de 1969, no haya retomado en su proyecto de artículo 1 la expresión «regido por el derecho internacional» que figura en dicha Convención (art. 2).

5. En tercer lugar, introducir normas en la práctica de los actos unilaterales tendría, por cierto, un efecto estabilizador para las relaciones internacionales pero, por su propia naturaleza, el tema deberá tratarse con precaución. De todas formas, antes de establecer un esquema general de comportamiento habrá que estudiar detenidamente la práctica pertinente de los Estados. La propuesta del Sr. Simma de ayudar al Relator Especial a realizar ese trabajo de investigación detallada es un aporte útil. Mientras no se haya completado este trabajo será prematuro elegir entre darle al estudio de los actos unilaterales un carácter general o específico.

6. El Sr. CANDIOTI espera que en el actual período de sesiones el Comité de Redacción examine los proyectos de artículos 1 a 4 que se le enviaron en el 52.º período de sesiones de la Comisión². Con posterioridad el Relator Especial presentó nuevos proyectos de artículos y formuló algunas ideas sobre la forma en que podría estructurarse la labor futura sobre este tema. En los párrafos 48 a 81 de

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

² Véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párrs. 517 a 525.

su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2) el Relator Especial realiza nuevamente extensas consideraciones sobre la definición del acto unilateral (proyecto de artículo 1) y concluye reproduciendo la fórmula propuesta con anterioridad, lo cual merece cuatro observaciones.

7. En primer lugar, falta una más clara indicación de la naturaleza estrictamente unilateral del acto, en el sentido de que, como señalara la CIJ en los casos de los *Essais nucléaires*, no se requiere una correlativa manifestación de voluntad emanada de otro sujeto de derecho internacional. En segundo lugar, no parece necesaria la inclusión del calificativo «inequívoca» con referencia a la expresión de la voluntad, ya que es un problema de interpretación más que un elemento de la definición. En tercer lugar, los términos «producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales» podrían ser sustituidos por una expresión más breve pero más amplia ya que, como han señalado algunos miembros de la Comisión, el acto unilateral puede estar destinado a producir efectos jurídicos *erga omnes* o con relación a determinadas personas o entidades que no sean Estados u organizaciones internacionales. Lo importante es que el acto produzca consecuencias en el orden jurídico internacional. Y por último, la condición de que el acto unilateral sea de conocimiento de otros sujetos de derecho internacional tampoco parece necesaria, ya que, si hay manifestación de voluntad, la voluntad debe ser exteriorizada y es, por lo tanto, susceptible de ser conocida. Hay otro aspecto que debería incluirse en la definición de acto unilateral y que lo diferencia de la definición de tratado contenida en la Convención de Viena de 1969, que es la irrelevancia de la forma en que la voluntad se exterioriza, como señaló también la Corte en los casos de los *Essais nucléaires*. Por lo tanto sería preferible optar por una definición más simple del acto unilateral, que sería: «A los efectos de los presentes proyectos de artículo, se entiende por “acto unilateral” una manifestación de voluntad de un Estado, cualquiera sea su forma, destinada a producir efectos jurídicos en el plano internacional, sin necesidad de una manifestación de voluntad correlativa de otro sujeto de derecho internacional».

8. Con respecto a las causas de nulidad del acto unilateral, el Relator Especial ha reformulado la regla contenida en el anterior proyecto de artículo 5 planteando ocho causales de nulidad en los proyectos de artículo 5 a) a 5 h). La nueva redacción incorpora el concepto de acto unilateral colectivo o conjunto, hipótesis que debe preverse pero que sería preferible hacerlo en una cláusula separada, o en los comentarios, para simplificar la redacción y evitar confusiones con los actos plurilaterales. Con relación al contenido y la redacción de cada uno de los ocho causales de nulidad no parece muy útil elaborar el tema con tanto detalle en esta etapa, ya que habría que examinar primero si existe suficiente material en la práctica y la jurisprudencia sobre nulidades de actos unilaterales; sería preferible una disposición más general sobre las condiciones de validez de estos actos, a saber: el contenido materialmente posible del acto, su licitud conforme al derecho internacional, la capacidad de un órgano del Estado para efectuar actos unilaterales, la ausencia de vicios en la manifestación de voluntad, la notoriedad en la expresión de la voluntad y el propósito de producir efectos jurídicos en la esfera internacional. De no elabo-

rarse una cláusula general de este tipo se podrían agrupar las diversas causales de invalidez en sendas disposiciones, una relativa a los casos de ilicitud del acto y la otra relativa a los vicios en la expresión de la voluntad. Sería aconsejable que el Grupo de Trabajo que ya analizó esta materia el año pasado sea reconvocado para efectuar una revisión detallada de los proyectos de artículo 5 a) a 5 h), teniendo en cuenta las numerosas opciones y sugerencias que se han formulado en el curso del debate.

9. El Relator Especial presenta también en su quinto informe nuevas propuestas de redacción para los proyectos de artículos que incluyó en el cuarto informe³ sobre interpretación de los actos unilaterales. Las nuevas fórmulas siguen inspirándose de cerca en la Convención de Viena de 1969 y parecen partir de la base de que un acto unilateral es siempre una declaración o un documento estricto, pero las reglas deberían ser más generales y flexibles que las prescritas para la interpretación de los tratados. El acto unilateral puede no consistir en una manifestación de voluntad efectuada por escrito y tampoco tiene necesariamente que expresarse en una sola acción o declaración. El Relator Especial recuerda, en el párrafo 127 de su quinto informe, el criterio básico que señaló la CIJ en el asunto *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá), en el sentido de que lo fundamental es tratar de constatar la intención del Estado de producir efectos jurídicos en el plano internacional por medio de un acto unilateral, lo que debe deducirse de una interpretación natural y razonable de los términos de la expresión de voluntad, tomando en cuenta el contexto y las circunstancias en el momento de manifestar su voluntad —incluyendo el impacto que causa al crear una situación de confianza o expectativas legítimas de otros actos— y los objetivos que se pretenden alcanzar. Los dos proyectos de artículo sobre la interpretación deberían ser enviados al Comité de Redacción, y con los elementos mencionados se podría enunciar una regla general suficientemente amplia de interpretación de los actos unilaterales dejando el comentario la mención del posible recurso a preámbulos y anexos, trabajos preparatorios, etc., sin perjuicio de que para determinadas categorías de actos unilaterales convenga ulteriormente especificar reglas de interpretación particulares.

10. En los párrafos 136 a 147 de su quinto informe, el Relator Especial dedica gran atención a la cuestión de la clasificación de los actos unilaterales según sus efectos jurídicos, y sostiene que no sólo es posible sino incluso necesaria. Esta clasificación quizá sea prematura mientras la Comisión no haya avanzado más en la recopilación de datos y en el análisis de la práctica de los Estados. A este respecto existe en la doctrina cierta convergencia, reflejada también en las opiniones de los gobiernos en sus respuestas escritas y en sus comentarios en la Sexta Comisión, acerca de las cuatro categorías tradicionales de actos unilaterales a los que se ha referido el Relator Especial (promesa, reconocimiento, protesta y renuncia), quien observa con razón que un mismo acto puede combinar elementos de dos o más de estas categorías.

11. En el capítulo II de su quinto informe, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión algunas cuestiones, especialmente la del momento en que el acto unilateral produce efectos jurídicos, y propone los correspondientes

³ Véase 2723.ª sesión, nota 2.

proyectos de artículos. El proyecto de artículo 7, inspirado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, enuncia el carácter vinculante de los actos unilaterales. Esta regla podría resultar apropiada para aquellos actos unilaterales destinados a crear obligaciones para su autor, como la promesa, pero no serviría de regla general ya que, por ejemplo, no podría decirse que la protesta obliga al Estado que la realiza. En el estado actual del estudio de este tema una disposición *acta sunt servanda* no puede ir más allá del enunciado del deber del Estado que realiza un acto unilateral de observar una conducta coherente con el propósito del acto, de acuerdo con el principio de la buena fe y con la necesidad de respetar la situación de confianza o las expectativas legítimas que el acto genera, teniendo también en cuenta la gran diversidad de estos actos. Más adelante, al estudiar en particular determinada categoría de actos unilaterales, cabrá precisar las consecuencias jurídicas específicas de cada tipo de acto. Por ejemplo, se estudiará la fuerza vinculante de la obligación en el caso de la promesa, el efecto de oponibilidad en el caso del reconocimiento, el efecto opuesto, de no oponibilidad, en el caso de la protesta y su eventual irrevocabilidad en el caso de la renuncia.

12. En capítulo IV de su quinto informe, el Relator Especial aborda la cuestión de la estructura del proyecto de artículos y los trabajos futuros, distinguiendo especialmente una primera parte, que comprende las reglas que serían comunes a todos los actos unilaterales, y una segunda parte, que contendría el desarrollo de reglas especiales aplicables solamente a una determinada categoría de actos. Esta propuesta es aceptable como base para intentar ordenar las ideas y debería transmitirse al Grupo de Trabajo para su eventual reelaboración y perfeccionamiento. Por ejemplo, la segunda parte del proyecto, la de las reglas específicas, no debería limitarse a las reglas aplicables a la promesa o asunción unilateral de obligaciones sino que deberían abarcar también reglas particulares características de otras categorías, como la necesidad de que la renuncia sea explícita, la necesidad de que la promesa sea mantenida y la posibilidad de su retiro, las formas que puede revestir el reconocimiento y sus consecuencias, las modalidades y los límites de la revocación, etc. Por otro lado, alguno de los temas incluidos preliminarmente en ese capítulo pueden ser materia tanto de reglas particulares para ciertas categorías de actos como de algunas reglas de alcance general. Todo ello debería ser materia de análisis más detenido en el Grupo de Trabajo.

13. Sería deseable que muchos otros gobiernos imitaran el buen ejemplo de los países que ya han aportado información sobre su práctica en materia de actos unilaterales. Es muy oportuna la propuesta del Sr. Pellet de encomendar a la Secretaría la preparación de un relevamiento lo más amplio y completo posible sobre la práctica de los Estados, en particular la práctica reciente y contemporánea, y podría complementarse con las sugerencias del Sr. Simma de explorar la posibilidad de que un proyecto de investigación de este tipo cuente con el apoyo de alguna institución. Para ello el Relator Especial, secundado por un grupo de trabajo informal, debería preparar un plan de trabajo que especifique el objeto de la investigación, concentrando el análisis de la práctica en ejemplos concretos de las cuatro categorías tradicionales de actos unilaterales. Cuando disponga de toda esta información la Comisión estará

en condiciones de evaluar la forma de proseguir con esta labor a fin de dar forma definitiva a algunos proyectos de reglas generales y particulares. El Sr. Candioti propone, pues, que la Comisión adopte una decisión favorable a las propuestas de los Sres. Pellet y Simma.

14. El Sr. SIMMA dice que la poca cantidad de Estados que han respondido al cuestionario sobre la práctica en materia de actos unilaterales quizás se explique por la omnipresencia de estos actos en esa práctica. Con respecto a su propuesta, consiste en buscar la ayuda financiera de una institución en Alemania, para lo cual la solicitud debe ser presentada por un profesor alemán. Está dispuesto a realizar esta gestión en compañía del Relator Especial. Esta propuesta y la relativa a la intervención de la Secretaría no se excluyen mutuamente. Simplemente habría que encontrar una buena forma de relacionarlas.

15. El Sr. DAOUDI destaca la excelencia del quinto informe pero se pregunta si las reglas allí formuladas se aplican al conjunto de los actos unilaterales, que constituyen una categoría heterogénea, con regímenes jurídicos, efectos y modos de formación diferentes. Antes de definir estos actos sería importante profundizar, en un enfoque vertical, en cada uno de los actos examinados, lo que dejaría la posibilidad de examinar ulteriormente, en una forma horizontal, si estos actos presentan caracteres comunes, a partir de lo cual se podrían elaborar reglas generales y luego reglas especiales para determinados tipos de actos. Por lo tanto, no es oportuno adoptar desde ahora una definición, puesto que eso debería ser la conclusión del estudio. El estudio vertical en cuestión debería realizarse basándose en la práctica de los Estados porque, si bien la doctrina y la jurisprudencia son fuentes subsidiarias de derecho internacional, no bastan en este caso. El examen no debe limitarse a la práctica de una cantidad muy pequeña de Estados que hayan respondido al cuestionario. Por eso sería conveniente que la Secretaría realizara un estudio de la práctica de los actos unilaterales en el derecho internacional, eventualmente con la ayuda de un instituto de investigación, como ha propuesto el Sr. Simma.

16. En efecto, los actos unilaterales constituyen una realidad del derecho internacional. Es verdad que desde el plano teórico su valor jurídico se puede basar en el principio *pacta sunt servanda*, pero en la práctica el carácter vinculante de estos actos unilaterales se funda en el principio de la buena fe y en el deseo de seguridad de las relaciones jurídicas internacionales. Los actos unilaterales no son fuente de derecho pero, en determinadas condiciones, vinculan a los Estados que los han realizado.

17. Por lo que hace a las condiciones de validez, sería conveniente, como propone el Relator Especial, retomar *mutatis mutandis* los criterios del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre la cuestión de saber quién puede comprometer al Estado. De todas formas, convendría verificar en la práctica de los Estados si otros órganos pueden comprometer al Estado en esferas específicas. Por el contrario, las referencias a las disposiciones de los artículos 7 y 8 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁴, o al artículo 4, como lo propuso un miembro, no tienen

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

razón de ser ya que aquí no se trataría de responsabilidad sino de una manifestación de voluntad que compromete al Estado y que no sería el hecho de un simple funcionario del Estado.

18. Con respecto a la licitud del objeto del acto unilateral habría que pensar no solamente en el caso, señalado por el Relator Especial, del acto unilateral contrario al *jus cogens* sino también al del acto unilateral contrario al derecho consuetudinario, ilustrado por el ejemplo de una declaración hecha en 1980 por el Gobierno sirio según la cual el límite de las aguas territoriales de Siria se fijaba a una distancia de 35 km de la costa. Como esta decisión provocó fuertes protestas, especialmente por parte de los Estados Unidos de América, que declararon que sólo reconocían la zona tradicional de tres millas marinas, Siria dio marcha atrás para conformarse a la norma reconocida por el derecho del mar. En este caso un acto unilateral contrario a las reglas consuetudinarias provocó protestas, es decir actos unilaterales, que disputaban la validez de ese acto. De todas formas no hay que excluir que ante el silencio de los demás Estados, un acto unilateral puede marcar el comienzo de un cambio en la costumbre internacional y de una práctica nueva que será ratificada por la acumulación de precedentes.

19. Con respecto a la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, el Sr. Daoudi señala que sólo el Estado autor puede contestar la competencia de las personas que dan origen al acto unilateral; no es seguro que los demás Estados puedan invocar este argumento.

20. Con respecto a los actos unilaterales contrarios a una decisión del Consejo de Seguridad, convendría establecer una distinción. Es dudoso que se pueda invocar la nulidad porque el acto contraviene las recomendaciones efectuadas por el Consejo en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, de las que se puede observar en la práctica que no son ejecutadas por los Estados. Por el contrario, un acto unilateral contrario a una decisión adoptada por el Consejo en virtud del Capítulo VII de la Carta sería nulo. Por lo que respecta al Artículo 103 de la Carta, no presenta el problema de la nulidad del acto, pero indica la primacía de los principios de la Carta sobre los actos unilaterales que fuesen contrarios a ella.

21. Volviendo a la cuestión de la interpretación, el Sr. Daoudi señala que los actos unilaterales suelen prepararse en poco tiempo en el seno de los ministerios de relaciones exteriores y que generalmente no han existido trabajos preparatorios.

22. El Sr. GAJA, volviendo sobre el punto planteado por el Sr. Daoudi de saber quién puede invocar la nulidad de un acto unilateral, destaca que en el ejemplo citado de la declaración del Gobierno sirio sobre la extensión de las aguas territoriales fueron, precisamente, Estados distintos del autor del acto quienes contestaron la validez del acto, debido a sus efectos negativos sobre los demás Estados.

23. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, pregunta al Sr. Gaja si considera que esta posibilidad de invocar la nulidad se limita a los Estados que han sufrido los efectos del acto, y si se puede considerar que existen actos que tengan efectos para determinados Estados y otros que tienen efectos para todos,

y que este hecho determine la facultad de los Estados de reaccionar ante un acto unilateral.

24. El Sr. GAJA responde que por lo que respecta al derecho del mar todos los Estados están afectados; en otras situaciones, sólo determinados Estados sufren los efectos del acto; puede tratarse, por ejemplo, de Estados vinculados por un tratado determinado.

25. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados, dice que las observaciones, a veces críticas pero muy constructivas, formuladas sobre su informe se refirieron al tema en general y a la factibilidad del estudio; algunos miembros se preguntaron sobre la existencia de los actos unilaterales en el derecho internacional y sobre la importancia y posibilidad de elaborar reglas para regular su funcionamiento. También se plantearon cuestiones específicas en relación con los documentos sometidos a la consideración de la Comisión.

26. Por lo que respecta a las observaciones generales, un miembro señaló que le preocupaba que no se hubiese avanzado más en el examen de este tema, porque después de cinco años de trabajo todavía no se habían definido algunas cuestiones fundamentales. El Relator Especial señala que no es posible seguir adelante si la Comisión no llega a coincidencias esenciales, básicas. Un enfoque teórico es indispensable, pero también lo es el enfoque práctico. La Comisión debe profundizar en el estudio y tener en cuenta la opinión de los gobiernos, que no sólo se desprende de las respuestas al cuestionario sino también de sus declaraciones en la Sexta Comisión. El Relator Especial aprueba la iniciativa del Sr. Simma de crear un mecanismo que se encargaría de estudiar la práctica de los Estados con la ayuda de una institución privada externa. Los miembros de la Comisión también podrían transmitir al Relator Especial, como éste lo había solicitado en años anteriores, información sobre la práctica de sus respectivos países sin detenerse en los casos más recientes que pueden dar lugar a controversias.

27. Durante el debate se evidenciaron diversas tendencias. Algunos consideraron que el tema era imposible de codificar, incluso que los actos unilaterales no existían como tales en el derecho internacional y que por ello no producían efectos jurídicos. En pocas palabras, estos actos no podían ser considerados fuente de derecho internacional ni de obligaciones internacionales. Otros consideraron que era muy difícil el tema, que había que reformular el enfoque y buscar nuevas fórmulas para poder avanzar. Otro grupo consideró que el tema era codificable, y que esa regulación era necesaria para garantizar las relaciones jurídicas entre los Estados, pero planteando al mismo tiempo algunas dudas. Un miembro indicó que había que averiguar si la institución de los actos unilaterales existía y, en caso afirmativo, determinar el régimen jurídico aplicable. Para la gran mayoría de los miembros, así como para el Relator Especial, los actos unilaterales existen. Se comprueba por los medios de comunicación que son incluso muy frecuentes, lo cual es un primer elemento que debe tenerse en cuenta, pero que no siempre representan un compromiso jurídico. Luego hay que determinar si se trata de actos políticos o de actos jurídicos y, en este último caso, a qué categoría de actos jurídicos pertenecen. El estudio de la Comisión tiene por objeto el acto

unilateral, formalmente unilateral, pero que a la vez produzca efectos por sí mismo. Se ha dicho que la intención del Estado es fundamental para la determinación del acto. La manifestación de voluntad unilateral sería suficiente para que ese acto produjera efectos jurídicos. La cuestión es determinar si estos actos son verdaderamente unilaterales, es decir, si no se ubican en la esfera convencional y, en consecuencia, pueden ser objeto de la elaboración de reglas específicas, más aún, si estos actos pueden ser considerados actos jurídicos en el sentido estricto del término, es decir, si pueden producir sus efectos jurídicos. En opinión de la mayoría, el acto unilateral puede vincular al Estado que lo formula si se cumplen ciertos requisitos de validez. La jurisprudencia en la materia no se ha centrado solamente en las decisiones de la CIJ sobre los *Essais nucléaires*, que marca una pauta importante en el estudio de la promesa internacional, uno de los actos unilaterales más claramente definidos por la doctrina. En distintos asuntos se han dado decisiones importantes, especialmente en los asuntos *Temple de Préah Vihear* y *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá). En todas estas decisiones la Corte consideró que estos actos unilaterales eran generalmente calificados de *sui generis* por la forma de su elaboración, que difiere de la forma de elaboración del acto convencional.

28. En el capítulo II del quinto informe se mencionó la necesidad de habilitar una norma sobre el carácter obligatorio de los actos unilaterales, que se podría definir remitiéndose al principio *pacta sunt servanda* recogido en la Convención de Viena de 1969. Esta habilitación sería un avance importante en materia de codificación de las reglas aplicables a los actos unilaterales. La posibilidad de elaborar una disposición con la norma *acta sunt servanda* tendría que ser considerada en forma más amplia por el Grupo de Trabajo que se reunirá la semana siguiente.

29. Algunos miembros destacaron que el tema no se refiere a una institución que pueda diferenciarse claramente de las otras, y que más bien se refiere a actos que ocurren fuera del marco de las instituciones existentes. Otros señalaron que el acto unilateral no crea derecho, sino que crea expectativas según el contexto histórico y que por ello no se pueden elaborar reglas de aplicación general. Otros, por el contrario, han señalado que las relaciones jurídicas no están limitadas al tratado ni a la norma consuetudinaria, sino que el Estado puede comprometerse, principalmente mediante un acto unilateral. Para algunos es una institución bien establecida en derecho internacional, opinión que comparte el Relator Especial. No se trata de una fuente de derecho internacional en el sentido que se recoge en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que en alguna medida es el punto de referencia más importante respecto de los modos de formación del derecho internacional. No obstante ello, los actos unilaterales pueden ser fuente de obligaciones. Un miembro evocó la necesidad de la reciprocidad. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia han destacado que una de las características de estos actos es que para que produzcan sus efectos jurídicos no requieren de la aceptación, ni de ninguna reacción que refleje esa aceptación. Además, la reciprocidad debe distinguirse del interés. Por otra parte, la reciprocidad no está siempre presente ni siquiera en el ámbito convencional ya que puede haber en el marco de un tratado un compromiso sin reciprocidad.

30. Algunos miembros afirmaron que el tema debería estar limitado a la promesa y al reconocimiento, y que no se pueden elaborar reglas comunes debido a la excesiva diversidad de los temas. El Relator Especial cree que se pueden adoptar algunas reglas de aplicación común sobre el modo de formación y la interpretación de los actos. El acto unilateral es una manifestación unilateral de voluntad y ella es la misma en todos los casos, cualquiera que sea su contenido o sus efectos jurídicos. Si se toman los cuatro tipos reconocidos de actos unilaterales, que son la renuncia, el reconocimiento, la promesa y la protesta, es la intención del Estado la que da un efecto a cada uno de estos actos. Algunos señalaron que la intención no era importante, sino más bien los efectos que producía el acto. Pero para determinar los efectos jurídicos de un acto hay que determinar, en primer lugar, su carácter y, para ello, determinar la intención del autor del acto, lo que implica una interpretación. El Relator Especial cree que es posible elaborar una definición común y reglas de aplicación común a todos los actos, y que esta tarea le incumbe al Grupo de Trabajo.

31. No hay dudas de la complejidad del tema, pero se puede seguir si se logra un cierto consenso sobre determinados asuntos. La mayoría está a favor de seguir adelante. Se ha planteado una pausa para avanzar en el estudio de la práctica de los Estados, pero el Relator Especial está en desacuerdo porque cree que simultáneamente se puede continuar lo que hasta ahora se ha elaborado y progresar en la práctica.

32. El orador se opone tanto a una pausa como a la supresión del tema, como lo sugirió uno de los miembros, porque sería enviar a la comunidad internacional un mensaje contrario al enviado anteriormente, vale decir que la seguridad de las relaciones jurídicas era importante y que la regulación del funcionamiento de estos actos generaba una mayor confianza en esas relaciones. Por lo tanto, el Relator Especial propone que en primer lugar el Grupo de Trabajo se dedique a elaborar reglas comunes a todos los actos y, después, centre la atención en reglas específicas sobre un determinado acto unilateral, como la promesa o el reconocimiento.

33. Pasando a los comentarios formulados sobre los diversos temas presentados en el quinto informe, el Relator Especial señala que parece haber un acuerdo general en que la definición de acto unilateral contenida en el proyecto de artículo 1 puede abarcar todos esos actos. Es cierto que algunos plantearon dudas respecto de la oportunidad de calificar la manifestación de voluntad de inequívoca, invocando el carácter probablemente ambiguo de algunos de estos actos e incluso la necesidad o no de remitir a la notoriedad del acto, todas ellas cuestiones que podría resolver el Comité de Redacción. En este mismo orden de ideas, se observó que habría que contemplar la posibilidad de ampliar la categoría de destinatarios del acto unilateral, extendiéndola más allá de los Estados y las organizaciones internacionales a otras entidades como los movimientos de liberación. Este punto podría precisarse en el comentario, de no hacerlo en el cuerpo del artículo mismo, pero esto es también una cuestión que corresponde decidir al Comité de Redacción.

34. Por lo que respecta a la formulación del acto unilateral y en particular a las personas autorizadas para actuar en

nombre del Estado y comprometerlo en el plano internacional, se expresaron dos criterios: uno que desea limitar la capacidad de formular actos unilaterales a determinadas personas, en particular las mencionadas en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, y una corriente, más amplia, que considera que esa capacidad debe extenderse a otras personas, vale decir a todas las personas autorizadas por el Estado a formular actos unilaterales susceptibles de afectar a otros Estados. Respecto de este punto algunos miembros de la Comisión se refirieron al párrafo 93 del informe, en el que se mencionan los artículos 7 a 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión en su 53.º período de sesiones. El Relator Especial precisa que lo que intentó decir en ese párrafo es que la extensión que se plantea en ese proyecto, quizás en el artículo 3, no es válida o aplicable a los actos unilaterales: en efecto, hay un desarrollo diferente del derecho internacional en los dos casos, así como consideraciones diferentes.

35. Por lo que respecta a las condiciones de validez y causales de nulidad del acto unilateral, algunos miembros señalaron que era mejor no hacer una distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, aunque otros señalaron que ello podría ser de interés. A juicio del Relator Especial la referencia a la nulidad absoluta o relativa tiene relación importante con la posibilidad de invocar la nulidad de un acto. De acuerdo con lo presentado en el informe, cuando se trata de un acto susceptible de nulidad absoluta, por ejemplo un acto que contradice una norma imperativa de derecho internacional o un acto formulado bajo coerción, cualquier Estado puede invocar la nulidad del acto. Es una cuestión de interés general, mientras que en los otros casos la cuestión se plantea diferente. La capacidad de invocar la causal de la nulidad por error corresponde al Estado interesado: ésta es la nulidad relativa. El acto puede ser convalidado por el Estado autor, sea en forma expresa o por comportamientos ulteriores, como se plantea en el ámbito del derecho de los tratados y se resuelve claramente en el régimen de Viena. Se plantea acá otra cuestión. En el caso de la protesta, el Estado destinatario es el que podrá invocar la nulidad del acto por error o por cualquier otra causal de nulidad de carácter relativo. En el caso de la promesa, será el Estado autor el que la podrá invocar. La situación varía en función del acto, lo que no significa que no se pueda elaborar una regla de aplicación común a todos los actos unilaterales. Se deja abierta la posibilidad al Estado –autor o destinatario del acto–, es decir a los Estados que entran en la relación contractual, de invocar la nulidad del acto.

36. El orador recuerda una vez más que el acto unilateral no deja de producir efectos bilaterales, lo que no puede significar que tenga carácter convencional y esté, por lo tanto, sometido a las reglas de Viena.

37. En relación con los artículos 5 *a*) a 5 *h*) sobre las causales de nulidad del acto unilateral, algunos miembros expresaron con mucho fundamento, que la referencia al «consentimiento» remitía al derecho de los tratados y que no tenía cabida en el tratamiento del tema de los actos unilaterales. En relación con la contrariedad del acto a una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*), el Relator Especial comparte la sugerencia de tomar en cuenta el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969

relacionado con la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). En cuanto a la nulidad de un acto unilateral por su contradicción con una decisión del Consejo de Seguridad, algunos miembros señalaron que habría que precisar a qué categoría de decisiones se refiere, si sólo a las adoptadas en virtud o en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que son obligatorias, o también a las que se adopten en el marco del Capítulo VI de la Carta. Quizás deberían estar limitadas a las que pueda adoptar el Consejo en virtud de los Artículos 41 y 42 de la Carta. Algunos miembros de la Comisión se refirieron a la nulidad de un acto unilateral contrario a una obligación anterior asumida por el Estado por la vía convencional o por la vía unilateral. Para el Relator Especial no se estaría ante la nulidad del acto, ante una ausencia de condiciones de validez, sino ante un caso de conflicto de normas, lo que se recoge claramente en el régimen de Viena en disposiciones distintas a las relacionadas con la nulidad de los tratados.

38. Relacionando el acto unilateral con otros temas de la Comisión, en particular con el de la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial señala que en este último caso el hecho, acción u omisión por el cual un Estado compromete su responsabilidad internacional es por lo general, si no siempre, un acto unilateral. Se trata de un trato ilícito que plantea una situación distinta y no se trata de causales de nulidad. Un acto contrario al derecho internacional, un acto unilateral por el cual incumple sus compromisos internacionales es un acto ilícito y el acto ilícito es nulo, no produce efectos jurídicos. Entra en juego la responsabilidad internacional.

39. El Relator Especial, tomando nota de que la inclusión del término «invocación» en las propuestas presentadas se consideró innecesaria, recuerda que este término figura en las disposiciones correspondientes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. De lo que se trata es de la posibilidad de que un Estado invoque una causal de nulidad. La invocación de nulidad es algo distinto. En todo caso deberá ser constatada por una instancia jurisdiccional.

40. En lo que respecta a la interpretación del acto unilateral, sobre lo cual se presentaron dos proyectos de artículos, los proyectos de artículos *a*) y *b*), se formularon algunos comentarios importantes. Para algunos miembros de la Comisión es prematuro tratar este tema, pero el Relator Especial se pregunta si las reglas de interpretación que son fundamentales no deben ser examinadas desde ahora. Sólo a través de la interpretación podrá determinarse si el acto es unilateral, si es jurídico, si produce efectos jurídicos y vincula al Estado autor, y si está ubicado fuera de otros regímenes, como el del derecho de los tratados. Y además, como lo han sostenido algunos en la CDI y en la Sexta Comisión, las reglas de interpretación comunes pueden aplicarse a los diferentes actos unilaterales que entran en el cuadro del tema. Precisamente respecto de las reglas de interpretación se han hecho observaciones sobre la mención de la intención del Estado autor del acto. El Relator Especial repite que la interpretación se debe hacer de buena fe y de acuerdo con los términos de la declaración en su contexto, y ello se entenderá como el mismo texto, su preámbulo y los anexos que pueden formar parte de una declaración. La determinación de la intención del Estado autor es fundamental: puede ser inferida no sólo

de los términos de la declaración, oral o escrita, en ese contexto y de acuerdo con determinadas circunstancias, sino también, cuando no se logre determinar el sentido de acuerdo con la regla general, recurriendo a medios complementarios como serían los trabajos preparatorios. Como se formularon dudas respecto de los trabajos preparatorios, el Relator Especial puso la nueva redacción entre corchetes en el artículo b). Pero sigue pensando que, aunque difícil, es posible recurrir a los trabajos preparatorios, que serían la correspondencia interna de los ministerios de relaciones exteriores o de los órganos del Estado que participaron en la formulación del acto. En todo caso nada impide citar el recurso a estos medios de interpretación complementarios, alegando una expresión del tipo «en el caso de que sea posible» o «si fuera el caso», o simplemente una frase que refleje que puede haber esa posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios, pero que demuestre o evidencie que no es fácil ni frecuente.

41. Algunos miembros de la Comisión destacaron que el carácter restrictivo de la interpretación debía estar reflejado expresamente en la redacción. Esta precisión interesante puede limitar la preocupación de algunos de que cualquier acto pueda comprometer al Estado o, más bien, que el Estado pueda comprometerse por cualquier acto formulado o realizado por uno de sus representantes. La jurisprudencia ha sido clara en la interpretación, especialmente en los casos de controversia territorial: no se está ante actos de naturaleza jurídica, actos que por lo tanto tienen un carácter distinto, quizá político, pero que no vinculan al Estado que los formula.

42. Sin duda, los proyectos de artículos sobre las nulidades y la interpretación deberían ser remitidos al Grupo de Trabajo para determinar si es posible elaborar disposiciones de carácter común a todos los actos y luego abordar las cuestiones de fondo y precisar si habrá que suprimir o agregar reglas.

43. Durante el debate se hizo referencia a algunos de los actos unilaterales denominados clásicos en derecho internacional (renuncia, promesa, protesta, reconocimiento) aunque esta calificación no sea aceptada por todos. En relación con el reconocimiento se planteó la cuestión de la revocabilidad del acto mediante el cual un Estado reconoce una situación, un derecho o una pretensión jurídica y, concretamente, la revocabilidad del acto de reconocimiento de un Estado, cuestión que si bien no se ha examinado aún porque no parecía posible elaborar reglas de aplicación común, merece algún comentario. El acto de reconocimiento, la declaración de reconocimiento, desde luego que produce efectos jurídicos. En el caso del reconocimiento de un Estado en particular, hay que tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, que la existencia del Estado como sujeto no depende del reconocimiento sino de la presencia o de la concomitancia de elementos que, para el derecho internacional, definen una entidad como Estado, como los deberes y los derechos. En segundo lugar, si se considera el carácter declarativo del reconocimiento, se puede concluir que produce determinados efectos jurídicos: el Estado que reconoce una entidad le otorga el estatus de Estado a esa entidad en sus relaciones internacionales.

44. Un miembro de la Comisión señaló que un Estado podía revocar también unilateralmente un acto formulado

por él. Es un tema difícil que se ubica en los efectos jurídicos de los actos unilaterales. El Estado que formula el acto unilateralmente ¿puede revocarlo también unilateralmente? Pareciera que no: el acto es unilateral pero la relación jurídica deja de serlo y se hace bilateral. Para el Relator Especial el Estado que formula el acto de reconocimiento no podría revocarlo.

45. El Relator Especial se excusa de no haber podido responder a todas las preguntas formuladas, pero asegura a la Comisión que el Grupo de Trabajo profundizará en el análisis en todos sus aspectos.

46. El PRESIDENTE anuncia que las consultas oficiales sobre el tema se seguirán en el seno del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta la propuesta presentada por el Sr. Simma y las observaciones formuladas por el Sr. Candioti.

Protección diplomática⁵ (continuación*) (A/CN.4/514⁶, A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1⁷, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

47. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO, refiriéndose a la cláusula Calvo, observa que parte de dos premisas: un Estado independiente soberano tiene el derecho, en virtud del principio de la igualdad entre los Estados, de pretender no ser objeto de injerencia, diplomática o por la fuerza, en sus asuntos; los extranjeros tienen fundamento para gozar de derechos y privilegios iguales, pero no superiores, de los que se reconocen a los nacionales y, por consiguiente, los tribunales del Estado huésped ejercen una jurisdicción exclusiva sobre sus reclamaciones. En otros términos, en el contexto de la cláusula Calvo el trato nacional equivale a la «norma mínima internacional»: más precisamente el derecho internacional en ese caso impone a los Estados la obligación de reservar a los extranjeros el trato nacional, la legislación nacional regula los derechos y privilegios de los extranjeros y ninguna instancia internacional interviene.

48. Actualmente los dos principios mencionados son ampliamente aceptados en el derecho internacional y en la práctica y están consagrados en numerosas resoluciones e instrumentos aprobados por las Naciones Unidas, como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁸.

49. Si bien se adhiere a esta posición, el Sr. Comissário Afonso no puede dejar de señalar que el contexto internacional difiere en dos aspectos, como mínimo, de aquel en el cual se elaboró la cláusula Calvo hace casi un siglo. En primer lugar, en el mundo contemporáneo el

* Reanudación de los trabajos de la 2725.ª sesión.

⁵ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

⁶ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

⁷ Véase la nota 1 *supra*.

⁸ Véase 2725.ª sesión, párr. 5.

comportamiento de los Estados se ve profundamente influido, si no condicionado, por normas comunes impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien nos podemos interrogar sobre la manera en que estos derechos influyen en la institución de la protección diplomática en general y sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en particular, es cierto que la existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales relativos a este tema desdibuja la distinción entre extranjeros y nacionales respecto del trato que les está reservado. Por lo demás, ni siquiera la forma en que un Estado trata a sus propios ciudadanos dentro de su propio territorio se considera ya un tema exclusivo de su soberanía. En segundo lugar, los gobiernos asignan importancia a la empresa privada y la reconocen, lo que permite a los inversores extranjeros privados gozar actualmente de un entorno jurídico seguro, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales destinados a promoverlos y a protegerlos.

50. Por eso el Sr. Comissário Afonso cree que la cláusula Calvo podría conciliarse con el derecho de un Estado de ejercer su protección diplomática. El Relator Especial podría probablemente indicar cuándo y en qué condiciones una renuncia al ejercicio de la protección diplomática o una resolución de la reclamación formulada por un extranjero puede poner en peligro este derecho.

51. Con respecto al proyecto de artículo 16 propuesto por el Relator Especial, el Sr. Comissário Afonso está de acuerdo en que la cláusula Calvo no debería extenderse a los casos de denegación de justicia, y esto debería quedar claramente establecido en el texto. Por lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de artículo, el orador tiene dudas sobre su utilidad, ya que esta disposición sólo expresa lo que ya abarca la noción de protección diplomática. La regla del agotamiento de los recursos internos supone que siempre es posible una instancia de recurso internacional, especialmente en caso de denegación de justicia. Por eso el Sr. Comissário Afonso es partidario de suprimir este párrafo.

52. El Sr. GAJA comienza declarando que tomará en consideración la «cláusula» Calvo y no la «doctrina» Calvo, ya que ésta constituye un aspecto de las reglas primarias relativas al trato de los extranjeros. La primera frase del párrafo 1 del artículo 16 propuesto por el Relator Especial parece no tener más que un valor simbólico. Confirma la validez de la cláusula Calvo al conferirle efectos extremadamente limitados: se supone que el extranjero ha renunciado válidamente a su derecho de «solicitar protección diplomática en relación con asuntos relativos al contrato». Ahora bien, jurídicamente el alcance de esta renuncia es incierto. En el proyecto de artículos nada parece indicar que la solicitud de protección diplomática presentada por el extranjero sea condición previa al ejercicio de esta protección. Según los proyectos de artículos ya enviados al Comité de Redacción, el Estado de nacionalidad goza del derecho discrecional de ejercer o no la protección diplomática. La cuestión no parece consistir en saber si la cláusula Calvo es o no válida en derecho internacional. Tal como se interpreta en el proyecto de artículo 16, en derecho internacional la cláusula no está prohibida, y ni siquiera se la considera lícita: simplemente carece de interés. Seguramente habría ruptura del contrato si, en contra de sus disposiciones, el extranjero invocara

la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, pero no habría infracción del derecho internacional por parte del extranjero, ni menos por parte del Estado de nacionalidad. Suponiendo que en el derecho internacional existiese la obligación de que un extranjero no invocara la protección diplomática de su Estado nacional, esto no sería determinante en la práctica. Probablemente la protección diplomática no se ejerza si no se solicita. No es necesario que esta solicitud dimanara del particular perjudicado, ya que otras personas podrían atraer la atención del Estado de nacionalidad y éste no estaría ligado por el contrato que incluye la cláusula Calvo. No habría violación de una presunta regla de derecho internacional que prohíba a un extranjero solicitar la protección diplomática de su Estado nacional.

53. Sea como fuere, según el Relator Especial la obligación del extranjero de no invocar la protección diplomática deja de existir cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Pero, además de la denegación de justicia en el contexto del agotamiento de los recursos internos, podría haber otras violaciones del contrato equivalentes a un hecho internacionalmente ilícito. Como ha señalado el Sr. Pellet (2725.ª sesión), el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 implica que un extranjero no puede solicitar la protección diplomática de su Estado nacional mientras no se haya cometido un hecho internacionalmente ilícito, pero esta protección de todas maneras no estaría disponible. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito se puede solicitar y ejercer la protección diplomática, figure o no en el contrato una cláusula Calvo.

54. Por lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, no agrega nada, como acaba de afirmar el Sr. Comissário Afonso. Como ha explicado el Relator Especial, supone que el Estado huésped no ha renunciado a la regla del agotamiento de los recursos internos. Esto es superfluo, pues el examen del artículo 14 mostró que no puede inferirse una renuncia tácita.

55. Resulta que la confirmación de la validez de la cláusula Calvo es eminentemente simbólica. Además, se presta a confusión porque la primera frase del artículo 16 parece apoyar la posición defendida por algunos Estados huésped según la cual la cláusula Calvo tendría en el derecho internacional el efecto de impedir al Estado de nacionalidad ejercer la protección diplomática, incluso en el caso de un hecho internacionalmente ilícito. Pero ésta no es la intención subyacente en el artículo 16, cuya segunda frase responde a la idea de que el Estado de la nacionalidad tiene la prerrogativa de ejercer su protección diplomática y la cláusula Calvo no atentaría contra este derecho.

56. El Sr. Gaja repite que es partidario de elaborar una disposición general sobre la renuncia, por parte del Estado de la nacionalidad y del Estado huésped, en este contexto. Con respecto a la cláusula Calvo, tendría su lugar más bien en el comentario que en el texto mismo del proyecto.

57. La Sra. XUE felicita al Relator Especial por la concisión y el interés de la sección C de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) dedicada al proyecto de artículo 16, que se basa en la cláusula Calvo. Esta cláusula se analiza muy claramente, desde sus antecedentes hasta su aplicación actual, a través de la práctica de los Estados, la

jurisprudencia y la doctrina. Se puede ver que existen dos posiciones extremas. Por un lado, a través de los años se ha aceptado y reafirmado la regla del agotamiento de los recursos internos. Por el otro lado, esta regla nunca ha privado al Estado de la nacionalidad del derecho a proteger a sus nacionales cuando han sido perjudicados por un acto internacionalmente ilícito cometido por el Estado demandado. Por lo tanto la cláusula Calvo merece ser reconocida entre las normas relativas a la protección diplomática.

58. En su informe, el Relator Especial propone dos opciones. La primera sería renunciar a la elaboración de una disposición al respecto porque la cláusula Calvo sólo reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos, ya formulada en el artículo 10. La segunda opción consistiría en integrar una disposición semejante a la que figura en el artículo 16. Un examen detenido del proyecto de artículo 16 muestra que el Relator Especial se ha esforzado por mantener un equilibrio entre los intereses soberanos de los Estados respecto de la jurisdicción nacional y los relativos a la protección de sus nacionales que se encuentren en el extranjero. Se trata de evitar a la vez toda injerencia y toda lesión de un derecho. La Sra. Xue considera que el proyecto de artículo 16, bajo reserva de algunas modificaciones de forma, debe mantenerse, por muchas razones. En primer lugar, en cuanto norma codificada, reafirma el derecho de un Estado de establecer este tipo de relación contractual con un extranjero que ejerce actividades en su territorio. Si se piensa en la importancia que tienen las actividades de las sociedades transnacionales y la influencia que ejercen en la economía mundial está claro que esta disposición es indispensable. En segundo lugar, el proyecto de artículo 16 aclara los límites de una relación contractual de este tipo, en especial al garantizar los derechos del Estado de nacionalidad en virtud del derecho internacional. En tercer lugar, para el caso en que se hubiera redactado el contrato en forma diferente, como en el asunto *North American Dredging Company*, habría que estipular claramente la necesidad de agotar los recursos internos antes de que el asunto sea enviado ante una instancia internacional de solución judicial. A este respecto la Sra. Xue espera sea éste el sentido que se dé al párrafo 2 del artículo 16.

59. La Sra. Xue, si bien es partidaria del proyecto de artículo 16 en su conjunto, formula una reserva con respecto al párrafo 1. En el resto del proyecto de artículos el Estado de nacionalidad puede ejercer su protección diplomática sólo cuando un hecho internacionalmente ilícito se atribuye al Estado demandado. En el artículo 16 se agrega una nueva condición, vale decir que el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de su nacionalidad. Habría que precisar si esta expresión remite a la violación de una obligación internacional, a un daño causado directamente al Estado –también– o a una preocupación más general en relación con la protección de los derechos humanos, sin lo cual la amplitud de toda la disposición disminuiría considerablemente. En conclusión, bajo reserva de las observaciones que ha formulado, la Sra. Xue considera que el proyecto de artículo 16 debe ser enviado al Comité de Redacción.

60. El Sr. MOMTAZ agradece al Relator Especial el esfuerzo suplementario que ha desplegado en la sección C de su tercer informe dedicada a la cláusula Calvo. Este texto tiene mucho mérito, sobre todo el de haber refrescado la

memoria de los miembros de la Comisión respecto de una cuestión que hoy en día ya no se discute. La impresión general que se desprende de esa adición es que el verdadero objetivo de la cláusula Calvo fue, en su momento, excluir la protección diplomática en toda circunstancia y que esta tesis «extremista» jamás fue reconocida por el derecho internacional, ni siquiera a nivel regional. Es verdad que el Relator Especial se refiere (secc. C.4) a la codificación de la cláusula Calvo en el continente americano. Precisa que estos esfuerzos de codificación fueron coronados por el éxito en los países de América Latina, y para probar el fundamento de esta afirmación cita tres instrumentos regionales que parecen poner el acento en la necesidad de que el extranjero lesionado por un acto ilícito recurra a los tribunales competentes del Estado demandado, vale decir en la norma del agotamiento de los recursos internos. En efecto, en los tres casos la infracción a esta norma dio lugar a excesos que fueron condenados por los Estados latinoamericanos, a justo título, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. El Sr. Momtaz desea preguntar al Relator Especial si en la época en que se inventó la cláusula Calvo la norma del agotamiento de los recursos internos se consideraba una norma consuetudinaria. El orador lo duda, y desearía establecer una relación entre la cláusula Calvo y el nacimiento de la norma del agotamiento de los recursos internos en este período. A este respecto, la resolución sobre «responsabilidad internacional del Estado» adoptada en 1933 por la séptima Conferencia Internacional Americana⁹ es suficientemente explícita. Por otro lado, la jurisprudencia establecida por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en el marco del asunto *North American Dredging Company* también señaló la necesidad de agotar los recursos internos. Como desde entonces los Estados latinoamericanos han flexibilizado en cierta forma su posición, el Sr. Momtaz duda de la utilidad de codificar la cláusula Calvo en el proyecto de artículos. Es interesante observar que los países en desarrollo, siempre deseosos de atraer las inversiones extranjeras, se esfuerzan por crear las condiciones propicias, para lo cual ofrecen garantías jurídicas. De ello resulta un trato privilegiado para los inversores extranjeros en comparación con el acordado a los inversores nacionales, lo que la cláusula Calvo deseaba denunciar y evitar. Evidentemente nada impide que un extranjero se comprometa a no solicitar la protección diplomática del Estado del cual es nacional. Pero es evidente, como ya se ha señalado en muchas oportunidades, que esta promesa no compromete en absoluto al Estado de la nacionalidad. En realidad el Sr. Momtaz piensa que las cuestiones planteadas en la sección C del tercer informe están íntimamente ligadas a las planteadas por la renuncia al agotamiento de los recursos internos y que sería preferible que fuesen todas estudiadas en ese contexto.

61. Por todas estas razones el Sr. Momtaz es partidario de la primera opción propuesta por el Relator Especial, sin perjuicio de que se mencione la cláusula Calvo en el comentario al artículo pertinente del proyecto de artículos, probablemente el dedicado a la norma del agotamiento de los recursos internos.

⁹ *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*, Dotación Carnegie, 1938, págs. 546 y 547; reproducida en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 6, págs. 222 y 223.

62. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el principal problema que encuentra la Comisión es la falta de consenso y que habría que remediarlo sin dejar de lado elementos que algunos miembros han juzgado pertinentes. Se quedó sinceramente sorprendido y disgustado cuando el Relator Especial indicó que tenía la intención de incluir en el proyecto de artículos una mención de la cláusula Calvo. En efecto, considera que las perspectivas de lograr un acuerdo sobre esta cuestión son prácticamente nulas. Aprueba la norma del agotamiento de los recursos internos pero, como el Sr. Brownlie ha indicado bien claramente, la Comisión debería abstenerse de elaborar una disposición sobre la cláusula Calvo porque excede de su competencia. El Presidente exhorta a los miembros de la Comisión a no pronunciarse sobre un tema que ha tenido un impacto más emocional que jurídico en los últimos decenios y, por lo tanto, a no enviar el proyecto de artículo 16 al Comité de Redacción. Los invita a tomar simplemente nota del informe sobre la cuestión.

63. El Sr. KABATSI felicita al Relator Especial por su tercer informe, tan excelente, y por la idoneidad que ha demostrado al tratar las cuestiones pertinentes, esencialmente la norma del agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba en la aplicación de esta norma y, por último, la controversia con respecto a la cláusula Calvo. Agradece que el Relator Especial no haya cedido a la tentación de imponer su posición y sus conclusiones en la Comisión, sino que la haya dejado enteramente libre de pronunciarse sin herir su susceptibilidad. Recuerda que en el pasado algunos relatores especiales se ofendieron con las decisiones de la Comisión y que uno de ellos llegó a renunciar a su mandato.

64. Por lo que respecta al alcance del proyecto de artículos, habría que determinar si el tema debe limitarse a la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos o extenderse a otras cuestiones tales como la protección funcional de sus funcionarios por los organismos internacionales, el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o de una aeronave de presentar una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros, el caso en que un Estado ejerce su protección diplomática respecto de un nacional de otro Estado, este último habiendo delegado al primero su derecho de hacerlo, o el caso en que un Estado o una organización internacional administran o controlan un territorio. A este respecto el Sr. Kabatsi está totalmente convencido de que, por los motivos que el Relator Especial expone en el párrafo 17 de su informe, por ahora el alcance del proyecto de artículos debería quedar limitado a las cuestiones que ha determinado.

65. Tratándose de las excepciones al principio general según el cual los recursos internos deben agotarse, el Sr. Kabatsi acoge favorablemente el proyecto de artículo 14, en especial la opción 3 propuesta en el apartado *a* («no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo»). Por lo que respecta al cargo de la prueba relativa al agotamiento de los recursos internos, aprueba la propuesta formulada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 15 porque el Relator Especial enuncia allí claramente las responsabilidades que incumben al Estado demandado y al Estado demandante, respectivamente.

66. Por último, con respecto a la cláusula Calvo y el proyecto de artículo 16, se trata de saber si esta cláusula agrega un elemento nuevo a la norma del agotamiento de los recursos internos. Quizás no sea verdaderamente el caso, como han señalado aquellos miembros que consideran superfluo el proyecto de artículo 16. El Sr. Kabatsi no está totalmente seguro. Pero considera que esta disposición es conveniente porque sirve para destacar la norma del agotamiento de los recursos internos y la aclara un poco más. Por este motivo sería útil conservarla. Por el contrario, el párrafo 2 del artículo 16 no parece agregar gran cosa al contenido del párrafo 1, y se podría abandonar. El Sr. Kabatsi, bajo reserva de esta última observación, es partidario de incluir esta disposición en el proyecto de artículos.

67. El Sr. DAOUDI se hace eco del agradecimiento expresado al Relator Especial por su tercer informe. Éste, además de la riqueza de información que contiene, tiene el mérito de haber conservado una notable objetividad. Con respecto a las dos opciones que el Relator Especial propone en la conclusión de su informe, el orador reconoce la gran tentación de conservar la primera, vale decir de no incluir la cláusula Calvo en el proyecto de artículos, por dos motivos importantes. Por una parte, las circunstancias que llevaron a los países de América Latina a adoptar la cláusula Calvo ya no son de actualidad, aunque estos países conserven rastros de ella en su doctrina. Por otra parte, ahora los Estados aceptan renunciar a exigir, en los contratos concluidos con extranjeros, no solamente el agotamiento de los recursos internos sino también la aplicación de su derecho nacional.

68. Pese a ello el Sr. Daoudi piensa que la segunda opción, vale decir el proyecto de artículo 16 propuesto, es más interesante porque es más respetuosa de los principios de la soberanía de los Estados y de la no injerencia en sus asuntos internos. El proyecto de artículo 16 contiene, en su párrafo 1, tres variantes de la cláusula Calvo, retomadas casi textualmente de las fórmulas de García Amador. El texto del apartado *a* es aceptable, lo cual no es el caso de los apartados *b* y *c* porque prevén la posibilidad de que el extranjero renuncie a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad aunque el Estado huésped haya cometido un hecho internacionalmente ilícito o haya habido denegación de justicia. Pero este derecho no pertenece al particular sino al Estado de su nacionalidad.

69. La segunda parte del párrafo 1, que comienza por las palabras «Sin embargo, dicha estipulación contractual no afectará el derecho del Estado de la nacionalidad [...]» podría reemplazar el texto actual del párrafo 2. Efectivamente, este último es inútil y diluye demasiado los efectos de la norma, reduciéndola a una simple presunción, lo que puede dar lugar a un conflicto de interpretación que dirimirán el juez o el árbitro. Una vez formuladas estas reservas, el Sr. Daoudi está de acuerdo en enviar el proyecto de artículo al Comité de Redacción.

70. El Sr. DUGARD (Relator Especial) insiste en que la cláusula Calvo ha influido en el debate sobre la protección diplomática todo lo largo de su historia y que la Comisión no puede dejarla de lado únicamente porque se trate de un simple arreglo contractual. Si decide abandonar esta cláusula con el argumento de que no entra en el marco de su mandato, que es codificar las normas del derecho

internacional, se arriesga a dar la impresión de que no ha tratado el tema porque presenta problemas espinosos. Indudablemente es un tema difícil, que conlleva una gran carga emocional y simbólica, pero la Comisión no puede permitirse dejar de examinarlo únicamente por razones políticas. El Sr. Dugard espera que los miembros tengan esto presente en las sesiones ulteriores que se dediquen a esta cuestión.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2728.ª SESIÓN

Viernes 31 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. KOSKENNIEMI dice que la cláusula Calvo no es más que un complemento muy secundario de la normativa vigente y conviene con el Sr. Brownlie en que dicha cláusula se refiere a una cuestión que realmente no corresponde al ámbito del tema.

2. Cuando se establece una excepción a una norma, la excepción suele adquirir una importancia considerable. Se puede encontrar una excepción de ese tipo en el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 incluido en la sección C del tercer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), donde se dice: «[...] un acto internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante o cuando el daño que sufriera el extranjero

preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero». Muchos miembros han sostenido la necesidad de hacer un gesto simbólico en reconocimiento de la igualdad soberana y de realizar cambios en el sistema internacional. A su juicio, sin embargo, la última parte del párrafo 1 abre una puerta a la intervención. Al fin y al cabo, toda relación contractual, en particular si tiene importancia económica, se considerará que concierne al Estado de la nacionalidad. Por ejemplo, una gran empresa que tenga un contrato con un Estado receptor mantendrá probablemente buenas relaciones con la embajada de su propio Estado; si surge un problema, la empresa comunicará seguramente a la embajada que convendría efectuar algún tipo de gestión diplomática. El embajador considerará que la cuestión concierne directamente al propio Estado y que justifica el tipo de intervención para la cual se estableció la cláusula.

3. La cláusula Calvo no tiene sólo efectos simbólicos. La alusión a las cuestiones que conciernen directamente al Estado deja en manos del embajador la decisión de abordar la cuestión a nivel internacional, a pesar de la renuncia. Habida cuenta de que es difícil definir las cuestiones que «preocupan directamente» a los Estados, sería mejor que no hubiere ninguna disposición sobre la cláusula Calvo. Esta cláusula demuestra que hacer algo por motivos simbólicos puede acarrear consecuencias contrarias a las previstas.

4. El Sr. FOMBA dice que es uno de los miembros que consideraron conveniente estudiar la cláusula Calvo, siempre que se hiciera desde el punto de vista de la cuestión general de la renuncia a la protección diplomática.

5. El punto de partida del artículo 16 es el hecho internacionalmente ilícito, que concierne directamente al Estado de la nacionalidad, incluso en la persona de uno de sus nacionales. Por lo tanto, no existe el derecho de un nacional a la protección como tal, sino un derecho a ejercer la protección, del que sólo disfruta el Estado.

6. En cuanto a las consecuencias de la cláusula Calvo, deben aclararse las dos situaciones relacionadas con la cuestión de la renuncia. En primer lugar, sólo el Estado, y no el nacional, tiene derecho a la renuncia. En segundo lugar, el único camino que tiene abierto el nacional es tratar de convencer al Estado de que renuncie al ejercicio de su derecho por la razón que sea.

7. En general, comparte la opinión del Sr. Pellet sobre la lógica interna y el enunciado del texto. Está a favor de remitir el párrafo 1 al Comité de Redacción, siempre que se mantenga únicamente el apartado pertinente, es decir, el apartado *a*, y apoya la propuesta del Sr. Pellet de reformular el párrafo 2.

8. En cuanto al carácter regional de la cláusula, observa que la opinión dominante de los internacionalistas es bien conocida, y también que la CIJ ha aceptado la idea de la costumbre regional, si bien ha subrayado que «la parte que alega una costumbre de ese tipo debe demostrar que esa costumbre ha arraigado de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte» (asunto *Droit d'asile* [pág. 276]).

9. Por último, hace suyas en general las opiniones expresadas por el Sr. Daoudi y el Sr. Momtaz.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

10. El Sr. TOMKA tiene dudas sobre el artículo 16. La labor de la Comisión es codificar normas de derecho internacional, mientras que la cláusula Calvo es claramente una disposición contractual que se interpreta como una renuncia válida al derecho del extranjero a solicitar la protección diplomática. Ello podría causar confusión respecto de la naturaleza del derecho correspondiente. En el derecho internacional no existe un derecho a la protección diplomática, como se desprende claramente de la jurisprudencia de la CIJ, en particular el asunto *Barcelona Traction*. Ese derecho sólo puede ser reconocido por un ordenamiento jurídico interno, pero los Estados suelen tener la facultad discrecional de ejercer la protección diplomática si así lo desean. El derecho a la protección diplomática en el plano internacional se refiere exclusivamente al derecho de un Estado a ejercer esa protección, y no al derecho de una persona a solicitarla. Así pues, si una cláusula es una estipulación contractual, no puede tener consecuencia alguna para un derecho del Estado. En sentido estricto, la Comisión no necesita incluir una disposición semejante.

11. En cuanto a lo expuesto en el párrafo 36 del informe, cree que la cuestión no es que una persona prive a un Estado de su derecho a otorgar la protección diplomática, sino que los propios Estados renuncian a su derecho a ejercer la protección diplomática en determinadas condiciones, lo cual es claramente diferente.

12. El orador se opone a que se remita el artículo 16 al Comité de Redacción. El Relator Especial debe mencionar la cláusula Calvo en el comentario, pero la cláusula como tal debe dejarse para las enciclopedias de derecho internacional.

13. El Sr. CHEE dice que el excelente informe sobre la cláusula Calvo preparado por el Relator Especial le ha hecho darse cuenta de que esa cláusula no es sólo una doctrina del pasado que carezca de importancia en nuestros días.

14. A su juicio, la decisión de la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en el asunto *North American Dredging Company* fue aceptada como una norma relativa a la cláusula Calvo. La decisión hace hincapié en la premisa según la cual la cláusula Calvo se aplica a los contratos comerciales celebrados entre un Estado y un extranjero en los que éste renuncia a su derecho a solicitar la protección diplomática de su gobierno. Sin embargo, la Comisión General de Reclamaciones también resolvió que ello no privaba al gobierno del extranjero del derecho a otorgar la protección a sus nacionales «con respecto a una denegación de justicia u otra violación del derecho internacional sufrida en el proceso de agotar los recursos internos o de tratar de ejecutar su contrato» [párr. 28]. La decisión de la Comisión General de Reclamaciones sigue sentando jurisprudencia. El orador no se opone a que se mantenga la cláusula Calvo si los miembros deciden que es necesaria y eficaz, pero se debe tener presente que ha sido criticada por muchos países desarrollados y que sólo ha sido observada por Estados de América Latina.

15. El objetivo de la cláusula era impedir la intervención diplomática de las grandes potencias industriales en los Estados de América Latina. Hoy día, esos temores son

infundados habida cuenta de los párrafos 3 y 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. De hecho, la tendencia general en la práctica de los Estados desde la segunda guerra mundial es contraria a los objetivos de la cláusula Calvo. Ese cambio ha sido propiciado por varios factores. En primer lugar, un inversionista extranjero está protegido por convenios bilaterales de garantía de las inversiones. En segundo lugar, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados permite a un inversionista extranjero iniciar un procedimiento legal contra un Estado extranjero. Ello representa en sí mismo una mejora en cuanto al derecho de un extranjero a obtener protección sin llegar a pedir la protección diplomática. En tercer lugar, en el marco del Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, un inversionista extranjero está protegido contra el riesgo de pérdidas derivadas de sucesos políticos acontecidos en el Estado receptor. Es probable que esas tendencias continúen. La dependencia de la inversión extranjera para fomentar el desarrollo de la economía nacional es imperativa para todos los Estados, salvo algunas excepciones. Hoy día, casi todos los Estados, entre ellos las grandes Potencias industriales, alientan a las empresas extranjeras a que abran fábricas en su territorio. Es difícil imaginar que los Estados receptores, en especial los que necesitan capitales, pidan a un inversionista extranjero que renuncie al derecho a la protección diplomática de su Estado de nacionalidad.

16. Por todo ello, la cláusula Calvo ha perdido importancia desde la segunda guerra mundial. De hecho, ni siquiera se pone en práctica en el país en que se originó, la Argentina. Otra circunstancia que ha propiciado su declive es la aplicación directa del derecho internacional en los contratos públicos, tal como se observó en el asunto de la *Texaco*, de 1977, y en el asunto de la *Aminoil*, de 1982. Así pues, el derecho internacional público se ha introducido incluso en los contratos privados, si un Estado participa en ellos.

17. La Comisión debe estudiar si es políticamente sensato restablecer la cláusula Calvo, que ha sido objeto de críticas de los Estados exportadores de capitales. No se debe adoptar una doctrina que pueda desalentar o ahuyentar las inversiones extranjeras.

18. Hoy día, la intervención diplomática no tiene lugar en el ámbito de los contratos comerciales, sino más bien en la esfera de las violaciones de los derechos humanos. La Comisión debe decidir si la cláusula Calvo favorece el interés de los Estados, y en particular de los Estados de América Latina.

19. El Sr. MANSFIELD dice que la sección C del tercer informe lo ha convencido de que ninguna norma sobre los recursos internos puede ser completa si no se reconoce la cláusula Calvo: ésta tiene demasiada historia tras de sí como para pasarla por alto. La Comisión debe incluir un artículo sobre el tema o explayarse en el comentario explicando la razón por la que ya no es necesario un artículo específico. Tras escuchar el debate, no cree que el artículo 16 sea objetable, ya que no tiene mucho contenido. En particular, el artículo deja claro que ninguna disposición contractual concertada por un particular puede impedir que el Estado de la nacionalidad ejerza la protección diplomática en su favor y que el derecho de protección

diplomática pertenece al Estado, no al particular. Por lo tanto, no ve ninguna objeción a que se remita el artículo 16 en su totalidad al Comité de Redacción, que también debe tener en cuenta la observación del Sr. Gaja de que las cuestiones tratadas se pueden abordar con más eficacia, menos controversias y menos riesgo de mala interpretación si el artículo se centra en la cuestión de la renuncia del derecho a la protección diplomática.

20. La Sra. ESCARAMEIA dice que, tras oír las observaciones de los demás miembros, está sorprendida por el alto grado de emoción expresado. Se pregunta la razón por la que en el mundo contemporáneo se otorga a la cláusula Calvo una importancia tal que algunos países la han incorporado a su derecho interno a un muy alto nivel, incluso en sus constituciones. La situación internacional ha cambiado desde el siglo XIX o los primeros años del siglo XX. Para algunos, la protección diplomática quizás tuviera como origen la necesidad de proteger a los particulares que residen en un Estado extranjero pero no tienen voz en la esfera internacional. Sin embargo, eso ha dejado de ser el problema más acuciante. Ahora la atención se concentra en las empresas multinacionales con inversiones en un país extranjero. Podría parecer que esas empresas tienen voz en los países en los que realizan sus actividades y, por lo tanto, pueden prescindir de la protección diplomática, aunque comprende a quienes destacan el peligro de obstaculizar el desarrollo económico y las relaciones entre los Estados y la necesidad de que los Estados puedan actuar en favor de sus empresas nacionales, que, independientemente de su importancia, pueden necesitar protección diplomática frente a un gobierno extranjero.

21. Por lo tanto, ha llegado a la conclusión de que el valor de la cláusula Calvo no es sólo histórico y simbólico y que sigue siendo una cuestión importante con repercusiones internacionales que exceden de las que tienen las estipulaciones contractuales con arreglo al derecho interno. Aunque comprende las observaciones realizadas por el Sr. Brownlie, cree que no ha entendido bien el vínculo existente entre las estipulaciones contractuales al amparado del derecho interno, por un lado, y el derecho internacional, por el otro. El tema es importante, no sólo porque ha dominado todos los debates sobre la protección diplomática durante muchos años, sino también porque sigue siendo relevante en el mundo contemporáneo.

22. En un principio, fue difícil entender el significado y la lógica interna del proyecto de artículo 16, ya que el recurso a un arreglo judicial internacional parecía prohibirse en el párrafo 1 pero permitirse en el párrafo 2. Tras leer el informe, se ha dado cuenta de que los dos párrafos se refieren a circunstancias y hechos diferentes. No obstante, la yuxtaposición de ambos párrafos se presta a confusión. Además, si bien la cláusula Calvo es más pertinente en los casos relacionados con empresas multinacionales, en el artículo se habla del «extranjero» y de «dicha persona», lo cual evoca el contexto original del mecanismo, establecido en el siglo XIX.

23. Como ha señalado el Sr. Mansfield, el artículo no parece muy ambicioso: se limita al agotamiento de los recursos internos en las controversias que surgen en relación con contratos en los que figura una cláusula Calvo. En consecuencia, el peligro real que representa es mínimo y puede ser remitido al Comité de Redacción. Las cues-

tiones planteadas por el Sr. Koskenniemi y la Sra. Xue pueden resolverse mediante una nueva redacción, tal vez eliminando el párrafo 2 o modificando el párrafo 1. Si no, como han propuesto el Sr. Gaja y el Sr. Mansfield, el Relator Especial puede preparar un proyecto de artículo específico sobre la renuncia del Estado.

24. El Sr. TOMKA se opone a la propuesta formulada por la Sra. Escarameia y por otros miembros de que el Comité de Redacción prepare un artículo sobre la renuncia antes de que se debata la cuestión en sesión plenaria. Es más, la cláusula Calvo es una cláusula contractual que no guarda relación con la renuncia de los Estados al derecho de ofrecer protección diplomática a personas físicas o jurídicas.

25. La Sra. ESCARAMEIA dice que ya ha tenido ocasión de señalar que en el Comité de Redacción se celebraban demasiados debates sustantivos. Su intención no era sugerir que el Comité estudiara la cuestión de la renuncia antes de que ésta fuera debatida en sesión plenaria.

26. El Sr. DUGARD (Relator Especial) entiende que el Sr. Gaja ha sugerido que la Comisión estudie un proyecto de artículo en el que figure un párrafo sobre la renuncia del Estado y otro párrafo sobre la renuncia del particular. Conviene con el Sr. Tomka en que éstas son dos cuestiones independientes. Aparentemente, el Sr. Gaja ha sugerido que, aunque la Comisión decida incluir una disposición de la índole del proyecto de artículo 16, esa disposición podría encontrar mejor acomodo en una sección general sobre la renuncia, pero eso entrañaría reformular el artículo 14 y separarlo de las demás disposiciones sobre las excepciones.

27. El Sr. MANSFIELD se muestra de acuerdo con el Relator Especial. El orador eligió sus palabras cuidadosamente al afirmar que las cuestiones relacionadas con el proyecto de artículo 16 se podrían abordar con menos controversias, más precisión y menos riesgo de mala interpretación en el contexto de un proyecto de artículo sobre la renuncia. Opina que el Comité de Redacción podría examinar esta cuestión.

28. El Sr. ADDO dice que el Sr. Tomka tenía razón al afirmar que la renuncia de los Estados no guardaba relación con la cláusula Calvo. La cláusula, frecuentemente utilizada en los contratos entre Estados de América Latina y nacionales de otros Estados, dimana de la doctrina Calvo, según la cual los no nacionales no tienen derecho a más protección que los nacionales. En general, la cláusula Calvo es innecesaria porque el agotamiento de los recursos internos suele ser una condición previa a la presentación de una reclamación diplomática. Es también ineficaz porque el particular no es competente para renunciar a un derecho —el de ejercer la protección diplomática— que verdaderamente pertenece al Estado. Por lo tanto, cree que un proyecto de artículo sobre la cláusula Calvo sería superfluo y apoya la primera de las dos opciones expuestas por el Relator Especial en la conclusión de su informe. Si bien la cláusula Calvo tiene un valor histórico y representa una notable contribución de América Latina al desarrollo del derecho internacional, carece de utilidad práctica en el derecho actual, cuya codificación tiene encomendada la Comisión. Así pues, el artículo 16 no se debe remitir al

Comité de Redacción, pero se debe tratar en el comentario para poner de manifiesto su valor simbólico.

29. El Sr. BROWNLIE, en respuesta a la Sra. Escarameia, dice que los miembros que no creen conveniente remitir el artículo 16 al Comité de Redacción no están restándole importancia a la cláusula Calvo. Algunos de ellos, como el Sr. Koskenniemi, temen que cualquier intento de la Comisión de abordar la cuestión sea contraproducente.

30. En el mundo contemporáneo, la cláusula Calvo no es más que uno de los múltiples mecanismos, incluidas las cláusulas de estabilización y las cláusulas del derecho aplicable, con que el orador suele encontrarse en su calidad de árbitro y que guardan relación con el equilibrio general entre la aplicación del derecho interno y el funcionamiento de ese tipo de cláusulas. Si existe un interés general sobre la cuestión, tal vez la Comisión deba estudiarla en relación con un nuevo tema del programa. Su opinión no es que la cláusula Calvo carezca de importancia y no cree probada la alegación de que no es más que un concepto regional de América Latina o que su interés sea meramente histórico. Sin embargo, no corresponde a la Comisión, ni a ningún órgano de codificación similar, emitir un dictamen sobre cómo aplicar el derecho internacional público a los diversos mecanismos y situaciones. Por ejemplo, sería muy interesante saber lo que los miembros piensan sobre la aplicación del derecho del mar, pero ese debate no tendría cabida en el mandato de la Comisión.

31. Ni siquiera está seguro de que la Comisión esté facultada para abordar la cuestión objeto de debate. La cláusula Calvo no es un tema que no haya sido regulado todavía por el derecho internacional, ni requiere una formulación más precisa, a los efectos del artículo 15 del estatuto de la Comisión. Ha existido y ha estado regulada durante 150 años, y ha sido examinada extensamente en numerosas publicaciones. El problema no estriba en lo que es el derecho, sino en cómo se aplica. Si la Comisión se va a ocupar del tema, debería hacerlo en el contexto más amplio de los mecanismos que afectan a la colocación de inversiones y a los incentivos a la inversión del Estado receptor.

32. El Sr. KEMICHA toma nota de la opinión expresada por el Sr. Tomka de que la importancia de la cláusula Calvo para la Comisión reside en su relación con el concepto de renuncia, como ha reconocido el Relator Especial. Sin embargo, si se estudian las renunciaciones en el contexto histórico de la cláusula Calvo se crea confusión. La Comisión debe examinar no sólo las costumbres y prácticas regionales del pasado, sino también las actuales. La Sra. Escarameia ha observado acertadamente que, en el mundo contemporáneo, lo importante es proteger a las empresas multinacionales y no a los individuos. Los países receptores desean atraer a los inversionistas extranjeros y se han celebrado muchos tratados a este respecto. El Banco Mundial recopila una lista anual de los acuerdos bilaterales y multilaterales destinados a promover y proteger esas inversiones, todos los cuales incluyen alusiones al arbitraje internacional; ese hecho subraya la importancia de la renuncia.

33. El Sr. GALICKI dice que la Comisión debería distinguir entre la cuestión de la renuncia en relación con el Estado (art. 14) y en relación con los particulares (art. 16).

Es más, la inclusión del artículo 16 incorporaría al párrafo 1 el concepto del derecho del extranjero a solicitar la protección diplomática, abriendo así la caja de Pandora de una multitud de problemas. Hasta el momento, la Comisión se ha centrado en el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática sin mencionar al particular como titular de un derecho a solicitarla. El proyecto de artículos sobre el que se ha llegado a un acuerdo se limita a los perjuicios causados a nacionales de resultas de un hecho internacionalmente ilícito, mientras que, en la cláusula Calvo, el origen del daño es una obligación contractual, que no corresponde al ámbito de la protección diplomática. La Comisión debería evitar que se mezclaran esas dos esferas. Con todos los respetos por la cláusula Calvo y su aplicación práctica, cree que queda fuera del ámbito de la protección diplomática y que el artículo 16 no debería figurar en el proyecto sobre la protección diplomática.

34. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA pide al Sr. Brownlie que explique con más detalle sus observaciones sobre la función de la cláusula Calvo en el arbitraje: sería conveniente que explicara si los vestigios de esa cláusula tienen la misma función que desempeñaban en el pasado, si su funcionamiento es diferente del de los tipos de mecanismos de estabilización más recientes con que se ha encontrado al ocuparse de contratos internacionales y cuál es el efecto de la cláusula en los contratos entre inversionistas y países receptores.

35. El Sr. BROWNLIE dice que existe todo un mundo de arbitraje, por ejemplo en el marco del TLC, o de la CNUDMI, y otras formas de arbitraje especial, que implican cierta renuncia a la aplicación del derecho interno; de lo contrario no podría haber arbitraje. Existe una batalla constante en la frontera entre el derecho interno y el derecho internacional, como en el importante arbitraje entre los Estados Unidos de América y el Canadá relativo a los cambios normativos y la aplicabilidad del derecho interno. Incluso en el caso de los tratados sobre inversiones surgen controversias sobre el papel que corresponde al derecho interno y al derecho internacional o a los principios generales del derecho en relación con un tratado o una cláusula contractual en particular. Hay una gran abundancia de material sobre la cuestión, parte del cual es bastante antiguo; el Sr. Chee ha mencionado el asunto de la *Aminoil*. La cláusula Calvo sólo es una de las muchas técnicas destinadas a promover las inversiones manteniendo a la vez una parte de la soberanía y las prerrogativas del Estado receptor. Recientemente, por ejemplo, la República Checa se vio implicada en un arbitraje relacionado con el derecho del Estado a controlar los medios de comunicación nacionales.

36. El Sr. KAMTO hace suyos los elogios expresados por el Sr. Kabatsi respecto de los conocimientos del Relator Especial y de su actitud abierta al ofrecer dos opciones a la Comisión. América Latina ha contribuido mucho al derecho internacional. Sin embargo, en el caso de la cláusula Calvo, la cuestión no estriba en si una costumbre regional es pertinente para la labor de la Comisión sobre el tema de la protección diplomática, sino en si la cláusula Calvo es, de hecho, una costumbre de ese tipo. Se inclina a pensar, como el Sr. Brownlie, que, en su presente forma, la cláusula es una técnica contractual y no una norma. También respalda el completo análisis de la sección C del tercer informe que ha hecho el Sr. Pellet.

37. Teme que la Comisión haya perdido de vista la perspectiva jurídica. El valor de la cláusula Calvo y su importancia para el sentimiento de identidad nacional de algunos países son dos cuestiones interesantes, pero la tarea de la Comisión consiste en la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Una vez se ha convenido en que la cláusula se refiere más bien al derecho de los particulares que al del Estado la situación está clara: los particulares no pueden enajenar el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática en el contexto de un contrato privado. La Comisión no puede codificar la cláusula Calvo como si fuera un tratado bilateral sobre inversiones entre Estados, y aunque se decidiera incluir un proyecto de artículo sobre la renuncia, la cláusula no tendría acomodo en una disposición semejante. La cláusula podría servir para proteger a los países débiles que no son capaces de defenderse por sí solos de las empresas multinacionales, pero eso no es una consideración jurídica. El Comité de Redacción sólo podría observar que la cláusula Calvo es una técnica jurídica empleada por personas físicas o jurídicas en contratos privados, pero que no puede enajenar los derechos de los Estados. Así pues, no se debe remitir al Comité ninguna parte del artículo 16. Incluso el apartado *a* del párrafo 1 es improcedente, ya que sólo el Estado puede, en el contexto de un tratado sobre inversiones, renunciar a su derecho a ejercer la protección diplomática en favor de nacionales residentes en otro Estado.

38. La Sra. XUE dice que si existe una cláusula Calvo, se deben aclarar sus consecuencias jurídicas. El artículo 16 no tiene por objeto codificar la cláusula Calvo, sino establecer límites a su aplicación en las relaciones internacionales. El artículo establece claramente lo que se ha aceptado en la práctica internacional y expone las consecuencias de la cláusula en derecho internacional, obviando así la necesidad de que los futuros arbitrajes internacionales se basen exclusivamente en la jurisprudencia. El artículo 16 clarifica también la relación entre los derechos del particular y los derechos del Estado en este campo, a saber, que una persona física o jurídica extranjera tiene derecho a solicitar la protección diplomática de un Estado y éste tiene derecho a ejercer esa protección. Por consiguiente, el artículo 16 no es meramente simbólico, sino que también tiene un contenido sustantivo. Es más, aunque el recurso a la cláusula Calvo se ha circunscrito en gran medida a América Latina, los problemas que se pretendía solucionar tienen una dimensión mundial, no sólo regional. Por lo tanto, la cuestión debe quedar reflejada en el proyecto de artículos. Al codificar las cuestiones planteadas por la cláusula Calvo y la práctica resultante de ésta, el artículo 16 presta un valioso servicio.

39. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que, a su juicio, el proyecto de artículos no resultaría perjudicado si se eliminara el artículo 16, que invade campos que no pertenecen al dominio de la Comisión. La cláusula Calvo fue un intento frustrado, aunque valiente, de abordar los problemas de la intervención y la coacción de los Estados. Ha sido reemplazada por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados

de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁴ y, en realidad, por la Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía⁵. Hace mucho tiempo que los gestos inútiles como la cláusula Calvo dejaron de considerarse medios eficaces para proteger la independencia soberana de los Estados. Volver a ello plantearía todas las cuestiones que ha mencionado el Sr. Koskenniemi, además de algunas otras, y sería dudosamente adecuado por las razones que ha expuesto el Sr. Brownlie.

40. El Sr. KAMTO dice que la Sra. Xue ha establecido una distinción que es válida en teoría pero que, en realidad, hila demasiado fino. Es cierto que el artículo 16 establece que la cláusula Calvo tiene que ser interpretada como una renuncia válida del derecho del extranjero a solicitar la protección diplomática, no del derecho del Estado a ejercerla. Sin embargo, en la práctica no parece haber diferencias en cuanto a las consecuencias jurídicas internacionales. Ni la práctica ni la jurisprudencia de los Estados establecen que la solicitud del particular sea la condición necesaria para que el Estado ejerza la protección diplomática. Aunque el particular haya renunciado contractualmente a su derecho, el Estado retiene su derecho a ejercer la protección diplomática. Al igual que hay casos en que el Estado se niega a conceder la protección diplomática solicitada por uno de sus nacionales, inversamente, el silencio por parte del particular no impide al Estado ejercer la protección diplomática.

41. El Sr. KABATSI dice que, tal como la Sra. Xue ha señalado acertadamente, la cuestión del artículo 16 no es la cláusula Calvo, sino las consecuencias en derecho internacional del ejercicio de ese mecanismo contractual. Es el perjuicio causado a un particular lo que plantea la cuestión del derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática. Cuando se cumple una obligación contraída en virtud de un contrato, no se plantea ninguna cuestión de perjuicio. Si el Estado contratante no ha cometido ningún acto lesivo, sino que sólo ha cumplido sus obligaciones en virtud del contrato—incluida la insistencia en que el nacional cumpla las disposiciones del contrato—, es muy difícil entender cómo podría surgir en realidad ese derecho imaginario del Estado. La cláusula da a entender que en tales casos no surge ningún derecho a ejercer la protección diplomática. El artículo 16 aporta elementos importantes al equilibrio entre los intereses del nacional y los intereses del Estado, así que habría que mantenerlo.

42. El Sr. Sreenivasa RAO dice que la práctica reciente de alcanzar acuerdos generales por lo que se da prioridad al arbitraje con arreglo al derecho del Estado extranjero equivale de hecho a una nueva versión de la cláusula Calvo. Tal como la Sra. Xue ha señalado acertadamente, la cláusula Calvo no debe ser considerada únicamente en su limitado contexto histórico, que ha dejado de tener especial importancia, sino en función de la importancia que sigue teniendo en los asuntos de arbitraje. La cláusula plantea interrogantes sobre la naturaleza del derecho del Estado, en oposición al derecho del particular, sobre el

⁴ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.

⁵ Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General, de 21 de diciembre de 1965.

momento y la forma de su ejercicio y sobre las consecuencias para otros extranjeros de la renuncia de un extranjero al derecho a acogerse a la protección diplomática. Así pues, la cuestión planteada por el Relator Especial en el artículo 16 va claramente más allá de los estrechos límites de la cláusula Calvo *per se* y, por lo tanto, merece un debate más a fondo.

43. El Sr. DAOUDI, señalando que el Sr. Brownlie ha sostenido que el artículo 16 se refiere a un arbitraje o un procedimiento judicial y que, por lo tanto, queda fuera del mandato de la Comisión, dice que, a su juicio, el artículo 16, tal como lo ha presentado el Relator Especial, contiene disposiciones que van más allá de la cláusula Calvo tal como ésta se refleja en la práctica de América Latina y ofrece una variante concreta de la norma del agotamiento de los recursos internos establecida en el artículo 10. Lo que hace el artículo 16 es precisar el momento en que se debe ejercer protección diplomática. El fin del artículo no es, como se ha afirmado, impedir que una embajada intervenga en favor de una persona física o jurídica, función que está claramente establecida en el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. El fin del artículo es prohibir que un Estado ejerza la protección diplomática si no se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, en la forma de una denegación de justicia. Por esa razón, sigue siendo partidario de remitir el artículo 16, con algunas modificaciones, al Comité de Redacción.

44. El Sr. CHEE dice que el asunto de la *North American Dredging Company* giró en torno a dos grupos de derechos, a saber, los derechos de un Estado en virtud del derecho internacional y los derechos de personas físicas o jurídicas en virtud del derecho interno. La cuestión es si un particular puede privar a un Estado de esos derechos. Este asunto concuerda con el caso *Mavrommatis* y con la ficción de Vattel. En cuanto a su ejercicio, las cuestiones que se plantean son si un particular puede hacer valer el derecho de un Estado y si un Estado puede hacer valer el contrato de un particular en derecho interno. La respuesta a la primera de esas cuestiones parece ser negativa, salvo que el Estado decida asumir la reclamación. El asunto de la *North American Dredging Company* deja claro que un particular no puede renunciar válidamente, mediante un contrato, a su derecho a acogerse a la protección diplomática en caso de denegación de justicia. Esa sutil distinción debe ser mantenida.

45. El Sr. KAMTO no está seguro de que la interpretación del artículo 16 que acaba de hacer el Sr. Daoudi encuentre confirmación en el apartado *b* del párrafo 1 del propio artículo. La protección diplomática sólo puede ejercerse cuando hay violación de una norma de derecho internacional. La disposición equivale a afirmar que ninguna cláusula estipulada por un extranjero en un contrato celebrado en el extranjero impide que el Estado de la nacionalidad ejerza la protección diplomática. No parece necesario enunciar esto en detalle. Si la estipulación contractual no viola una obligación internacional, no puede haber motivos para ejercer la protección diplomática. El comentario de la disposición sobre la renuncia debería dejar bien sentado que, por ese motivo, la Comisión no considera que la cláusula Calvo caiga dentro del ámbito de su mandato.

46. El Sr. DAOUDI dice que su interpretación del artículo 16 dimana de la lógica general del artículo. En los apartados *a*, *b* y *c* del párrafo 1 se enumeran determinadas estipulaciones contractuales entre un extranjero y un Estado basadas en el estudio de García Amador⁶. Como señaló ese autor en el pasaje citado en la sección C.3 del informe, la renuncia a la protección diplomática expresada en la cláusula Calvo puede adoptar varias formas. El Relator Especial describe todas las variaciones de la cláusula Calvo y afirma a continuación que la existencia de esas variaciones es una presunción en favor del agotamiento de los recursos internos. Ésa es la lógica del artículo: está estrechamente ligado a la norma del agotamiento de los recursos internos establecida en el artículo 10 del proyecto de artículos. El único rasgo específico del artículo 16 estriba en una estipulación contractual por la que el extranjero que realiza actividades comerciales en un Estado se obliga a agotar los recursos internos.

47. El Sr. TOMKA, en referencia al argumento expuesto por el Sr. Brownlie de que, como la cláusula Calvo no es más que una técnica contractual y no una norma de derecho internacional público, la Comisión no debería ocuparse de ella, dice que el Sr. Brownlie tiene razón en la medida en que la codificación entraña una formulación más precisa y una sistematización del derecho internacional en los ámbitos en que la práctica, los precedentes y la doctrina son abundantes. Por otra parte, nada impide que la Comisión elabore una disposición sobre las consecuencias de algo que corresponde al ámbito del derecho interno si así lo estima necesario. Se pueden mencionar dos ejemplos de ello. El artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁷ incluye una referencia al derecho interno, cuando especifica que la calificación de un hecho del Estado como internacionalmente ilícito «no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno». El artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 es otro ejemplo.

48. Algunos miembros han sugerido que el artículo 16 debería establecer las consecuencias de determinadas situaciones, pero la disposición se concentra en tres circunstancias, y son muy limitadas. A su juicio, las estipulaciones contractuales, ya sea en el marco del derecho interno, del derecho mercantil o de cualquier otro derecho, constituyen *res inter alia acta*. Si el derecho a ejercer la protección diplomática es reconocido como el derecho de un Estado en virtud del derecho internacional público, como así ha sido, las estipulaciones contractuales entre una persona física o jurídica y un Estado no pueden tener ninguna consecuencia jurídica para ese derecho. Un miembro de la Comisión ha dicho que el artículo 16 puede ser interpretado como una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos, lo cual es una condición general para recurrir a la protección diplomática. ¿Tendría tal interpretación algún valor jurídico? El orador no lo cree. El artículo se podría interpretar también en el sentido de que todo Estado que concierta tales estipulaciones contractuales está reafirmando su criterio jurídico de que tienen que agotarse los recursos internos.

⁶ Véase 2725.ª sesión, nota 9.

⁷ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

49. En general, sin embargo, no está seguro de que se deba incluir el artículo 16 en el proyecto sobre la protección diplomática. Si el Relator Especial cree que son necesarias disposiciones sobre la renuncia, debería proponer algunas, pero el artículo 16 no ofrece una base apropiada. Ese artículo no versa sobre la renuncia de un Estado y tomar en consideración la renuncia de un particular no haría sino crear confusión, ya que no existe algo así como un derecho humano internacional a la protección diplomática. Desde el punto de vista del derecho internacional público, corresponde al Estado decidir si ejerce o no la protección diplomática.

50. El Sr. MOMTAZ dice que, tras un debate que ha incitado a la reflexión, ha llegado a la conclusión de que la única diferencia entre el artículo 16 y el artículo 10 es que el artículo 16 sólo guarda relación con ciertas disposiciones que podrían figurar en un contrato entre un particular y un Estado. Esas disposiciones, o estipulaciones contractuales, corresponden al ámbito del derecho interno, no del derecho internacional. Entiende que la observación del Sr. Daoudi de que el artículo 16 es una variación significa que no es más que una forma diferente de decir lo mismo, que no agrega nada nuevo. En efecto, el párrafo 2 resume todo el párrafo 1 como una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos, la misma proposición enunciada en el artículo 10. No obstante, es partidario de incluir una disposición sobre la renuncia de los Estados a la protección diplomática, que entra en el ámbito del derecho internacional, pero no cree necesario incluir una sobre la renuncia de los particulares, que se sale de dicho ámbito.

51. El Sr. CANDIOTI encomia calurosamente el tratamiento impecable que ha dado el Relator Especial a las cuestiones que plantea en derecho internacional la cláusula Calvo. Su descripción de la historia de la cláusula, los intentos de codificación, las decisiones de los tribunales internacionales y las opiniones expresadas por los tratadistas es muy fidedigna. En la conclusión de la sección C de su informe, el Relator Especial propone dos opciones, de las cuales el orador prefiere personalmente la segunda. El párrafo 1 del artículo 16 tendrá cabida en el proyecto sobre la protección diplomática cuando el Comité de Redacción lo haya examinado y haya efectuado los cambios de redacción necesarios.

52. Algunos miembros sostienen que el artículo agrega poco al proyecto, pero, tal como reza el proverbio francés, lo que huelga decir es mejor decirlo. Las disposiciones del artículo 16 ofrecen una percepción más clara de la institución de la protección diplomática y de la importancia histórica para su evolución de la cláusula Calvo. La decisión dictada en el asunto de la *North American Dredging Company* no puede pasarse por alto en el contexto de la codificación de las normas sobre la protección diplomática. Es sin duda útil especificar que una estipulación contractual en la que una persona física o jurídica renuncia al derecho a solicitar la protección del Estado no entraña en absoluto una renuncia del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. Es útil para caracterizar el derecho a la protección diplomática como un derecho exclusivo y discrecional del Estado de la nacionalidad. En ese sentido, el artículo 16 complementa el artículo 10. Además, el párrafo 1 del artículo 16 es útil también

porque define la entidad que tiene derecho a renunciar al ejercicio de la protección diplomática como la entidad que para empezar tiene derecho a ejercer la protección diplomática. Por esas razones, conviene en que se remita el artículo 16 al Comité de Redacción para que éste examine con atención su enunciado y su lugar dentro del proyecto en general.

53. El Sr. DUGARD (Relator Especial), recapitulando el debate sobre la sección C de su tercer informe, da las gracias a los miembros por un debate estimulante que ahora le plantea algunos problemas. Las opiniones parecen estar divididas casi por igual en torno a la cuestión de si se debe incluir el artículo 16, lo cual le recuerda la división de opiniones acerca de si se debía mantener o no el artículo 19 sobre la responsabilidad penal internacional en el proyecto relativo a la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, la diferencia estriba en que los miembros discreparon firmemente en cuanto al valor, el fin y el fondo del artículo 19, mientras que, en el caso presente, incluso los miembros que estiman que la cláusula Calvo no está dentro de las atribuciones de la Comisión están convencidos de su importancia en la historia y en la evolución de la protección diplomática. Por lo tanto, la inclusión del artículo 16, que refleja la cláusula Calvo, no escandalizaría, o al menos ésa es su impresión.

54. El debate le ha hecho cambiar de opinión varias veces. En un principio se inclinaba por la primera opción, es decir, suprimir el artículo 16, pero las contundentes intervenciones de la Sra. Xue, el Sr. Daoudi y el Sr. Candiotti han hecho cambiar de parecer. En total, ha contado diez miembros de la Comisión a favor de incluir el artículo y nueve en contra. Es interesante comprobar que esa división no responde a criterios regionales: en ambos bandos se encuentran representantes de todos los grupos regionales. El fondo del debate puede resumirse de la siguiente manera. El Sr. Brownlie y otros miembros han opinado que el artículo 16 concierne a disposiciones contractuales y no tiene cabida en el proyecto. Otros miembros han sostenido que esa disposición pone la cláusula Calvo en el debido contexto y debe ser incluida.

55. La Comisión tiene ahora varias opciones. Como el párrafo 2 del artículo 16, parece contar con escaso apoyo, salvo en lo que se refiere a abordar su contenido en el comentario del apartado *b* del artículo 14, la cuestión es si remitir el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, con las importantes enmiendas sugeridas durante el debate, o si se debe omitir esa disposición en el proyecto. Si se omite, el tema se deberá abordar extensamente en el comentario, en concreto en relación con el artículo 10 y el apartado *b* del artículo 14. La sugerencia del Sr. Gaja de tratar de elaborar una cláusula general de renuncia no puede aceptarse por las razones expuestas por el Sr. Tomka.

56. Sinceramente, no sabe cómo proceder, pero, en definitiva, recomienda a la Comisión que remita el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, sujeto a las sugerencias formuladas durante el debate. Una ligera mayoría está a favor de adoptar esa medida, aunque reconoce abiertamente que se trata de una ligera mayoría.

57. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que, cuando la mitad de los miembros de la Comisión se opone a remitir una propuesta al Comité de Redacción, remitírsela sin más no es una solución de avenencia. A su juicio, se pueden respetar las opiniones de los defensores de la cláusula Calvo incluyendo el tema en un comentario.

58. El Sr. TOMKA dice que, si se remite el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, habrá que proporcionarle alguna orientación sobre los objetivos de la labor de redacción, la forma que habría que dar finalmente al artículo, etc. Algunos miembros han dicho que el alcance del artículo es demasiado reducido. Por lo tanto, se pregunta si debería abarcar otras técnicas además de la estipulación contractual. Tal vez se deba conceder tiempo al Relator Especial para que reflexione sobre la cuestión y, cuando presente su documento de trabajo sobre el vínculo voluntario en la próxima sesión, podría exponer su idea de una disposición que refleje la cláusula Calvo.

59. El Sr. KAMTO hace suya la propuesta y agrega la sugerencia de celebrar consultas con los miembros que se han opuesto a remitir el artículo al Comité de Redacción con el fin de lograr un consenso.

60. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el buen juicio de que han hecho muestra a la par los dos oradores anteriores lo ha convencido de entablar consultas y buscar una solución antes de la próxima sesión de la Comisión. Es lo que hará si no hay objeciones.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2729.ª SESIÓN

Martes 4 de junio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(conclusión)

1. El Sr. El Sr. DUGARD (Relator Especial), que presenta el resultado de sus reflexiones acerca del vínculo voluntario, contenido en la sección A.3 de su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), recuerda que la Comisión ha examinado esta cuestión en el marco de su debate sobre el proyecto de artículo 14, dedicado a las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. La Comisión se ha preguntado por la necesidad de incluir en el proyecto la disposición según la cual la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado anfitrión es una condición previa a la aplicación de la norma y, llegado el caso, por el lugar de tal disposición en el proyecto de artículos. ¿Debería constituir una cláusula separada? ¿Habría que incluirla en el artículo 10 o bien en el artículo 14? Se han planteado varias posiciones en el debate celebrado en la Comisión respecto del vínculo voluntario. Algunos piensan, como el Sr. Brownlie, que la existencia de tal vínculo es la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos. En opinión de otros, la falta de dicho vínculo constituye una excepción a la norma, y tal era el criterio que había adoptado en el apartado *c* del proyecto de artículo 14. Otros consideran que el vínculo voluntario es un elemento necesario para el ejercicio de la competencia o una condición previa a la aplicación de la norma. Esas divergencias de opinión ponen de manifiesto la dificultad de codificar la exigencia de un vínculo voluntario. Le ha convencido en definitiva el Sr. Brownlie de que la existencia de tal vínculo constituye básicamente la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos y de que esta cuestión no se presta, por lo tanto, a la codificación. Esto lo confirma la evolución de la noción de responsabilidad de los Estados. En la aldea planetaria actual, es cada vez más frecuente que los nacionales de un Estado A se vean lesionados por el comportamiento de un Estado B o de nacionales de ese Estado, sin que tengan vínculo alguno con ese Estado B. Esta evolución tiene consecuencias importantes para las normas del derecho internacional, tanto público como privado, que regulan la competencia, y suscitan interrogantes acerca de la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos.

2. En opinión del Relator Especial, si la Comisión desea codificar la cuestión del vínculo voluntario, puede hacerlo de varias maneras, por ejemplo, modificando el artículo 10 para que diga lo siguiente: «Un Estado no podrá interponer una acción internacional por el daño sufrido por un nacional suyo, sea una persona natural o jurídica, que tenga un vínculo voluntario con el Estado responsable del daño, antes de que el nacional lesionado haya agotado

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

todos los recursos legales internos». Otra posibilidad sería la de conservar la noción de vínculo voluntario en cuanto excepción, como se propone en el apartado *c* del proyecto de artículo 14. Si algunos miembros prefieren no utilizar la expresión «vínculo voluntario», podría sustituirse el apartado *c* por el texto siguiente: «Cualquier intento de agotar los recursos internos ocasiona graves dificultades al extranjero lesionado [sea manifiestamente irrazonable]». La otra sugerencia que se ha formulado en los debates, a saber, la de dedicar una cláusula separada al vínculo voluntario debe evitarse, habida cuenta en particular de la evolución del derecho relativo a los daños transfronterizos. Tal cláusula concierne más bien a la cuestión de la responsabilidad objetiva (*liability*).

3. Por su parte, el Relator Especial preferiría que la cuestión del vínculo voluntario no se mencionase expresamente en ninguna disposición, sino que se incluyese en el comentario al artículo 10 en cuanto razón de ser tradicional de la norma del agotamiento de los recursos internos, en el comentario al artículo 11, en el marco del examen de un daño directo que no exija el agotamiento de los recursos internos y en el comentario al apartado *a* del artículo 14, cuando se trate de determinar si los recursos internos ofrecen una perspectiva razonable de éxito. En resumen, comparte la opinión de Roberto Ago, según la cual esta cuestión no se presta todavía a la codificación. Aunque esta opinión fue expresada a finales del decenio de 1970, ha quedado confirmada desde entonces por la evolución del derecho relativo al medio ambiente.

4. Volviendo ahora a las situaciones difíciles evocadas en el párrafo 83 de su tercer informe, en las que no es razonable exigir que el extranjero lesionado agote los recursos internos, el Relator Especial hace observar que en el primer caso citado, a saber, los daños transfronterizos al medio ambiente ocasionados por la contaminación, la lluvia radioactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre, caben distintas hipótesis. Si el daño resulta de un acto que no constituye un hecho internacionalmente ilícito, no se está ya en el contexto de la protección diplomática, sino en el de la responsabilidad objetiva (*liability*). Si el daño resulta de un hecho internacionalmente ilícito y es directo, esta posibilidad está ya comprendida en el proyecto de artículo 11. Por otra parte, un acuerdo internacional puede estipular que no es necesario agotar los recursos internos; ejemplo de ello es artículo XI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, cuyo texto figura reproducido en el párrafo 80 del tercer informe. Cabe igualmente que los tribunales del Estado responsable no sean competentes para conocer cuestiones de daños transfronterizos al medio ambiente causados desde su territorio, y este supuesto está ya previsto en el apartado *a* del proyecto de artículo 14. En otros casos, un nacional de un Estado A, en cuyo territorio se ha causado el daño, puede interponer una acción contra el gobierno del Estado B en cuyo territorio se ha provocado el daño, ante un tribunal del Estado A. Lo más frecuente es que el gobierno del Estado B eluda su responsabilidad invocando el principio de la inmunidad del Estado soberano. De esta situación se ocupa igualmente el apartado *a* del proyecto de artículo 14. Por último, los tribunales del Estado responsable pueden, dentro del marco de un acuerdo concertado con el Estado lesionado, ofrecer recursos internos a los naciona-

les de éste. Este último caso no entra ya en el campo de la protección diplomática y corresponde más bien al proyecto de artículo sobre la responsabilidad objetiva (*liability*). En conclusión, el Relator Especial opina que, por lo que se refiere a los daños transfronterizos causados al medio ambiente, no es necesario prever una disposición separada que haga de la existencia de un vínculo voluntario una condición de la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos.

5. En el segundo tipo de situación evocada, a saber, el derribo de una aeronave fuera del territorio del Estado demandado o de una aeronave que haya penetrado en su espacio aéreo por accidente, existe verdaderamente un daño directo, y la práctica de los Estados muestra que lo más frecuente es que el Estado demandado no insista en el agotamiento de los recursos internos. Se trata, pues, de un caso comprendido en el proyecto de artículo 11 y no es necesaria ninguna disposición separada. El tercer tipo de situación es el hecho de que un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A dé muerte a un nacional de ese Estado A. Lo más frecuente es que haya un acuerdo internacional por el que se prevea la posibilidad de presentar una reclamación contra el Estado B. Pero, en el caso contrario, no se ve por qué el gobierno del Estado A no estaría obligado a exigir reparación ante los tribunales del Estado B, si éstos ofrecen una perspectiva razonable de éxito. Esta situación está ya comprendida en el apartado *a* del proyecto de artículo 14 y no es necesario prever una disposición separada. Por último, en lo que se refiere al secuestro transfronterizo de un nacional extranjero sea de su Estado de origen o de un tercer Estado por agentes del Estado demandado caben dos opciones: o bien se trata claramente de una violación de la soberanía territorial del Estado de la nacionalidad del extranjero, que puede dar lugar a una reclamación directa de éste contra el Estado responsable y este tipo de situación está ya comprendido en el proyecto de artículo 11, o bien la parte lesionada tendrá la posibilidad de interponer una acción de reparación ante los tribunales del Estado responsable y no se ve por qué no haría uso de ella. Si no existe esta posibilidad, se está en la situación comprendida en el apartado *a* del proyecto de artículo 14, que exige una posibilidad razonable de obtener una medida de reparación eficaz. Así pues, nada justifica en ambos casos una disposición separada.

6. El Relator Especial considera que la Comisión no debería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional sobre esta cuestión, tanto más cuanto que la práctica de los Estados continúa evolucionando, sobre todo en materia de daños ambientales, y sugiere que no se mencione el vínculo voluntario en el propio proyecto de artículos, sino que se lo evoque simplemente en el comentario en diversas ocasiones y se trate esta cuestión en el marco del tema de la responsabilidad de los Estados por los daños causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional.

7. El Sr. BROWNLIE dice que se encuentra en una situación más bien extraña, pues lo que se ha dicho anteriormente da la impresión de que es un ferviente partidario de la exigencia del vínculo voluntario. No es éste el caso. No ve sencillamente por qué el Relator Especial considera que la cuestión del vínculo voluntario no es pertinente. Por su parte, no opina que el vínculo voluntario sea

la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos y en la obra que escribió sobre esta cuestión hace varios años dijo simplemente que la posición que cabía adoptar respecto de la cuestión de saber si debía, o no, conservarse la noción de vínculo voluntario era función de la concepción que se tenía del fundamento político de la norma del agotamiento de los recursos internos. Si se consideraba que dicha norma tenía por principal objetivo prever modalidades de solución judicial relativamente más cómodas que las vías internacionales, estaba claro que no se planteaba incluso la cuestión del vínculo voluntario. Si se pensaba que la norma trataba de definir condiciones adecuadas para el ejercicio de la competencia nacional, la exigencia de un vínculo voluntario tal como la residencia era enteramente pertinente. Por otra parte, el Sr. Brownlie no comprende por qué la cuestión de la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos no tiene nada que ver con la codificación. Pensaba, por el contrario, que guardaba perfecta relación con la codificación y, lo que es más, con el desarrollo progresivo del derecho. Por último, citando a varios autores y publicaciones, subraya que personalidades eminentes se han pronunciado a favor de la exigencia de un vínculo voluntario. Sugiere, por consiguiente, al Relator Especial que se tome en serio esta cuestión. Incluso si él mismo tiene dudas sobre el fundamento de la noción de vínculo voluntario, considera que debe tomarse debidamente en cuenta.

8. El Sr. DUGARD (Relator Especial) pregunta al Sr. Brownlie cómo propone que se haga esto concretamente. Él mismo ha formulado varias sugerencias. Puede haber otras, pero quedaría muy reconocido al Sr. Brownlie si dijera a la Comisión cómo ésta podría, a su modo de ver, salir de este dilema.

9. El Sr. BROWNLIE dice que acepta la idea de que la cuestión está comprendida en parte en el proyecto de artículo 11. Considera, sin embargo, que debería por lo menos mencionarse el vínculo voluntario junto con las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. No piensa que la cláusula relativa a las dificultades que podría suponer para la parte lesionada la exigencia de agotar los recursos internos sea suficiente. Habría que indicar en el comentario que se ha dejado de lado esta cuestión.

10. El PRESIDENTE pregunta si la Comisión debe dejar de lado la cuestión o aceptar la propuesta del Relator Especial de que se haga mención de ella en el comentario a los artículos 10, 11 y 14, lo que le parece apropiado. Por otra parte, desearía recibir aclaraciones sobre algunos puntos relativos a los daños ambientales. Concretamente, desearía saber si, en ese caso, lo que plantea un problema es el vínculo voluntario con el Estado que da origen a la contaminación o, según cree por su parte, el vínculo con las personas lesionadas fuera de ese Estado.

11. El Sr. BROWNLIE dice que si los miembros piensan que la cuestión del vínculo voluntario es eminentemente política, sería preferible tratarla en el marco de las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. En todo caso, cuando se derriba una aeronave extranjera y las víctimas son de varias nacionalidades, conviene formular algunas directivas sobre la aplicación de esa norma.

12. El Sr. DUGARD (Relator Especial) se pregunta si no podría seguirse la sugerencia formulada en debates anteriores por el Sr. Gaja, a saber, que el Estado de la nacionalidad de la aeronave estuviera autorizado a exigir reparación. Piensa, en efecto, que es muy difícil, en tal caso, insistir en que se respete estrictamente la norma.

13. El Sr. BROWNLIE dice que su preocupación es precisamente velar por que el enunciado que se decida sea claro respecto del hecho de que no han de agotarse los recursos internos en este tipo de situación. Observa simplemente que el Relator Especial se niega a adoptar una posición sobre la condición jurídica de la noción de vínculo voluntario.

14. El PRESIDENTE pregunta si hay ejemplos concretos de situaciones que no quedarían reguladas si se relega al comentario la noción de vínculo voluntario.

15. El Sr. BROWNLIE no está convencido de que la cláusula de dificultad, que figura acertadamente en el proyecto de artículos, regule por entero la cuestión del vínculo voluntario. Sería paradójico que, por ejemplo, se impusiera a las víctimas la obligación de agotar los recursos internos por haberse reagrupado eficazmente en asociación de demandantes y se les denegase por ello la aplicación de la cláusula de dificultad. La Comisión debe examinar, más allá del estado observado de la práctica de los Estados, las políticas subyacentes para encontrar una solución a este problema, quedando entendido que es efectivamente difícil definir lo que constituye un vínculo voluntario suficiente.

16. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se declara partidario de las conclusiones del Relator Especial.

17. El Sr. Sreenivasa RAO hace observar que entran en juego muchos elementos en la distinción entre las situaciones de dificultad, en las que puede no aplicarse la norma del agotamiento de los recursos internos, y otras situaciones en que el comportamiento del Estado «demandante» está guiado por otras consideraciones y en que no interviene en absoluto el criterio del agotamiento de los recursos internos. Incluso la distinción establecida por el Presidente entre causalidad y nacionalidad es insuficiente, ya que, como lo muestran las situaciones de daños transfronterizos, son muchos los elementos que intervienen en la determinación de las partes respectivas de causalidad, cuando no de responsabilidad, y plantean problemas que no se han podido examinar todavía. No parece que puedan relegarse esos problemas al comentario a un artículo sobre el agotamiento de los recursos internos. El Sr. Brownlie tiene razón en decir que la cuestión del vínculo voluntario debe abordarse más a fondo y que, incluso como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos, no se trata de una simple cuestión de dificultad en interponer esos recursos. Convendría, pues, confiar al Comité de Redacción la tarea de encontrar la solución más juiciosa.

18. El Sr. TOMKA no tiene objeciones a las conclusiones del Relator Especial, pero habida cuenta de las observaciones del Sr. Brownlie, se pregunta si no sería más juicioso incluir en el capítulo III del informe de la Comisión a la Asamblea General un cuestionario dirigido a los gobiernos sobre esta cuestión. Como el Comité de

Redacción no examinará probablemente esta cuestión antes del próximo período de sesiones, la Comisión podrá disponer así de las opiniones que hayan formulado los gobiernos tanto en la Sexta Comisión como en su respuesta al cuestionario.

19. El Sr. MANSFIELD dice que le satisfarían las conclusiones del Relator Especial si el debate no le hubiera vuelto a suscitar la preocupación que ya había expresado respecto de las nociones de justicia y de equidad. En su opinión, no es evidente que el proyecto de artículos contenga una cláusula de dificultad. Dadas las diferencias considerables que puede haber entre las costas de los procedimientos contenciosos en diversos países, la noción de vínculo voluntario abarca un campo a la vez demasiado y no lo bastante amplio, en el sentido de que la posibilidad razonable de reparación eficaz prevista en el apartado *a* del artículo 14 no abarca verdaderamente las situaciones en que es injusto e irracional, por motivos de costo, exigir el agotamiento de los recursos internos.

20. El Sr. KABATSI hace observar que la noción de vínculo voluntario aparece, en una u otra forma, en los proyectos de artículos 10, 11 y 14. Le parece, pues, preferible tratar esta cuestión en el comentario a cada uno de esos artículos. Si se dedica a ella una disposición como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos se corre el riesgo de dejar por resolver algunos problemas.

21. El Sr. GAJA distingue dos tipos de situación, aquélla en la que el vínculo es insuficiente, por ejemplo, en el caso de la aeronave derribada accidentalmente por encima de un país extranjero, y la de la actividad extraterritorial o del daño transfronterizo. En algunos casos hay recursos, y la solución al problema de si los recursos internos tienen que agotarse no debe desalentar la tendencia a proporcionar recursos en relación con la noción de daño transfronterizo. Sería preferible establecer un texto general que no plantee el principio del vínculo voluntario, ni formule una excepción clara y neta, sino que esté enunciado de manera que tenga en cuenta, en la perspectiva de la excepción o de la condición previa a la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos, situaciones en que no sería razonable exigir de una entidad privada que interponga un recurso antes de que el Estado pueda ejercer la protección diplomática.

22. La Sra. ESCARAMEIA recuerda que, en su opinión, el vínculo voluntario es una condición previa de la norma del agotamiento de los recursos internos, norma cuya función deriva precisamente del hecho de que el interesado obtiene de una u otra manera beneficio de la actividad de que se trata. No hay razón alguna para exigir a una persona que carece de todo vínculo con un Estado de cuyo acto haya sufrido un daño que aborde la ingente tarea de agotar las vías de recursos internos de ese Estado. Habría sido preferible, como había sugerido el Relator Especial, modificar el texto del artículo 10, pero, puesto que la Comisión no ha optado por esta solución, convendría redactar de nuevo el apartado *a* del artículo 14 habida cuenta de la importante observación del Sr. Mansfield relativa a las situaciones en las que cabe utilizar los recursos internos, pero en las que sería injusto exigir que se agoten, y mantener la excepción del apartado *c* del artículo 14,

acompañada de una definición del vínculo voluntario en el comentario correspondiente.

23. El Sr. KEMICHA está de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial, según las cuales algunos aspectos de la cuestión del vínculo voluntario remiten a otras disposiciones del proyecto y otros tienen su lugar en el comentario.

24. El Sr. SIMMA apoya la propuesta de la Sra. Escarameia.

25. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que cabe considerar que el problema planteado por el Sr. Mansfield está comprendido en el apartado *a* del artículo 14. Nada impide, sin embargo, que el Comité de Redacción lo indique de manera más explícita. La Comisión se había mostrado muy contraria al apartado *c* del artículo 14, pero parece haber cambiado de opinión gracias a una redacción que no recoja necesariamente la expresión «vínculo voluntario». La propuesta del Sr. Tomka para solicitar sus opiniones a los gobiernos es igualmente aceptable.

26. El PRESIDENTE propone que se pida al Comité de Redacción que introduzca más flexibilidad en la redacción del apartado *a* del artículo 14 teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate. Propone también que se remita al Comité de Redacción el proyecto de apartado *c* del artículo 14, que podría igualmente ser formulado de nuevo. Los elementos del debate se desarrollarían asimismo en el comentario y serían objeto de un cuestionario remitido a los Estados para que en el próximo período de sesiones de la Comisión el Comité de Redacción disponga también de las observaciones formuladas por los gobiernos tanto en la Sexta Comisión como en su respuesta al cuestionario.

27. El Sr. CHEE apoya esta propuesta, así como el Sr. DUGARD (Relator Especial), quien añade que esta solución le permitirá tratar en el comentario la cuestión del daño transfronterizo.

28. El PRESIDENTE dice que, si no hay oposiciones, considera que la Comisión acepta esta propuesta.

Así queda acordado.

29. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre el proyecto de artículo 16.

30. El Sr. BROWNLIE dice que, tras una madura reflexión, no puede sino confirmar las opiniones que expresó la semana pasada.

31. El Sr. KAMTO dice que el proyecto de artículo 16 no añade nada con respecto a las disposiciones relativas al agotamiento de los recursos internos. La cláusula Calvo tenía en su origen la finalidad de evitar que un inversor recurriese a su Estado para que éste interviniera de forma irregular. El peligro consiste hoy más bien, para los Estados que reciben inversiones extranjeras, en la multiplicación de las cláusulas de arbitraje internacional, que, para los inversores, son un medio más seguro de proteger sus intereses que el recurso a la protección diplomática, subordinado a los intereses políticos del Estado de la nacionalidad. El recurso directo a un mecanismo de arbitraje está previsto en ocasiones en los contratos de inversión o

en los tratados multilaterales de inversión, por ejemplo, en el capítulo 11 del TLC. Estas últimas disposiciones han dado lugar a una jurisprudencia arbitral importante, que muestra que la jurisdicción arbitral se sirve del menor indicio de consentimiento del Estado, incluso en su legislación nacional, como pretexto para imponerse. En este contexto, las misiones históricas de la cláusula Calvo están superadas.

32. El Sr. KEMICHA dice que no ve la utilidad del proyecto de artículo 16 en el contexto actual, teniendo en cuenta en particular las prácticas existentes de arbitraje internacional.

33. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO estima que la solución propuesta por el Relator Especial permite hacer constar una práctica bien establecida que ha dado lugar a una jurisprudencia abundante y que desempeña una función importante en el derecho latinoamericano. Se sumará a la posición que decida la Comisión, pero sería partidario de la que defiende el Relator Especial en la conclusión de su informe.

34. El PRESIDENTE hace observar que el debate no se refiere a la práctica en cuestión, sino a la necesidad de insertar o no una disposición a este respecto en el proyecto de artículos.

35. La Sra. XUE considera útil insertar el proyecto de artículo 16 pues, aun siendo consciente de las evoluciones históricas, considera que se trata de una necesidad técnica. La Comisión no tiene por qué ocuparse del contenido de los contratos de inversión suscritos por los Estados, pero cuando en la realidad figura en un contrato una renuncia a la protección diplomática, cada una de las partes debe saber cuál es su efecto en derecho internacional y en qué medida el extranjero debe agotar los recursos internos, quedando entendido que, en caso del hecho internacionalmente ilícito, podría intervenir el Estado de la nacionalidad. Esta aclaración será igualmente útil a los árbitros que deben decidir casos precisos.

36. El Sr. BROWNLIE estima que la cláusula Calvo no es un principio de derecho internacional, sino simplemente una técnica contractual sobre la que no debe pronunciarse la Comisión. Hace observar que los partidarios de esta cláusula no deberían ser favorables al proyecto de artículo 16, que sólo apoya débilmente tal práctica.

37. El Sr. NIEHAUS estima que la codificación de la cláusula Calvo es especialmente importante para los países de América Latina, puesto que forma parte integrante de la tradición jurídica de la mayoría de las naciones del continente americano. Considera que el texto propuesto permite limitar la validez de la cláusula Calvo a las controversias surgidas de contratos que incluyen dicha cláusula y reconocer que ésta crea una presunción simple a favor del agotamiento de los recursos internos. Por otra parte, el texto propuesto establece una clara distinción entre el derecho del extranjero de renunciar a la protección diplomática y el derecho del Estado de la nacionalidad de ejercer esa protección diplomática en beneficio de una persona lesionada por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante o cuando el daño que esa persona ha sufrido concierne directamente a su Estado de

nacionalidad. Por consiguiente, el Sr. Niehaus es partidario de la inserción del proyecto de artículo 16.

38. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, hace observar que, hasta la fecha, los defensores del texto han explicado que éste no presentaba inconvenientes, pero no han indicado en qué aportaba un elemento útil al proyecto.

39. El Sr. DAOUDI, volviendo en primer lugar al proyecto de artículo 16, dice que éste no refleja por entero la cláusula Calvo, que permite al extranjero solicitar la protección diplomática en cualquier circunstancia, y que no es de hecho sino una variante de la norma del agotamiento de los recursos internos. En lo que respecta a las cláusulas de recurso directo al arbitraje internacional, no tienen carácter generalizado y sólo conciernen a algunas regiones del mundo y a algunos tratados, por lo que las disposiciones del artículo 16 siguen siendo importantes. El Sr. Daoudi dice que no conoce una ley nacional sobre las inversiones en la que figure una aceptación automática del arbitraje. En efecto, todos los Estados consideran que su derecho sigue siendo aplicable y sus jurisdicciones competentes para conocer las controversias surgidas de un contrato de inversión. La inserción en un contrato de una cláusula contraria a ese principio reflejará en tal caso el peso del inversor en las negociaciones. Pero, incluso en caso de recurso al arbitraje, subsiste el problema del agotamiento de los recursos internos a causa del exequátur que deberá solicitarse al país anfitrión.

40. El Sr. SIMMA hace observar que, en el texto propuesto, solamente el párrafo 2 tiene carácter normativo, mientras que el párrafo 1 hace constar simplemente una práctica existente en una determinada región del mundo. Se pregunta por los efectos de ese párrafo en la práctica. En efecto, si el gobierno del Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado interviene sin tener en cuenta la renuncia aceptada por éste, ¿cuáles serán las consecuencias? ¿Cabe entonces invocar el argumento de la «mala fe» o de las «manos sucias»? La redacción del párrafo 1 del artículo 16 no es satisfactoria desde este punto de vista.

41. El Sr. DUGARD (Relator Especial) explica que ha concebido el párrafo 2 como una disposición normativa que deriva lógicamente del párrafo 1. Ha resultado que algunos miembros eran partidarios del párrafo 1 y hostiles al párrafo 2, mientras que otros eran partidarios de ambos párrafos. El Sr. Dugard pide a los nuevos miembros que den a conocer su posición.

42. El Sr. GALICKI estima que hay que comparar el texto del artículo 16 propuesto con la letra y el espíritu de los artículos sobre los que se ha llegado ya a un acuerdo provisional. Se opone a la utilización de la expresión «derecho del extranjero a invocar la protección diplomática», en la medida en que la Comisión ha decidido ya que el derecho de ejercer la protección diplomática incumbía exclusivamente al Estado. Esta expresión traduce el recurso a un nuevo concepto, que convendría entonces poner en claro. En su opinión, la cuestión de la cláusula Calvo no corresponde a la esfera de la protección diplomática, que, según los trabajos de la Comisión, sólo puede ejercerse en caso de hecho internacionalmente ilícito. Al ser una técnica contractual y no una norma de derecho, la cláusula Calvo no tiene cabida en el proyecto de artículo.

Sin embargo, movido por un espíritu de transacción, el Sr. Galicki aceptaría que se mantuvieran algunos elementos del proyecto de artículo 16, con ligeras modificaciones. Se podría también recoger la segunda frase del párrafo 1. El proyecto diría entonces lo siguiente: «Las estipulaciones contractuales entre un extranjero y el Estado en que aquél realice actividades comerciales no afectarán el derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero de ejercer protección diplomática en nombre de dicha persona cuando ésta sea lesionada por un acto internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante», y se podría añadir el último período de frase, «o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero» aunque la noción que expresa el término «directamente» en este contexto sea poco clara. Tal enunciado confirmaría las opiniones expresadas por la Comisión sobre la protección diplomática al tiempo que establecería un vínculo con las disposiciones contractuales que pueden existir en algunas regiones. Si no se considera útil o deseable tal solución de transacción, el Sr. Galicki se pronunciará en contra de la adopción del proyecto de artículo 16 en su estado actual.

43. El Sr. KAMTO piensa que la cláusula Calvo, por interesante que sea, no ofrece materia de codificación en el marco de los trabajos de la Comisión. Además, suponiendo que la Comisión decida ocuparse de estipulaciones contractuales en que intervienen particulares ¿por qué se pararía en la cláusula Calvo? Ahora bien, la Comisión no está llamada a pronunciarse sobre el compromiso que una cláusula contractual hace nacer para un Estado.

44. La Sra. ESCARAMEIA hace observar que el artículo 16 no se refiere verdaderamente a la cláusula Calvo y que no es sino un ejemplo de la aplicación, en el marco de un contrato, de la norma del agotamiento de los recursos internos. Ahora bien, el artículo 10 sienta ya esa norma. Sería tal vez más juicioso, en estas condiciones, incluir en este último artículo la idea contenida en el párrafo 1 del artículo 16 y también el párrafo 2 precisando el tipo de estipulaciones contractuales previstas. En cuanto a la idea que informa la cláusula Calvo, podría exponerse en el comentario al artículo 10.

45. El Sr. SIMMA hace observar que la segunda frase del párrafo 1 del artículo 16 carece de lógica. En efecto, si en la primera parte de esa frase se define la protección diplomática como el derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado por un acto internacionalmente ilícito a ejercer la protección diplomática en su nombre, ¿cómo hablar seguidamente, en la segunda parte, del derecho al ejercicio por ese mismo Estado de la protección diplomática en el caso de que el perjuicio sufrido por su nacional le preocupe directamente, caso en que ese derecho existe de todas maneras? Es ésta una razón más para abandonar el artículo 16.

46. El Sr. MOMTAZ, que mantiene la posición que expuso la semana anterior, se pregunta si es verdaderamente necesario precisar que existe una presunción a favor del agotamiento de los recursos internos, siendo así que se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario bien establecida, a la que, por otra parte, se refiere el artículo 10.

47. El PRESIDENTE, haciendo observar que está surgiendo una clara mayoría en contra del mantenimiento del artículo 16, se pregunta si no sería posible, por vía de transacción, admitir que un artículo separado sobre la cláusula Calvo, sin ser rechazado totalmente, no recibe un amplio apoyo. La idea contenida en el párrafo 1 del artículo 16 sería recogida en el comentario, bien al artículo 10 o al artículo 14.

48. El Sr. DUGARD (Relator Especial) hace observar respetuosamente que esta sugerencia no es aceptable por razones de procedimiento. Parece evidente que las posiciones en el seno de la Comisión no han variado, pero no por ello está la Comisión menos obligada a pronunciarse. Así pues, sería de agradecer un voto indicativo.

49. El Sr. KABATSI piensa, como el Relator Especial, que sigue habiendo una diferencia de opiniones en el seno de la Comisión, pero no cree que un voto indicativo aportaría indicación alguna.

50. El Sr. DAOUDI cree también que un voto no aclarará en nada la situación. ¿Se tratará de pronunciarse sobre el artículo 16 con las propuestas de modificaciones formuladas, o sobre el artículo 16 tal como ha sido presentado por el Relator Especial? En este último caso, un voto indicativo no dará indicación alguna, pues las posiciones están muy marcadas. El Sr. Daoudi propone, en consecuencia, que el Relator Especial presente a la Comisión, para su examen antes de adoptar una decisión definitiva, una nueva versión del artículo.

51. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión debe de inmediato adoptar una decisión no sobre el enunciado mismo del artículo 16, sino sobre su remisión o no al Comité de Redacción.

52. El Sr. TOMKA se pregunta si el párrafo 1 del artículo 16, que prevé que ninguna disposición contractual que figure en un contrato de derecho privado concertado entre una persona y un Estado surte efecto sobre el derecho independiente que el derecho internacional público reconoce al Estado de ejercer su protección diplomática, se justifica en el contexto actual. Esta cuestión concierne tal vez a la renuncia al derecho al ejercicio de la protección diplomática. En cuanto al párrafo 2 del artículo 16, es inútil en la medida en que no hace sino reafirmar una norma de derecho consuetudinario claramente establecida.

53. El Sr. MANSFIELD no ve en qué un voto indicativo aportaría cualquier luz. Propone que se examine la cuestión más adelante.

54. El PRESIDENTE observa, a raíz de un voto indicativo, que la Comisión no es partidaria de que se remita el artículo 16 al Comité de Redacción, quedando entendido que, por razones de avenencia, se incluirá su tenor en el comentario.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.55 horas.

2730.ª SESIÓN

Miércoles 5 de junio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Simma, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) presenta el informe del Comité de Redacción sobre la protección diplomática (A/CN.4/L.613)* y dice que el Comité dedicó 11 sesiones al tema, del 30 de abril al 16 de mayo de 2002. Da las gracias al Relator Especial por sus indicaciones, su cooperación y su buena disposición a proporcionar textos alternativos, lo que facilitó enormemente la tarea del Comité. Expresa asimismo su reconocimiento a los miembros del Comité por su activa participación y sus importantes aportaciones, y agradece el inestimable apoyo recibido de la Secretaría y los intérpretes.

2. Al presentar su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), el Relator Especial anunció que haría todo lo que estuviese en su mano para ayudar a la Comisión a concluir sus trabajos sobre el tema a fines del quinquenio. Ese loable compromiso fue bien acogido, y el Comité de Redacción ha tratado de examinar en el presente período de sesiones el mayor número de artículos posible con miras a alcanzar ese objetivo.

3. Como el Relator Especial no ha presentado todavía proyectos de artículo sobre la protección diplomática de las personas jurídicas, el Comité de Redacción decidió distribuir los artículos, al menos por ahora, en tres partes. La primera parte contendrá las disposiciones generales que se aplican a la protección diplomática de las personas

tanto físicas como jurídicas. La segunda parte incluirá disposiciones relativas a las personas físicas y en una futura tercera parte se podrían incluir disposiciones sobre las personas jurídicas. Los siete artículos elaborados por el Comité en el presente período de sesiones corresponden a las partes primera y segunda.

4. El primer artículo de la primera parte desempeña una doble función: la de definir la protección diplomática y la de delimitar el ámbito de aplicación de los artículos. En él se tienen en cuenta las observaciones hechas en el Pleno de la Comisión en su 52.º período de sesiones y las recomendaciones formuladas a raíz de las consultas oficiosas celebradas en dicho período de sesiones. Hubo un acuerdo general en la Comisión acerca de varias cuestiones: los artículos sobre el tema no debían versar sobre las denominadas normas «primarias»; el tema no debía incluir la protección funcional por las organizaciones internacionales ni la protección de diplomáticos, cónsules y otros funcionarios públicos que actuasen en el ejercicio de sus funciones oficiales; el tema no debía abarcar la defensa del interés de un nacional no asumida en relación con la reivindicación de un derecho; el proyecto de artículos debía hacer hincapié en que la protección diplomática tenía que ejercerse por medios pacíficos.

5. El párrafo 1 del artículo 1 recoge esas ideas. Dispone que la protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un daño sufrido por éste dimanante de un acto internacionalmente ilícito de otro Estado. Se da a la protección diplomática un sentido amplio, que incluye la «acción diplomática» y «otros medios de solución pacífica». Se entiende por acción diplomática las medidas adoptadas en las relaciones de Estado a Estado y que abarcan toda una serie de procedimientos diplomáticos mediante los cuales los Estados se relacionan, negocian y se informan recíprocamente de sus puntos de vista y preocupaciones. La expresión «otros medios de solución pacífica» abarca todas las formas de solución de controversias, de la negociación y la conciliación al arreglo judicial de las controversias. La intención es no limitar los modos de solución pacífica, y la disposición deja al arbitrio de las partes implicadas la decisión acerca del medio más apropiado de resolver su controversia. Se pone el acento en la licitud del modo de solución. Las palabras «u otros medios de solución pacífica» tienen por objeto calificar la expresión «acción diplomática» mediante la indicación de que las medidas diplomáticas sólo pueden ser de carácter pacífico.

6. Las palabras «un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales» vienen a corroborar la opinión de que, en el ejercicio de la protección diplomática, el Estado hace valer su propio derecho. El Comité opinó que, al ejercer la protección diplomática, el Estado se hace cargo de la reclamación de su nacional y asume su causa como propia. El daño no se irroga sólo al nacional, sino también al Estado. Para la redacción, el Comité de Redacción se ha inspirado en la terminología empleada por la CIJ en la sentencia dictada en el asunto *Interhandel*. Refiriéndose al agotamiento de los recursos internos, la Corte afirmó que «la regla ha sido observada generalmente en los casos en que un Estado ha hecho suya la causa de uno de sus nacionales cuyos

* Con posterioridad se distribuyó A/CN.4/L.613/Rev.1 (véase 2732.ª sesión).

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

derechos supuestamente no han sido lesionados en otro Estado en violación del derecho internacional» [pág. 27]. Las palabras «dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado» recalcan dos aspectos. En primer lugar, que el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática se deriva del daño causado a uno de sus nacionales. En segundo lugar, que ese daño ha sido causado como resultado de un hecho ilícito de otro Estado.

7. El párrafo se refiere a la protección diplomática ejercitada respecto de un «nacional». El uso de esa palabra deja abierta la cuestión de si el nacional es una «persona física» o una «persona jurídica». Subraya además que la nacionalidad es el vínculo más común entre un particular y un Estado que crea un interés jurídico en favor de ese Estado. Asimismo, el vínculo de la nacionalidad establece el *locus standi* del Estado. La nacionalidad, aun siendo el interés jurídico más común del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, no es el único. El Estado puede tener intereses jurídicos creados por medios distintos de la nacionalidad. Esas son las excepciones de que trata el párrafo 2 del artículo 1, en el que se reconoce que, en circunstancias excepcionales, un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a personas que no son nacionales suyos.

8. El Relator Especial había planteado la cuestión de la protección diplomática de los apátridas y refugiados y propuesto un artículo al respecto, el antiguo artículo 8, que ha pasado a ser ahora el artículo 7. Por otra parte, algunos miembros de la Comisión opinaron que una parte de la doctrina apoyaba el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática con respecto a los no nacionales en otras circunstancias. Se citó el ejemplo del Estado de la nacionalidad de un buque o una aeronave que presentaba una reclamación en nombre de la tripulación, y quizá también de los pasajeros, independientemente de la nacionalidad de esas personas. Se mencionó a este respecto el asunto del *Saiga*, así como otra posible excepción en relación con los miembros no nacionales de las fuerzas armadas. Algunos miembros del Comité de Redacción opinaron que el enunciado de este párrafo no debía excluir tales excepciones y hubieran preferido una redacción que permitiera las excepciones sin hacer remisión a ningún artículo determinado. A otros miembros les preocupaba que la indefinición del enunciado relativo a las excepciones pudiera dar lugar a equívoco si no iba acompañado de artículos concretos que indicaran con precisión cuáles eran esas excepciones, y expresaron su preferencia por la inclusión de remisiones concretas a los artículos relativos a las excepciones. Finalmente, el Comité convino en adoptar ese método, aunque en el entendido de que quizás hubiera que volver a examinar el párrafo 2 en caso de que se incluyeran otras excepciones. Este acuerdo se indica en una nota de pie de página relativa al párrafo. En el comentario al artículo se indicará también la posibilidad de otras excepciones. El artículo 1 lleva por título «Alcance».

9. Por lo que respecta al artículo 2, antiguo artículo 3, el Comité de Redacción centró sus debates en el texto resultante de las consultas oficiosas celebradas en el 52.º período de sesiones de la Comisión. El Relator Especial había propuesto el artículo 2 para dar efecto al principio de Vattel, confirmado en el asunto *Mavrommatis*, según el cual el derecho a ejercitar la protección diplomática incumbe al Estado y no al nacional lesionado.

El Comité examinó varias posibilidades, incluso la opción en la versión inglesa entre afirmar que el Estado de nacionalidad *has the right* («tiene derecho a») o que *is entitled* («está facultado para») ejercer la protección diplomática. Teniendo presente que el propósito del artículo es dar efecto a la norma según la cual el ejercicio de la protección diplomática es un derecho del Estado, el Comité prefirió hacer hincapié en esa idea, que también coincide con los términos empleados en la resolución dictada por la CIJ en el asunto *Mavrommatis*. Es más apropiado incluir el término inglés *entitled* («con derecho a») en el artículo 3, relativo al Estado de nacionalidad. El Comité examinó también la posibilidad de suprimir totalmente el artículo 2 y tratar esa materia en el comentario al artículo 1, o de refundir el artículo 2 con el artículo 1, quizás en un párrafo adicional. En fin de cuentas, acordó mantener el artículo 2 como disposición separada, puesto que enuncia un principio importante.

10. El Comité de Redacción estudió varios enunciados posibles del artículo 2 con el fin de subrayar el hecho de que la protección diplomática es un derecho y no una obligación del Estado. Entre esos enunciados cabe mencionar «el ejercicio de la protección diplomática es el derecho del Estado de nacionalidad de una persona lesionada por el acto ilícito internacional de otro Estado»; «el Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer la protección diplomática, de conformidad con los presentes artículos, en nombre de un nacional lesionado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado»; o, más sencillamente, «un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática en las condiciones establecidas en los presentes artículos». En definitiva, el Comité de Redacción prefirió el último de los tres enunciados, sustituyendo las últimas palabras por «de conformidad con estos artículos», que son los términos empleados en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁴. Se estimó que el artículo 1 habría sustituido en gran parte los dos primeros enunciados. La ventaja del tercer enunciado es que deja bien sentado que el derecho a ejercer la protección diplomática está sujeto a los demás artículos del proyecto. El artículo elude toda referencia a la persona del nacional, que ya figura en el artículo 1 y en los artículos siguientes, y tiende a subrayar que la protección diplomática es un derecho del Estado.

11. Algunos miembros del Comité de Redacción hubieran preferido subrayar la primacía del principio de nacionalidad en la esfera de la protección diplomática. Sin embargo, el Comité aprobó el artículo 2 en la inteligencia de que no tenía por objeto pasar por alto el requisito de la nacionalidad, sino más bien hacer hincapié en el derecho del Estado. Corresponde al artículo 3 establecer la nacionalidad como condición básica para el ejercicio de la protección diplomática, con sujeción a las excepciones y condiciones establecidas en los artículos siguientes.

12. Finalmente, el Comité decidió titular el artículo 2 «Derecho a ejercer la protección diplomática».

13. Como se ha señalado anteriormente, la segunda parte versa sobre las personas físicas. El primer artículo de

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

esa parte es el artículo 3, basado en el antiguo artículo 5, y se titula «Estado de nacionalidad». Destaca el principio enunciado en el artículo 2 e identifica al Estado que tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a las personas físicas, es decir, el Estado de nacionalidad. Se compone de dos párrafos.

14. El párrafo 1 enuncia el principio básico según el cual el Estado de nacionalidad es el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática. El Comité de Redacción examinó varias posibilidades para redactar el párrafo, con la intención de subrayar la idea de que el derecho a ejercer la protección diplomática de las personas físicas corresponde al Estado de nacionalidad y que ese derecho es discrecional. Se examinaron varias opciones, como «el derecho a ejercer la protección diplomática corresponde al Estado de nacionalidad» y «el Estado de nacionalidad está facultado para ejercer la protección diplomática». Una y otra propuestas despertaban algún recelo. Unos miembros estimaban que la fórmula «corresponde al Estado de nacionalidad» era demasiado rígida para admitir las excepciones y otros que una referencia a la facultad del Estado de nacionalidad para ejercer la protección diplomática no recalca suficientemente la posición singular y preeminente del Estado de nacionalidad en el ejercicio de la protección diplomática. El Comité se puso finalmente de acuerdo sobre la versión que ahora se somete a la Comisión, que dice: «El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de nacionalidad». Ese párrafo no afecta, por supuesto, el hecho de que el ejercicio de la protección diplomática es una potestad discrecional del Estado.

15. El párrafo 2 se basa en el proyecto original del Relator Especial y versa sobre la nacionalidad de las personas físicas o naturales. Define qué se entiende por Estado de nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de las personas físicas. Su objeto no es enunciar el conjunto de normas de derecho internacional relativas a la nacionalidad, sino poner de relieve los elementos de conexión más importantes para el ejercicio de la protección diplomática. Conviene hacer hincapié en algunos aspectos importantes.

16. En primer lugar, el artículo no se basa en el requisito del vínculo efectivo enunciado por la CIJ en el asunto *Nottebohm*. No exige la prueba de un vínculo efectivo a los efectos de la protección diplomática. A juicio del Comité de Redacción, la prueba de la nacionalidad es suficiente. Exigir una relación auténtica o un vínculo efectivo impondría una nueva condición, lo cual es innecesario en el contexto del artículo. El único momento en que quizás haya que tomar en consideración la cuestión del vínculo efectivo es en relación con la doble nacionalidad, cuando la protección diplomática se ejerce frente otro Estado de nacionalidad, cuestión que se aborda en un artículo distinto. Ese planteamiento también está en consonancia con el principio generalmente aceptado de protección de los derechos humanos, a saber: hay que ofrecer mayores posibilidades para que los particulares cuyos derechos humanos han sido violados puedan tener acceso a las vías de recurso. Es coherente asimismo con el principio general de orden público internacional no permitir que los Estados que han cometido hechos internacionalmente ilícitos eludan la responsabilidad que les incumbe por esa causa.

17. En segundo lugar, dicho párrafo reconoce el derecho de los Estados a establecer sus propias normas sobre la adquisición de su nacionalidad. Las palabras «el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona a quien se pretende proteger» significan adquirida de conformidad con el derecho interno del Estado.

18. En tercer lugar, el párrafo contiene una lista no exhaustiva de ejemplos de cómo suele adquirirse la nacionalidad, entre otros por razón de lugar de nacimiento —*jus soli*—, por filiación —*jus sanguinis*— por sucesión de Estados o por naturalización. El Comité de Redacción no ha empleado las expresiones latinas porque su traducción a algunos de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas suscitaría dificultades. Sin embargo, en el comentario al artículo se dejará bien sentado que la nacionalidad por razón de lugar de nacimiento y filiación designan lo que se conoce en derecho internacional consuetudinario como *jus soli* y *jus sanguinis*. Las palabras «de cualquier otro modo» recalcan el carácter no exhaustivo de la enumeración. El Comité reconoció que, en algunas partes del mundo, seguía siendo difícil para las personas físicas aportar documentos como prueba de su nacionalidad. A veces el mero hecho de que una persona haya residido en un Estado determinado es prueba suficiente de que esa persona es nacional de ese Estado. Por consiguiente, la «residencia», aunque no constituya fundamento suficiente para la concesión de la nacionalidad, puede servir de prueba de la nacionalidad. Este punto se aclarará en el comentario.

19. En cuarto lugar, el Comité estimó superfluo calificar el término «naturalización» mediante la expresión «de buena fe», como sugería el Relator Especial. La naturalización, mientras haya sido adquirida lícitamente de un modo acorde con el derecho interno del Estado, debe ser reconocida.

20. En quinto lugar, el derecho del Estado a regular el modo de adquisición de la nacionalidad no es absoluto, sino que va acompañado de la salvedad «que no esté en contradicción con el derecho internacional». Con esas palabras se tiene el propósito de impedir los abusos y evitar las situaciones en que la nacionalidad se otorga con la idea de dejar intencionadamente a un lado los intereses de otro Estado. Esas palabras abarcan todos los modos de concesión de la nacionalidad. Las razones por las cuales se ha redactado como una doble negación son: la concesión de la nacionalidad está en principio dentro del ámbito de competencia del Estado; por otro lado, las cuestiones reguladas en el párrafo no son de aquellas sobre las que existen normas claras de derecho internacional, pero, en la medida en que existan normas aplicables de derecho internacional, las leyes nacionales no deben estar en contradicción con ellas; y también desplaza la carga de la prueba sobre quienes impugnan la concesión de la nacionalidad. El Comité de Redacción pensó que una doble negación sería la mejor manera de expresar esa manera de ver.

21. El artículo 4, titulado «Nacionalidad continua», se basa en el artículo 9 propuesto por el Relator Especial. En el período de sesiones anterior, la Comisión celebró un amplio debate sobre el requisito de la continuidad de la nacionalidad, en el que hubo diversidad de pareceres. Muchos miembros apoyaron el mantenimiento del requisito, mientras que a otros les planteaba dificultades.

Finalmente se acordó conservar el requisito, junto con las excepciones. El Comité también basó sus trabajos en los resultados de las consultas oficiosas celebradas el año anterior. Como en el Pleno de la Comisión, en el Comité de Redacción también hubo división de opiniones. Algunos miembros opinaban que el requisito de la continuidad de la nacionalidad era un principio arraigado en la práctica que debía ser conservado. En opinión de otros, la lógica del requisito había dejado de ser defendible porque sólo ayudaba al Estado que había cometido un hecho internacionalmente ilícito a eludir su responsabilidad. De resultas de ello, varios miembros reservaron su posición sobre este artículo e hicieron objeciones al enunciado del párrafo 2.

22. Por lo que hace a la estructura, el párrafo 1 afirma la posición tradicional según la cual, para ejercer la protección diplomática, la persona lesionada debe ser nacional del Estado que la ejerce tanto en el momento del daño como en la fecha de presentación de la reclamación. El párrafo 2 versa sobre las excepciones, mientras que el párrafo 3 limita el alcance de esas excepciones.

23. En lo que concierne a la regla de la continuidad de la nacionalidad, las resoluciones judiciales ponen el acento en dos fechas clave: la fecha en que se produjo el daño y la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados no es clara en lo que concierne al requisito de la nacionalidad entre esas dos fechas. El Comité de Redacción decidió optar por una ambigüedad calculada que recoge la práctica de los Estados en el párrafo 1, en el que los términos empleados dejan abiertas una serie de posibilidades que tendrán que ser examinadas en el comentario. Las referencias en el párrafo 1 al «momento del perjuicio» y la «fecha de la presentación oficial de la reclamación» tienen por objeto proporcionar unas fechas más precisas y determinables en las que una persona debe ser nacional del Estado que ejerce la protección diplomática. Aunque el momento en que se produce un hecho ilícito normalmente coincide con el momento de producirse el daño, no siempre es así. La fecha del daño a la persona es más fácil de determinar. Las palabras «la fecha de la presentación oficial de la reclamación» se refieren a la fecha en que el Estado que ejerce la protección diplomática plantea oficialmente la cuestión, a diferencia de los contactos diplomáticos oficiosos al respecto.

24. El término «reclamación» designa la reclamación formulada por el Estado en ejercicio de la protección diplomática. El propósito es que abarque, no sólo una demanda entablada ante un órgano jurisdiccional, sino también cualquier notificación oficial. El Comité de Redacción decidió no detenerse a examinar la cuestión de cómo puede hacerse la notificación de la reclamación, pues se trata de un aspecto que ha sido objeto del artículo 43 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado. Esa notificación puede hacerse de varias maneras, pero la cuestión debería abordarse en el comentario, y no en el artículo. En opinión del Comité, las palabras «tiene derecho a» deben utilizarse cuando se hace referencia a una regla, y el verbo «podrá» cuando se hace referencia a las excepciones a una regla. Esto se aplica al empleo de esos términos en todo el proyecto de artículos.

25. El párrafo 2 versa sobre las excepciones al requisito de la continuidad de la nacionalidad que permiten a un Estado ejercer la protección diplomática con respecto a

una persona que era nacional de suyo en el momento de la presentación oficial de la reclamación pero no lo era en el momento del daño. Enuncia tres condiciones acumulativas para la aplicación de la excepción: en primer lugar, la persona que solicita la protección diplomática tiene que haber perdido su nacionalidad anterior; en segundo lugar esa persona tiene que haber adquirido la nacionalidad de otro Estado por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación; y, en tercer lugar, la nueva nacionalidad tiene que haber sido adquirida de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

26. Por lo que se refiere a la primera condición, la pérdida de la nacionalidad anterior puede ser una pérdida voluntaria o involuntaria. La nacionalidad se puede perder, por ejemplo, como resultado de una sucesión de Estados o por razón de matrimonio o de adopción. A veces, en el caso del matrimonio, es difícil determinar si la pérdida de nacionalidad es voluntaria o involuntaria. Por consiguiente, el Comité de Redacción fue del parecer de que el hecho de que la persona haya perdido la nacionalidad es suficiente y de que no es necesario probar también que la pérdida de la nacionalidad fue involuntaria.

27. La segunda condición, esto es, que la nueva nacionalidad haya sido adquirida por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, está dirigida a impedir la búsqueda de fuero conveniente y hace hincapié en la adquisición de buena fe. Su objeto es excluir los supuestos en que se adquiere una nueva nacionalidad sólo con el fin de acogerse a la protección diplomática. Los términos empleados están destinados a abarcar los casos especialmente difíciles como, por ejemplo, cuando una persona adquiere automáticamente una nueva nacionalidad por razón de matrimonio, cuando la nacionalidad de uno de los cónyuges es impuesta al otro, cuando una persona es adoptada por un nacional de otro Estado y adquiere automáticamente la nacionalidad del adoptante, o cuando, de resultas de una sucesión de Estados, una persona tiene que optar por la nacionalidad de uno de los Estados sucesores. La disposición no se circunscribe a los casos mencionados, sino que es más amplia y puede incluir otras naturalizaciones de buena fe que no se han obtenido sólo para acogerse a la protección diplomática.

28. El Comité de Redacción estuvo claramente dividido acerca de la necesidad del requisito de que la adquisición de la nueva nacionalidad sea «por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación». Algunos miembros hicieron objeciones al requisito tanto por razones de principio como por el motivo de que el criterio adoptado no era útil. Con respecto a la cuestión de principio, señalaron que diversos tratadistas prestigiosos criticaban el requisito de la continuidad de la nacionalidad. Adujeron que podía haber casos en que una persona sufriera un daño como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de un tercer Estado, perdiera su nacionalidad y adquiriese después una nueva nacionalidad por medios lícitos. En tales casos, el nuevo Estado de nacionalidad tenía un interés jurídico en proteger al individuo, siempre que la adquisición de la nueva nacionalidad se hubiera realizado en consonancia con el derecho internacional. En opinión de esos miembros, los recelos acerca de la búsqueda de fuero conveniente no estaban justificados en la medida en que la adquisición de la nueva nacionalidad no estuviera en contradicción con el derecho internacional.

Cualquier requisito que denegase el ejercicio de la protección diplomática en tales casos beneficiaría sólo al Estado que hubiese cometido el hecho ilícito. Teniendo en cuenta que el párrafo 3 protegía al Estado de nacionalidad anterior al excluir el ejercicio de la protección diplomática frente a él, no alcanzaban a ver ninguna razón para agregar un nuevo requisito vinculado a la intención del individuo al adquirir la nueva nacionalidad. Esos miembros consideraban también que las palabras «por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación» eran demasiado subjetivas y muy difíciles de apreciar en la práctica. Dichos miembros se reservaron su posición con respecto a este requisito. El Presidente del Comité dice que la explicación que ha dado con respecto a las palabras «de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional», que figuran en el párrafo 2 del artículo 3, se aplica al uso de esas palabras en el párrafo 2 del artículo 4.

29. El párrafo 3 fija un límite a las excepciones del párrafo 2. Protege al Estado de nacionalidad anterior contra el ejercicio de la protección diplomática por el nuevo Estado de nacionalidad en los casos en que el daño haya ocurrido en el momento en que la persona era nacional del Estado de nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad. Se refiere a los supuestos de nacionalidad sucesiva y no a los de doble nacionalidad. La disposición constituye una salvaguardia contra todo abuso de las excepciones enunciadas en el párrafo 2.

30. El artículo 5, basado en el artículo 7 propuesto por el Relator Especial, versa sobre el ejercicio de la protección diplomática en casos de doble o múltiple nacionalidad. El ámbito de aplicación del artículo se limita al ejercicio de la protección diplomática por un Estado de nacionalidad contra un tercer Estado del que no es nacional la persona respecto de la cual se ejerce la protección diplomática. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de nacionalidad contra otro Estado de nacionalidad se abordará en un artículo distinto.

31. El párrafo 1 del artículo 5 ratifica el principio enunciado en el artículo 3, esto es, que un Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional suyo. No exige una relación auténtica o vínculo efectivo entre el nacional y el Estado que ejerce la protección diplomática.

32. El párrafo 2 versa sobre la posibilidad del ejercicio conjunto de la protección diplomática por dos o más Estados de nacionalidad frente a un tercer Estado. El Comité de Redacción opinó que el párrafo era suficiente para establecer el principio general, pero que el comentario debía explicar con más detalle la cuestión a fin de evitar la posibilidad de abuso cuando ambos Estados de nacionalidad ejerzan simultáneamente la protección diplomática por conductos diferentes. Esto podría hacer recaer en el Estado demandado una carga excesiva al exigirle que se defiendan en diferentes foros con respecto a la misma reclamación. El comentario debería dejar bien sentado también que el párrafo no está destinado a permitir que un Estado de nacionalidad ejerza la protección diplomática cuando el problema ya ha sido resuelto por el ejercicio de la protección diplomática por otro Estado de nacionalidad. Conviene examinar asimismo en el comentario los supuestos en que un Estado de nacionalidad renuncie a

su derecho a ejercitar la protección diplomática, mientras que el otro Estado de nacionalidad mantiene su reclamación. Se debería indicar que esas cuestiones guardan una estrecha relación con el contexto en que se producen y deben ser evaluadas caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de cada uno de ellos. El artículo 5 lleva por título «Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado».

33. El artículo 6 se refiere a la cuestión de si una persona que tiene doble o múltiple nacionalidad puede ser protegida por un Estado de nacionalidad contra otro Estado de nacionalidad. Desde el punto de vista de la estructura, el Comité de Redacción aceptó la propuesta hecha en el Pleno de que el artículo 6 figurase después del antiguo artículo 7, que es ahora el artículo 5, relativo a la situación general de la protección diplomática de las personas con doble o múltiple nacionalidad. Con ocasión del debate celebrado en sesión plenaria en el 52.º período de sesiones de la Comisión, la mayoría rechazó la opinión tradicional, plasmada en el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de no permitir que un Estado de nacionalidad ejerza la protección diplomática en nombre de un nacional contra otro Estado de nacionalidad. La opinión predominante en aquella ocasión fue, al contrario, que el artículo 6 propuesto por el Relator Especial reflejaba la tónica del momento en derecho internacional. El Comité ha elaborado el texto de ese artículo desde este punto de vista.

34. El párrafo 1 tiene su origen en el texto propuesto en las consultas oficiosas del 52.º período de sesiones de la Comisión⁵ y en las propuestas de salvaguardias contra los abusos hechas en esas consultas. El Comité de Redacción decidió no tratar de definir lo que se entiende por nacionalidad «dominante» o «efectiva», cosa que sería muy difícil en vista de la amplia variedad de elementos que pueden intervenir. Distintos órganos de solución de controversias, como el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán, han recurrido a consideraciones diferentes. Se decidió abordar algunos de esos elementos en el comentario.

35. Así es que el Comité centró su atención en si el criterio debía ser el de la nacionalidad «dominante» o el de la nacionalidad «efectiva». Se examinaron argumentos en defensa de uno u otro criterio. Se señaló que un particular podía tener dos nacionalidades «efectivas» pero sólo una «dominante». Se estimó que era necesario un término con un fuerte elemento de relatividad, que denotase que el particular mantenía relaciones más estrechas con un Estado que con otro. Se consideró que el término «dominante» era demasiado fuerte. Aunque quizás fuera idóneo en los casos de doble nacionalidad, lo era menos en otros casos, por ejemplo, los de nacionalidad múltiple.

36. El Comité de Redacción examinó otras fórmulas, como la expresión «más efectiva», así como la referencia tradicional al lugar de ejercicio de los derechos civiles y políticos. Pero esas fórmulas no se consideraron suficientes. Se propuso asimismo el empleo de la expresión «relación auténtica», pero la propuesta no obtuvo el apoyo de la mayoría en el Comité. En definitiva, el Comité optó por el término «predominante» para reflejar el carácter relativo del concepto cuando se dan dos nacionalidades

⁵ *Anuario...* 2000, vol. II (segunda parte), párr. 495.

contrapuestas. Además, el Relator Especial dejará bien sentado en su comentario al artículo que se trata de la nacionalidad del particular «predominante» en el momento del ejercicio de la protección diplomática.

37. No se le oculta al Comité de Redacción que algunos países tendrán dificultades en aceptar el artículo 6. Se citaron ejemplos de constituciones nacionales que prohibían la doble nacionalidad. Al mismo tiempo se reconoció que el derecho internacional no prohibía la nacionalidad doble o múltiple y que se había producido un cambio de actitud frente a la adquisición de nacionalidades múltiples, que en algunos casos se había venido a considerar como un «derecho» del individuo. De ahí que sea necesario prever las situaciones en que un Estado de nacionalidad intenta ejercer la protección frente a otro Estado de nacionalidad.

38. El Comité de Redacción examinó dos fórmulas revisadas con objeto de tener en cuenta las preocupaciones de los Estados que no eran partidarios del artículo 6. La diferencia entre ambas fórmulas consistía en cómo se reflejaba el supuesto «excepcional» de una nacionalidad predominante. Los términos de la opción eran o bien «cuando la nacionalidad de este último Estado», esto es, el Estado demandado, «sea predominante», o bien «a menos que la nacionalidad del primer Estado», es decir, el Estado demandante, «sea predominante». Hay una diferencia entre ambas fórmulas desde el punto de vista de la carga de la prueba. Se opinó que la segunda fórmula, que hacía recaer la carga de la prueba de la nacionalidad predominante en el Estado demandante, era la más acertada. Además, esa disposición, al ser enunciada en términos negativos mediante el empleo de la expresión «a menos que», da a entender el carácter excepcional del supuesto previsto en el artículo 6.

39. Por lo que respecta al párrafo 2, el Comité de Redacción aceptó la propuesta formulada en las consultas oficiosas del 52.º período de sesiones de la Comisión de que se incluyera en el artículo 6 un párrafo inspirado en el párrafo 4 del artículo 9. Por consiguiente, la salvedad «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9», que se hacía al comienzo de lo que ahora es el párrafo 1, ya no es necesaria. Su finalidad era evitar el abuso del artículo 6. El párrafo 2 versa sobre el aspecto temporal: cuando un Estado comete un hecho ilícito internacional contra uno de sus nacionales en el momento en que esa persona es nacional «sólo» de ese Estado, la cual, sin embargo, después pasa a tener doble nacionalidad, se prohíbe al nuevo Estado de nacionalidad que ejerza la protección diplomática frente al el otro Estado de nacionalidad.

40. El Comité de Redacción decidió no utilizar el adverbio «sólo» con respecto a «este último Estado», puesto que limitaría la disposición a los supuestos de doble nacionalidad y excluiría la situación de un particular que poseyera múltiples nacionalidades. Decidió aclarar aún más la situación estableciendo que la persona «era nacional de este último Estado y no del primero».

41. Es importante tener presente que la disposición versa fundamentalmente sobre el supuesto de nacionalidad doble o múltiple y se presenta como una excepción a la última parte del párrafo 1, es decir, cuando el Estado que ejerce la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad predominante. Si bien el párrafo 1 impide

en principio que un Estado de nacionalidad interponga una reclamación contra otro Estado de nacionalidad, lo autoriza sin embargo en los casos en que la nacionalidad del Estado que pretende ejercer la protección diplomática es predominante. Ahora bien, a tenor del párrafo 2 una reclamación de esta índole sólo puede darse si el particular es nacional de ambos Estados en el momento del daño. O, dicho negativamente, como se ha formulado esa disposición, tal reclamación no es admisible si el particular con respecto al cual el Estado trata de ejercer la protección diplomática ha dejado de ser ya nacional suyo en el momento del daño.

42. El Comité de Redacción examinó la posible duplicación con el párrafo 3 del artículo 4, que tiene el mismo objeto, aunque en relación con el principio de la continuidad de la nacionalidad. Hubo quien opinó en el Comité que la mejor manera de regular esta materia sería, bien en el contexto del párrafo 3 del artículo 4, quizás modificado ligeramente para darle un enunciado más general, o bien mediante la inclusión en el párrafo 2 del artículo 6 de una remisión expresa a las excepciones del párrafo 2 del artículo 4.

43. Se sostuvo que el párrafo 2 sólo podría aplicarse en el contexto de las excepciones al artículo 4, porque de otro modo no habría ninguna posibilidad de que el Estado presentase una reclamación en nombre de un particular que no era nacional suyo en el momento del daño, simplemente en virtud de la aplicación del principio de la continuidad de la nacionalidad del párrafo 1 del artículo 4. Dicho de otro modo, si el Comité de Redacción se había inclinado por una aplicación estricta del principio de la continuidad de la nacionalidad en el artículo 4, el nuevo párrafo 2 del artículo 6 no era necesario porque el Estado que pretendiera ejercer la nacionalidad no sería el Estado de nacionalidad en el momento del daño y, por consiguiente, no podría ejercer la protección diplomática.

44. No obstante, el Comité de Redacción había incluido en el artículo 4 varias excepciones al principio de la continuidad de la nacionalidad, permitiendo que, en determinadas circunstancias, un Estado de nacionalidad pudiera ejercer la protección diplomática aunque no fuera el Estado de nacionalidad en el momento del daño. También había establecido, en el párrafo 3 de dicho artículo, que sin embargo ello no sería posible si la reclamación se presentara frente a un Estado de nacionalidad anterior, para tener en cuenta el supuesto en que el particular hubiera *cambiado* de nacionalidad, es decir, renunciado a su nacionalidad anterior y adquirido una nueva durante el período comprendido entre el daño y la presentación de la reclamación.

45. El supuesto que se aborda en el párrafo 2 del artículo 6 es aquel en el que el particular no ha renunciado a su nacionalidad original sino que ha *adquirido otra nacionalidad* después del daño, durante el período crítico entre el daño y la presentación de la reclamación. A tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 4, el nuevo Estado de nacionalidad podría, en algunos supuestos excepcionales, ejercer la protección diplomática respecto de un daño irrogado a su nacional por un *tercer Estado*, aunque el Estado demandante no sea Estado de nacionalidad de la persona en el momento del daño. Sin embargo, se opinó que había que excluir esa posibilidad en caso de que el daño no

fuera irrogado por un tercer Estado sino por *el otro Estado de nacionalidad* en el momento del daño, Estado del cual la persona también fuera nacional en razón de su doble nacionalidad, incluso si el Estado de nacionalidad demandante fuera el Estado de la nacionalidad predominante en el momento de ejercer la protección diplomática.

46. Se estimó asimismo que el párrafo 3 del artículo 4 no regulaba de manera suficiente el supuesto de doble nacionalidad antes descrito. De ahí que el Comité de Redacción haya considerado necesario incluir una norma análoga en el párrafo 2 del artículo 6 destinada a ser aplicada en el contexto de la doble nacionalidad. Dicho sucintamente, incluso en los casos a que se refiere el párrafo 2 del artículo 4, en que el Estado de nacionalidad de una persona con doble nacionalidad tendría derecho a presentar una reclamación respecto de un daño infligido al particular que no era nacional de ese Estado en el momento del daño, ello no sería posible frente a otro Estado de nacionalidad en virtud de la aplicación del párrafo 2 del artículo 6, aunque el Estado demandante fuera el Estado de la nacionalidad predominante.

47. Por último, el Comité de Redacción decidió no incluir la remisión propuesta al artículo 4 puesto que podría entenderse erróneamente y dar pie a una interpretación poco clara del artículo 6. Además, se estimó que tal remisión no era estrictamente necesaria puesto que el mismo resultado pretendido se obtendría en cualquier caso mediante la aplicación ordinaria del proyecto de artículos en la forma propuesta. Por otra parte, se estimó que la cuestión de la relación con el artículo 4, sobre la continuidad de la nacionalidad, podía plantearse en el comentario. Lo único que hay que tener presente es que el párrafo 2 del artículo 6 tiene que considerarse en relación con la aplicación del artículo 4.

48. Un miembro del Comité de Redacción sostuvo la opinión de que el párrafo 2 carecía de lógica porque se refería a una situación que podía no producirse nunca, habida cuenta de las disposiciones del artículo 4, sobre la continuidad de la nacionalidad.

49. Finalmente, el Comité de Redacción acordó aprobar como título del proyecto de artículo lo siguiente: «Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de nacionalidad».

50. El artículo 7, basado en el antiguo artículo 8, establecía dos excepciones a la norma enunciada en el artículo 3, según la cual un Estado de nacionalidad tiene derecho a ejercer la protección diplomática respecto de uno de sus nacionales. Al desviarse de la regla normal, el artículo 7 permite que un Estado ejerza la protección diplomática respecto de un no nacional cuando esa persona sea apátrida o refugiado. Esa excepción había sido aprobada en principio por el Pleno cuando examinó el primer informe del Relator Especial y el proyecto de artículo se remitió al Comité de Redacción en la forma propuesta por aquél. Por consiguiente, la tarea del Comité no había sido examinar si esas excepciones debían incluirse o no en el proyecto de artículos sino cómo convendría formularlas.

51. Al mismo tiempo, el Comité de Redacción tuvo en cuenta que algunos gobiernos habían expresado reservas acerca de la inclusión de esas excepciones, especialmente con respecto a los refugiados, ya que podían considerarse

como un motivo para reivindicar la nacionalidad. Sin embargo, hay que dejar bien sentado que no es ese el objeto del artículo 7, sino que todo lo que se establece en esta disposición es que hay supuestos en que se puede otorgar protección a un no nacional y que ello queda enteramente al arbitrio del Estado. El artículo 7 no obliga de ningún modo al Estado a otorgar su protección a tales personas.

52. Dicho esto, el Comité de Redacción mantuvo un debate acerca del alcance de las excepciones y del principio general en que se basan, con objeto de llegar a un enunciado generalmente aceptable que fuera coherente en relación tanto con los demás artículos como con los vigentes cuerpos de normas que regulan la situación de los apátridas y los refugiados. No se trataba, por consiguiente, de emprender un estudio de la situación jurídica de los apátridas o los refugiados en sí misma. Así que el Comité se centró en la cuestión más restringida del ejercicio discrecional de la protección diplomática con respecto a esas personas, independientemente del hecho de que no fueran nacionales del Estado que pretendiese ejercer esa protección.

53. Por lo tanto, el Comité de Redacción inició su labor sobre la base de la propuesta del Relator Especial teniendo presentes esos elementos. Además de algunos retoques de forma, en particular la corrección de los tiempos verbales en lo que son ahora los párrafos 1 y 2, el Comité optó por emplear la fórmula «podrá ejercer la protección diplomática» para hacer hincapié en la naturaleza discrecional de la disposición. Se sustituyó la referencia al «Estado demandante» por «ese Estado», que designa el Estado que ejerce la protección diplomática. Además, se suprimió la referencia original a una persona «lesionada» a fin de poner el texto en consonancia con los artículos anteriores. De igual modo, el Comité racionalizó más el texto mediante la inclusión de las palabras «cuando esa persona, en el momento del perjuicio [...], tenga residencia legal y habitual en ese Estado», lo que condujo a la supresión de la salvedad enunciada en la última frase. Esta última modificación volvió a corregirse después en relación con el párrafo 1.

54. El Comité de Redacción procedió luego sobre la base de que, como las consideraciones relativas a los apátridas no eran exactamente las mismas que las aplicables a los refugiados, sería preferible separar a ambas categorías de personas en dos párrafos diferentes, aunque siempre dentro del mismo proyecto de artículo.

55. El párrafo 1 versa sobre la cuestión de los apátridas, y el Comité tomó como base la definición de apátrida enunciada en el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, en el que se define el término «apátrida» como «toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». Por consiguiente, no se consideró necesario incluir una definición ni examinar las causas de la apatridia, o si la persona se convertía en apátrida de mala fe, sino que la atención se concentró en la posibilidad de ejercer la protección diplomática con respecto a un particular considerado apátrida de conformidad con el derecho internacional. Además, la disposición prevé el ejercicio de la protección diplomática después de que la persona haya pasado a tener residencia legal y habitual en el Estado,

minimizando así la necesidad de examinar las causas de la apatridia.

56. Por lo que respecta a la expresión «tenga residencia legal y habitual», en la primera versión se había utilizado la fórmula «tenga normalmente residencia legal». Otras sugerencias fueron «haya adquirido residencia legal» y «residencia legal y principal». El Comité de Redacción tomó nota de que el término «normalmente» no figuraba en los textos vigentes relativos a la nacionalidad y que el término «habitual» se había utilizado en varios tratados. Se decidió a favor de «tenga residencia legal y habitual» siguiendo el ejemplo del Convenio europeo sobre la nacionalidad, que emplea la misma fórmula en el apartado g del párrafo 4 del artículo 6 en relación con los apátridas y refugiados. Se estimó que era el modo más moderno de referirse a la situación jurídica de los apátridas y refugiados y que evitaba alguna de las dificultades que planteaba referirse a la residencia legal «normal». Además, la expresión residencia habitual tiene una connotación de permanencia, como en el caso de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, que es preferible.

57. De igual modo, no se consideró suficiente referirse sólo a la «residencia legal» o a la «residencia habitual», sino que los dos elementos de la residencia «legal» y «habitual» tenían que coexistir y aplicarse conjuntamente. Análogamente, el criterio mismo de «residencia» es necesario para el elemento de permanencia.

58. El Comité de Redacción estimó asimismo que el criterio de residencia «legal» no sería necesariamente un obstáculo demasiado grande para las personas indocumentadas. Un Estado podía considerarlas aun así residentes legales. Con todo, algunos miembros consideraron que el término «legal» era superfluo porque era inconcebible que el Estado demandado pudiera impugnar frente al Estado demandante la «legalidad» de la residencia de la persona en su Estado. Ahora bien, la combinación de los requisitos de residencia «legal» y «habitual» se consideró que constituía la mejor aproximación al criterio de la nacionalidad en la situación ordinaria de ejercicio de la protección diplomática. De hecho, un efecto positivo de la decisión de referirse a la residencia «legal y habitual» es el de que elimina la necesidad de hacer referencia a la existencia de un «vínculo efectivo», como había propuesto el Relator Especial.

59. El Comité de Redacción examinó también la posibilidad de rebajar el umbral mediante el empleo de la fórmula «se encuentren legalmente», que es la terminología empleada en los vigentes instrumentos sobre los refugiados. Aunque se mantuvo la opinión de que era aconsejable un límite más bajo para proporcionar la mejor protección posible a los apátridas, el Comité se abstuvo de emplear esos términos porque este artículo versa esencialmente sobre una situación excepcional muy concreta. Por eso, se consideró preferible un límite más alto.

60. Por otra parte, el Comité de Redacción opinó que esa residencia legal y habitual debía existir desde el momento del daño y en la fecha de presentación oficial de la reclamación con objeto de evitar la situación en la que, después del daño, la persona ya no mantenga su residencia legal y habitual en el Estado que pretende ejercer la protección diplomática. El enunciado se basa en la misma

fórmula temporal utilizada en el artículo 4 en relación con la continuidad de la nacionalidad. En efecto, se consideró necesario mantener un paralelismo entre el artículo 7 y el artículo 4 a fin de garantizar a los no nacionales el mismo trato otorgado a los nacionales. El texto se refería al principio a la presentación «formal» de la reclamación, pero se consideró que eso era demasiado restrictivo ya que no existían formas preescritas para la presentación de una reclamación de esa índole. En vez de ello, el Comité se conformó con la presentación «oficial» con objeto de indicar el momento mismo en que la cuestión llega a la fase de la formulación de una reclamación para el ejercicio de la protección diplomática frente a otro Estado. Las observaciones hechas anteriormente sobre el concepto de «presentación oficial» en el contexto del artículo 4 son aplicables también al artículo 7.

61. Se ha pulido el texto del párrafo 1 a fin de que diga «con respecto a una persona apátrida que, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado».

62. El párrafo 2 versa sobre el supuesto del ejercicio de la protección diplomática con respecto a los refugiados. El Comité de Redacción abordó el examen del párrafo desde el punto de vista de que planteaba cuestiones análogas a las que habían surgido en el caso de los apátridas y, por consiguiente, optó por unos términos semejantes a los empleados en el párrafo 1.

63. En lo que concierne a las palabras «tenga residencia legal y habitual», el Comité de Redacción tomó nota de que el artículo 28 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados se refería a la expedición de documentos de viaje a los refugiados «que se encuentren legalmente» en su territorio. Sin embargo, es importante subrayar que si un Estado proporciona documentos de viaje a un refugiado, ese acto no tiene consecuencias con respecto a la nacionalidad o la protección diplomática, como se desprende de los párrafos 15 y 16 del anexo a la Convención relativos a su artículo 28. El Comité examinó los trabajos preparatorios del artículo 28, de los que se desprendía que no se utilizó el término «residencia» por considerarlo demasiado estricto, por lo que se prefirió entonces la expresión «que se encuentren legalmente» (*lawfully staying, résidant régulièrement*).

64. No obstante, el Comité de Redacción decidió no adoptar la fórmula «que se encuentren legalmente» y prefirió en vez de ello mantener el texto propuesto «tenga residencia legal y habitual». Como en el caso del párrafo 1, se estimó que, como era una excepción a la regla de que sólo el Estado de nacionalidad podía ejercer la protección diplomática, lo más apropiado era fijar un límite más alto que la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Análogamente, el Comité decidió incluir las palabras «en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación», como había hecho en el párrafo 1.

65. El Comité de Redacción examinó una propuesta alternativa para el párrafo en la que se hacía referencia al derecho del Estado que había expedido un documento de viaje a un refugiado de ejercer la protección diplomática, no obstante el derecho de la organización internacional

competente a proteger al refugiado. Sin embargo, la propuesta no gozó del mismo apoyo que el texto que la Comisión tiene ahora ante sí, puesto que suponía el riesgo de comparar los derechos de organizaciones internacionales con respecto a los refugiados y el derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática. Por otra parte, exigiría necesariamente que se adoptase el estándar «se encuentren legalmente» que el Comité había decidido no aceptar.

66. El alcance exacto del término «refugiados» fue objeto de algún debate en el Comité de Redacción. Se expresó la preocupación de que, si por «refugiados» se entendía sólo las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, quedarían excluidas las personas desplazadas, y, por consiguiente, la disposición debía hacerse aplicable a ellas también. Además, un Estado podía otorgar el estatuto de «refugiado» a personas que no se ajustaran estrictamente a la definición de la Convención sobre el estatuto de los refugiados. Se estimó que el Pleno había preferido un concepto más amplio del término «refugiado» y que, como cuestión de principio, había que aceptar esa aplicación más amplia. Se sugirió, pues, que se incluyera un nuevo párrafo redactado en términos más generales, como el de «refugiados reconocidos», de conformidad con el artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad. En virtud de una disposición de esa índole, el término «refugiado» habría abarcado los refugiados comprendidos en la Convención sobre el estatuto de los refugiados y el Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, pero no se habría circunscrito a ellos. Se señaló que varios tratados regionales habían adoptado también ese planteamiento. No obstante, el Comité acordó posteriormente no adoptar tal disposición expresa y prefirió en cambio examinar la cuestión más a fondo en el comentario.

67. En lo que se refiere al párrafo 3, el Comité de Redacción no consideró posible que un Estado ejerciera la protección diplomática con respecto a un refugiado que tuviera residencia legal y habitual en ese Estado contra el Estado de nacionalidad del refugiado. Ello estaría en contradicción con el planteamiento básico del proyecto de artículos, en el que la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de esa protección. Efectivamente, el Comité examinó la posibilidad de incluir una disposición con un apartado adicional en ese sentido en el contexto del párrafo 2 sobre los refugiados. Aunque hubo cierta renuencia a incluir una prohibición específica en tal supuesto, a fin de cuentas se decidió incluir la disposición para acallar los recelos que su falta podría suscitar en los gobiernos miembros. Sin embargo, se acordó que en el comentario se examinaría más detenidamente la cuestión.

68. Por último, el Comité de Redacción decidió aprobar el título del artículo «Apátridas y refugiados».

69. El Comité de Redacción somete a la aprobación del Pleno los siete proyectos de artículo.

70. El PRESIDENTE da las gracias al Sr. Yamada por su esclarecedor informe y sugiere que la Comisión proceda ahora a la aprobación del informe del Comité de Redacción artículo por artículo.

PRIMERA PARTE

ARTÍCULO 1 (Alcance)

71. La Sra. ESCARAMEIA manifiesta no estar de acuerdo con las palabras «de conformidad con el artículo 7» al final del párrafo 2. Son muy restrictivas y van en contra de la evolución del derecho internacional, lo que subraya aún más el párrafo 1 del artículo 3. Durante el debate en la Comisión se ha señalado frecuentemente a la atención de los miembros la evolución del tema, especialmente en relación con el asunto del *Saiga*, que es muy claro. No es lógico que la Comisión se guíe por la CIJ y no por el TIDM. Ello es tanto más importante cuanto que la Comisión se concentra en la fragmentación del derecho internacional. En el asunto *Saiga*, los magistrados resolvieron que el hecho de que el Estado que presenta la reclamación no sea el Estado de nacionalidad de las personas lesionadas no viene al caso y, poniendo de relieve la evolución del derecho internacional, señalaron un aspecto importante que «se refiere a dos características fundamentales del transporte marítimo moderno: la composición multinacional y fugaz de la dotación de los buques y la multiplicidad de intereses que pueden verse implicados en la carga a bordo de un solo buque» [pág. 44]. Cuando existe un precedente judicial claro, la Comisión debe atenerse a él.

72. El PRESIDENTE dice que las observaciones de la Sra. Escarameia se harán constar en el comentario. De no haber objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el proyecto de artículo 1.

Queda aprobado el artículo 1.

ARTÍCULO 2 (Derecho a ejercer la protección diplomática)

Queda aprobado el artículo 2.

SEGUNDA PARTE

ARTÍCULO 3 (Estado de nacionalidad)

73. El Sr. CANDIOTI señala que en el texto español del proyecto de artículo se ha olvidado incluir las palabras «sucesión de Estados».

74. El Sr. TOMKA indica que, para poner el texto del artículo en consonancia con la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados y la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado y con la propia obra de la Comisión en otras esferas, convendría sustituir en el párrafo 2 de la versión inglesa las palabras *State succession* por *succession of States*.

75. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que no tiene nada que objetar a la modificación propuesta del texto inglés.

76. La Sra. ESCARAMEIA dice que, como el Comité de Redacción ha optado por enumerar varios de los modos en que puede adquirirse la nacionalidad (párr. 2), habría que incluir el matrimonio y la adopción. La referencia al matrimonio es especialmente importante porque el

párrafo dispone que a los efectos de la protección diplomática la nacionalidad debe haberse adquirido de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. No obstante, el artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que los Estados Partes deben velar por que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge. Como en realidad, de conformidad con el derecho interno muchas mujeres adquieren automáticamente la nacionalidad del marido al contraer matrimonio, se podría sostener que lo han hecho de un modo que está en contradicción con el derecho internacional —tal como ha sido incorporado a la Convención— y que, por lo tanto, no tienen derecho a la protección diplomática.

77. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que, a su entender, la adquisición de la nacionalidad por matrimonio suele adoptar la forma de naturalización. Las excepciones deberían estar comprendidas en las palabras «o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional».

78. El PRESIDENTE dice que esas palabras dan mucho margen, si se tiene en cuenta lo que el proyecto de instrumento está o no está destinado a abarcar.

79. El Sr. CHEE manifiesta que, varios años antes, tuvo ocasión de referirse al artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en la Sexta Comisión, y señala que en algunos casos la adquisición de nacionalidad por una mujer es automática como resultado de la sucesión de Estados. Por consiguiente, apoya la propuesta de la Sra. Escarameia que se incluya en el párrafo 2 una referencia al matrimonio.

80. La Sra. ESCARAMEIA dice que existen varios Estados, incluido el suyo propio, en los que la adquisición de la nacionalidad por matrimonio adopta una forma que puede considerarse que queda fuera del ámbito de la naturalización y que, de hecho, podría considerarse en contradicción con el derecho internacional. En ningún caso se debe dejar a la mujer sin protección diplomática a causa de una situación de esa índole.

81. El PRESIDENTE tiene dificultades en imaginar que el texto actual del proyecto de artículo no sea adecuado en tales casos.

82. El Sr. BROWNLIE conviene en que el texto es probablemente suficiente. No obstante, la observación de la Sra. Escarameia es acertada y podría parecer anómalo no incluir la mención del matrimonio como un modo de adquirir la nacionalidad.

83. El Sr. Sreenivasa RAO dice que, después de escuchar a la Sra. Escarameia, conviene en que debería trazarse una distinción entre la adquisición de la nacionalidad por matrimonio y el proceso de naturalización.

84. El Sr. GALICKI dice que ni a él ni a los demás miembros del Comité de Redacción se les había ocurrido la posibilidad que ha mencionado la Sra. Escarameia. Pensándolo bien, apoya su propuesta, especialmente puesto

que la nacionalidad por matrimonio puede darse no sólo en virtud de la naturalización sino también automáticamente como método separado de adquisición, un hecho reconocido en el Convenio europeo sobre la nacionalidad como justificación de la posesión de múltiples nacionalidades. Ahora que hay mujeres entre los miembros de la Comisión, ésta debería hacerles caso.

85. El Sr. DUGARD apoya también la propuesta de la Sra. Escarameia. Sin embargo, resultaría extraño incluir una referencia al matrimonio sin mencionar también la adopción.

86. El PRESIDENTE se pregunta si la referencia al matrimonio y la adopción no privaría de significado a las palabras «de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional». Además, las cuestiones planteadas por la Sra. Escarameia en relación con el matrimonio no se plantean en el caso de la adopción.

87. El Sr. DUGARD dice que el matrimonio y la adopción normalmente son tratados de la misma manera. Si la Comisión incluye una referencia a una de esas instituciones, podría también incluir la otra. Por supuesto, la dificultad estriba en que podría en ese caso entenderse que el artículo incluye una enumeración exhaustiva de los modos mediante los cuales puede adquirirse la nacionalidad.

88. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que debe quedar bien sentado que la adquisición de la nacionalidad por matrimonio debe tener lugar de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional. Así, pues, opina que el matrimonio está incluido en el artículo en su presente forma. Ahora bien, incumbe a la Comisión decidir si quiere introducir la modificación propuesta.

89. El Sr. AL-BAHARNA sugiere que se incluya en el párrafo 2 una referencia al matrimonio y que la cuestión de la adopción se regule en otro de los artículos del proyecto.

Se suspende la sesión a las 11.35 horas y se reanuda a las 11.50 horas.

90. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que, a raíz de las consultas celebradas con la Sra. Escarameia y el Relator Especial, se ha decidido que el enunciado del párrafo 2 es adecuado y que el Relator Especial abordará la importante cuestión planteada por la Sra. Escarameia en el comentario. Por consiguiente, recomienda que el artículo se apruebe en su forma actual.

91. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión acuerda aprobar el artículo 3 sin perjuicio de los cambios de forma propuestos por el Sr. Candiotti y el Sr. Tomka.

En esa inteligencia, queda aprobado el artículo 3.

Cooperación con otros organismos

[Tema 11 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

92. El Sr. REBAGLIATI (Observador del Comité Jurídico Interamericano) expone los trabajos realizados por el Comité Jurídico Interamericano en sus períodos de sesiones 59.º y 60.º, celebrados en julio y agosto de 2001 y en febrero y marzo de 2002, respectivamente. En su 59.º período de sesiones, el Comité se concentró exclusivamente en uno de los numerosos temas de su programa, la democracia en el sistema interamericano, porque la Asamblea General de la OEA tenía previsto aprobar el proyecto de Carta Democrática Interamericana en su 28.º período extraordinario de sesiones en septiembre de 2001. El Comité venía trabajando sobre el tema desde 1995 y había realizado numerosos aportes que fueron bien acogidos por la Asamblea General de la OEA y el Consejo Permanente.

93. A principios del 59.º período de sesiones del Comité, el Presidente del Consejo Permanente invitó al Comité a participar en las actividades del grupo de trabajo del Consejo encargado de preparar el texto de la Carta Democrática Interamericana. Con tal fin, el Comité adoptó una resolución que contenía en anexo sus observaciones y comentarios sobre el proyecto de Carta basándose en el supuesto de que ésta sería aprobada finalmente como una resolución de la OEA. En vista del poco tiempo disponible y de que el proyecto se encontraba ya en una fase avanzada de preparación, no se consideró oportuno proponer modificaciones al texto. El Comité señaló que las resoluciones de esa naturaleza tenían generalmente por objetivo contribuir al desarrollo progresivo del derecho internacional mediante la interpretación de las disposiciones de convenciones, constituir prueba de la existencia de normas consuetudinarias, dar debida cuenta de principios generales del derecho o proclamar aspiraciones comunes. Se recordó que algunas de las resoluciones de un órgano de una organización internacional podían tener efecto obligatorio para sus miembros cuando así lo disponía el instrumento constitutivo de la organización y advirtió que tales resoluciones debían incluir directrices programáticas.

94. El Comité hizo luego observaciones y comentarios sobre la organización de las disposiciones del proyecto de Carta Democrática Interamericana, los temas abordados en ella y, en particular, su compatibilidad con anteriores resoluciones de la Asamblea General y de la Carta de la OEA. El artículo 9 de la Carta de la OEA dispone que un miembro cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General de la OEA, la Reunión de Consulta, los consejos de la organización y las conferencias especializadas, así como las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos que se hayan creado; describe también el mecanismo mediante el cual se impondrá y levantará tal suspensión. La resolución 1080 (XXI-O/91) de la Asamblea General de la OEA, de 5 de junio de 1991, es compatible con ese artículo pero tiene un alcance más

amplio. Comprende la interrupción súbita o irregular del proceso democrático institucional o el ejercicio ilegítimo del poder por el gobierno democráticamente elegido en cualquiera de los Estados miembros de la organización; no prevé la suspensión del Estado miembro, pero habilita al Consejo Permanente y a la Asamblea General a adoptar ciertas medidas para hacer frente a la situación. La tercera Cumbre de las Américas, celebrada en Québec del 20 al 22 de abril de 2001, adoptó la «cláusula democrática», que prevé que cualquier cambio inconstitucional o interrupción del orden democrático en un Estado miembro de la OEA constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de ese Estado en las sesiones de la Asamblea General, la Reunión de Consulta, los consejos de la organización y las conferencias especializadas, así como en las comisiones, grupos de trabajo y demás órganos.

95. El Comité debatió largamente sobre esa disposición, que esencialmente fue incorporada al proyecto de Carta Democrática Interamericana, e hizo diversas recomendaciones acerca de la necesidad de ponerla en consonancia con la Carta de la OEA e instrumentos conexos. Probablemente es necesaria y políticamente aceptable, al menos por ahora, pero, desde el punto de vista jurídico, quizás esté en contradicción con la Carta de la OEA, según como se interprete y aplique. Ciertamente, su alcance es más amplio de lo que hubiera deseado el Comité. En cualquier caso, es prueba de la voluntad colectiva de prevenir y sancionar alteraciones del orden constitucional y democrático por medios no violentos pero igualmente ilegales, situación que en el pasado se ha dado en el continente americano.

96. La Carta Democrática Interamericana fue aprobada por consenso en el 28.º período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 11 de septiembre de 2001. Ello explica que no haya habido nuevas negociaciones sobre el texto.

97. En su 60.º período de sesiones, el Comité tomó nota de la aprobación de la nueva Carta y adoptó una resolución en la que constataba que aquella recogía en gran medida los comentarios y sugerencias del Comité y dejaba constancia del agradecimiento expresado por el Secretario General y otros altos dignatarios que asistieron al período extraordinario de sesiones por las aportaciones del Comité.

98. En su resolución 1774 (XXXI-O/01), de 5 de junio de 2001, titulada «Elaboración de un proyecto de convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia», la Asamblea General de la OEA solicitó al Comité que preparase un documento de análisis con el objeto de contribuir y promover los trabajos que realizaba en la materia el Consejo Permanente. Como consecuencia de ello, el Comité trató el tema con amplitud en su último período de sesiones y aprobó la resolución 39 (LX-O/02), de 6 de marzo de 2002, en la que expresaba su preocupación por el aumento del número de actos de racismo y de intolerancia en el mundo y confirmaba la necesidad de hacer causa común para hacer frente a estas manifestaciones mediante la intensificación de la cooperación entre los Estados para erradicar dichas prácticas. Asimismo hizo suyas las conclusiones contenidas en el documento CJI/doc.80/02 rev.3, que fue transmitido junto

con la resolución al Consejo Permanente. Estos textos están a disposición de los miembros de la Comisión. A este respecto cabe mencionar que el Comité hizo una amplia revisión del marco normativo general y regional existente en esa esfera, basándose en una recopilación de tratados y legislación y en las respuestas a un cuestionario distribuido a los Estados miembros. Las conclusiones a que llegó el Comité figuran en el documento CJI/doc.80/02 rev.3 y reflejan alguna cautela en cuanto a la conveniencia de negociar una nueva convención, pero se aclara que, si se decide proceder a la elaboración de una nueva convención, ésta debería constituir un instrumento complementario de las convenciones universales y regionales existentes, es decir, abarcar los aspectos generales de la cuestión que no hubieran sido tratados por esas convenciones, o tipificar formas de racismo, discriminación racial o intolerancia que no han sido objeto aún de instrumentos internacionales específicos.

99. El Comité claramente desaconsejó acometer la negociación y celebrar una convención general para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, en la medida en que hacerlo podría suponer una duplicación de convenciones existentes y producir superposiciones que suscitaran serios problemas de interpretación y aplicación. Sin embargo, el Comité identificó algunos temas que podrían ser pertinentes para trabajar sobre esta materia, a saber: el fortalecimiento de los mecanismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones dimanantes de los tratados de derechos humanos; estudios sobre grupos específicos tales como las poblaciones indígenas y las minorías étnicas; y las formas contemporáneas de racismo y discriminación racial. Asimismo, el Comité concluyó que, si se decidiera elaborar una convención interamericana que tuviera por objeto algún aspecto particular de esta materia, debería elaborarse dentro del marco de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y otras convenciones universales y regionales sobre esta materia. El Comité recordó además que existen otros medios posibles para regular materias relativas al racismo y a la discriminación racial, como la adopción de enmiendas a las convenciones existentes, la aprobación de declaraciones interpretativas y la celebración de protocolos adicionales. También sería posible recurrir a procedimientos de naturaleza política como los recomendados por las primera y segunda Cumbres de las Américas, celebradas respectivamente en Miami (Estados Unidos) del 9 al 11 de diciembre de 1994 y en Santiago de Chile los días 18 y 19 de abril de 1998, y por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban (Sudáfrica) del 31 de agosto al 7 de septiembre de 2001. Por último, el Comité indicó que los órganos de la OEA podrían considerar exhortar a los Estados miembros que aún no lo hubieran hecho a que ratifiquen las convenciones existentes o que se adhieran a ellas y recomendar a los Estados que son partes en las convenciones contra el racismo y la discriminación racial que adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que les incumben en virtud de esas convenciones, en particular mediante la adopción de leyes y reglamentos nacionales.

100. Este tema ha sido examinado en el 32.º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrado en Bridgetown el 2 de junio de 2002 y seguramente continuará siendo examinado en otros foros de la organización. El proyecto de programa del 32.º período ordinario de sesiones está a disposición de los miembros de la Comisión. Un tema muy importante incluido fue la Convención Interamericana contra el Terrorismo, que acaba de ser aprobada por la Asamblea General. El texto de la Convención se halla a disposición de los miembros de la Comisión, que pueden consultarla.

101. En su 60.º período ordinario de sesiones, el Comité examinó también los resultados de la sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Washington D.C. del 4 al 8 de febrero de 2002. La Conferencia adoptó dos leyes modelo sobre el conocimiento de embarque uniforme negociable y el conocimiento de embarque uniforme no negociable para el transporte internacional de mercaderías por carretera. La Conferencia aprobó asimismo una ley modelo interamericana sobre garantía en las transacciones, de la cual espera que reduzca el costo de los préstamos y facilite el comercio internacional y las inversiones en la región, así como que sea de ayuda a las pequeñas y medianas empresas del hemisferio. La Conferencia tuvo ante sí un tercer tema, el relativo a la responsabilidad por la contaminación transfronteriza. Sobre este tema no se pudo llegar a un acuerdo. La Conferencia ha encomendado al Comité las tareas de contribuir al estudio del tema «Ley aplicable y jurisdicción internacional competente en materia de responsabilidad civil extracontractual» y a la preparación del temario de la séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

102. Finalmente, el orador señala a la atención de la Comisión los preparativos de la conmemoración del centenario del Comité Jurídico Interamericano, que se celebrará en 2006. Los preparativos de ese acontecimiento empezaron en 2001 y está previsto lograr la participación de muchos órganos y organismos interamericanos y de otras regiones. Además, se aspira también a obtener la participación de la Comisión de Derecho Internacional y otros órganos de las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como de instituciones académicas y eminentes juristas internacionales en las celebraciones. Se ha tenido especialmente en cuenta la labor preparatoria realizada en relación con la conmemoración del centenario de la primera Conferencia de Paz de La Haya, celebrado en 1999. El programa incluirá, además de reuniones y actos específicos, publicaciones y otras actividades académicas.

103. El Curso de Derecho Internacional, que viene celebrándose anualmente desde 1974, tiene una duración de cuatro semanas y coincide habitualmente con la reunión que el Comité celebra en agosto en Río de Janeiro (Brasil). Participan en el Curso unos 37 estudiantes de Estados miembros, de los cuales 30 son becarios. Los participantes son graduados jóvenes que trabajan en las universidades, el sector público o el servicio exterior de sus países. Se dedican a tiempo completo a las actividades del Curso y están sujetos a evaluación. Las clases son dictadas por miembros del Comité, funcionarios internacionales y miembros del personal de organismos

internacionales, así como por profesores de universidades tanto americanas como de otras regiones, en particular Europa. Cada año participan en el Curso 30 profesores, aproximadamente. Varios miembros y ex miembros de la Comisión de Derecho Internacional han dictado clases en el Curso, contribuyendo así a su prestigio. Cada Curso se desarrolla en torno a un tema principal, que en 2001 fue «La persona humana en el derecho internacional contemporáneo». El tema de 2002 será «Recursos naturales, energía, medio ambiente y el derecho internacional».

104. La última reunión conjunta con asesores jurídicos o consejeros legales de los Estados miembros de la OEA se celebró en Washington D.C. en marzo de 2000, con ocasión del 56.º período ordinario de sesiones del Comité. La próxima reunión tendrá lugar en 2003 y el temario incluirá un tema sobre la Corte Penal Internacional, que ha dejado de ser un tema del programa del Comité. La finalidad de las reuniones es intercambiar información e impresiones sobre cuestiones jurídicas de importancia para los Estados miembros.

105. El artículo 103 de la Carta de la OEA confiere al Comité Jurídico Interamericano el mandato de establecer relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional. El orador está convencido de que el Comité ha contribuido a cumplir ese mandato.

106. El PRESIDENTE da las gracias al observador del Comité Jurídico Interamericano por su intervención. Ha sido impresionante enterarse de los amplios logros de una institución más antigua y más audaz, en la que su país tiene a orgullo participar. Le ha llamado especialmente la atención la alusión a la cuestión de la fragmentación del derecho internacional y le gustaría conocer más detalles del planteamiento que ha adoptado el Comité con respecto a esa cuestión, dado que la Comisión misma se dispone a examinarla.

107. El Sr. REBAGLIATI (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que la necesidad de evitar la fragmentación del derecho internacional ha sido un motivo de especial preocupación en relación con el examen de una posible convención contra el racismo. Aunque esa preocupación no ha impedido la adopción de una convención interamericana contra el racismo, se ha prestado una atención especial a la conveniencia de integrarla a las convenciones universales existentes.

108. El Sr. Sreenivasa RAO da las gracias al observador del Comité Jurídico Interamericano por su excelente examen general de los trabajos realizados en ese órgano tan importante, trabajos que también revisten gran interés para los juristas, los estudiantes de derecho internacional y los estudiosos de otras regiones del mundo. El Comité ha tomado la delantera en la reciente preparación de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, lo que reviste especial interés dada la universal preocupación por asegurarse de que no se pongan fondos a disposición de organizaciones terroristas. El Comité Jurídico Interamericano y la Organización Consultiva Jurídica Asiático-

Africana deberían forjar vínculos más estrechos, ya que los dos órganos tienen preocupaciones comunes.

109. El Sr. KAMTO agradece al observador del Comité Jurídico Interamericano la presentación tan completa que ha hecho de la admirable contribución aportada por su organización a la codificación y el conocimiento del derecho internacional. Por lo que respecta al proyecto de Convención Interamericana contra el Terrorismo, pregunta qué contribución significativa puede aportar una nueva convención regional además de las que aportan las convenciones existentes sobre esta materia. Se pregunta también si el laudable objetivo de la Convención de eliminar el terrorismo, que es una preocupación esencialmente política más que jurídica, es realista. Por último, pregunta si la falta de título del artículo 14 de la nueva Convención, relativo a la discriminación, es involuntario o intencional.

110. El Sr. REBAGLIATI (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que la Convención Interamericana contra el Terrorismo fue una iniciativa de los órganos políticos de la OEA, adoptada en respuesta a la necesidad de librar al hemisferio del azote del terrorismo. Si bien, por razones obvias y lamentables, se ha estimado necesario intensificar la cooperación interamericana en este campo, también se ha prestado especial atención a garantizar que la nueva Convención no esté en contradicción con las convenciones existentes. El Comité ha desempeñado una función técnica y de asesoramiento en el proceso de negociación de la Convención. Por último, la falta de título del artículo 14 de la Convención es una cuestión de forma de importancia secundaria que se rectificará oportunamente.

111. El Sr. NIEHAUS da las gracias al observador del Comité Jurídico Interamericano por su excelente exposición general de las actividades del Comité. El intercambio de experiencias entre los dos órganos ha sido de gran valor. La Carta Democrática Interamericana constituye un ejemplo, no sólo para la región, sino también para todo el mundo. El Comité también tiene que ser felicitado por el éxito de la sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y por la adopción de dos leyes modelo por la Conferencia. Cuando celebre su centenario en 2006, el Comité podrá volver la vista atrás y contemplar 100 años sumamente fructíferos.

112. El Sr. GALICKI dice que el catálogo de convenciones universales que figura en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo no incluye ninguna referencia a la muy importante Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, del propio Comité. Tampoco incluye ninguna referencia a la relación entre ambas Convenciones.

113. El Sr. REBAGLIATI (Observador del Comité Jurídico Interamericano) dice que, a su juicio, el artículo 2 de la nueva Convención Interamericana contra el Terrorismo se limita a enumerar las convenciones universales en las que la nueva Convención tiene que integrarse en el contexto del proceso más general de fortalecimiento de los mecanismos interamericanos para combatir el terrorismo y promover la cooperación regional entre este campo.

114. El PRESIDENTE da las gracias al observador del Comité Jurídico Interamericano por su instructiva declaración y por su paciencia y buena disposición para contestar a las preguntas de los miembros. La experiencia ha sido enriquecedora para todos.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2731.ª SESIÓN

Jueves 6 de junio de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemiha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar con el examen artículo por artículo de los proyectos de artículo sobre la protección diplomática aprobados por el Comité de Redacción (A/CN.4/L.613)*.

ARTÍCULO 4 (Nacionalidad continua)

2. El Sr. TOMKA destaca que, en la versión francesa, el título del artículo, *Maintien de la nationalité*, no corresponde al de la versión inglesa original, *Continuous nationality*, y que habría que reemplazarlo por *Nationalité continue* o *Continuité de la nationalité*.

* Con posterioridad se distribuyó A/CN.4/L.613/Rev.1 (véase 2732.ª sesión).

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

3. El Sr. KAMTO se hace eco de la observación del Sr. Tomka. Las dos expresiones sugeridas son aceptables, con la salvedad de que en francés la noción de *continuité de la nationalité* supone, al menos implícitamente, la continuidad de la nacionalidad aun en el caso de una sucesión de Estados, mientras que la *nationalité continue* puede dar a entender un cambio de nacionalidad. Si la expresión inglesa *continuous nationality* engloba la hipótesis de la sucesión de Estados convendría traducirla en francés por la expresión *continuité de la nationalité*.

4. Recordando que al presentar su informe en la sesión precedente (párr. 24) el Presidente del Comité de Redacción señaló que la palabra «podrá» que figura en el párrafo 2 tiende a subrayar la excepción al principio formulado en el párrafo 1, el Sr. Kamto considera que esta excepción queda, más bien, introducida por la expresión «no obstante» por la simple razón de que el ejercicio de la protección diplomática es y seguirá siendo un derecho discrecional del Estado.

5. El Sr. GAJA destaca que la expresión inglesa *for a reason*, que figura en el párrafo 2, se tradujo en francés por las palabras *pour des raisons*. Se le ha cambiado el sentido ya que la palabra *raison* en singular remite a la circunstancia que ha llevado al cambio de nacionalidad, por ejemplo una sucesión de Estados o una naturalización, mientras que la palabra *raisons* en plural podría remitir a las razones que llevaron al interesado a cambiar de nacionalidad, lo cual es difícil de establecer. Por lo cual corresponde utilizar el singular.

6. El Sr. CANDIOTI piensa que en los párrafos 1 y 2 de la versión francesa convendría hablar de *la* reclamación más que de *sa* (su) reclamación.

7. El PRESIDENTE dice que, como no hay objeciones, considera que la Comisión aprueba en primera lectura el artículo 4, con las modificaciones propuestas.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 5 (Nacionalidad múltiple y reclamación contra un tercer Estado)

8. El PRESIDENTE dice que, como no hay objeciones, considera que la Comisión aprueba en primera lectura el artículo 5.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 6 (Nacionalidad múltiple y reclamación ante un Estado de la nacionalidad)

9. Con referencia a la última frase del párrafo 1 en la versión francesa *que si la nationalité predominante de celui-ci est celle du premier État en question*, el Sr. KAMTO piensa que convendría ajustarla a la versión original inglesa y reemplazarla por *à moins que la nationalité prédominante de celui-ci ne soit celle du premier État en question*, lo que da el máximo de fuerza a la derogación del principio enunciado en la primera parte de la frase.

10. Con respecto al párrafo 2, el Sr. Kamto lo considera inútil, ya que no hace más que retomar, sin agregar nada, lo prescrito en el párrafo 3 del artículo 4.

11. El PRESIDENTE piensa que no hay ningún problema en aceptar la sugerencia del Sr. Kamto de ajustar la versión francesa de la última parte del párrafo 1 del artículo 6 a la versión original inglesa.

12. El Sr. TOMKA, observando que el párrafo 1 comienza por las palabras «Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática» y el párrafo 2 por las palabras «Un Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática» se pregunta si esta diferencia de redacción es intencional o pura coincidencia. A este respecto señala que la expresión de la versión original inglesa *Diplomatic protection shall not be exercised*, que es la misma en el párrafo 3 del artículo 4 y el párrafo 2 del artículo 6, no se traduce de la misma forma en francés. Quizás habría que uniformar el texto francés.

13. El Sr. DUGARD (Relator Especial) piensa que la elección de las expresiones mencionadas por el Sr. Tomka no es deliberada pero que se podría justificar por el deseo de reforzar con el empleo de las palabras «no ejercerá» del párrafo 2 la restricción allí contemplada. Pero quizá sería conveniente, por un prurito de uniformidad, retomar en este párrafo las palabras «no podrá ejercer» utilizadas en el párrafo 1.

14. El Sr. DAOUDI aclara que el objeto de la fórmula elegida por el Comité de Redacción para el párrafo 2 a propuesta de uno de sus miembros, es reforzar la prohibición al Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática en ese caso específico. La fórmula más suave elegida para el párrafo 1 del artículo 6, «no podrá ejercer» deja al Estado de la nacionalidad la facultad de ejercer la protección diplomática en función de la nacionalidad predominante de la persona perjudicada. Pero si hay que armonizar el texto sería mejor emplear tanto en el párrafo 1 como en el párrafo 2 del artículo 6 la expresión «un Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática [...]».

15. El Sr. MOMTAZ cree recordar que si bien el Comité de Redacción utilizó expresiones diferentes en el párrafo 1 que en el párrafo 2 fue para destacar en el párrafo 1 el poder discrecional del Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática en la situación allí contemplada, y en el párrafo 2 la obligación del Estado de la nacionalidad de no ejercer la protección diplomática en la situación allí contemplada.

16. El Sr. GAJA dice que si es necesario garantizar una uniformidad en todo el texto quizás habría que redactar la frase del párrafo 2 del artículo 6 basándose en el modelo del párrafo 3 del artículo 4. De todas formas el orador considera que teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo 3 del artículo 4, el párrafo 2 del artículo 6 carece de sentido. En realidad lo que debería expresar el artículo 6 es la necesidad de tomar en consideración la nacionalidad predominante no solamente en el momento de la presentación de la reclamación sino también en el momento en que fue causado el perjuicio. Por lo tanto el Sr. Gaja sugiere reformar el párrafo 1 en este sentido y suprimir el párrafo 2.

17. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) responde al Sr. Tomka y dice que el Comité de Redacción decidió emplear las palabras «podrá» o «no podrá» cada vez que se trataba de enunciar una excepción a una regla formulada —que es, en cierta forma, el caso del párrafo 1 del artículo 6. El orador está de acuerdo con las observaciones del Sr. Daoudi, como así también con su propuesta de uniformar la redacción de los párrafos 1 y 2 con la expresión «Un Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática [...]».

18. Y por último, refiriéndose a las observaciones del Sr. Kamto y del Sr. Gaja, el orador recuerda lo que dijo con respecto al artículo 4 —que trata del caso de una persona que pierde su nacionalidad— al presentar el informe del Comité de Redacción, es decir que en el párrafo 1 se formula el principio de la continuidad de la nacionalidad, en el párrafo 2 una excepción a este principio y en el párrafo 3 una limitación a la excepción. Ahora bien, el párrafo 2 del artículo 6 trata de una situación diferente, la de una persona que no ha perdido su nacionalidad pero que todavía no ha adquirido una nueva nacionalidad en el momento del perjuicio. Por eso la mayoría de los miembros del Comité de Redacción consideraron que el párrafo 2 debía mantenerse, por lo menos durante el examen en primera lectura. Sea como sea, las diferentes opiniones expuestas sobre este punto figurarán en el acta resumida de las sesiones pertinentes, en el informe de la Comisión y en el comentario. Sería peligroso ocuparse de la redacción en el plenario.

19. La Sra. XUE desearía aportar algunas aclaraciones suplementarias en su calidad de miembro del Comité de Redacción. El párrafo 1 del artículo 6 debería mantenerse tal cual es, ya que la expresión «no podrá ejercer» se impone porque va seguida de la locución conjuntiva «a menos que» y porque se refiere al ejercicio de un derecho discrecional. Si se empleara la expresión «un Estado de la nacionalidad no ejercerá la protección diplomática» esto equivaldría a convertir un derecho en una obligación.

20. La Sra. Xue coincide fundamentalmente con las observaciones del Sr. Gaja, y sobre todo con su sugerencia de tener en cuenta la nacionalidad predominante en el momento en que se ha causado el perjuicio.

21. Para el PRESIDENTE el problema es que el párrafo 2 del artículo 6 no trata del caso de una doble nacionalidad con una nacionalidad predominante, sino de la posesión, en el momento del perjuicio, de la nacionalidad del Estado responsable y no de la del Estado reclamante.

22. El Sr. GAJA cree comprender que el párrafo 2 se refiere, en realidad, al caso en que la persona perjudicada no tiene la nacionalidad del Estado reclamante. Ahora bien, según el párrafo 3 del artículo 4 este Estado no puede presentar la reclamación porque se aplica la norma de la continuidad de la nacionalidad. El párrafo 2 del artículo 6 es ilógico, porque presupone la existencia de un elemento inexistente. El Sr. Gaja reitera la propuesta que formuló con respecto al artículo 6, a condición de que la Comisión consienta en reformar a fondo este artículo.

23. El Sr. KAMTO se declara convencido por los argumentos presentados por la Sra. Xue para justificar el

empleo de las palabras «no podrá ejercer» en el párrafo 1 y de las palabras «no ejercerá» en el párrafo 2.

24. Por lo que respecta al párrafo 2, considera que más que tratarse de un caso de nacionalidad múltiple se trata de una situación ya cubierta por el párrafo 3 del artículo 4, vale decir aquella en que la nueva nacionalidad de la persona dañada no excluye su nacionalidad anterior, no es concomitante. Dicho esto, aceptará la posición que adopte la Comisión en sesión plenaria con respecto al párrafo 2.

25. El PRESIDENTE se pregunta si no sería posible poner el párrafo 2 entre corchetes.

26. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) cree que sería inoportuno presentar apresuradamente al plenario un texto que sale del Comité de Redacción con modificaciones de fondo. Si la Comisión en sesión plenaria desea modificar el párrafo 2 del artículo 6 deberá dar instrucciones al respecto al Comité solicitándole la revisión del texto.

27. El PRESIDENTE cree que el hecho de poner el párrafo 2 del artículo 6 entre corchetes no representará ningún inconveniente porque significaría, simplemente, que el texto, sin ser rechazado ni aprobado, será examinado oportunamente por el Comité de Redacción, teniendo en cuenta todas las observaciones que se han formulado.

28. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión aprueba en primera lectura el párrafo 1 del artículo 6, en la inteligencia de que el párrafo 2 se pone entre corchetes para un examen más amplio por el Comité de Redacción, teniendo en cuenta todas las observaciones formuladas.

Así queda acordado.

ARTÍCULO 7 (Personas apátridas y refugiadas)

29. El Sr. KOSKENNIEMI dice que tiene grandes reservas con respecto a la orientación política del proyecto de artículo 7. Le han llamado la atención dos cuestiones. La primera es la de la aplicación de la norma de la continuidad de la nacionalidad. El Presidente del Comité de Redacción ya ha señalado que había divergencias de opinión a este respecto. El orador está entre quienes piensan que esta norma en cuestión no es una norma de derecho consuetudinario y no tiene una razón de ser política que obligue a la Comisión a incluirla en el artículo 4 o en el artículo 7.

30. La segunda cuestión se refiere a las personas apátridas y los refugiados. El Sr. Koskenniemi estima que la condición estipulada en los párrafos 1 y 2 del proyecto de artículo 7, vale decir que una persona apátrida o refugiada debe tener su residencia habitual en el territorio del Estado, es exageradamente restrictiva y totalmente inútil. En efecto, impediría que el Estado de residencia de la persona apátrida o refugiada ejerciera, en ciertos casos, su protección diplomática y, desde el punto de vista político, esto es inaceptable. Cuando una persona se refugia en el territorio de un Estado, al igual que en la mayoría de los casos en que una persona pierde su nacionalidad y se convierte en apátrida, el motivo es que el Estado en que residía con anterioridad estaba o está bajo un régimen to-

talitario. Es precisamente en el momento en que la persona en cuestión tiene residencia legal, pero todavía no tiene residencia habitual, en el territorio de un nuevo Estado cuando más necesita protección. Históricamente este problema se ha planteado con frecuencia. El Sr. Koskenniemi cita el caso de los judíos alemanes que no estaban en Alemania cuando se promulgaron las leyes nazis y que luego se refugiaron en otros países, como por ejemplo Suiza o Francia. Se les aplicaban tanto las leyes nazis que habían sido promulgadas antes de su llegada a estos Estados como las que habían sido promulgadas después y, por motivos eminentemente políticos, habría sido sumamente importante que su nuevo Estado de residencia pudiera ejercer a su respecto la protección diplomática contra el régimen nazi. El mismo problema se ha planteado no hace tanto, por ejemplo en el caso de los refugiados originarios de la Unión Soviética o de la República Democrática Alemana. El Sr. Koskenniemi propone traducir esta preocupación en el texto del proyecto de artículo 7, suprimiendo las palabras «y habitual» que figuran en los párrafos 1 y 2. Insiste en que no hay ningún motivo político para mantener la condición de una residencia habitual —mientras que se puede pensar que sí la hay para mantener la de la residencia legal. Se restringe demasiado la posibilidad del Estado de residencia de ayudar a los refugiados y a las personas apátridas que se encuentran en su territorio y que son víctimas de la opresión ejercida por su gobierno. El Sr. Koskenniemi agrega que su sugerencia no implica que la persona apátrida o refugiada tenga derecho a una protección diplomática, sino que se trata, simplemente, de dejarlo a la discreción de su nuevo Estado de residencia. Señala, por último, que no son de recibo las preocupaciones de orden conceptual.

31. La Sra. ESCARAMEIA comparte totalmente las observaciones del Sr. Koskenniemi. Éste ha recordado dos puntos que son importantes, el primero de los cuales, la cuestión de la continuidad de la nacionalidad y del momento en que se ha causado el perjuicio, es también muy delicado. La aplicación de la regla de continuidad de la nacionalidad a los refugiados y a las personas apátridas puede desembocar en situaciones injustas. Es efectivamente en el momento en que estas personas tienen más necesidad de una protección cuando se corre el riesgo de quitársela.

32. La Sra. Escarameia comparte también totalmente la opinión del Sr. Koskenniemi respecto del segundo punto que mencionó. El criterio de la «residencia habitual» es muy exigente. Parece que la Comisión se hubiese inspirado en el Convenio europeo sobre la nacionalidad, que en realidad no tiene nada que ver con la protección diplomática. La Sra. Escarameia señala, al igual que el Sr. Koskenniemi, que no se trata de imponer nada, sino más bien de no oponer obstáculos a los Estados que desean ejercer su protección diplomática respecto de las personas apátridas y refugiadas que se encuentren en su territorio.

33. El PRESIDENTE dice que no se trata de determinar si el proyecto de artículos permitirá o no atenuar los sufrimientos de personas inocentes que se encuentran en situaciones extremadamente difíciles, y que habría que mantenerse dentro del tema de la protección diplomática, que gira principalmente sobre el derecho de los Estados. Si la Comisión se deja llevar por el deseo de dar una respuesta a situaciones trágicas por las que pasan

determinadas personas, corre el riesgo de perder de vista el objetivo del debate.

34. El Sr. MANSFIELD reconoce que la Comisión examina el tema de la protección diplomática desde hace un tiempo, y que en su calidad de nuevo miembro desea mantener una cierta reserva, pero está convencido de que el Sr. Koskenniemi ha planteado una cuestión muy importante. El Estado debería tener el derecho de defender a una persona que se encuentre en una de las situaciones difíciles que se han mencionado. Por lo tanto apoya en principio la propuesta del Sr. Koskenniemi.

35. El Sr. KABATSI dice que la idea de velar por que las personas apátridas y refugiadas cuyo cambio de situación es reciente también estén protegidas es válida, pero podría presentarse un conflicto de intereses entre Estados. Sucede a menudo que una persona sea aceptada como refugiada en un país y tenga allí su residencia habitual, pero luego encuentre empleo en otro país y viva allí algún tiempo. Si se suprime la palabra «habitual» la cuestión que se plantea es saber qué Estado tendrá derecho a intervenir, llegado el caso, en su favor: el Estado donde se encuentra o el Estado donde reside habitualmente. Habrá que ser claro a este respecto.

36. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) recuerda haber señalado en su informe que se había manifestado una divergencia de opinión con respecto del criterio que debía aplicarse para que una persona apátrida o refugiada pueda beneficiarse de la protección diplomática, pero que en resúmenes cuentas el Comité de Redacción se había inclinado por los criterios más estrictos, lo que había determinado el texto actual. El orador comprende y respeta las opiniones expresadas por algunos miembros, pero dado que el artículo 7 trata de excepciones a la norma fundamental de la protección diplomática, según la cual el derecho de ejercer esta protección corresponde al Estado de la nacionalidad, se entra en la esfera del desarrollo progresivo y habría que determinar hasta dónde quiere llegar la Comisión. Tampoco hay que olvidar que se trata de un examen en primera lectura. Las opiniones minoritarias pueden consignarse en el comentario.

37. El Sr. SIMMA dice que si los miembros que plantearon el problema aceptan la propuesta del Sr. Yamada, no continuará con este tema. El Comité de Redacción se ha esforzado por llegar al mejor compromiso posible.

38. El Sr. GALICKI comparte la opinión del Sr. Yamada y del Sr. Simma. No hay que olvidar que el artículo 7 trata de una excepción muy particular a la norma relativa a la protección diplomática. El texto fue cuidadosamente estudiado. Los criterios especificados no son tan exigentes. Son comparables a los requeridos para la adquisición de la nacionalidad. En el caso de la protección diplomática es importante conservar para las personas refugiadas y apátridas los mismos criterios que para los nacionales. El Sr. Galicki hace notar que el derecho de ejercer la protección diplomática respecto de las personas refugiadas o apátridas siempre será discutido por otros Estados, y que sería interesante conocer la opinión de los países a este respecto. Sería conveniente conservar el texto actual a la espera de que los países hayan expresado sus opiniones.

39. El Sr. KAMTO dice que el proyecto de artículo 7 no codifica una norma consuetudinaria, que no existe en la

materia y presenta para los juristas un verdadero problema intelectual. En primer lugar, socava la base misma del derecho de protección diplomática al hacer abstracción de la nacionalidad cuando ésta es la condición para el ejercicio de ese derecho. En segundo lugar, permite a un Estado invocar una violación del derecho internacional sobre la base de un instrumento jurídico —en particular en el caso de un tratado bilateral— en el que no es parte. En tercer lugar, se supone que regula un problema que cada Estado puede regular mediante su legislación nacional sobre la concesión de la nacionalidad. Ir más allá de la formulación adoptada por el Comité de Redacción y suprimir el adjetivo «habitual» sería un desarrollo «intempestivo» y no progresivo del derecho internacional.

40. El Sr. DAOUDI prefiere mantener el texto en su estado actual, porque considera que no se debe confundir la protección diplomática con la protección de los derechos humanos. Esta disposición es un caso de desarrollo progresivo del derecho internacional y el Comité de Redacción se guió por el principio de que no había que acordar a la persona refugiada o apátrida un trato más favorable que el reservado al nacional y, por lo tanto, no se le podía eximir de la exigencia de efectividad aplicable en materia de nacionalidad, sin contar situaciones concretas complejas, como por ejemplo aquellas en que una persona tiene el estatuto de refugiado en un Estado y su residencia habitual en otro. Los criterios aplicados por el Comité responden al compromiso logrado en el último período de sesiones de la Comisión.

41. El Sr. BROWNLIE dice que la hipótesis liberal plantea problemas cuando se lleva a la realidad, sobre todo cuando se trata de situaciones de refugiados. En muchas situaciones catastróficas las víctimas no son solamente los refugiados sino también el gobierno y la población del país que los recibe, que suele ser un país en desarrollo. Además, no todas las corrientes de refugiados son, necesariamente, producto de la intolerancia o de un mal gobierno en el país de origen. ¿Por qué partir de la hipótesis de que el refugiado quiera necesariamente acelerar la ruptura de sus lazos con el Estado que acaba de dejar? Es difícil crear normas a partir de situaciones muy específicas, como por ejemplo la de los judíos alemanes, sobre todo cuando incluso en este caso, cuando se trató de dirimir cuestiones de propiedad los refugiados judíos insistieron a menudo en que seguían siendo nacionales alemanes que el régimen nazi había despojado ilegalmente de su nacionalidad. Si se liga toda la cuestión de la nacionalidad en cuanto tal a la cuestión del estatuto de los refugiados se corre el riesgo de llegar a una situación donde incluso la adquisición de ese modesto estatuto sería más difícil.

42. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el Sr. Koskenniemi tiene razón en el aspecto moral, pero que las observaciones de otros miembros de la CDI, así como las opiniones de los Estados expresadas en la Sexta Comisión, obligan a una determinada prudencia. En estas condiciones la disposición representa un compromiso que no fue fácil de lograr y una redacción más liberal sería inaceptable tanto para la CDI como para la Asamblea General.

43. El PRESIDENTE dice que teniendo en cuenta las observaciones del Relator Especial y del Presidente del

Comité de Redacción, la Comisión quizás desee conservar el proyecto de artículo 7 en su estado actual e indicar en el comentario que una cantidad no despreciable, o significativa, de miembros plantearon esta cuestión e insistieron en la necesidad de velar por que las personas abarcadas por esta disposición no fuesen indebidamente lesionadas por el empleo del término «habitual».

44. El Sr. KOSKENNIEMI se pregunta si la oposición entre la referencia a los hechos y la referencia a los conceptos es tan pertinente. Porque si lo es, se pone sistemáticamente del lado de los hechos. De todas formas, las situaciones de refugiados son, sin duda alguna, muy diferentes y deben ser examinadas en particular, pero ese es precisamente el objetivo contemplado por el sistema que se desea edificar y que es de carácter discrecional, vale decir que corresponde a los Estados decidir si protegen a alguien. En estas condiciones ¿por qué poner una prohibición absoluta de defender a los refugiados? Lo mismo ocurre con la oposición entre norma y excepción, cuyos dos términos pueden ser invertidos fácilmente. Bien podría considerarse que el conjunto del proyecto se refiere a la gran norma según la cual es al Estado al que corresponde decidir si ejerce o no la protección diplomática, siendo la excepción —que debe interpretarse de manera estricta— que sólo puede hacerlo respecto de sus propios nacionales. Por lo tanto no es necesariamente cierto que el proyecto de artículo 7 trate de una excepción que, por una extraña razón metafísica, debe interpretarse de forma limitativa, coincidiendo en este caso la limitación con el hecho de abandonar a los refugiados a su suerte.

45. El PRESIDENTE piensa que las opiniones expresadas se refieren más que nada a la razón de ser de la norma fundamental de la protección diplomática y a la medida en que esta norma debe permanecer en el ámbito del Estado y no debe examinarse desde la óptica individual de los derechos humanos, por importante que sea este tema.

46. El Sr. SIMMA, refiriéndose al ejemplo de la situación de los judíos alemanes refugiados en Francia y en Suiza en el decenio de 1930, se pregunta si era realista, o incluso posible, pedir a estos dos países no solamente que dejaran entrar a esos refugiados, lo cual no era fácil, sino, además, que ejercieran a su respecto la protección diplomática contra la Alemania nazi. Es evidente que las cosas han evolucionado desde entonces y el «pensamiento de los derechos humanos» se ha propagado, pero todavía se pueden encontrar ejemplos de países donde se plantean graves problemas de derechos humanos pero a cuyo respecto los países vecinos, y el resto del mundo, adoptan una actitud muy prudente. En este caso el proyecto de artículo 7 representa un equilibrio razonable en el que no faltan motivaciones relativas a los derechos humanos. Quizás convendría completar la propuesta del Presidente con una pregunta precisa al respecto que se formularía a los Estados Miembros.

47. El Sr. Sreenivasa RAO comparte el punto de vista del Sr. Simma.

48. El Sr. BROWNLIE hace notar que el Sr. Koskenniemi no fue el único que se expresó sobre la cuestión de los principios y que en sus reflexiones sobre los hechos la cuestión de los principios no queda tan clara como él piensa. Por lo tanto en el comentario también habría que precisar que, si bien algunos miembros plantearon la

cuestión de los principios, otros consideraron que, dados los hechos, no estaba justificado fundarse únicamente en los principios.

49. El Sr. KAMTO recuerda que la disposición en examen había suscitado una fuerte oposición antes de que las cosas evolucionaran y de que se lograra el texto actual, que fue apoyado por la mayoría del Comité de Redacción. Por lo tanto no habría razón de incluir en el comentario de esta disposición tal o cual opinión, sobre todo porque todas las opiniones expresadas se han recogido en las actas resumidas de la sesión. Además, si bien los hechos triunfan sobre los conceptos, los conceptos estructuran los hechos y guían el trabajo de codificación. No habría que cambiar las normas de la protección diplomática por circunstancias particulares.

50. El Sr. DAOUDI dice estar de acuerdo con el Sr. Kamto.

51. El PRESIDENTE recuerda que no es raro que en la primera lectura se señalen en el comentario las divergencias de opinión que se hubieran manifestado en el seno de la Comisión. Por lo tanto, propone que se conserve el texto en el estado actual, indicando en el comentario que un número no despreciable (o calificado de otra forma) de miembros era favorable a la supresión del adjetivo «habitual», indicación que estaría seguida por un resumen de los argumentos a favor y en contra, y que se soliciten las opiniones de los Estados al respecto mediante una pregunta dirigida a la Sexta Comisión.

Así queda acordado.

52. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha concluido de esta forma el examen en primera lectura de los proyectos de artículos 1 a 5 y 7.

53. El Sr. TOMKA pregunta si el Comité de Redacción no podría cambiar el título del artículo 1 que, en su opinión, más bien debería llamarse «Definición» o «Definición y alcance», ya que reflejaría mejor su contenido.

54. El PRESIDENTE dice que el Comité de Redacción se abocará al estudio de esta cuestión cuando se reúna para examinar el proyecto de artículo 6.

Se levanta la sesión a las 11.25 horas.

2732.ª SESIÓN

Viernes 7 de junio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov,

Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Sreenivasa RAO, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (conclusión) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN (conclusión)

1. El PRESIDENTE dice que en la sesión plenaria anterior la Comisión solicitó al Comité de Redacción que volviera a examinar el título del artículo 1 del proyecto de artículos sobre protección diplomática, como así también el texto del artículo 6. Se han distribuido el título y el texto elaborados por el Comité de Redacción la tarde anterior (A/CN.4/L.613/Rev.1).

2. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción se reunió ayer brevemente, cuando se levantó la sesión plenaria, a fin de examinar la propuesta presentada por el Sr. Gaja para la reforma del artículo 6, como así también la propuesta del Sr. Tomka para un nuevo título del artículo 1.

3. Con respecto al artículo 6, titulado «Nacionalidad múltiple y reclamación ante un Estado de la nacionalidad» el Comité de Redacción tuvo ante sí una propuesta de proyecto basada en la propuesta formulada en la sesión plenaria (2731.ª sesión, párr. 16) de agregar una coma (en la versión inglesa) después de la palabra «predominante» que se encuentra al final del párrafo 1, y de continuar con el siguiente texto: «tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación». Con ello se suprimiría el párrafo 2.

4. El Comité ha considerado que la palabra «anterior» que figura en el párrafo 3 del artículo 4 podría interpretarse de distintas formas. Si bien esa palabra da la idea de que alguien ha perdido su nacionalidad, también podría tener una interpretación diferente, que llevaría a una superposición con el artículo 6. Se ha considerado que la reforma propuesta satisface las inquietudes del actual párrafo 2 y evita ese problema porque no se podría ejercer la protección diplomática a menos que ya existiera la nacionalidad en el momento del perjuicio.

5. El Comité de Redacción ha decidido aceptar la propuesta como forma de aclarar el artículo 6. Por lo tanto se suprimiría el actual párrafo 2, y el texto del artículo 6 propuesto por el Comité de Redacción quedaría así:

«Un Estado de nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente

a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.»

El título del artículo 6 no se ha cambiado.

6. Se recordará que en la sesión plenaria anterior se propuso el examen de un nuevo título para el artículo 1, que ya había sido aprobado por la Comisión. El Comité de Redacción estuvo de acuerdo porque en su opinión el artículo 1 incluía también algunos elementos definitorios. Consideró como títulos alternativos «Definición y alcance» y «Naturaleza y alcance», y se decidió por el primero por pensar que era más exacto. El Comité propuso que el nuevo título del artículo 1 fuera «Definición y alcance».

7. Y por último, el Comité de Redacción tomó nota de algunas sugerencias presentadas en la sesión plenaria respecto de correcciones técnicas a los proyectos de artículos y se solicitó a la secretaría que tomara en cuenta esas correcciones cuando efectuara la nueva versión del proyecto de artículos.

8. Y para terminar, el orador recomienda que la Comisión adopte el artículo 6, reformado, y el nuevo título del artículo 1.

9. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión desea aprobar el título del artículo 1 propuesto por el Comité de Redacción.

Así queda acordado.

10. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, considerará que la Comisión también desea aprobar el artículo 6 en su versión revisada.

Así queda acordado.

11. El PRESIDENTE dice que con esto la Comisión ha concluido la aprobación en primera lectura de los artículos 1 a 7 sobre la protección diplomática.

Organización de los trabajos del período de sesiones (conclusión*)

[Tema 2 del programa]

12. El PRESIDENTE dice que la Comisión ha concluido la labor correspondiente a la primera parte de su 54.º período de sesiones. La primera reunión plenaria de la segunda parte del período de sesiones se celebrará el lunes 22 de julio de 2002, a las 15.00 horas.

Se levanta la sesión a las 10.15 horas.

¹ Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

* Reanudación de los trabajos de la 2727.ª sesión.

ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA SEGUNDA PARTE DEL 54.º PERÍODO DE SESIONES

celebrada en Ginebra del 22 de julio al 16 de agosto de 2002

2733.ª SESIÓN

Lunes 22 de julio de 2002, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados¹ (continuación*) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

1. El PRESIDENTE declara abierta la segunda parte del 54.º período de sesiones de la Comisión e invita al Sr. Yamada a presentar el informe del Comité de Redacción sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/L.614).

2. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que el Comité de Redacción celebró tres sesiones sobre este tema del 21 al 23 de mayo de 2002. Examinó 14 proyectos de directrices, de los que 13 se le remitieron en el período de sesiones anterior y uno (2.1.7 *bis*) en el período de sesiones en curso. Estos proyectos de directrices figuran en el segundo «capítulo» de la Guía de la práctica relativo al procedimiento. El Comité de Redacción propuso 11, que son los siguientes (el número

que figura entre corchetes remite al número que lleva el proyecto de directriz en el informe del Relator Especial o, en su caso, al número original de un proyecto de directriz del informe del Relator Especial que se ha refundido con el proyecto de directriz definitivo):

2 Procedimiento

2.1 Forma y notificación de las reservas

2.1.1 Forma escrita

Las reservas deberán formularse por escrito.

2.1.2 Forma de la confirmación formal

La confirmación formal de una reserva se hará por escrito.

2.1.3 Formulación de una reserva en el plano internacional

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales que son depositarias de tratados, se considerará que una persona representa a un Estado o una organización internacional a efectos de formular una reserva:

a) Si dicha persona presenta plenos poderes adecuados a los efectos de la adopción o autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o de la manifestación del consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención del Estado y la organización internacional de que se trate ha sido considerar a esa persona competente a esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que tienen competencia para formular una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

a) Los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores;

b) Los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, a los efectos de la formulación de reservas a un tratado adoptado en dicha conferencia;

c) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, a los efectos de la formulación de reservas a un tratado adoptado en tal organización u órgano;

d) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, a los efectos de la formulación de reservas a un tratado concertado entre los Estados acreditantes y esa organización.

* Reanudación de los trabajos de la 2721.ª sesión.

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] *Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas*

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una reserva dependerá del derecho interno de cada Estado o de las normas pertinentes de cada organización internacional.

2. El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento de formulación de reservas no podrá ser alegado por dicho Estado o dicha organización como vicio de esas reservas.

2.1.5 *Comunicación de las reservas*

1. Las reservas deberán comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para ser partes en el tratado.

2. Las reservas a un tratado en vigencia que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado que haya creado un órgano facultado para aceptar reservas deberán comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] *Procedimiento de comunicación de las reservas*

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa o que los Estados y organizaciones contratantes acuerden otra cosa, las comunicaciones relativas a las reservas a los tratados serán transmitidas:

a) En caso de que no haya depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para ser partes; o

b) En caso de que haya un depositario, a éste, que deberá a la brevedad posible poner dichas comunicaciones en conocimiento de los Estados y organizaciones a los cuales estén destinadas.

2. Las comunicaciones relativas a las reservas se considerarán efectuadas por los autores de las reservas a partir del momento en que las reciban los Estados o las organizaciones a los que se hayan transmitido o, según sea el caso, en que las haya recibido el depositario.

3. Las comunicaciones relativas a reservas a un tratado que se hagan por correo electrónico o por facsímil deberán ser confirmadas por nota diplomática o notificación hecha por el depositario.

2.1.7 *Funciones del depositario*

1. El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional se ha hecho en debida forma.

2. En caso de divergencia entre un Estado o una organización internacional y el depositario en relación con el desempeño de esta función, el depositario deberá señalar la cuestión a la atención:

a) De los Estados y organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o

b) En su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trate.

2.1.8 [2.1.7 bis] *Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]*

1. Cuando una reserva sea manifiestamente [inadmisible] a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa [inadmisibilidad].

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará el texto de esta última a los Estados y organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y organizaciones internacionales

contratantes, con la indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.

2.4.1 *Formulación de declaraciones interpretativas*

Las declaraciones interpretativas deberán ser formuladas por una persona competente para representar a un Estado o una organización internacional a los efectos de la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para expresar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado.

[2.4.2 [2.4.1 bis] *Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno*

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento a seguir en el plano interno para formular una declaración interpretativa dependerá del derecho interno de cada Estado o de las normas pertinentes de cada organización internacional.

2. El hecho de que una declaración interpretativa haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento para la formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por dicho Estado o dicha organización como vicio de esa declaración.]

[2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] *Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales*

1. Las declaraciones interpretativas condicionales se formularán por escrito.

2. La confirmación formal de una declaración interpretativa condicional también se hará por escrito.

3. Las declaraciones interpretativas condicionales deberán comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para ser partes en el tratado.

4. Las declaraciones interpretativas condicionales relativas a un tratado en vigencia que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o relativas a un tratado que haya creado un órgano facultado para aceptar reservas deberán comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.]

3. Los proyectos de directrices 2.1 a 2.1.4 tratan de la forma y la formulación de las reservas. Los proyectos de directrices 2.1.5 y 2.1.6 tratan del procedimiento de comunicación de las reservas. Los proyectos de directrices 2.1.7 y 2.1.8 tratan de las funciones del depositario. Los proyectos de directrices 2.4.1 y 2.4.2 tratan de la formulación de declaraciones interpretativas. Por último, el proyecto de directriz 2.4.3 trata de la formulación y comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.1 (Forma escrita)

4. El Comité de Redacción aprobó provisionalmente y sin ninguna modificación el proyecto de directriz 2.1.1, tal como lo había propuesto originalmente el Relator Especial. Su texto está tomado del párrafo 1 del artículo 23 común a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.2 (Forma de la confirmación formal)

5. Para comenzar, el Comité de Redacción se preguntó si debía revisarse el texto propuesto por el Relator Especial, que daba a entender que no siempre era necesaria una confirmación formal. El Comité optó por una fórmula más breve y concisa que, por supuesto, tampoco da a

entender que sea necesaria en todos los casos una confirmación formal. El proyecto de directriz adoptado dice simplemente que la confirmación formal deberá hacerse por escrito, quedando entendido que no siempre será necesaria tal confirmación. Este requisito de la forma escrita está tomado también de los párrafos 1 y 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.3 (Formulación de una reserva en el plano internacional)

6. Inicialmente el proyecto de directriz 2.1.3 tenía dos versiones en el sexto informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados (párrs. 69 y 70)³, una corta y la otra larga. El Comité de Redacción decidió concentrarse en la versión larga, que era más explícita y detallada. Consideró que, pensando en el fin pedagógico y concreto de la Guía de la práctica, convenía incluir en ella directrices claras y detalladas.

7. En su primera versión, el proyecto de directriz incluía la frase «una persona tendrá competencia para formular una reserva en nombre de un Estado o de una organización internacional». Se recordará que hubo un debate en sesión plenaria sobre esa «competencia» y el empleo de este término en este contexto. En efecto, el texto de esta directriz está tomado del artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que lleva por título «Plenos poderes» y en el cual no se emplea la palabra «competencia». Se sostuvo que la palabra «competencia» podía resultar ambigua en la medida en que también podía referirse a las instituciones internas que elaboran la reserva antes de que se formule en el ámbito internacional. El Comité de Redacción examinó otras expresiones (por ejemplo, «una persona autorizada», «habilitada», «facultada», «puede»), pero al final se rechazaron todas porque tenían repercusiones que excedían el ámbito de la directriz o porque no recogían de manera satisfactoria la idea misma en que aquélla se inspiraba.

8. Por otro lado, el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se refería a los plenos poderes en el sentido de la representación de un Estado o de una organización internacional por una persona para adoptar o autenticar el texto de un tratado o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización internacional en obligarse por el tratado. En consecuencia, el Comité de Redacción decidió que el proyecto de directriz (párrs. 1 y 2) se ajustara con más exactitud al texto del artículo 7 de las Convenciones de Viena, por pensar que esta representación se ejercería en lo sucesivo más para formular una reserva que para adoptar o autenticar un tratado o manifestar el consentimiento en obligarse por él. Por supuesto, en la práctica ocurre con frecuencia que estas dos funciones se confunden porque (salvo en el caso de una reserva tardía) las reservas se formulan precisamente en esos momentos y las más de las veces en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado.

9. En el párrafo 1 se ha mantenido la cláusula de salvaguardia «sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales que son

depositarias de tratados» con el fin de tener en cuenta cualquier tipo de práctica particular de los depositarios.

10. En relación con el apartado *d* del párrafo 2, que inicialmente se había colocado entre corchetes, se planteó otra cuestión. A pesar de las dudas expresadas en sesión plenaria sobre la conveniencia de mantener dicho apartado, el Comité de Redacción decidió conservarlo porque correspondía al apartado *d* del párrafo 2 del artículo 7 de la Convención de Viena de 1986.

11. Por último, se modificó el título de este proyecto de directriz. Ahora se titula «Formulación de una reserva en el plano internacional» para dar una idea exacta de su contenido y de las modificaciones que se introdujeron en él al haberse suprimido la palabra «competencia».

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.4 (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas)

12. El proyecto de directriz 2.1.4 se compone en principio de las directrices originales 2.1.3 *bis* (que ahora ha pasado a ser el párrafo 1 de la nueva directriz) y 2.1.4 (el actual párrafo 2), a lo que hay que agregar la sustitución del título de la directriz original 2.1.4 por el de la nueva directriz.

13. Los miembros recordarán que en sesión plenaria hubo algunas dudas acerca de la directriz 2.1.3 *bis*, y varios de ellos la consideraron superflua. Además se estimó que recogía una idea que no figuraba en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 o incluso que enunciaba una peyorada. El Comité de Redacción decidió pronunciarse sobre lo que debería hacerse con esa directriz una vez que hubiese examinado el proyecto de directriz 2.1.4.

14. Con respecto a esta última directriz, en el seno del Comité de Redacción se manifestaron dos tendencias. Según unos también era superflua y debía suprimírsela. Se señaló que una reserva formulada en violación de una disposición del derecho interno siempre se podía retirar y que por eso esta directriz era inútil. A lo sumo, lo que se podía hacer era mencionar esta idea en el comentario.

15. Según la otra opinión, esta directriz (que se inspiraba en el artículo 46 de las Convenciones de Viena), era necesaria porque servía para aclarar un punto importante, esto es, que un Estado o una organización internacional no pueden alegar el hecho de que una reserva ha sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de ese Estado o de las reglas de esa organización relativas a la competencia y al procedimiento de formulación de reservas para considerarla no válida. Esta directriz era tanto más útil cuanto que las reglas internas concernientes a la competencia y el procedimiento de la formulación de reservas resultaban esotéricas y abstrusas para terceros. Además, aunque siempre se podía retirar una reserva formulada en violación de las reglas internas, la retirada de tal reserva no tendría efectos retroactivos, por lo que era obvia la necesidad de tal directriz.

16. Esta segunda opinión fue la que triunfó al final, pero cuando se pasó a examinar la directriz 2.1.3 *bis* se discutió si se debía mantenerla o suprimirla. También sobre esto se manifestaron dos opiniones en el seno del Comité de

³ Véase 2719.ª sesión, nota 10.

Redacción, la una partidaria de suprimir la directriz 2.1.3 *bis* y de recoger la idea en el comentario referente a la directriz 2.1.4, y la otra favorable a mantenerla con el argumento de que, incluso si parecía una cosa evidente, no había nada malo en recoger esta idea en una Guía de la práctica concreta y fácil de utilizar. Además, si se decidía conservar esta directriz se la podría combinar con la directriz 2.1.4. Esta segunda opinión fue la que prevaleció.

17. El Comité de Redacción introdujo algunos cambios en la redacción original, que consistieron principalmente en sustituir la palabra *body* en la primera frase del proyecto de directriz 2.1.3 *bis* por la palabra *authority* en la versión inglesa y en insertar las palabras «de las normas pertinentes» antes de las palabras «de cada organización internacional».

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.5 (Comunicación de las reservas)

18. El proyecto de directriz 2.1.5 sigue estrechamente el párrafo 1 del artículo 23, así como el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

19. El Comité de Redacción discutió largamente la inclusión del término «deliberativo» en el párrafo 2. Este término se lo encontró en el informe del Secretario General «Reservas a las convenciones multilaterales: La Convención relativa a la Organización Consultiva Marítima Internacional»⁴, y el Relator Especial lo utilizó en la primera versión de esta directriz. Sin embargo, se afirmó que planteaba un problema, sobre todo por lo que hacía a su significado exacto si se lo interpretaba teniendo en cuenta la frase que lo precedía («un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional»). A este respecto, conviene recordar que en la Sexta Comisión algunas delegaciones habían pedido aclaraciones al respecto [véase sobre esto el resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión en su quincuagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/521, párr. 50)]. En consecuencia, el Comité de Redacción decidió suprimir el adjetivo «deliberante», de modo que ahora la frase dice así «o a un tratado que haya creado un órgano facultado para aceptar reservas». Además, por razones de claridad se agregaron las palabras «a un tratado» después de la palabra «o».

20. Por último, conviene recordar que las palabras «un tratado en vigencia» significan *a priori* que se excluye la comunicación de reservas a las comisiones preparatorias. Esto refleja el sentimiento general que se manifestó a este respecto durante el debate en sesión plenaria.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas)

21. El proyecto de directriz 2.1.6 está inspirado estrechamente en el artículo 78 de la Convención de Viena de 1969 y en el artículo 79 de la Convención de Viena de 1986. Asimismo, el párrafo 1 de este proyecto de directriz sigue el párrafo 1 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986, titulado «Funciones de los depositarios».

22. El apartado *a* del párrafo 1 sigue también el proyecto de directriz 2.1.5 al referirse a «los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para ser partes». El apartado *b* no se ha modificado y ha quedado como lo había propuesto inicialmente el Relator Especial.

23. El Comité de Redacción consideró, por otra parte, que se debía mantener el último párrafo del proyecto de directriz propuesto por el Relator Especial con el fin de dar una orientación clara a los usuarios de la Guía de la práctica. Se modificó ligeramente para indicar mejor cuál era la práctica que seguían actualmente los depositarios. Cuando la comunicación se hace por correo electrónico o por facsímil, debe ser confirmada por nota diplomática o por notificación hecha al depositario.

24. El párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.6 era originalmente el proyecto de directriz 2.1.8. El Comité de Redacción pensó que estas dos directrices se podían refundir dado que una y otra se referían al procedimiento de comunicación de las reservas. La única modificación introducida en el texto original (tal como figuraba en el antiguo proyecto de directriz 2.1.8) consistió en añadir la última frase siguiente: «o, según sea el caso, en que las haya recibido el depositario». Se juzgó necesario añadir esa frase con el fin de armonizar este texto con el del apartado *b* del artículo 79 de la Convención de Viena de 1986 y, por supuesto, de incluir aquellos casos en los que existe un depositario.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.7 (Funciones del depositario)

25. El proyecto de directriz 2.1.7 está basado en el párrafo 2 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969 y el párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986. El primer párrafo se basa en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969 y en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 78 de la Convención de Viena de 1986. Conviene señalar la distinción que se ha establecido entre el grupo de los Estados y de las organizaciones (los Estados y las organizaciones signatarios y contratantes) a cuya atención se señala una divergencia entre un Estado o una organización y el depositario, de una parte, y el grupo de los Estados y las organizaciones a los cuales se comunica la reserva (los Estados y organizaciones contratantes y otros Estados y organizaciones facultados para llegar a ser partes en el tratado), de otra.

26. Sin embargo, esta distinción, que se deriva de las propias Convenciones de Viena, se justifica por el hecho de que tal divergencia entre el depositario y un Estado o una organización internacional respecto del ejercicio de las funciones del depositario solo concierne a la «comunidad del tratado» en sentido estricto establecida por el propio tratado, es decir, los Estados y organizaciones internacionales signatarios y contratantes. Esta explicación podría figurar también en el comentario.

27. El texto de este proyecto de directriz no se aparta prácticamente del texto propuesto inicialmente por el Relator Especial. Sin embargo, en una nota del Relator Especial sobre la primera cláusula del proyecto de directriz 2.1.7 aprobado por el Comité de Redacción

⁴ A/4235, párr. 21.

(A/CN.4/L.623) éste ha hecho nuevas propuestas acerca del proyecto de directriz 2.1.7 que habría que examinar en sesión plenaria.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles])

28. El proyecto de directriz 2.1.8 es el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* como lo propuso inicialmente el Relator Especial en su séptimo informe (párr. 46). Se recordará que la Comisión debatió a fondo en el pleno este proyecto de directriz antes de remitirlo al Comité de Redacción.

29. Uno de los problemas principales radicaba en la expresión *manifestly [im]permissible* (*manifestement [illicite]*) que aparecía en el título y en el párrafo 1. En el curso de un largo debate se manifestaron dos tendencias en el Comité de Redacción. Según la primera opinión, que fue la que prevaleció al final, era imprescindible mantener la expresión *manifestly impermissible* («manifiestamente inadmisibles»), pero colocando entre corchetes la palabra *impermissible*. La razón por la que se añadieron estos corchetes era que había que reflexionar más a fondo sobre esta palabra (y su equivalente en francés: *illicéité*) antes de decidir qué término se utilizaría tanto en francés como en inglés. El problema principal (sobre todo en lo que se refería al término *illicéité*) era que su utilización no debía dejar suponer que existía relación alguna con la responsabilidad internacional en el contexto en el cual se empleaba el término *illicéité*. Este problema ya se discutió en sesión plenaria. Se propuso emplear otros términos (por ejemplo, *non valable* o *inacceptable* o incluso *inadmissible*), pero el Comité decidió al final mantener provisionalmente la terminología actual sin perjuicio de una reflexión más profunda. Por supuesto, conviene señalar que la palabra *impermissible* (*illicite* en francés) se ha colocado entre corchetes tanto en el título como en la primera frase; por esta razón, también se ha colocado entre corchetes al final del primer párrafo la palabra *impermissibility* (*illicéité*).

30. Según la otra opinión, no se debía incluir en el primer párrafo de esta directriz la expresión *manifestly impermissible* (*manifestement illicite*), sino que se debía reproducir con mayor fidelidad el texto de los apartados *a* y *c* del artículo 19 común a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En la directriz sólo deberían mencionarse las reservas prohibidas o las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado. Esta opinión, que no carecía de fundamento, fue examinada con profundidad por el Comité de Redacción, pero al final éste se inclinó por la primera, más sencilla y más económica.

31. En lo que se refiere al segundo párrafo, se recordará que fue la última frase, «al que adjuntará el texto del intercambio de pareceres que mantuvo con el autor de la reserva», la que suscitó numerosos interrogantes y provocó discrepancias de criterio. El Comité de Redacción consideró que el texto original podía tener repercusiones considerables o ser fuente de controversias. En consecuencia, decidió sustituir esa frase por esta otra fórmula más prudente: «con la indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva». Se pensó que este texto permitía alcanzar un buen equilibrio entre la función tradicional del depositario, de una parte, y la

posición de los Estados y la integridad del tratado, de otra.

32. El título de este proyecto de directriz es ahora «Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles]», lo que se compadece más con el tenor de la directriz y de la sección en la que está incluida.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.4.1 (Formulación de declaraciones interpretativas)

33. Como señaló el Relator Especial, la formulación de declaraciones interpretativas no es objeto de ninguna disposición en las Convenciones de Viena. Por consiguiente, esta directriz viene a llenar útilmente una cierta laguna de esas convenciones. El Comité de Redacción decidió ajustar lo más posible esta directriz al proyecto de directriz 2.1.3.

34. Sin embargo, conviene tener presente que existen ciertas dificultades porque el procedimiento de formulación de las declaraciones interpretativas es más flexible y menos formal. El Comité de Redacción decidió, por los mismos motivos que ya se tuvieron en cuenta en el caso del proyecto de directriz 2.1.3, que las palabras «competente para representar» deberían sustituirse por las palabras «a la que se considera que representa». Una expresión similar se utiliza en el artículo 7 (primera frase del párrafo 1) común a las Convenciones de Viena. Además hay que señalar que esta directriz se refiere tanto a las declaraciones interpretativas simples como a las declaraciones interpretativas condicionales. Por consiguiente, no se ha modificado el título de este proyecto de directriz.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.4.2 (Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno)

35. El proyecto de directriz 2.4.2 era inicialmente el proyecto de directriz 2.4.1 *bis*. Varios miembros pusieron en duda su utilidad. Se señaló que esa directriz era del todo pertinente si se tenían en cuenta las posibles declaraciones interpretativas condicionales, que también podían estar comprendidas en ella puesto que la directriz hablaba en términos generales de «declaraciones interpretativas». Sin embargo, el Comité de Redacción decidió al final adoptar esta directriz, pero colocándola entre corchetes. El significado de estos corchetes es que si en el futuro se concluye que las declaraciones interpretativas condicionales «se comportan» exactamente como reservas, hasta el punto de poderlas asimilar a ellas, tanto esta directriz como la que la sigue ya no tendrían ninguna razón de ser.

36. Se sustituyó el título anterior por el nuevo de «Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno», mientras que en el texto no se introdujo cambio alguno.

PROYECTO DE DIRECTRIZ 2.4.3 (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales)

37. El proyecto de directriz 2.4.3 es el resultado de refundir los proyectos de directrices 2.4.2 y 2.4.9. Estas dos directrices eran muy parecidas, y por este motivo el Comité de Redacción consideró que las podía agrupar fácil y económicamente en una sola directriz. Esta se titula

ahora «Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales».

38. El primer párrafo se ha modificado y su texto se ha adaptado al proyecto de directriz 2.1.1. El segundo párrafo también se ha modificado para que coincidiera con el proyecto de directriz 2.1.2, y por último se han modificado asimismo los dos últimos párrafos para adaptarlos al proyecto de directriz 2.1.5. Conviene señalar de nuevo que este proyecto de directriz 2.4.3 se ha puesto también entre corchetes por la misma razón que el proyecto de directriz 2.4.2. El mantenerlo o no dependerá de la posición que adopte la Comisión sobre la cuestión general de los proyectos de directrices relativas a las declaraciones interpretativas condicionales, según que decida si son o no enteramente equiparables a las reservas.

39. Para terminar, el Presidente del Comité de Redacción agradece al Relator Especial sus consejos y su cooperación, así como a todos los miembros del Comité de Redacción sus constructivas sugerencias, su espíritu de cooperación y su participación en los trabajos del Comité. Éste recomienda a la Comisión que apruebe los proyectos de directrices que se le han presentado.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose a la directriz 2.1.8, dice que sigue teniendo dudas acerca de la utilización en francés de la expresión *manifestement illicites*, y recuerda que el término «manifiestamente» plantea el problema de la evidencia de la falta de conformidad de la reserva, y que el concepto de *illicéité* no figura en la Convención de Viena de 1969 ni en la de 1986. En consecuencia, propone que se emplee en francés la expresión *réserves manifestement inadmissibles*, pero entendiéndose que se trata de las «reservas no conformes con el artículo 19 común a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986».

41. En cuanto a la directriz 2.4.1, propone, por razones de sencillez y claridad, que se modifique como sigue la primera parte de la frase: «Las declaraciones interpretativas deberán ser formuladas por cualquier persona que represente debidamente a un Estado o una organización internacional [...]»; el resto de la frase seguiría igual.

42. El Sr. DAOUDI señala que en el párrafo 3 de la directriz 2.1.6 aparece la expresión «por nota diplomática o notificación hecha por el depositario», expresión que le parece poco clara. Además pone de manifiesto que, aunque la directriz dice que las comunicaciones efectuadas por correo electrónico deberán ser confirmadas por nota diplomática o por notificación hecha por el depositario, el texto no precisa si la fecha a partir de la cual empieza a correr el plazo de 12 meses mencionado en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 es la del correo electrónico o la de la confirmación de este último.

43. El Sr. GAJA dice que conviene distinguir entre la fecha en la que se hace la comunicación relativa a la reserva y la fecha a partir de la cual comienza a correr, conforme a lo estipulado en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, el plazo de 12 meses durante el cual los Estados pueden formular objeciones a la reserva. Para precisar este aspecto, se podría añadir al final del párrafo 2 del proyecto de directriz

la frase siguiente: «Sin embargo, el plazo para formular objeciones a las reservas sólo empezará a correr, para un Estado o una organización, a partir de la fecha en que ese Estado o esa organización haya recibido la notificación de la reserva». Respecto al proyecto de directriz 2.1.6, le parece que, según el texto, si la comunicación se hace por correo electrónico, ésta se efectúa en el momento de la recepción del correo electrónico.

44. El Sr. PELLET (Relator Especial), contestando a la primera observación del Sr. Pambou-Tchivounda, considera que sería preferible dejar en suspenso, en la versión en francés del proyecto de directriz 2.1.8, el término *illicites* que figura entre corchetes. Habrá tiempo de buscar un término satisfactorio una vez que la Comisión haya discutido los efectos de la inobservancia por los Estados de las normas enunciadas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En cuanto al proyecto de directriz 2.4.1, la redacción propuesta por el Sr. Pambou-Tchivounda es desde luego más elegante, pero es importante, por razones de coherencia, utilizar aquí también la redacción del proyecto de directriz 2.1.3, que está tomada de las Convenciones.

45. Contestando al Sr. Daoudi, el Relator Especial explica que la expresión en francés *notification depositaire*, que puede en efecto parecer desconcertante, es efectivamente la expresión oficial que designa el tipo de comunicación de que se trata. Precisa que esta expresión será definida en el proyecto de comentario. Por otra parte, apoya enteramente la propuesta del Sr. Daoudi de que se precise si el plazo de 12 meses corre a partir de la comunicación de la reserva o de su confirmación. En cuanto a la observación del Sr. Gaja, el Relator Especial estima que el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 estipula efectivamente que se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando estos últimos no hayan formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que hayan manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si ésta última es posterior, y que por consiguiente, en el primer caso, la recepción de la notificación constituye el momento en el que empieza a correr el plazo, lo que no dice el proyecto de directriz 2.1.6 y que, no obstante, habría que precisar.

46. Presentando a continuación su nota sobre la primera cláusula del proyecto de directriz 2.1.7 aprobado por el Comité de Redacción, el Relator Especial explica que al redactar el proyecto de directriz cometió un error de razonamiento que desea corregir. En efecto, el proyecto de directriz 2.1.7, que se refiere a las funciones del depositario, está inspirado en gran parte en el artículo 78 de la Convención de Viena de 1986. Éste estipula, en el apartado *d* de su párrafo 1, que en caso de que haya un problema de forma, el depositario debe señalar el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate. En el párrafo 2 de ese mismo artículo se precisa que, de surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario, éste deberá señalar la cuestión a la atención de los Estados y organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes, o, si corresponde, del órgano competente de la organización interesada. Agrega que pensó que esas dos disposiciones se duplicaban,

pero de hecho la primera prevé señalar un extremo a la atención del autor de la reserva y la segunda señalar este extremo a los otros Estados u organizaciones interesados. En el proyecto de directriz 2.1.7 no se menciona la primera hipótesis, y por esta razón propone en su nota (párr. 6) que se adopte una fórmula que recoge la del apartado *d* del párrafo 1 del artículo 78 de la Convención. En efecto, es lógico, en la medida en que el texto se inspira sistemáticamente en la Convención, seguir también ésta última en relación con esta cuestión.

47. El PRESIDENTE considera justificados los cambios propuestos. Puesto que se trata de problemas de redacción que no afectan para nada al fondo, se podrían debatir en una reunión oficiosa del Comité de Redacción, si los miembros de la Comisión están de acuerdo.

48. Por otra parte, expresándose como miembro de la Comisión, señala que del comentario del Comité de Redacción relativo al proyecto de directriz 2.4.2 colocado entre corchetes se desprende que es casi obligado aportar la prueba indiscutible de que las declaraciones interpretativas condicionales son equiparables a las reservas. Es necesario evitar el abrir paso a las reservas encubiertas, lo que no sería conveniente. Quizá fuera mejor aplicar sencillamente el criterio de que estas declaraciones interpretativas condicionales tienen en sustancia los mismos efectos que las reservas.

49. El Sr. MANSFIELD comparte la preocupación del Presidente sobre este punto y dice que habría que reflexionar sobre la utilidad o no de autorizar las reservas encubiertas y que esto plantea una cuestión importante.

Se levanta la sesión a las 16.45 horas.

2734.ª SESIÓN

Martes 23 de julio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Homenaje a la memoria de José Sette Câmara

1. El PRESIDENTE dice que tiene que anunciar una triste noticia: José Sette Câmara, erudito, diplomático y abogado internacional brasileño falleció hace un mes. Prestó servicios a su país como embajador y representante permanente ante las Naciones Unidas y desempeñó

otros muchos cargos, y será recordado como autor de varias obras de derecho internacional. Fue miembro de la Comisión de Derecho Internacional de 1970 a 1978 y magistrado de la Corte Internacional de Justicia de 1979 a 1987. Su fallecimiento es una gran pérdida para el derecho internacional y para todos los que le han conocido personalmente.

Por invitación del Presidente los miembros de la Comisión observan un minuto de silencio.

2. El Sr. BAENA SOARES da las gracias a la Comisión por los sentimientos expresados y dice que se encargará de transmitirlos a la familia de José Sette Câmara.

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

INFORME DEL COMITÉ DE REDACCIÓN (conclusión)³

3. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) dice que, de conformidad con las instrucciones dadas por la Comisión en la sesión anterior, el Comité de Redacción ha celebrado consultas oficiosas para examinar algunas de las cuestiones planteadas. En primer lugar, examinó la propuesta del Relator Especial de que se añadiera una frase al proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario). El Comité estimó que dicha adición estaba enteramente justificada, por lo que recomienda la aprobación de la directriz 2.1.7 en su forma enmendada, según figura en la nota del Relator Especial sobre el párrafo 1 del proyecto de directriz 2.1.7 aprobado por el Comité (A/CN.4/L.623).

4. En segundo lugar, el Comité de Redacción examinó la directriz 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas) a la luz de las propuestas relativas a la aclaración del plazo durante el que podría formularse una objeción y el momento exacto en que se considera que se ha hecho una comunicación. El Comité pensó que las propuestas tenían el mérito de aclarar y detallar unas pocas cuestiones difíciles relativas al procedimiento de comunicación. Por consiguiente, recomienda la aprobación de la directriz 2.1.6 con algunas enmiendas. Después del párrafo 2, que termina con las palabras «en que las haya recibido el depositario», se añadiría un nuevo párrafo 3 que dijera: «El plazo durante el que puede formularse una objeción a una reserva se contará a partir de la fecha en que los Estados o las organizaciones internacionales reciban la notificación de la reserva». El actual párrafo 3 pasaría a ser el párrafo 4 y se añadiría la siguiente frase final: «En tal caso, se considerará que la comunicación ha sido formulada en la fecha del correo electrónico o del facsímil». Esta redacción se ajusta a la opinión de la mayoría, aunque un miembro habría preferido que se considerase

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

³ Véase 2733.ª sesión, párr. 2.

hecha la comunicación en la fecha de la nota diplomática o de la notificación al depositario.

5. El Comité de Redacción recomienda que se aprueben los proyectos de directrices con las enmiendas a que ha dado lectura.

6. El Sr. BROWNLIE refiriéndose a la propuesta de un nuevo párrafo 3 en la directriz 2.1.6 dice que la palabra *formulated* en inglés suena bastante abstracta. Sería preferible la palabra *made*, utilizada en otras partes del texto.

7. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala a la atención el párrafo 5 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969, en el que la palabra inglesa utilizada es *raised* y la francesa *formulé*. Dado que el objetivo de la Comisión es el de ajustarse a dicha Convención, propone que se siga su texto.

8. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) aprueba plenamente esa propuesta.

Queda aprobado el proyecto de directriz 2.1.6, en su totalidad, en su forma enmendada.

Quedan aprobados los títulos y textos de los proyectos de directrices 2.1.1 a 2.4.3, en su forma enmendada.

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

9. El PRESIDENTE invita al Relator Especial a que continúe la presentación de su séptimo informe (A/CN.4/526 y Add.1 a 3).

10. El Sr. PELLET (Relator Especial), recordando que presentó la introducción de su séptimo informe y el texto consolidado del conjunto de proyectos de directrices aprobados por la Comisión o propuestos por él mismo en la primera parte del período de sesiones, señala a la atención la sección C del informe, titulada «Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados» (párrs. 48 a 55), e insta a sus colegas a que señalen a su atención todo nuevo elemento que pueda ser pertinente. Dos nuevos hechos de especial interés entrañan reservas a instrumentos de derechos humanos, fenómeno que ha estado en candelero en los 10 ó 12 últimos años. El primero es el importante informe preparado por la Secretaría en 2001 a petición del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 24.º período de sesiones, que incluye una sección titulada «Prácticas seguidas por los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos en lo que se refiere a las reservas»⁴. Da la impresión de que esos órganos son mucho más pragmáticos, menos dogmáticos de lo que sugiere el texto del Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos⁵. Se sienten más inclinados a alentar a los Estados a retirar determinadas reservas que a censurarles. Es pertinente para las conclusiones preliminares de la Comisión acerca de las reservas a tratados normativos que, en la práctica, los órganos

creados en virtud de tratados de derechos humanos no siempre siguen el Comentario general n.º 24.

11. El segundo hecho a que desea referirse es que, pese a la continua oposición de la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 53.º período de sesiones, mediante su resolución 2001/17 de 16 de agosto de 2001, confió de nuevo a la Sra. Françoise Hampson la preparación de un documento de trabajo ampliado sobre las reservas a los tratados de derechos humanos⁶. En esta resolución, la Subcomisión afirmó que dicho estudio no duplicaría la labor de la Comisión de Derecho Internacional. Cabía haber esperado que la Sra. Hampson se hubiera puesto en contacto con él a tal efecto, pero no lo ha hecho, y esto le crea un problema. ¿Debería él adoptar la iniciativa? Por su parte, se siente inclinado a hacerlo, pero esperaba también que hubiera consultas más completas entre la Comisión de Derecho Internacional, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y los principales órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos con miras a reexaminar en 2004 las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos⁷. Acogerá con agrado la orientación que le proporcionen los miembros de la Comisión sobre la manera de proceder.

12. En su séptimo informe se enuncian bastantes proyectos de directrices y se propone introducirlos en tres grupos y no todos de una vez, para facilitar los debates. Presenta ahora a la Comisión los proyectos de directrices 2.5.1 a 2.5.4, relativos a la forma y procedimiento para el retiro de reservas.

13. El proyecto de directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas) figura en el párrafo 85 del informe y es bastante sencillo. Reproduce simplemente el párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986, que, a su vez, es prácticamente idéntico al párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1969. Los antecedentes del proyecto de directriz se exponen detalladamente en los párrafos 67 a 79 de su informe, en los que resume los trabajos preparatorios del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986. Esos trabajos, junto con el propio artículo 22, pusieron fin a la controversia que hizo furor entre los autores sobre si el retiro de una reserva era un instrumento consensuado, un tratado o un acto unilateral.

14. El párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena indica claramente que el Estado u organización internacional que formule una reserva puede retirarla sin el consentimiento de los demás Estados contratantes; en otras palabras, una reserva es un acto unilateral. Hay motivos para defender, como afirma en el párrafo 80 del informe, el principio de que una reserva no prevista expresamente por un tratado sólo surte efecto entre las partes que la han aceptado. Sin embargo, este argumento no sólo es formalístico, sino que no impugna verdaderamente la disposición de las Convenciones de Viena, que no presentan dificultades prácticas y de las que cabe muy bien decir que se han convertido en norma consuetudinaria. En cualquier caso, como la Comisión ya

* Reanudación de los trabajos de la 2721.ª sesión.

⁴ CEDAW/C/2001/II/4, párrs. 20 a 56.

⁵ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 40 (A/50/40)*, vol. I, anexo V, pág. 122.

⁶ E/CN.4/Sub.2/2001/40.

⁷ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 157.

ha convenido, cualquier modificación de las Convenciones de Viena sólo debería hacerse por razones sumamente convincentes. A este respecto, señala a la atención los párrafos 31 y 32 del informe. Por la misma razón, no es partidario de que se supriman las palabras «salvo que el tratado disponga otra cosa», que figuran en el párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, aunque, piensa firmemente que son bastante superfluas: todas las normas de Viena relativas a las reservas —u otras cuestiones— dependen de la voluntad de los Estados. Sin embargo, sería complicado y poco útil modificar lo que, en último término, es una cuestión de detalle.

15. Basándose en el mismo principio, 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 o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito». Es una cuestión de simple sentido común, como se indica en el párrafo 89 del informe. Por consiguiente, no se extenderá en la directriz, salvo para señalar la clara implicación de que el retiro de una reserva no puede ser implícito. En los párrafos 93 a 101 del informe ha tratado de enumerar diversas situaciones en las que parece que se ha retirado una reserva, aunque no se ha procedido a un retiro formal. Sin embargo, si se examinan más atentamente esas situaciones, cabe ver que en la práctica nunca ha sido así. No puede convenir con el distinguido especialista, el profesor Imbert, en que la no confirmación de una reserva en el momento de la firma o ratificación de un tratado pueda calificarse de retiro de la reserva: sin confirmación, la reserva no está «hecha», no se ha retirado; en este sentido, las objeciones que se hayan podido formular son «virtuales». Desde el punto de vista puramente lógico, es imposible retirar lo que no se ha hecho antes. De la misma manera, la expiración de una reserva no es lo mismo que su retiro, como lo muestran varias cláusulas de reserva contenidas en los tratados, que establecen una clara distinción entre retiro y expiración.

16. Lo mismo cabe decir de las reservas «olvidadas». Lo habitual es que un Estado haga una reserva porque una determinada disposición de un tratado no se ajusta a su derecho interno; pero, cuando —tal vez algunos años más tarde— se modifica o revoca la legislación interna para ajustarse al tratado, el Estado no retira su reserva. Su propio país ha sido, al parecer, especialmente propenso a tales omisiones, aunque hay que reconocer que, por su parte, está más familiarizado con la situación en Francia que en otros países. En este contexto, hace observar que la coexistencia de reservas y las nuevas disposiciones de la legislación interna puede suscitar problemas, especialmente en aquellos países en que se ha ido incorporando el derecho internacional en la legislación interna; a menudo les resulta difícil a los tribunales decidir si aplicar el derecho interno o el derecho internacional según ha sido afectado por la reserva, incluso si ésta ha quedado superada. Sin embargo, ello incumbe al Estado de que se trate. Lo cierto es que no se ha retirado una reserva olvidada; ésta sigue válida a nivel internacional. La noción de un retiro implícito no tiene sentido en derecho ni en la lógica.

17. La existencia de reservas olvidadas u obsoletas plantea otro problema. Se dice a menudo que las reservas tienen algunas ventajas, especialmente en la medida en que

fomentan una aceptación más amplia de un determinado tratado. Por otra parte, resultan nocivas para la unidad o integridad del tratado. Hace mucho que se han reconocido las dos exigencias contrarias de universalidad e integridad, pero la Asamblea General o el Consejo de Europa o los órganos que se ocupan de los derechos humanos y, ciertamente, de otras cuestiones, como desarme o medio ambiente, están instando cada vez más a los Estados a que reconsideren sus reservas a los tratados. Por consiguiente, sugiere que sería útil incluir en la Guía de la práctica una directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) por la que se inste a los Estados a llevar a cabo un examen de sus reservas, destacando la oportunidad de retirar aquellas que no estén ya justificadas en vista de la evolución de su legislación interna. Aunque esta directriz —cuyo texto figura en el párrafo 103 del informe— tiene un carácter más provisional que las demás directrices, como se ve en la utilización de la forma condicional y la adopción de un texto escasamente imperativo, hace observar que las directrices en su conjunto no serán, en ningún caso, vinculantes; son, retomando la expresión que el Gobierno de Suecia utilizó en 1965, «un código de prácticas recomendadas»⁸. De aquí que no habría inconveniente en incluir la directriz 2.5.3 como respuesta a preocupaciones actuales. Sin embargo, no se opone por principio a las reservas, como lo hacen muchos activistas, especialmente los defensores a ultranza de los derechos humanos; considera que son un mal necesario. Al mismo tiempo, sería claramente preferible que pudieran retirarse.

18. La directriz 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado) fue redactada antes de los debates celebrados por la Comisión en la primera parte del período de sesiones, en los que —en su opinión, acertadamente— se impugnó la utilización de la palabra «inadmisibles». Por consiguiente, las observaciones que hizo en la 2733.^a sesión se aplican también a la directriz 2.5.4. Sería prematuro tratar la cuestión de la inadmisibilidad antes de que se haya examinado a fondo el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Mientras tanto, sugiere que se coloque entre corchetes la palabra «inadmisibles» en todo el texto, hasta que el concepto de la admisibilidad de las reservas pueda examinarse en su conjunto en el próximo período de sesiones. Por lo que se refiere al fondo de la directriz, la Comisión debería, no obstante, responder a la cuestión básica de cuál será el efecto si un órgano de vigilancia de un tratado considera que una reserva es inadmisibile. Evidentemente, tal conclusión de una tercera parte no equivale a un retiro, que es una declaración unilateral hecha por el Estado u organización internacional que haya formulado la reserva, aunque, por supuesto, el Estado u organización internacional que haya formulado la reserva puede retirarla una vez que advierta su inadmisibilidad. Tal es el razonamiento al que obedece el primer párrafo de la directriz. Sin embargo, la conclusión de inadmisibilidad no debería, en toda justicia, estar desprovista de consecuencias: el Estado u organización internacional que formula la reserva es, después de todo, parte en el tratado que ha establecido el propio órgano de vigilancia que ha llegado a esa conclusión. La cuestión es cuáles deben ser esas consecuencias.

⁸ Véase el cuarto informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial (*Anuario...* 1965, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2), pág. 48.

19. Hay dos posibles soluciones. En el aspecto más sencillo, la primera consiste en adoptar la vía preferida, por lo menos en teoría, por los órganos de derechos humanos, como ejemplifica el Comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos y aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud de la cual la reserva queda neutralizada: no se considera que se ha retirado, sino que no se ha formulado jamás. La segunda opción consiste en adoptar el enfoque de la propia Comisión, según se expresa en las conclusiones preliminares que aprobó en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a tratados multilaterales normativos, incluidos tratados de derechos humanos, en virtud de las cuales es el Estado (u organización internacional) que formula la reserva el que tiene la obligación de adoptar medidas. Este enfoque quedaría reflejado en el párrafo 2 de la directriz 2.5.4. Reconoce que le suscita cierta inquietud la introducción de la directriz, pues piensa que no sería prudente repetir los serios y prolongados debates que mantuvo la Comisión en su 49.º período de sesiones. Preferiría partir de la posición de que la Comisión ha llegado ya a una conclusión sobre la política general, por una amplia mayoría, si no por unanimidad. Señala a la atención los debates celebrados en ese período de sesiones, a los que se hace referencia en la nota del informe correspondiente al texto de la directriz.

20. A su juicio, la manera más elegante de avanzar sería aprobar el proyecto de directriz 2.5.X (Retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado), que figura en el párrafo 216 del informe. Su texto sería el mismo que el del proyecto de directriz 2.5.4, pero con la adición de la frase: «[El Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva] podrá cumplir sus obligaciones a este respecto retirando total o parcialmente las reservas». El razonamiento al que obedece esto es que, aunque, evidentemente, el retiro es la respuesta más apropiada a una conclusión de inadmisibilidad, en algunos casos, el Estado u organización internacional que formule la reserva podría considerar excesivamente radical el retiro completo. En tal caso, podría ser suficiente la modificación o retiro parcial de la reserva. La solución presentada en el texto del proyecto de directriz 2.5.X parece abarcar todas las posibilidades.

Se levanta la sesión a las 11.00 horas.

2735.ª SESIÓN

Miércoles 24 de julio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia,

Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. GAJA felicita al Relator Especial por el análisis tan detallado que ha presentado en su séptimo informe (A/CN.4/526 y Add.1 a 3). Sucede a veces, sin embargo, que el Relator Especial invita a la Comisión a pronunciarse sobre propuestas demasiado evidentes o a aventurarse por un terreno que sería más prudente evitar. Así ocurre, por ejemplo, con el proyecto de directriz 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado) cuyo párrafo 1 enuncia una evidencia. En realidad, el retiro de una reserva es necesariamente obra del Estado autor, y la constatación de la inadmisibilidad no puede nunca, por lo tanto, constituir un retiro. Una constatación de inadmisibilidad podría tener como consecuencia, bien obligar al Estado autor a retirar su reserva, bien recomendarle el retiro. Parece que el texto da preferencia a la primera hipótesis. Ahora bien, no es nada seguro que un órgano de control tenga la potestad implícita de obligar al Estado autor de la reserva a retirarla. El orador recuerda que la Comisión había tratado la cuestión de la autoridad del órgano de control de manera bastante diferente en las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos que aprobó en su 49.º período de sesiones³. Consideró entonces que, en caso de silencio de los tratados, los órganos de vigilancia creados por ellos eran competentes para hacer observaciones y formular recomendaciones en lo concerniente, en particular, a la admisibilidad de las reservas formuladas por los Estados.

2. A juicio del orador, la cuestión de si esos órganos están facultados para obligar o para recomendar depende de la interpretación del tratado en cuestión. Cualquier norma general a este respecto tendría por fuerza un valor limitado. Por ello es por lo que no se debe precisar la consecuencia de la constatación de inadmisibilidad, al menos en lo que concierne al retiro de las reservas. La cuestión que se podría plantear, en su caso, es la de la potestad para anular la reserva reputada inadmisibile.

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

³ Véase 2734.ª sesión, nota 7.

3. Propone que no se remita al Comité de Redacción el proyecto de directriz 2.5.4 en su totalidad; la primera parte por ser obvia, y la segunda por ser innecesaria.

4. La Sra. ESCARAMEIA felicita al Relator Especial por el planteamiento adoptado en su informe y aprecia muy especialmente que no vacile en exponer en él sus dudas.

5. Volviendo primero a la sección C del informe, que versa sobre las relaciones de la Comisión, en particular, con los órganos que se ocupan de los derechos humanos, la oradora dice que la Comisión debería, a su juicio, mantener todos los contactos posibles con los demás órganos que se interesan por la cuestión de las reservas. Ello le parece tanto más importante cuanto que el riesgo de fragmentación del derecho internacional ha sido reconocido por todos. Por eso, la Comisión no tendría que aprobar un régimen que se desviara excesivamente de las decisiones adoptadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en lo que concierne a las reservas. Según su parecer, la Comisión debería esforzarse por pedir la opinión de los demás órganos que trabajan en ese mismo campo.

6. Pasando luego a considerar los proyectos de directriz relativos al retiro de las reservas propuestas por el Relator Especial en su séptimo informe, se declara partidaria del mantenimiento de la cláusula «Salvo que el tratado disponga otra cosa» al comienzo del proyecto de directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas), aunque parezca superflua. Estima que tiene cabida en la Guía de la práctica y que en esta materia más vale pecar por exceso que por defecto. En lo que concierne al proyecto de directriz 2.5.2 (Forma del retiro), la acepta plenamente, puesto que la forma escrita aporta la certidumbre que es necesaria en derecho internacional. En cuanto al proyecto de directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) valora el enfoque creativo adoptado por el Relator Especial y acepta el proyecto de directriz, aunque se interroga acerca de la necesidad de retirar unas reservas que se han vuelto obsoletas ya que de todos modos no se aplican. Sería útil mencionar también en el párrafo 2 del texto los llamamientos hechos por los órganos encargados de la supervisión de la aplicación de los tratados, ya que los ordenamientos jurídicos internos son a veces imprecisos y los juristas no siempre están de acuerdo.

7. Aunque suscribe en general el enunciado del proyecto de directriz 2.5.4, estima que habría que tener en cuenta los diferentes supuestos que pueden darse. Podría tratarse, en efecto, no sólo de órganos creados por tratados, sino también de órganos jurisdiccionales. Ahora bien, las facultades de esos órganos no son las mismas, puesto que unos sólo tienen un poder de recomendación mientras que otros disponen de un poder más coercitivo. Por último, le parece que el párrafo 2 presenta, por lo menos en la versión inglesa, un error de lógica: si el Estado o la organización autor de la reserva *must act accordingly* («deberán tomar las disposiciones que correspondan»), el retiro se impone, cosa que no dice la frase *it may fulfill its obligations by withdrawing the reservation* («el retiro de la reserva constituye uno de los medios de que disponen [...] para cumplir con las obligaciones»). En resumen, la disposición puede figurar en el proyecto de Guía de la

práctica, pero convendría distinguir entre las diferentes situaciones que pueden plantearse.

8. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA comparte la opinión de la Sra. Escarameia según la cual la Comisión debería mostrarse disponible y abierta a los órganos que se ocupan de las mismas cuestiones.

9. Los proyectos de directriz 2.5.1 y 2.5.2 plantean cuestiones interesantes ya que versan sobre el momento del retiro y la iniciativa del retiro, que dependen ambos del poder discrecional del Estado. Es evidente que tanto la reserva como su retiro tienen carácter unilateral. Siendo así, habría que preguntarse sobre la utilidad de incluir esas disposiciones en la Guía de la práctica, puesto que recogen en sus mismos términos el párrafo 1 del artículo 22 y el párrafo 4 del artículo 23 comunes a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En su opinión, la Guía de la práctica podría limitarse a remitir a esas disposiciones.

10. Se puede comprender el sentido y el interés de los proyectos de directriz 2.1.1 (Forma escrita), 2.1.2 (Forma de la confirmación formal), 2.1.6 (Procedimiento de comunicación de las reservas), 2.1.7 (Funciones del depositario) y 2.4.3 (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales), que tienen la ventaja de desarrollar la función de la forma escrita y de articular en torno a esa forma regímenes específicos, regímenes vecinos y regímenes complementarios de la reserva. En cambio, en lo que concierne a las objeciones a las reservas y al retiro de éstas, la exigencia de que la comunicación se haga por escrito ya ha sido recogida en las Convenciones de Viena. Es inútil, pues, insistir en ello.

11. El proyecto de directriz 2.5.3 plantea dificultades porque el reexamen de la utilidad de las reservas no concierne al procedimiento, sino al fondo, en lo que se refiere bien a los motivos del examen, bien a los motivos del autor para tomar en consideración el retiro de las reservas. Este proyecto plantea dos tipos de problemas que el informe no menciona: las condiciones del retiro y la función del desuso en materia de reservas.

12. El proyecto de directriz 2.5.4, por su parte, da lugar a otro tipo de problema que convendrá examinar en el Pleno. Suscribe las observaciones generales del Sr. Gaja a este respecto, pero también se plantea algunas cuestiones con respecto a la forma de la constatación de la inadmisibilidad, su naturaleza y su alcance. Por ejemplo ¿cabe considerar que la constatación de inadmisibilidad obliga al autor de la reserva? Esta cuestión suscita el problema de la naturaleza del órgano de vigilancia que formula la constatación. Se puede tratar, efectivamente, de un órgano político, de un órgano jurisdiccional o de un órgano *sui generis*. Así, pues, convendría tener en cuenta esa diversidad en el proyecto de directriz y especificar los supuestos posibles.

13. En cuanto al párrafo 2 del proyecto de directriz 2.5.4, sólo tiene razón de ser si la constatación de inadmisibilidad se impone e implica una obligación de retiro; en tal caso, el autor de la reserva debe ajustarse a ella. Pero si se trata de una recomendación, entonces el segundo párrafo no tiene sentido. Habría que introducir antes de la directriz 2.5.4 una nueva disposición o, en

su defecto, prever una etapa intermedia que se insertaría entre los párrafos 1 y 2.

14. Todas estas cuestiones remiten a la de la autoridad del órgano de control o vigilancia o la de la oponibilidad de la constatación de inadmisibilidad, cuestión que a su vez remite a la admisibilidad de la reserva, que aparece a uno y otro lado de la problemática, bien se aborde desde el punto de vista de la definición, o bien desde el del procedimiento. Si se quiere que la Guía de la práctica tenga plena utilidad, es preciso resolver estas cuestiones con toda la precisión debida.

15. El PRESIDENTE, haciendo uso de la palabra en calidad de miembro de la Comisión, suscribe la observación hecha por el Sr. Gaja con respecto al proyecto de directriz 2.5.4. Es cierto que si el Estado *must act accordingly* («deberá tomar las disposiciones que correspondan»), el retiro se impone. Sin embargo, el Estado no está obligado a atenerse a las recomendaciones de un órgano de control.

16. El Sr. DUGARD estima que, por lo que respecta a la concertación con otros órganos sobre el tema de las reservas a los instrumentos relativos a los derechos humanos, la Comisión debería urgentemente tomar la iniciativa ya que la práctica se desarrolla con rapidez en esta esfera. Convendría aprovechar que la mayoría de los órganos de derechos humanos se reúnen al mismo tiempo que la Comisión para trabar los contactos personales necesarios. Quizás el Presidente y el Relator Especial podrían adoptar disposiciones para organizar una reunión oficiosa con las partes interesadas en el próximo período de sesiones.

17. El PRESIDENTE dice que ha mantenido varias conversaciones con las personas interesadas, pero que no han producido ningún resultado.

18. El Sr. MANSFIELD opina, al igual que la Sra. Escameia y el Sr. Dugard, que la cuestión que se plantea es la de quién debe tomar la iniciativa. A su juicio, la Comisión debe hacer muestra de voluntarismo para lograr algún avance.

19. El PRESIDENTE se declara dispuesto, si tal es el parecer de todos los interesados, a dirigir una breve carta a los presidentes de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos para pedirles que se pongan en contacto con la Comisión con vistas a celebrar un cambio de impresiones oficioso que tendría lugar en el próximo período de sesiones. Por su parte, no cree que la Comisión no haya hecho saber que deseaba ese cambio de impresiones, pero lo cierto es que sus «conclusiones preliminares» no han obtenido ninguna respuesta.

20. El Sr. MANSFIELD se pregunta si es realmente necesario optar por las gestiones oficiales, y si no sería más acertado ponerse directamente en contacto con las personas interesadas y empezar a trabajar con ellas sin preocuparse de formalidades.

21. El Sr. PELLET (Relator Especial) teme que las cosas sean más complicadas. En su 49.º período de sesiones, la Comisión tomó la iniciativa de aprobar sus conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de

derechos humanos. En ese momento se dirigió una carta a los presidentes de los órganos de derechos humanos pidiéndoles que comunicaran sus observaciones al Relator Especial. Hasta ahora, sólo uno se ha dignado a contestar formalmente: el Comité de Derechos Humanos. Por mediación de su Presidenta, dirigió una respuesta bastante seca, muy poco argumentada, de la que se desprende que no estaba de acuerdo con la Comisión. Posteriormente, ésta recibió una carta de los presidentes de los órganos de derechos humanos en la que éstos hacían suya pura y simplemente la respuesta de la Presidenta del Comité de Derechos Humanos. Algo más tarde, la Sra. Hampson, miembro de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, propuso a ésta elaborar un informe sobre las reservas a los tratados relativos a los derechos humanos. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos se opone cada año a que la Subcomisión prosiga sus trabajos sobre este tema, al no apreciar la necesidad de ese estudio y entender que representa una duplicación de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional. Se ha pedido reiteradamente a la Sra. Hampson que se ponga en contacto con el Relator Especial, cosa que no ha hecho nunca. El propio Relator Especial se ha puesto en relación con ella varias veces a título privado, sólo para que le dijera que le comunicaría los resultados de sus trabajos una vez terminados, aunque todavía está esperando que lo haga. Por eso, a la inversa del Sr. Mansfield, opina que la Comisión de Derecho Internacional debe adoptar una posición oficial. Convendría que el Presidente y el Relator Especial firmaran ambos una carta al Presidente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y a la Sra. Hampson, y también que volvieran a ponerse en contacto con todos los presidentes de órganos de los derechos humanos, en especial el del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual es muy activo y tiene ideas interesantes en materia de reservas. Sería útil invitar a representantes de cada uno de los órganos interesados a que participasen en los debates del próximo período de sesiones, aunque sólo fuera porque algún día habrá que retomar el examen de las «conclusiones preliminares». En razón de las consecuencias financieras, sería preferible que eso se hiciera en el período en que la Comisión está reunida al mismo tiempo que los órganos interesados en Ginebra.

22. El Sr. CANDIOTI apoya la propuesta del Relator Especial y su idea de una carta firmada conjuntamente por el Presidente y por el Relator Especial. Se debería hacer constar esta propuesta en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su período de sesiones.

23. El PRESIDENTE entiende que del debate se desprende que existe un apoyo general al método propuesto por el Relator Especial para llevar a efecto la voluntad expresa de la Comisión de ponerse en relación con esos órganos, y que una carta en la que se pida oficialmente que se adopten disposiciones para celebrar consultas durante el próximo período de sesiones en Ginebra sería una solución conforme a la manera de ver de los miembros de la Comisión. Junto con el Relator Especial elaborará un proyecto de carta que se distribuirá a la Comisión y se dirigirá después a las partes interesadas para incitarlas a algún tipo de concertación.

24. El Sr. PELLET (Relator Especial) presenta los proyectos de directriz 2.5.5 a 2.5.6 *ter*, que versan sobre el procedimiento de retiro de las reservas, y dice que lo que llama la atención en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre este punto es su silencio. Por eso, no es posible proceder de la misma manera que en el caso de los proyectos de directriz 2.5.1 y 2.5.2 presentados en la sesión anterior y en el de muchos otros proyectos ya aprobados: las Convenciones de Viena no sirven de ninguna ayuda y no se pueden parafrasear.

25. Por consiguiente, el Relator Especial pensó que cabría referirse al procedimiento de formulación de reservas e inspirarse en él con respecto a su retiro, aunque haya que recelar de la regla del paralelismo de formas, que es usual en derecho interno pero que no es evidente que pueda transponerse en derecho internacional, aunque sólo sea porque el derecho internacional es un ordenamiento jurídico menos formalista que el derecho interno. No obstante, cree que se puede partir de las normas relativas al procedimiento de formulación de las reservas y ver si se pueden transponer en materia de retiro, en la inteligencia de que, incluso en lo referente a la formulación de las reservas, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no son muy detalladas y que, en muchos casos, se ha visto obligado a recurrir a las directrices de la Guía de la práctica ya aprobadas por la Comisión. A este respecto, hace observar que redactó el séptimo informe antes de que la Comisión aprobase los proyectos de directriz pertinentes basados en su sexto informe⁴. Así pues, se verá obligado a proponer algunas modificaciones de importancia secundaria de los proyectos de directriz incluidos en su séptimo informe a fin de ponerlos en consonancia con los proyectos de directriz aprobados en la sesión anterior en materia de formulación de reservas.

26. Así ocurre con el proyecto de directriz 2.5.5, que llevaba por título «Competencia para retirar una reserva en el plano internacional». La Comisión ha preferido adoptar como título del proyecto de directriz 2.1.3, que es el que corresponde al proyecto de directriz 2.5.5 y aquel en que éste se inspira, la expresión «Formulación de una reserva en el plano internacional». En aras de la coherencia sería preferible, pues, titular el proyecto de directriz 2.5.5 «Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional».

27. De igual modo, puesto que la Comisión ha preferido la versión larga del proyecto de directriz 2.1.3, el Relator Especial estima lógico adoptar como punto de partida del proyecto de directriz 2.5.5 la versión larga reproducida en el párrafo 139 del informe y, por lo tanto, la alternativa que había propuesto no tiene razón de ser: hay que proceder para el retiro del mismo modo que para la formulación y preferir la versión larga, a menos que se renuncie a incluir en la Guía de la práctica directrices precisas en materia de procedimiento de retiro de las reservas y que el proyecto de directriz 2.5.5 se limite a remitir, *mutatis mutandis*, a los proyectos 2.1.3 y 2.1.4 aprobados en la sesión anterior y que versan sobre el procedimiento de formulación.

28. El Relator Especial presenta esta posibilidad de formulación de proyectos de directriz concisos en los párrafos 141 y 142 del informe, pero debe señalar que

no es partidario de esa opción y ello por dos razones: en primer lugar, no le parece que tal remisión corresponda a las necesidades prácticas a que debe responder la Guía de la práctica. Es preciso que los usuarios puedan encontrar claramente todas las directrices que necesitan en el lugar en que lógicamente van a buscarlas, y para ello más vale repetir que remitir. En segundo lugar, y sobre todo, «*mutatis mutandis*» no significa «pura y simplemente». No es posible, en efecto, limitarse a aplicar al retiro de las reservas las normas enunciadas en el proyecto 2.1.3 en materia de formulación de las reservas. En líneas generales, los procedimientos de retiro y de formulación deben ser similares ciertamente, pero no idénticos, y son necesarias algunas adaptaciones.

29. Como indica la secretaría en la última edición del *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (Resumen de la práctica del Secretario General como depositario de tratados multilaterales), «el retiro debe hacerse por escrito y con la firma de una de las tres autoridades habilitadas para ello puesto que conduce normalmente, en el fondo, a modificar el ámbito de aplicación del tratado»⁵. Antes, la posición del Secretario General era más flexible, pero el Relator Especial cree que la nueva fórmula clara, que se recoge en el párrafo 128 del informe, está fundada. Después de todo, el retiro de una reserva significa que el Estado que lo efectúa acepta el contenido del tratado de manera más completa que antes y parece bastante lógico que ello no pueda hacerse más que por las autoridades que pueden representar al Estado o la organización internacional para manifestar el consentimiento en obligarse por el tratado. Siendo así, la práctica, ahora muy rígida, del Secretario General de las Naciones Unidas no es seguida con tanta firmeza por otras organizaciones internacionales cuyos secretarios generales son importantes depositarios de tratados internacionales y, en particular, esa rigidez no tiene el beneplácito del Consejo de Europa que admite que el retiro de una reserva pueda ser notificado por el representante permanente del Estado autor de la reserva ante la organización.

30. Así pues, por todos conceptos, no hay inconveniente en transponer en materia de retiro las indicaciones que figuran en el proyecto de directriz 2.1.3 relativo a la formulación de reservas: «Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias», el retiro puede ser efectuado por las mismas personas que pueden manifestar el consentimiento del Estado en obligarse y formular reservas. Con todo, como explica el Relator Especial en el párrafo 140 de su informe, es necesario hacer dos adaptaciones con respecto al texto del proyecto de directriz 2.1.3. Por una parte, si se trata de un plenipotenciario, éste debe presentar poderes distintos, especialmente extendidos para el retiro, y no plenos poderes a efectos de la adopción o la autenticación del tratado, o de la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado, aunque sólo sea porque el retiro puede producirse muchos años más tarde y que, la mayoría de las veces, la persona que vaya a retirar la reserva en nombre del Estado será distinta de la persona que manifestó el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado. Pero aun cuando la persona

⁴ Véase 2719.ª sesión, nota 10.

⁵ Publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: F.94.V.15), documento ST/LEG/7/Rev.1, párr. 216.

fuera la misma, el retiro de la reserva significa que sus instrucciones han cambiado y que son necesarios nuevos plenos poderes. De ahí el cambio que propone el Relator Especial en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de directriz 2.5.5 (párr. 139 del informe) con respecto a la disposición correspondiente de la directriz 2.1.3. Por otra parte, el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.3 establece que «los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional» pueden formular una reserva «a un tratado aprobado en el marco de esa conferencia». Ahora bien, si esto funciona con respecto a la formulación de las reservas, no ocurre igual en lo que se refiere a su retiro: en la casi totalidad de los casos, la conferencia internacional que ha adoptado el texto del tratado ha dejado evidentemente de estar reunida en el momento en que el Estado desea retirar su reserva y, por consiguiente, el apartado *b* del párrafo 2 de la directriz 2.1.3 debe, a juicio del Relator Especial, omitirse en la directriz 2.5.5. En cambio, puesto que la Comisión ha decidido, a pesar de las dudas del Relator Especial, conservar el apartado *d* del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.3, considera que el proyecto de disposición correspondiente del proyecto de directriz 2.5.5 (el apartado *c* del párrafo 2], también debería conservarse y que, por consiguiente, se deberían suprimir los corchetes que lo encierran. Es, pues, esa disposición, con el cambio de título antes mencionado y sin corchetes, que el Relator Especial propone remitir al Comité de Redacción.

31. Pasando a examinar el proyecto de directriz 2.5.5 *bis* (Competencia para retirar una reserva en el plano interno), que figura también el párrafo 139 del informe, el Relator Especial puntualiza que lo había concebido como algo distinto del proyecto de directriz 2.5.5 *ter* (Falta de consecuencias en el plano internacional de la infracción de las normas internas relativas al retiro de reservas). También en este caso considera que convendría ajustar esos proyectos a los textos aprobados relativos a la formulación de las reservas: por una parte, los dos proyectos de directriz relativos a la formulación propuestos originalmente se han fusionado en un proyecto de directriz único (2.1.4); por otra parte, este último proyecto se titula «Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas». Del mismo modo, habría que fusionar los anteproyectos de directriz 2.5.5 *bis* y 2.5.5 *ter* y dar al conjunto el título adoptado para esta última disposición. En cuanto al fondo, se puede proceder a una transposición pura y simple sustituyendo el término «formulación» que figura en el proyecto de directriz 2.1.4 por el término «retiro». En efecto, las prácticas en materia de retiro son sin duda tan diversas como las prácticas en materia de formulación de reservas y, por lo tanto, el derecho internacional no tiene nada que decir en esta esfera, lo que explica la redacción propuesta para el proyecto de directriz 2.5.5 *bis* (que podría convertirse en el primer párrafo de la nueva directriz única); por otra parte, no se puede pedir a los demás Estados que conozcan las normas internas aplicables en materia de retiro; de ahí la redacción propuesta para el proyecto de directriz 2.5.5 *ter* (que podría convertirse en el segundo párrafo de la nueva directriz única). A fin de ajustar el texto de esa nueva directriz al del proyecto de directriz 2.1.4, convendría reordenar y modificar el texto del proyecto de directriz 2.5.5 *bis* de la manera siguiente: «La determinación del órgano competente y del proce-

dimiento que haya de seguirse en el plano interno para retirar una reserva dependerá del derecho interno de cada Estado o de las normas pertinentes de cada organización internacional».

32. El razonamiento que se ha seguido en lo que concierne a la comunicación del retiro de las reservas, que es objeto de los proyectos de directriz 2.5.6, 2.5.6 *bis* y 2.5.6 *ter*, es muy semejante. En ese caso también sería posible limitarse a remitir en una directriz única a las normas aplicables en materia de comunicación de reservas enunciadas en los proyectos de directriz 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 aprobados en la sesión anterior. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la formulación del retiro, para la que no se podían transponer pura y simplemente las normas relativas a la formulación de reservas, no hay ningún motivo para hacer una distinción entre la comunicación de la reserva y la comunicación del retiro. Se desprende claramente de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 que los entonces miembros de la Comisión estimaban que el depositario debía aplicar el mismo procedimiento a la comunicación de las reservas y a la comunicación de su retiro, aspecto que viene a ser confirmado por la práctica. Por eso puede parecer inútil recoger en tres proyectos de directriz distintos el texto de los proyectos de directriz 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7, sustituyendo simplemente la expresión «comunicación de las reservas» por la de «comunicación del retiro de las reservas», lo que podría justificarse en aras de la exhaustividad y la legibilidad; sea como sea, las dos posibilidades figuran en los párrafos 150 y 151 del informe. No obstante, se plantea un problema de resultados de la fusión en una directriz única (2.1.6) de los dos proyectos de directriz 2.1.6 y 2.1.8 que figuraban en el sexto informe. En efecto, si bien los párrafos 1 y 2 del proyecto de directriz 2.1.6 pueden transponerse directamente, ello no es posible en el caso del párrafo 3, resultante de una modificación propuesta por el Sr. Gaja (2733.ª sesión, párr. 43) y que remite al párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, puesto que sólo versa sobre el plazo aplicable a las objeciones. En cuanto al párrafo 2, relativo a la fecha en que surte efecto una comunicación, resulta inútil en materia de retiro en virtud del proyecto de directriz 2.5.9 del que se tratará ulteriormente. Sería posible, sin embargo, remitir en el proyecto de directriz 2.5.6 (versión corta) al proyecto de directriz 2.1.6, bien explicando en los comentarios lo que antecede, bien limitando la remisión a los párrafos 1 y 2 de la directriz 2.1.6, lo que sería sin duda preferible. En cualquier caso, la Comisión debe decir si prefiere la versión corta enunciada en el párrafo 150 del informe o la versión larga, integrada por tres directrices distintas, presentada en el párrafo 151. El Relator Especial se inclina, por su parte, a favor de la primera solución.

33. El Sr. KATEKA dice, en relación con los proyectos de directriz 2.5.5 y 2.5.6, que es partidario en ambos casos de la versión larga puesto que le parece preferible evitar las remisiones. Por otra parte, expresa sus dudas en cuanto a la posibilidad de confirmar una comunicación relativa al retiro de una reserva por fax, como prevé el proyecto de directriz 2.5.6 *bis*. En efecto, el empleo del fax plantea el problema de la identificación del expedidor, que requiere, por ejemplo, el uso de códigos especiales. Aparte de eso, aprueba el texto del proyecto de directriz.

34. El Sr. PELLET (Relator Especial), continuando con la presentación de su séptimo informe, pasa a examinar las consecuencias del retiro de una reserva recogidas en los proyectos de directriz 2.5.7 y 2.5.8 y la fecha en que el retiro surte efecto, cuestiones que son objeto de los párrafos 152 a 184 del informe. Reconoce que puede parecer ilógico que los proyectos de directriz relativos a los efectos del retiro figuren en la sección de la Guía de la práctica dedicada al procedimiento de retiro, pero en la medida en que los efectos del retiro de una reserva distan de presentar la complejidad de los efectos de la reserva misma, le parece más cómodo agrupar en una sección única el conjunto de las cuestiones relativas al retiro de las reservas. La cuestión de la fecha en que surte efecto el retiro ha sido resuelta en el párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que enuncian una norma que basta con reproducir. En cuanto al efecto mismo del retiro, pertenece al ámbito de la evidencia, y ésta fue la razón por la cual en los trabajos de la Comisión en su 20.º período de sesiones, en 1968, se rechazó la propuesta de restablecer en el proyecto una disposición a este respecto. Sin embargo, esa actitud, que es defendible en lo que se refiere al tratado marco que es la Convención de Viena de 1969, no es oportuna con respecto a la Guía de la práctica, en la que es necesario incluir disposiciones sobre las consecuencias del retiro de una reserva. Como se indica en los párrafos 179 a 183 del informe, hay que distinguir entre tres situaciones. En la primera, correspondiente al apartado *a* del párrafo 4 y el párrafo 5, así como al párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, la reserva es pura y simplemente aceptada; en tal caso, el Estado o la organización autor de la reserva y el Estado o la organización que han aceptado implícita o expresamente la reserva quedan obligados, una vez producido el retiro, por la disposición sobre la que versaba la reserva en su integridad. En un segundo supuesto, que es el de la primera parte del apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones, un Estado o una organización internacional ha hecho una objeción a la reserva sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado o la organización autor de la reserva. El efecto del retiro es también que el Estado o la organización ex autor de la reserva y el Estado o la organización ex autor de la objeción quedarán obligados por las disposiciones de que se trate. Por último, en un tercer supuesto, que se prevé en la parte final del apartado *b* del párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones, en que el Estado o la organización autor de la objeción ha manifestado inequívocamente su intención de oponerse a la entrada en vigor del tratado entre él y el autor de la reserva, el tratado no obliga a los Estados o las organizaciones de que se trata en sus relaciones mutuas, de suerte que, en caso de retiro de la reserva, el tratado entra en vigor entre ellos. Este último supuesto es el considerado en el proyecto de directriz 2.5.8, mientras que los dos primeros se prevén en el proyecto de directriz 2.5.7 (párr. 184 del informe). Ahora bien, la redacción del proyecto de directriz 2.5.7 no es satisfactoria. En efecto, el texto dice: «El retiro de una reserva entraña la aplicación del tratado en su integridad [...]», cosa que no ocurre forzosamente, ya que puede haber otras reservas que no hayan sido retiradas y continúen impidiendo la aplicación íntegra del tratado. Sería posible aclararlo en los comentarios, pero sin duda es preferible volver a redactar el proyecto de directriz 2.5.7, por ejemplo como

sigue: «El retiro de una reserva entraña la aplicación en su integridad de la disposición del tratado a la que se refería la reserva...», permaneciendo invariable el resto. Esta puntualización no se impone en lo que respecta al proyecto de directriz 2.5.8 ya que, en ese caso, lo importante es la entrada en vigor del tratado mismo, aunque subsistan otras reservas. Bastará aclarar ese punto en el comentario. La cuestión de la fecha en que se producen esos efectos es objeto del apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986, según el cual: «El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación». Esta norma, que se impuso desde los debates de la Comisión en su 14.º período de sesiones, en 1962, no cae de su peso. En efecto, la súbita entrada en vigor en su integridad de un tratado con el antiguo autor de una reserva puede plantear problemas a ciertos Estados cuyo derecho interno no se adapte a esa nueva situación, en especial en la esfera del derecho internacional privado. La Comisión era consciente de ello, y es por eso por lo que indicó en su comentario que había que reconocer que las demás partes quizás necesitaran disponer de un breve plazo para poner su derecho interno en consonancia con la situación resultante del retiro de la reserva, cosa sensata pero poco satisfactoria puesto que entraba en contradicción con el texto de la Convención de Viena de 1969 que establece que el retiro surte efecto desde que se reciba la notificación. Pero el comentario mismo de 1965 da una respuesta al problema al indicar que conviene dejar a las partes que resuelvan la cuestión mediante una disposición expresa del tratado. Esto queda reflejado en el encabezamiento del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena donde se dice «Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa». Esta fórmula, a la que el Relator Especial se declara opuesto en general, ya que se aplica a todas las normas de las Convenciones de Viena, parece justificada en el caso del retiro de una reserva si se la considera como una invitación a los negociadores para que incluyan en el tratado una cláusula especial destinada a hacer frente al problema que puede plantear la aplicación de la norma enunciada en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena en caso de retiro inopinado de una reserva. Desde este punto de vista, el Relator Especial ha estimado útil incluir en la Guía de la práctica unas cláusulas tipo que los Estados deberían ser incitados a incluir en los tratados que celebren en el caso de que el retiro súbito de una reserva pueda poner a las demás partes contratantes en un apuro. El Relator Especial señala que, en su informe a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 47.º período de sesiones, la Comisión había previsto que se diera a la Guía de la práctica la forma de unos proyectos de artículo que constituirían unas directrices acompañadas, en su caso, de cláusulas tipo⁶, pero que, cuando había elaborado unas cláusulas tipo en relación con la formulación tardía de reservas, la Comisión las había rechazado por el motivo de que no era deseable alentar las «reservas tardías». Hace votos por que las cláusulas tipo A, B y C propuestas en los párrafos 164 a 166 de su informe se remitan al Comité de Redacción, en la medida en que no pueden suscitar la misma objeción. Si se hace así, habrá que decidir si esas cláusulas deben

⁶ *Anuario...* 1995, vol. II (segunda parte), párr. 487 b.

incluirse después del texto del proyecto de directriz 2.5.9 al que corresponden, o bien si deben figurar en el comentario o incluso en un anexo de la Guía de la práctica, en cuyo caso así se indicaría en el comentario. Esta última parece ser la solución más apropiada. En resumen, la cláusula tipo A prevé un efecto diferido del retiro, la cláusula tipo B, por el contrario, reduce el plazo para que surta efecto el retiro de una reserva y la cláusula tipo C permite al Estado que retira la reserva fijar él mismo la fecha en que ha de surtir efecto ese retiro. Esas cláusulas tipo se inspiran en cláusulas existentes en tratados en vigor, a los que se hace referencia en el párrafo 163 y en las notas que acompañan a las cláusulas tipo B y C en el informe.

35. En conclusión, el Relator Especial estima, en primer lugar, que conviene reproducir en la Guía de la práctica las disposiciones del apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena, sin modificar el texto aunque éste deje sin efecto principios generales del derecho a este respecto y a pesar de que, en materia de aceptación de la jurisdicción obligatoria, la CIJ haya adoptado una posición que va en sentido contrario. Por una parte, es preciso evitar en la medida de lo posible poner en tela de juicio las normas de Viena y, por otra parte, esas normas, que fijan como fecha en que surte efecto el retiro de la reserva cuando cada Estado haya recibido la notificación, crean ciertamente para el Estado autor del retiro cierta incertidumbre pero evitan que se tome por sorpresa a los cocontratantes. En cualquier caso, la diferencia suele ser de algunos días. En segundo lugar, hay que ayudar a los Estados proponiéndoles unas cláusulas tipo que permitan modular como sea necesario el rigor del principio enunciado en el proyecto de directriz 2.5.9, basado a su vez en el artículo 22 de las Convenciones de Viena.

36. En tercer lugar, aun a falta de cláusulas tipo, no es imposible que se hagan o se puedan hacer excepciones a ese principio. Ante todo, nada impide al Estado o la organización internacional que retira su reserva fijar la fecha en que ese retiro ha de surtir efecto en un momento posterior al del recibo de la notificación. Así se hace constar, para ser exhaustivos, en el apartado *a* del proyecto de directriz 2.5.10 (Casos en que el Estado que formula la reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva), que figura en el párrafo 169 del informe. El apartado *b* de ese mismo proyecto de directriz remite a un supuesto un poco más complicado, en el que el retiro no surte efecto respecto de las obligaciones de los Estados o las organizaciones internacionales contratantes cuando se trata de obligaciones «integrales». Cabe citar como ejemplo a este respecto la reserva que formuló Barbados al firmar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Gobierno de Barbados se reservó «el derecho a no aplicar íntegramente la garantía concerniente a la asistencia letrada gratuita a que se refiere el apartado *d* del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto»⁷; si, volviendo sobre su posición, el Gobierno de Barbados considera que puede aceptar el artículo 14 en su integridad, incluso en relación con los asuntos en curso, puede dirigir al Secretario General una notificación de retiro respecto de todos los casos que hayan surgido en una fecha anterior al retiro, que puede tener un efecto

retroactivo. Una reserva de ese tipo sólo surte efecto en las relaciones del Estado que la ha formulado con los particulares sujetos a su jurisdicción, no surte efecto respecto de los demás Estados partes en sus relaciones con el Estado autor de la reserva, y parece evidente que su retiro no puede poner en ningún aprieto a los demás Estados partes, sino que, en realidad, sólo puede ser para ellos motivo de alegría ya que manifiesta la voluntad del Estado que retira la reserva de aplicar más cabalmente el tratado. Nada se opone, pues, a que en tal supuesto el retiro tenga un efecto inmediato o retroactivo, que es lo que se expresa en el apartado *b* del proyecto de directriz 2.5.10.

37. Cambiando de tema, el Relator Especial recuerda que en el anterior período de sesiones había protestado enérgicamente contra el hecho de que en su informe figurase en primera página, debajo de la fecha, la mención «Original: francés/inglés» cuando, como todos sus demás informes, había sido redactado enteramente en francés. Aunque el Relator Especial agradece a la Secretaría que haya renunciado a incluir esa mención errónea y engañosa en el informe que se examina, desgraciadamente tiene que expresar otra queja, que también concierne a problemas de idioma.

38. En efecto, en el texto original de su informe había citado en los párrafos 180 y 181 un artículo doctrinal en su lengua original, el italiano, y había incluido entre paréntesis una traducción francesa de esa cita. Sin embargo, la Secretaría, al editar el informe, ha creído que debía suprimir el original italiano para conservar sólo la traducción francesa. Para el Relator Especial, ello es inaceptable. En realidad, los informes de los relatores especiales no comprometen a la Secretaría, aparecen firmados y la responsabilidad incumbe exclusivamente a sus autores. Es contrario a todos los usos científicos que en un trabajo serio se dé la traducción de un texto sin que el lector pueda acudir al original. El Relator Especial recuerda que el año anterior se le había explicado que sus protestas ante la supresión del original de una cita en inglés eran infundadas puesto que se podía encontrar ese original en la versión inglesa del informe; piénsese lo que se piense de ese argumento, no se aplica en lo que se refiere al original de una cita en italiano, de la que no es posible enterarse por ningún medio puesto que no es un idioma oficial de las Naciones Unidas. Por consiguiente, el Relator Especial entiende que lo que está en tela de juicio a causa de las iniciativas adoptadas por la Secretaría sin él saberlo es su credibilidad académica y científica, por lo que protesta formalmente contra esas prácticas burocráticas inaceptables, que corresponden a la esfera de la censura.

39. El Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión) señala en respuesta a las observaciones del Relator Especial que al comienzo de la versión francesa de las adiciones 2 y 3 del informe que se examina figura un aviso en el que se hace constar que el informe se ha redactado enteramente en francés aun cuando algunas citas (traducidas al francés por el Relator Especial bajo su responsabilidad) se reproducen en su idioma original español, inglés o italiano. Estima que eso debería bastar para aclarar las cosas.

40. En cuanto al hecho de que en los mismos documentos se indique como idioma original sólo el francés, ello es resultado de un error técnico, la mención debería ser «Original: francés/inglés», ya que el documento incluye

⁷ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 999, pág. 288.

pasajes en inglés, aunque no sean originales del Relator Especial y se trate de citas. La interpretación que hace el Relator Especial de esa indicación del idioma original no es la de las Naciones Unidas. La mención «Original: francés/inglés» indica que, cuando el texto se traduce a los demás idiomas de la Organización, las citas en inglés se traducirán a partir, no del francés, sino del inglés. Se trata de una indicación técnica destinada a los servicios técnicos de la Organización y no de una indicación del idioma oficial de trabajo del Relator Especial.

41. En cuanto a la supresión de la cita en italiano, el Secretario de la Comisión dice que los documentos oficiales de las Naciones Unidas no pueden incluir textos redactados en idiomas distintos de los idiomas oficiales. Recuerda que en el pasado la Comisión ya había pedido a un Relator Especial, el Sr. Arangio Ruiz, quien tenía por costumbre incluir en sus informes largas citas en italiano, que pusiera término a esa práctica o que proporcionara una traducción de sus citas a un idioma oficial.

42. Para terminar, el Secretario de la Comisión dice que, si el Relator Especial sigue incluyendo en sus informes pasajes redactados en idiomas distintos de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, los servicios técnicos seguirán suprimiendo sistemáticamente esos pasajes.

43. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala que ya había incluido en informes anteriores citas en italiano y en alemán cuya reproducción no planteó ningún problema, y no comprende el rigor de que hace muestra súbitamente la Secretaría. Además, todas las citas de sus informes en idiomas no oficiales van acompañadas siempre de su propia traducción. Para el Relator Especial se trata de una cuestión de rigor científico, y si se suprimen las citas en idiomas no oficiales que figuren en sus próximos informes, esos informes no se publicarán.

44. El Sr. GAJA dice que sería útil que la Comisión dispusiera del texto de los proyectos de directriz en los idiomas de trabajo de la Comisión, y hasta en todos los idiomas oficiales, tal como han sido modificados por el Relator Especial desde la aparición del informe.

45. Por lo que respecta al proyecto de directriz 2.5.10, el apartado *b* dice: «El retiro no modifique la situación de su autor respecto de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes». Ahora bien, en opinión del Sr. Gaja, incluso respecto de los tratados que imponen obligaciones *erga omnes*, el retiro de la reserva modifica en realidad la situación del Estado autor de la reserva y también los derechos y obligaciones de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hacia el Estado que retira la reserva. Lo que ese retiro no modifica es el contenido de las obligaciones de los demás Estados y, por lo tanto, el efecto inmediato o retroactivo del retiro no puede molestarlos en absoluto.

46. El Sr. PELLET (Relator Especial), en respuesta a la primera observación del Sr. Gaja, se pregunta si es indispensable efectuar la labor que preconiza, ya que se trata de una cuestión que corresponde más bien al Comité de Redacción. Por supuesto, si la Secretaría desea hacerlo no se opone a ello.

47. En lo concerniente a las observaciones que se han hecho sobre el informe que se examina, el Relator Es-

pecial manifiesta que, en lo tocante al proyecto de directriz 2.5.4, que plantea problemas importantes, esperará para hablar de él a que más miembros de la Comisión se hayan pronunciado al respecto. No obstante, desea señalar de entrada que el Sr. Gaja, y en cierta medida la Sra. Escarameia, hacen decir al proyecto de directriz y, por tanto, al Relator Especial, algo que no dicen. El Sr. Gaja ha declarado, efectivamente, que «no es nada seguro que el órgano de control tenga la potestad de obligar al Estado autor de la reserva a retirarla». Sin embargo, no es eso lo que dice el proyecto de directriz en cuestión, que se limita a indicar que entre las posibilidades que tiene a su disposición el Estado autor de una reserva para sacar las consecuencias de una constatación de un órgano de control está la que consiste en retirar su reserva.

48. El Relator Especial señala que el Sr. Kateka ha manifestado que prefería la versión larga de los proyectos de directriz 2.5.5 y 2.5.6. Estima que sería útil que otros miembros indicaran su preferencia a fin de orientar los trabajos del Comité de Redacción, pero subraya que no hay que tratar esos dos proyectos de directriz de la misma manera ya que versan sobre problemas diferentes. En el caso del proyecto de directriz 2.5.5, es forzoso indicar «*mutatis mutandis*», ya que no se pueden aplicar tal cual las disposiciones a que remite, mientras que en el caso del proyecto de directriz 2.5.6, esa expresión no es necesaria, y eso supone una enorme diferencia. En cuanto a la otra observación del Sr. Kateka, según la cual no es partidario de que el retiro de una reserva surta efecto en la fecha de su comunicación por fax o correo electrónico, como la Comisión decidió el día anterior que así debía ser en lo referente a la formulación de las reservas, el Relator Especial no ve cómo podría adoptar una posición diferente en lo tocante al retiro de reservas.

49. En lo que concierne al apartado *b* del proyecto de directriz 2.5.10, el Relator Especial suscribe plenamente la observación del Sr. Gaja y pregunta a éste cómo convendría modificar el texto para tenerla en cuenta.

50. El Sr. GAJA dice que habría que referirse al «contenido de las obligaciones».

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2736.ª SESIÓN

Jueves 25 de julio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield,

Sr. Montaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación)

1. El Sr. FOMBA dice que el proyecto de directriz 2.5.1 (Retiro de las reservas) no presenta ningún problema. Por eso se hace eco de la decisión de principio de la Comisión de que debe haber razones valederas para apartarse de las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en el proyecto de Guía de la práctica, y apoya la propuesta del Relator Especial de limitarse a adoptar sin cambios la redacción del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986. Basándose en un análisis apropiado de las diversas cuestiones, tales como la definición y el carácter de la reserva, su función social, su ámbito jurídico y sus limitaciones, no se justifica seguir ningún otro camino.

2. La directriz 2.5.2 (Forma del retiro) no presenta ningún problema en particular. Por lo tanto el orador apoya la opinión del Relator Especial, expresada en el párrafo 90 del séptimo informe (A/CN.4/526 y Add.1 a 3), de que no hay inconvenientes en reproducir el texto del párrafo 4 del artículo 23 común a las Convenciones de Viena, en el entendimiento de que las objeciones a las reservas serán tratadas en una sección distinta. Sobre la cuestión del retiro implícito, su posición de principio es que el retiro de una reserva no se puede presumir. Pese a ello, considera que debe seguir examinándose la cuestión —analizada en los párrafos 93 a 103 del informe— de si determinados actos o conductas no pueden caracterizarse como el retiro de una reserva.

3. La directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas) es, como señala el Relator Especial en el párrafo 105 de su informe, simplemente una recomendación útil. En su opinión se trata, en última instancia, de una cuestión de responsabilidad política y lógica.

4. La directriz 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado) plantea tres cuestiones, a saber: la inadmisibilidad de las reservas, el derecho de declarar inadmisibles una reserva y la facultad de actuar en consecuencia. El orador se reserva su posición respecto de la primera cuestión a la espera de un examen más detenido del tema, posiblemente en el próximo período de sesiones. Respecto del derecho a declarar inadmisibles una reserva, también

desearía abstenerse de pronunciarse en este momento sobre la cuestión de si los órganos de supervisión de tratados deberían estar facultados para ello. Baste con señalar que la posición de los órganos de derechos humanos que se menciona en el apartado *a* del párrafo 108 del informe recibió el aval de la Comisión en su 49.º período de sesiones, en 1997³. Sin embargo, el orador tiene algunas dudas sobre la validez de esta posición por lo que respecta al derecho de estos órganos a adoptar ellos mismos medidas tras la verificación, como se recuerda en el apartado *b* del párrafo 108 del informe, aunque esa posición parezca lógica en las circunstancias. Por lo tanto, se hace eco del criterio prudente adoptado por la Comisión en ese período de sesiones.

5. Coincide con el Relator Especial en que la Comisión no puede pasar por alto la cuestión de determinar si una reserva que ha sido declarada inadmisibles es «retirada de oficio» simplemente por haberse constatado este hecho o si debe o puede ser retirada por el autor de la reserva (párr. 107 de informe). El orador opina, en primer lugar, que una constatación no equivale, *ipso facto*, a un retiro; en segundo lugar, que desde el punto de vista teleológico el Estado autor de la reserva no sólo tiene la opción sino el deber de retirarla cuando ésta sea inadmisibles; en tercer lugar, si bien el retiro es la medida principal y la más lógica, no es la única posible, como se demuestra en el párrafo 109 del informe.

6. En conclusión, el primer párrafo de la directriz 2.5.4 tiene la virtud de aclarar el carácter de la relación entre la constatación de inadmisibles y el retiro. El segundo párrafo es compatible con el objetivo principal de la Guía de la práctica, vale decir defender la causa de la integridad y la plena eficacia del tratado. Por eso, a diferencia de lo que opina el Sr. Gaja, el orador piensa que la directriz 2.5.4 debería remitirse al Comité de Redacción, porque no se debe olvidar que la Guía de la práctica estará dirigida a todos los Estados y que no todos los aspectos de la práctica son igualmente evidentes para los usuarios y servicios jurídicos de todos los países.

7. El orador no encuentra mayores problemas con la directriz 2.5.5 (Competencia para retirar una reserva en el plano internacional) habiéndose demostrado que al retiro de reservas se puede aplicar una versión modificada de las directrices 2.1.3, 2.1.3 *bis* y 2.1.4. Se inclina por la primera opción establecida en el párrafo 138 del informe. Por el contrario, una mera referencia cruzada a las demás directrices no es conveniente ya que, como se señaló en el párrafo 142, la Guía de la práctica no es un tratado sino un «código de prácticas recomendadas» que los usuarios podrán consultar directamente, en forma fácil y rápida.

8. Y por último, con respecto a la directriz 2.5.6 (Comunicaciones del retiro de reservas), parecería que a la comunicación del retiro de las reservas también se podría aplicar una forma modificada de las directrices 2.1.5 a 2.1.7. De las dos opciones que existen aquí, simplemente remitirse a esas directrices o reproducirlas en su totalidad, la primera parece ser la que presenta menos problemas. Pese a ello, el orador apoya la segunda solución, en

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

³ Párrafo 5 de las conclusiones preliminares de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos (véase sesión 2734.ª *supra*, nota 7).

interés de la facilidad de consulta y de la coherencia en la metodología. También apoya la recomendación relativa a las palabras «por escrito» que figura en la nota de pie de página del informe correspondiente al proyecto de directriz 2.5.6.

9. El Sr. MOMTAZ felicita al Relator Especial por sus denodados esfuerzos para adelantar la labor de la Comisión en un tema medio intrincado. El resumen que hace el Relator Especial de la labor preparatoria que llevó a la adopción de la Convención de Viena de 1969 permitirá a la Comisión comprender mejor las razones de las lagunas que existen en ese instrumento con respecto al procedimiento para el retiro de la reserva, y confirmará que no hay incompatibilidad entre el espíritu de la Convención y el proyecto de directrices.

10. Refiriéndose brevemente a la cuestión de la cooperación entre la Comisión y la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el orador manifiesta la esperanza de que la Comisión haya tomado nota de la interesante sugerencia formulada por el Sr. Candiotti y de que en su informe a la Asamblea General se mencione expresamente la decisión adoptada por la Comisión a ese respecto en su sesión anterior.

11. Por lo que se refiere al séptimo informe del Relator Especial, la directriz 2.5.1 presenta pocas dificultades, porque se limita a reproducir el texto del párrafo 1 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1986. Se podría preguntar si vale la pena reproducir literalmente en la Guía de la práctica determinadas disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Su respuesta es decididamente afirmativa, por una razón práctica: la Guía debe ser completa y debe poder utilizarse sin necesidad de remitirse además a las Convenciones, un factor que prima sobre toda preocupación con respecto a posibles problemas de duplicación.

12. La directriz 2.5.2 es conveniente, ya que la formulación por escrito del retiro de una reserva garantizará irrefutablemente la seguridad y la transparencia de las relaciones convencionales. De la misma forma, el reexamen periódico de la utilidad de las reservas, recomendado en la directriz 2.5.3, reducirá indudablemente la cantidad de reservas que se formulan en un determinado contexto político y que, posteriormente, pierden su razón de ser. De todas formas el orador tiene algunas dudas sobre la utilidad de la última frase del párrafo 2 del proyecto de directriz, que dice: «y con la evolución de éste desde la formulación de dichas reservas». Si el derecho interno se ha reformado de tal forma que convierte a la reserva en redundante poco parece ganarse exigiéndole a los Estados que examinen la evolución de ese derecho. La frase no agrega nada a la directriz y debería suprimirse.

13. El orador acoge con agrado las aclaraciones del Relator Especial en respuesta a las observaciones del Sr. Gaja y de la Sra. Escarameia sobre la directriz 2.5.4. De más está decir que el Estado autor de la reserva no está en forma alguna obligado a retirar una reserva declarada inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado. Estas constataciones son de carácter eminentemente político y no pueden ser vinculantes para los Estados, que retienen el control sobre las reservas que han formulado. En su opinión, la confusión que se ha plan-

teado proviene de la redacción del segundo apartado del párrafo 110 del informe, donde dice que el Estado (o la organización internacional) que haya formulado la reserva no podrá hacer caso omiso de (*faire fi de*) esa constatación y le incumbirá tomar las disposiciones correspondientes, y de la redacción del tercer apartado, donde dice que el autor de la reserva deberá hacer desaparecer (*doit nécessairement supprimer*) las causas de la inadmisibilidad. Es evidente que la redacción excesivamente enfática de estos dos apartados ha provocado la confusión. Por eso en el párrafo 2 del proyecto de directriz 2.5.4 las palabras «deberán tomar las disposiciones que correspondan» deberían cambiarse por «tomarán las disposiciones que correspondan» que reflejaría mejor la intención del Relator Especial.

14. Las directrices sobre el procedimiento para el retiro de la reserva son convenientes en la medida en que llenan la laguna dejada por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Como el hecho de reducir la cantidad de reservas a un mínimo redundará en interés de los tratados, no habrá que limitarse a transponer las normas relativas a la formulación de la reserva al caso de su retiro. Si bien el procedimiento para la formulación de la reserva debe hacerse lo más complejo posible, el procedimiento para su retiro debería hacerse lo más simple posible. A juzgar por el párrafo 89 de su informe ésa parece haber sido la conclusión del Relator Especial. Su propia preferencia con respecto a la competencia para formular una reserva a nivel internacional es la directriz 2.1.3, pero en el caso del retiro de las reservas es partidario de la «versión larga» de la directriz 2.5.5. Esta redacción tiene la gran ventaja de permitir que el representante acreditado o jefe de una misión permanente ante una organización internacional pueda retirar la reserva de un tratado celebrado en el marco de esa organización sin necesidad de ejercer poderes plenipotenciarios.

15. Por razones similares, también aprueba las directrices 2.5.5 *bis* (Competencia para retirar una reserva en el plano interno) y 2.5.5 *ter* (Falta de consecuencias en el plano internacional de la infracción de las normas internas relativas al retiro de reservas), ya que ambas facilitan el procedimiento para el retiro de las reservas y reducen las formalidades a un mínimo.

16. Y por último, el orador no ve motivo para no remitir al Comité de Redacción las cláusulas modelo que figuran en los párrafos 164 y 166 del séptimo informe, ya que indudablemente disminuirían las dificultades que encuentran los Estados que son parte en un tratado cuando se produce el retiro súbito de una reserva.

17. El Sr. TOMKA dice que no tiene nada que agregar al debate sobre las directrices 2.5.1 y 2.5.2 ya que los textos no hacen más que reproducir las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena, sobre cuya labor preparatoria el Relator Especial hizo comentarios extensos y provechosos. La cuestión del retiro implícito es, en su opinión, puramente académica y teórica, ya que una reserva no se puede presumir si en la práctica debe retirarse por escrito.

18. La directriz 2.5.3 propone una solución al problema de las «reservas olvidadas». Pese a haberse utilizado el modo condicional, la redacción propuesta por el Relator

Especial parece implicar que los Estados tienen la obligación de realizar un examen periódico de sus reservas. Pero si se tiene en cuenta la opinión del Relator Especial sobre este tema sería mejor cambiar el texto para que comience con las palabras «Se recomienda que [...]» y evitar así toda sospecha de que pudiese haber una obligación a ese respecto.

19. Por lo que se refiere a la directriz 2.5.4, si bien los órganos de supervisión de la aplicación de tratados están facultados para evaluar la medida en que los Estados cumplen con las obligaciones dimanantes del tratado no pueden imponerles la obligación de retirar una reserva, aun cuando ésta estuviese en contradicción con el objeto y fin del tratado. Cuando en el órgano de supervisión de un tratado constaba que una reserva es inaceptable, es al Estado interesado a quien corresponde sacar sus propias conclusiones. Si bien el orador no se opone a la propuesta del Relator Especial de que la directriz 2.5.4, cuyo primer párrafo no produce problemas, se remita al Comité de Redacción, el segundo párrafo podría corregirse suprimiendo la segunda oración que dice: «El retiro de la reserva constituye uno de los medios de que disponen el Estado o la organización internacional para cumplir con las obligaciones que le corresponden».

20. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que se reserva el derecho de volver a referirse a los proyectos de directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis* una vez que haya oído todos los comentarios de los miembros al respecto. Varios miembros señalaron que el Estado no tiene la obligación de retirar una reserva considerada inadmisibles por el órgano de supervisión de la aplicación de un tratado. Pero esto no sería cierto cuando el órgano en cuestión fuese la CIJ. Sea como fuere, el Estado o la organización internacional tienen la obligación de retirar su reserva, no porque se haya constatado que es inadmisibles sino, simplemente, por ser inadmisibles según el derecho internacional; porque al faltar mecanismos de aplicación el derecho internacional es vinculante pero carece de fuerza ejecutoria. El hecho de que los órganos de supervisión de la aplicación de tratados no tengan la facultad de obligar a los Estados a hacer algo no significa que éstos no estén obligados a hacerlo. Por lo tanto, un Estado puede contestar la validez de una constatación; lo que no puede hacer es desacatarla. Al menos debe reaccionar contestándola de buena fe.

21. Por lo que se refiere a la propuesta del Sr. Tomka, su reacción inicial es que si se suprimiera la segunda oración del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.5.4 ya no correspondería que la disposición figurara en una sección relativa al retiro de las reservas.

22. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que la Comisión no debe perder de vista la función fundamental del consentimiento: cuando un Estado deposita un tratado junto con una reserva que se considera inaceptable no se convierte en parte en el tratado. Pero esto no lo obliga a retirar su oferta de convertirse en parte, con la reserva, hasta tanto se constate que la reserva era un precio bajo que pagar por la adhesión del Estado al tratado. Sugerir que el rechazo de una reserva obliga al Estado a retirarla es muy diferente de afirmar que el rechazo de una reserva indica que una entidad no está en relaciones convencionales con ese Estado.

23. Según el Sr. TOMKA es lamentable que para el Relator Especial la mención de un órgano de supervisión comprenda las instituciones judiciales y de otro tipo. En la práctica internacional los órganos de supervisión de la aplicación de tratados son los creados por los instrumentos pertinentes, especialmente en materia de derechos humanos. La CIJ, sin embargo, no se puede considerar un órgano de supervisión de la aplicación de tratados: no recibe informes sobre la forma en que cada Estado cumple con las obligaciones dimanantes de un determinado tratado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ocupa de las denuncias de personas sobre el incumplimiento por parte de un Estado de sus obligaciones dimanantes del Convenio europeo de derechos humanos y tampoco se lo puede considerar un órgano de supervisión de la aplicación de tratados.

24. El orador está de acuerdo en que existe una distinción entre la constatación del órgano de supervisión de la aplicación de un tratado y la constatación de un órgano judicial. Cuando la CIJ constata que una reserva es inadmisibles eso significa que es nula y que el Estado está obligado por la disposición del tratado a la que se refería la reserva. La reserva en sí carece de efectos jurídicos; corresponde al Estado sacar las debidas conclusiones de esa constatación. Pero cuando, por el contrario, uno de los órganos de supervisión de la aplicación de tratados constata que una reserva es inadmisibles esto no crea para el Estado la obligación de retirarla.

25. El Sr. PELLET (Relator Especial), respondiendo a las observaciones del Presidente pero refiriéndose también a la declaración que el Sr. Gaja formuló en la última sesión, dice que está sorprendido de ver que la directriz 2.5.4 termina diciendo cosas que no dice. En inglés, la segunda oración del párrafo 2 dice [*The State*] may fulfil its obligations, y no [*The State*] must fulfil. En ningún lugar del proyecto se indica que los Estados estén obligados a retirar una reserva; más bien que «deberán tomar las disposiciones que correspondan» en respuesta a la inadmisibilidad de la reserva, deberán poner fin a esa inadmisibilidad, y que la forma evidente de hacerlo es retirar la reserva.

26. Por lo que respecta a las observaciones del Sr. Tomka, admite que se equivocó al decir que la CIJ podía ser considerada un órgano de supervisión, aunque piensa que podría tener razón en caracterizar de esta forma al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ya lo expresó cuando la Comisión examinó las decisiones del Tribunal al preparar sus conclusiones preliminares. También está de acuerdo en que los órganos de supervisión no pueden anular una reserva: la decisión del Tribunal en el asunto *Belilos* siempre le pareció totalmente inaceptable, pero el hecho es que existe. Hasta el momento el examen de la directriz 2.5.4 parece confirmar las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos.

27. El Sr. TOMKA pregunta cuál es la fuente de la obligación de retirar una reserva inadmisibles que, según la directriz 2.5.4, es «uno de los medios de que disponen» el Estado o la organización internacional para cumplir con sus obligaciones. Seguramente, al figurar en un texto legal esas obligaciones son jurídicas y no morales ni

políticas. ¿Forman parte del derecho internacional o están consagradas en las Convenciones de Viena? Es evidente que no fueron impuestas al Estado por ningún órgano de supervisión de la aplicación de tratados.

28. El Sr. GAJA dice que se debe marcar la distinción entre la constatación de inadmisibilidad realizada por el órgano de supervisión de la aplicación de un tratado y sus efectos, y la inadmisibilidad de la reserva en sí. La distinción está muy bien delineada en las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos. El orador coincide con el Presidente en que el retiro de una reserva declarada inadmisibles no es el único camino que tiene el Estado: podrá, como se señala en el párrafo 10 de las conclusiones preliminares, renunciar a ser parte en el tratado o modificar su reserva para eliminar la inadmisibilidad. Si el párrafo 2 de la directriz mencionara las tres posibilidades y no sólo el retiro, el orador lo aceptaría. Pero piensa que en su redacción actual el retiro está demasiado relacionado con la constatación realizada por el órgano de supervisión de la aplicación de un tratado.

29. La Sra. ESCARAMEIA, recordando el problema que planteó en la reunión anterior, dice que la primera frase de la directriz 2.5.4 se presta a ambigüedad porque menciona «un órgano» que controla la aplicación de un tratado. Esto no significa, necesariamente, órganos de los tratados de derechos humanos, sino también los demás, incluidos los órganos judiciales, como lo ha sugerido el Relator Especial en sus comentarios. La oradora está de acuerdo en que estos órganos realizan una supervisión cuando resuelven problemas derivados de un tratado, lo cual es especialmente exacto en el caso de los órganos judiciales regionales. Una dificultad adicional es que algún tratado futuro creara expresamente un órgano con competencia para determinar si las reservas son admisibles o no. La ambigüedad que ha mencionado se extiende a la redacción del segundo párrafo: los Estados «deberán tomar las disposiciones que correspondan», ¿pero qué significa esto? Dependerá de que el Estado acepte la constatación del órgano en cuestión y de que el órgano tenga una potestad imperativa o la facultad de recomendar.

30. El Sr. BROWNLIE dice que en el lugar del Relator Especial recordaría que la Comisión está preparando una Guía de la práctica y no realizando una codificación legal. En el punto en cuestión hay una mezcla de géneros, ya que en la Guía de la práctica le señala el deber político o moral de un Estado de examinar su posición cuando ha efectuado una reserva inadmisibles. El orador reconoce que existe una gran variedad de órganos de supervisión. El paradigma en Europa, antes de que se crease el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, era la Comisión Europea de Derechos Humanos que tenía una función de información y no una potestad imperativa, ya que se ocupaba principalmente de lograr una solución amistosa de las controversias. Por eso no todas las constataciones son de verdaderos órganos judiciales encargados de solucionar controversias siguiendo el modelo de la Corte Internacional de Justicia, y no todos tienen facultades ejecutivas. Esto crea para el Estado autor de la reserva el deber moral de examinar su posición atendiendo a que un órgano cuyas decisiones no son vinculantes pero tienen

autoridad, ha adoptado una determinada opinión sobre dicha reserva.

31. El Sr. Sreenivasa RAO dice que coincide con el Sr. Brownlie y con el Sr. Gaja en que el proyecto de directriz junta demasiadas ideas en forma demasiado abreviada y habría que hacerlo más explícito. Por los debates anteriores de la Comisión ha entendido que la constatación del órgano de supervisión de la aplicación de un tratado de que una reserva es inadmisibles es una mera recomendación para que el Estado examine debidamente la cuestión: la constatación no tiene fuerza vinculante. También está de acuerdo en que deba distinguirse entre órganos judiciales y órganos de supervisión de la aplicación de tratados y sus respectivas facultades.

32. El Sr. MANSFIELD dice que la Comisión debe tener presente el objetivo original de esta operación, que es elaborar directrices que en la práctica sirvan de ayuda a los Estados. Considera que la directriz 2.5.3 es muy útil, aunque sigue un poco preocupado por el segundo párrafo. Pero la directriz 2.5.4 es oscura, e incluso confusa, al tratar de combinar demasiados elementos en demasiado poco espacio. Salta a la vista que el hecho de que el órgano de supervisión de la aplicación de un tratado constate que una reserva es inadmisibles no obliga al Estado a retirarla, pero sería mejor decirlo con todas las letras.

33. El Sr. CHEE dice que en la directriz 2.5.4 se plantean una serie de interrogantes. ¿Existe una distinción entre la obligación jurídica dimanante de una directriz y la dimanante de un tratado? La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¿son órganos contenciosos o consultivos? En la directriz debe quedar en claro si el órgano de supervisión de la aplicación de un tratado tiene la facultad de hacer observar una constatación de inadmisibilidad.

34. El Sr. BROWNLIE dice que, a riesgo de complicar el asunto, desea señalar que aunque el órgano de supervisión tenga facultades imperativas, la cuestión de saber si tiene fuerza ejecutoria o no sigue sin resolverse.

35. El Sr. PELLET (Relator Especial) recuerda, en respuesta a los comentarios del Sr. Chee, que la Guía de la práctica tiene carácter recomendatorio más que vinculante. Se hace eco de las observaciones formuladas por el Sr. Gaja y los demás. Con respecto a la pregunta del Sr. Tomka sobre el fundamento de las obligaciones del Estado, la respuesta probablemente sería el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986; pero esto quedará por decidir en el próximo período de sesiones, cuando siga la saga. Mientras tanto, es evidente que existen distintas categorías de obligaciones: no tiene sentido establecer un órgano de supervisión y luego no aceptar ninguna constatación que éste efectúe. Un Estado u organización internacional está obligado a tomar alguna medida si pretende tener buena fe. Es verdad que algunos Estados poderosos no prestan atención a las constataciones de los órganos de supervisión, pero este criterio está en contradicción con el derecho internacional. Quizás cometió un error al utilizar la palabra «supervisión» (*contrôle*) dada la variedad de órganos en existencia. Hubiese sido preferible utilizar una frase similar a «órgano facultado para decidir sobre la admisibilidad de las reservas», lo que incluiría, por ejemplo, a la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Justicia y el Comité contra la Tortura. Sin embargo, no ve razón para distinguir en la directriz entre diversas categorías de órganos de supervisión, aunque no se opondría a que se hiciera en el comentario. Por lo que respecta a las objeciones formuladas a la frase «tomar las disposiciones que correspondan», tanto en francés como en inglés implica, claramente y sin decirlo con todas las letras, que el retiro de la reserva es la medida más adecuada —ya que es la forma más segura de que un Estado cumpla con sus obligaciones— pero no es la única posible. De todas formas el Relator Especial redactará un nuevo texto que espera tenga en cuenta los diversos puntos señalados.

36. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO alaba el informe del Relator Especial, que es muy completo y claro y presenta varias propuestas novedosas. Las directrices 2.5.1 y 2.5.2, que concuerdan plenamente con las Convenciones de Viena, son totalmente aceptables. La única cuestión es determinar si deberían seguir tan de cerca las Convenciones. El objeto de la Guía de la práctica es, después de todo, facilitar la aplicación de las Convenciones más que citarlas. Supone que en la Guía se indicarán las fuentes de las directrices, para garantizar que el texto de las Convenciones se difunda lo más ampliamente posible.

37. Es absolutamente imposible conciliar el concepto de retiro implícito con el principio de que un retiro debe formularse por escrito. La razón es clara: el requisito del retiro por escrito sirve el importante objetivo de dar certeza a las relaciones entre los Estados partes. Evidentemente, lo que podría interpretarse como retiro implícito tiene lugar en la práctica de los Estados, pero no surtiría efecto jurídico hasta que el retiro se realice debidamente por escrito.

38. La directriz 2.5.3 también es muy útil y debería incluirse en la Guía de la práctica. El orador comparte plenamente la opinión del Relator Especial sobre la diferencia entre el retiro y la expiración de la reserva, como se expresa en el párrafo 98 del informe. También comparte la opinión de que habría que redactar una directriz que aliente a los Estados a retirar las reservas obsoletas o superfluas. Con respecto a la directriz 2.5.4, coincide con las observaciones que el Sr. Gaja formuló en la sesión anterior. Sólo agregará —sin desear reabrir el debate sobre la inadmisibilidad— que en los párrafos 108 a 113 del informe en inglés se habla de *admissibility* e *inadmissibility*, que el orador prefiere antes que *permissibility* e *impermissibility*. Pero en la directriz se revierte a la palabra *impermissible* y el orador se pregunta si esto se ha hecho simplemente para mantener la coherencia con las directrices que ya habían sido aprobadas.

39. Por último, el párrafo 2 de la directriz 2.5.4 debería concordar con las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, como se señala en el párrafo 109 del informe.

40. El Sr. KABATSI dice que, al igual que otros miembros, considera que las directrices 2.5.1 y 2.5.2 son perfectamente aceptables. Deberían remitirse al Comité de Redacción. Con respecto al concepto del retiro implícito

piensa que, como el objetivo de la Comisión es servir de guía a los Estados y a las organizaciones internacionales, la certeza es fundamental. Si un Estado retira una reserva es esencial que las demás partes sean informadas y que el retiro se realice por escrito.

41. La directriz 2.5.3 también es muy útil. En un Estado o una organización internacional las circunstancias suelen cambiar, pero puede ocurrir que no se tomen medidas oportunas sobre el retiro de la reserva. Incluso se pueden haber olvidado de su existencia. O pueden cambiar los gobernantes y con ello las opiniones del Estado. Y por último, las medidas de otra parte pueden haber convenido a algunas partes a retirar sus propias reservas. Por lo que respecta a la directriz 2.5.4, el orador no comparte la opinión de que podría causar problemas. Establece, con mucha utilidad, lo que podría hacer un Estado si un órgano de supervisión constata que una reserva es inadmisibles. Es una simple recomendación, especialmente cuando el Estado o la organización que ha formulado la reserva no impugna la constatación. Las dificultades que han encontrado otros miembros parecen insignificantes. Sin ser vinculante, la directriz da al Estado la oportunidad de examinar y quizás de retirar su reserva. El Comité de Redacción podría encontrar las palabras adecuadas para indicar las medidas precisas que debe adoptar un Estado. Después de todo, la Comisión tiene la elección entre dar consejos útiles o guardar silencio sobre el tema.

42. El Sr. GALICKI dice que el proyecto de directrices trata de algunos problemas importantes que podrían plantearse en relación con las reservas. Específicamente, acepta las directrices 2.5.1 y 2.5.2. Su única duda se refiere a la frase «Salvo que el tratado disponga otra cosa» que figura en la directriz 2.5.1: o bien habría que suprimir esa frase o habría que incluirla en una directriz de carácter general. Si no, podría darse la impresión de que la directriz ha de aplicarse en forma distinta de las demás. Por lo que respecta a la forma del retiro, coincide en que la única aceptable es por escrito, aunque le atrae la sugerencia del Sr. Momtaz de que habría que establecer un procedimiento más ágil para el retiro de las reservas, similar al propuesto para la reserva en sí. De la misma forma en que hay un conjunto uniforme de obligaciones para formular la reserva también debería haberlo para el retiro.

43. El orador no comparte las opiniones de quienes critican la directriz 2.5.3, que es muy útil: va más allá de las limitadas disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y toma plenamente en cuenta la realidad de las relaciones convencionales, incluido el hecho de que los Estados suelen prestar poca atención a la importancia de conservar la integridad del tratado. Además, puede ser difícil, como ocurre en su propio país, obtener información sobre la situación de la legislación interna en relación con las reservas a los tratados internacionales formuladas largo tiempo atrás. Pero sí preferiría ver otra redacción a la expresión «derecho interno» ya que no es apropiada cuando se trata de organizaciones internacionales.

44. El orador ha analizado largamente la directriz 2.5.4. Es indudable que el retiro de las reservas debe incluirse en la Guía de la práctica, pero quizá la directriz debería estar en otro lado. Existen otros problemas: con la falta de coherencia en la utilización en inglés de las palabras *impermissible* e *inadmissible*, la Comisión se está

poniendo una bomba de tiempo. Otra cuestión es que, como ha dicho el Sr. Brownlie, existen diferentes tipos de órganos de supervisión, algunos con facultades judiciales y otros sin ellas. Por ejemplo, las facultades que tiene el Comité de Derechos Humanos no son imperativas. El Relator Especial no ha intentado, por supuesto, enumerar las obligaciones de un Estado, pero la frase «tomar las disposiciones que correspondan» resulta tan vaga que parece añadir más dudas respecto de las medidas que debe tomar un Estado. Otro factor es la oportunidad: es extraño que un órgano de supervisión pueda constatar que una reserva es inadmisibles aun cuando el tratado ya sea operativo y las demás partes presuntamente ya la hayan aceptado. El Comité de Redacción deberá examinar cuidadosamente el texto porque, pese a algunas deficiencias, la directriz tiene gran mérito. Convendría dedicar una directriz separada a la función que deben desempeñar los órganos de supervisión y al peso que tendrán sus constataciones.

45. Por último, con respecto al criterio utilizado en la directriz 2.5.5, el orador duda de que sea útil o necesario repetir la misma fórmula o alguna muy similar. El Relator Especial dio a la Comisión la elección entre una versión más larga y otra más breve. Algunos miembros preferirán la versión más larga, que repite el texto utilizado en las Convenciones de Viena, pero eso implica utilizar las mismas palabras para la formulación y para el retiro de la reserva, como también para la formulación y el retiro de las objeciones. Habría que utilizar la versión más breve, prestando particular atención a marcar las diferencias.

46. El Sr. PELLET (Relator Especial) pregunta qué es específicamente lo que el Sr. Momtaz y el Sr. Galicki proponen agregar al proyecto de directriz 2.5.2.

47. El Sr. MOMTAZ dice que no tiene nada que agregar a la directriz. Considera que el texto actual es totalmente pertinente.

48. El Sr. GALICKI dice que no desea volver a redactar la directriz 2.5.2. Simplemente sugirió que convendría aprovechar todas las oportunidades para crear condiciones que faciliten el retiro de la reserva, y que los miembros del Comité de Redacción podrían identificar esas oportunidades. Cuando se examine el retiro implícito quizá sea posible recurrir a algunas sutilezas jurídicas para encontrar una fórmula que sea compatible con esa noción y no entre en conflicto con la norma general de que el retiro de una reserva se formula por escrito.

49. El Sr. CHEE dice que la directriz 2.5.2, donde se afirma que el retiro de la reserva debe hacerse por escrito y, por lo tanto, se refiere a un retiro explícito, va seguida en el informe por «La cuestión de los retiros implícitos». Por consiguiente hay un conflicto entre los dos textos. El Relator Especial se refiere al caso del retiro implícito en el párrafo 93, pero la situación que se describe es la de un instrumento posterior que tiene preeminencia sobre el instrumento anterior. Con respecto a la directriz 2.5.3, en el párrafo 111 del informe se cita el caso *Belilos* y el hecho de que la reserva fue parcialmente retirada por Suiza. ¿Es posible formular una reserva parcial?

50. Coincide con el Sr. Tomka en que la segunda frase del párrafo 2 de la directriz 2.5.4 debería suprimirse. Si el Relator Especial desea conservarla quizás debería re-

formarla para que refleje el título de la directriz. Y, por último, el orador aprueba plenamente la directriz 2.5.6 *ter*, ya que concuerda con el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención de Viena de 1969 sobre las funciones de los depositarios.

51. El Sr. KEMICHA dice que las directrices 2.5.1, 2.5.2 y 2.5.3 podrían remitirse al Comité de Redacción. Se hace eco de la duda de alguno de sus colegas con respecto a la directriz 2.5.4 sobre el retiro de las reservas consideradas inadmisibles, y prefiere no pronunciarse al respecto por el momento, porque no comprende totalmente las obligaciones que corresponden al Estado autor de la reserva. La directriz dice que «el Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva deberán tomar las disposiciones que correspondan», lo que implica que hay una expectativa, más que una obligación, del Estado. Quizás el Relator Especial pueda ofrecer algunos elementos que sirvan de fundamento jurídico a las consiguientes obligaciones.

52. Si bien respeta el punto de vista del Relator Especial, el orador prefiere las versiones más largas de las directrices 2.5.5 y 2.5.6 ya que son más claras, y debe recordarse que el texto final será una Guía de la práctica. Y, por último, por esa misma razón prefiere que se agreguen las cláusulas modelo.

53. El PRESIDENTE pide al Relator Especial que presente los proyectos de directrices 2.5.11 y 2.5.12.

54. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que se propone presentar el último episodio de la saga, pero no el epílogo, porque sólo trata de parte del desarrollo que desea dedicar a la modificación de las reservas. Había preparado la parte siguiente, relativa a las modificaciones que amplían las reservas existentes, extendiendo su ámbito de aplicación, pero no hubo tiempo para traducirla. Por consiguiente la sección B del informe sólo trata de las modificaciones que restringen el alcance de la reserva, en otras palabras el retiro parcial.

55. El Sr. Chee preguntó si existía el retiro parcial, y la respuesta es categóricamente afirmativa. Como la ampliación o la restricción de la reserva plantean problemas diferentes, tiene sentido examinar la cuestión del retiro parcial en el actual período de sesiones y postergar el examen de la ampliación de la reserva hasta el año que viene. La ampliación de la reserva se parece a la formulación tardía de una reserva, porque en tal caso el Estado agrega algo a la reserva o quita alguna otra cosa del texto del tratado. Por lo tanto, aumenta su rechazo a la aplicación del texto completo. Por el contrario, el retiro parcial de la reserva está estrechamente ligado con el retiro total, porque no consiste en agregar sino más bien en sustraer de la reserva, aumentando así las obligaciones del Estado.

56. A este respecto propone dos proyectos principales: la directriz 2.5.11 (Retiro parcial de una reserva) y la 2.5.12 (Efecto del retiro parcial de una reserva), así como también la 2.5.11 *bis* (Retiro parcial de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado), que es el complemento de la directriz 2.5.4.

57. La directriz 2.5.11, que figura en el párrafo 210 del informe, consiste en dos párrafos, cuyo orden sería

preferible invertir, ya que la definición debería preceder las normas sobre la forma y el procedimiento aplicables en caso del retiro parcial, así como sus efectos. El primero de los párrafos actuales se remite a las normas en vigor para el retiro total. La definición propuesta en el segundo párrafo no necesita mucha explicación, pero era un punto de partida necesario; destaca que se puede hablar del retiro parcial sólo cuando se reducen los efectos jurídicos de la reserva para que el tratado se aplique en forma más completa. Pero la definición también muestra que se trata de la modificación de una reserva existente y no de un retiro total seguido por una nueva reserva. Esto parecería obvio, pero examinando la bibliografía se ve que algo aparentemente obvio ha sido pasado por alto por varios jurisconsultos tanto en la doctrina como en la práctica. No está claro que el retiro parcial sea una simple modificación, porque la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas no es absolutamente constante y puede basarse en interpretaciones distintas. A ese respecto señala a la atención de la Comisión el *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, mencionado en el párrafo 205 del informe, donde los autores parecen excluir el concepto del retiro parcial, ya que lo consideran un retiro total seguido de «la formulación de nuevas reservas»⁴.

58. Algunos escritores analizaron sobre esta base una importante sentencia de 1992 del Tribunal Federal suizo, el caso *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*. En ese caso el Tribunal Federal consideró que la declaración interpretativa de Suiza en el caso *Belilos*, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había considerado inválida, no existía y que Suiza sólo podía retirar parcialmente o atenuar esa reserva tomando en cuenta las razones que habían llevado al Tribunal Europeo a considerarla inválida. El Tribunal Federal decidió que Suiza sólo podía efectuar una nueva reserva que, en ese caso, habría sido una reserva tardía y, por lo tanto, inadmisibles. En su opinión este es un dictamen interesante aunque erróneo. Hay otras interpretaciones que son posibles, como se puede ver en el párrafo 206 del informe, con el caso de la práctica del Secretario General, y en el párrafo 200 con el caso *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*. Por ejemplo, en su dictamen de 1992 el Tribunal Federal afirmó expresamente que «si la declaración de 1988 no representa más que una precisión y una limitación de la reserva formulada en 1974, nada se opone a esta manera de proceder» [pág. 535]. Con esta frase el Tribunal Federal parece admitir que no hay razón para que Suiza no pueda efectuar un retiro parcial y atenuar su reserva, y que tenía otras razones para considerar inválida la nueva reserva suiza.

59. Por lo que respecta a la práctica del Secretario General, en una importante nota verbal del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas (modificación de reservas), de 2000⁵, que la Comisión ha examinado detenidamente en el contexto de los plazos para las objeciones a las reservas tardías, se marcó una firme distinción entre la modificación de una reserva existente, por un lado y el retiro parcial de una reserva existente, por el otro. El Secretario

General consideró que en el primer caso debía seguirse el procedimiento utilizado en la formulación tardía de una reserva lo cual no era necesario en el caso del retiro parcial. Esto es correcto, porque un retiro parcial no es la formulación de una nueva reserva sino, por el contrario, el retiro parcial de la sustancia de una reserva existente. Pese a ello la nota verbal contradice el *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*; en ese caso la nota verbal es correcta y el *Précis de la pratique* está equivocado. Como ya se ha dicho, la práctica del Secretario General puede no ser constante. En el retiro parcial se suele tratar como si fuese el aumento de una reserva y la atenuación de la reserva se suele tratar como si fuese una reserva tardía, que es inaceptable. En los párrafos 203 a 205 del informe se intenta demostrar este punto. Por el contrario, la práctica reciente del Consejo de Europa en el caso del retiro parcial parece ser totalmente constante y muestra que el retiro parcial es realmente la modificación de una reserva existente y no la formulación de una nueva reserva.

60. En resumidas cuentas, tanto para el retiro parcial como para el retiro total de las reservas habría que seguir el mismo procedimiento, como previó Sir Humphrey Waldock cuando fue Relator Especial sobre el derecho de los tratados⁶. También está confirmado por varias cláusulas de reserva mencionadas en el párrafo 188 del informe, que equiparan el retiro total y el retiro parcial. Esa interpretación es preferible porque se debe alentar a los Estados a retirar las reservas, y las reservas parciales deberían permitirse porque pueden llevar a un retiro total. Por lo tanto, las normas del retiro parcial o del retiro total deben preverse para facilitar el retiro. Si se aplicaran las normas previstas en la directriz 2.5.1 el retiro podría tener lugar en cualquier momento sin que se requiera el consentimiento de las demás partes, como está expresamente establecido en el párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En general no ve inconveniente en aplicar las directrices 2.5.2, 2.5.5, 2.5.6, 2.5.9 y 2.5.10 a la sección sobre el retiro parcial, que se refieren a la forma del retiro, la competencia para representar al Estado o la organización internacional, la comunicación del retiro, las funciones del depositario y la fecha efectiva del retiro. El único problema parecer ser una cuestión de redacción. ¿Corresponde remitirse directamente al proyecto de directrices que acaba de mencionar o es posible proceder, en general, como lo ha hecho en el caso del proyecto de directriz 2.5.11, que figura en el párrafo 212 del informe? Una tercera solución sería agregar las palabras «total o parcial» en cada directriz o sobre el retiro en lugar de establecer un conjunto de directrices sobre el retiro total y dos directrices sobre el retiro parcial. Examinó este último criterio, pero no es partidario de él ya que, como ya ha dicho, es importante definir qué se entiende por retiro parcial, y esa es la función de la directriz 2.5.11. Además, las directrices 2.5.7 y 2.5.8, sobre los efectos del retiro total, no se pueden aplicar, porque el retiro parcial significa que la reserva continúa y no evapora, *ipso facto*, las objeciones que otros Estados u organizaciones internacionales pueden haber formulado, aunque sugiere que éstos deberían reconsiderar la necesidad de mantenerlas.

⁴ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (véase 2735.ª sesión, nota 5), párr. 206.

⁵ *Manual de tratados* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.02.V.2), anexo 2.

⁶ Véase el párrafo 6 del proyecto de artículo 17, que figura en el primer informe sobre el derecho de los tratados del Relator Especial Sir Humphrey Waldock (*Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, pág. 70).

La directriz 2.5.12 define las consecuencias del retiro parcial.

61. Queda la delicada cuestión de determinar las consecuencias de que un órgano de supervisión constate la invalidez de una reserva, que el orador examinó detenidamente cuando presentó la directriz 2.5.4. Sobre este tema sólo desea señalar a la atención de la Comisión la sentencia del Tribunal Federal suizo en el caso *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*. En su opinión la fundamentación del Tribunal Federal se basó en una premisa errónea, porque aceptó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podía anular la declaración interpretativa o reserva suiza, que el Tribunal Europeo evidentemente se consideraba con derecho a hacer. Sobre esta base el Tribunal Europeo consideró lógico pensar que Suiza no podía modificar su reserva, que sólo la podía retirar. Pero no es tan lógico, porque se puede cuestionar que Suiza tuviera necesidad de hacer algo ya que —conforme a esa presunción errónea— la reserva había sido anulada por la sentencia emitida en el asunto *Belilos* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algo que el orador personalmente no acepta. Si bien no se propone repetir la fundamentación que sirvió de base a la directriz 2.5.11 *bis*, está plenamente convencido de que las premisas del fundamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Federal suizo eran erróneas y que los órganos de supervisión, incluido el Tribunal Europeo, sólo pueden dictaminar que una reserva es inadmisibles y, luego de ese dictamen, es al Estado que formuló la reserva a quien corresponde proceder de conformidad. El retiro parcial de la reserva podría ser una forma de actuar de conformidad, como lo es la solución más radical del retiro total. Eso es lo que establece la directriz 2.5.11 *bis* y, como ha indicado en el párrafo 216 del informe, se podría combinar con la directriz 2.5.4.

62. El orador aguarda con interés las reacciones de los miembros ante las numerosas propuestas, aunque reconoce su carácter técnico. Pero la ley es técnica y no es posible dar vueltas constantemente en la atmósfera enrarecida de las ideas generales. Quizás estas directrices, que son más bien prosaicas, sean la ocasión de crear un derecho real.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2737.ª SESIÓN

Viernes 26 de julio de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield,

Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados¹ (continuación) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen del séptimo informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados (A/CN.4/526 y Add.1 a 3).

2. El Sr. YAMADA dice que apoya la mayor parte de los 11 proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial y considera que sólo unos pocos merecen observaciones.

3. En cuanto a la directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas), comparte totalmente las opiniones que expresa el Relator Especial en el párrafo 102 de su informe, a saber, que sería conveniente incluir en la Guía de la práctica un proyecto de directriz con el fin de alentar a los Estados a retirar las reservas que sean obsoletas o superfluas, y en el párrafo 105, a saber, que dicha directriz sería simplemente una recomendación y que los Estados tendrían absoluta libertad para retirar o no sus reservas. De cualquier manera, en su redacción actual, por lo menos en la versión inglesa, al parecer el alcance del proyecto de directriz 2.5.3 es más amplio. Hace más hincapié en la integridad de los tratados y de esa manera modifica el equilibrio entre integridad y universalidad. El Sr. Yamada considera que los Estados no deberían formular reservas a la ligera y que las reservas formuladas tras madura reflexión no deben ser reexaminadas tras un breve período. Por esa razón apoya la propuesta del Sr. Tomka de que la directriz se reformule como recomendación.

4. En cuanto a los proyectos de directrices 2.5.4, 2.5.11 *bis* y 2.5.X, relativos al retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado, la primera de las cuales suscitó animados debates en la sesión anterior, el Sr. Yamada desea confirmar desde el comienzo que apoya la posición expresada por la Comisión en el párrafo 10 de las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos³. Según ese párrafo, en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que la formule hacer lo que corresponda. Podrá, por ejemplo, modificar su reserva para eliminar su inadmisibilidad, retirarla o

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

³ Véase la sesión 2734.ª *supra*, nota 7.

renunciar a ser parte en el tratado. No se trata por supuesto de volver a examinar las conclusiones preliminares, pero el problema que plantea la directriz 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado), especialmente su segundo párrafo, es que sólo incluye una parte de los elementos que figuran en el párrafo 10 de las conclusiones. Esa es sin duda la razón por la cual el Sr. Rosenstock declaró que el principio cardinal del derecho internacional era el consentimiento de los Estados. El Relator Especial indica en el párrafo 110 de su informe que la constatación de la inadmisibilidad de una reserva no se entenderá como una derogación ni como un retiro de ésta. El Sr. Yamada está totalmente de acuerdo sobre ese punto e indica que no hay problema alguno respecto del primer párrafo de las directrices 2.5.4 y 2.5.X (Retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado), pero tal vez el segundo párrafo no corresponde a esas directrices y debería suprimirse. Si fuese necesario conservarlo, habría que modificarlo. El Relator Especial indica en el párrafo 110 que el Estado (o la organización internacional) que haya formulado la reserva no podrá hacer caso omiso de la constatación y le incumbirá tomar las disposiciones correspondientes; deberá hacer desaparecer las causas de la inadmisibilidad, y uno de los medios de hacerlo, el más radical pero el más satisfactorio, consistirá evidentemente en retirar la reserva o las reservas cuestionadas. El Sr. Yamada no se opone a esa opinión pero considera que la cuestión consiste realmente en saber quién está facultado para decidir sobre la admisibilidad de las reservas. El régimen establecido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 confía a cada Estado parte la labor de hacerlo si los Estados no han convenido otra cosa. Por esa razón, si debe conservarse el segundo párrafo, habrá que definir con precisión qué órgano constata la admisibilidad de las reservas. A ese respecto, incluso una decisión de la CIJ que declare inadmisibile una reserva no obligaría a los Estados partes en el tratado objeto de la reserva si no han aceptado la competencia de la Corte en lo relativo a ese tratado. De cualquier manera, ese párrafo no debe apartarse de la posición adoptada en el párrafo 10 de las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones.

5. En ese contexto, presenta interés la cuestión de la reciente adhesión de Islandia al Convenio Internacional para la Regulación de la Pesca de la Ballena. Islandia había denunciado dicho Convenio en 1992. En 2001 depositó nuevamente un instrumento de adhesión con una reserva relativa a una disposición del anexo del Convenio que es parte integrante de él. Por escasa mayoría, la Comisión Ballenera Internacional consideró que la reserva de Islandia era inadmisibile y no aceptó su adhesión, mientras que 16 Estados Partes en el Convenio la aceptaron con la reserva. La Comisión Ballenera Internacional es un órgano de gestión de la pesca que no tiene competencia para decidir sobre la admisibilidad de una reserva y cometió muchas irregularidades jurídicas en la forma en que manejó ese asunto en 2001 y 2002. Señala que transmitirá al Relator Especial datos detallados sobre esa cuestión, con fines de referencia.

6. El Sr. DAOUDI señala para empezar que el texto del proyecto de directriz 2.5.1, relativa al retiro de las reservas, es idéntico al párrafo 1 del artículo 22 de las Conven-

ciones de Viena de 1969 y 1986 y, como señala el Relator Especial en el párrafo 83 de su informe, corresponde a la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales. En consecuencia, ese proyecto de directriz debe conservarse en la forma propuesta, así como también el proyecto de directriz 2.5.2 (Forma del retiro), por las mismas razones. En todo caso, la cuestión del retiro implícito de las reservas, a la que el Relator Especial consagra muchos párrafos de su informe para finalmente abandonarla, no debería dejarse de lado. Si los Estados pueden modificar las disposiciones de un tratado mediante su práctica posterior, no obstante la teoría del paralelismo de las formas, una reserva puede caer en desuso por la práctica posterior del Estado que la formuló. Las «reservas olvidadas», a que se refiere el Relator Especial en el párrafo 100 de su informe, son un ejemplo. El proyecto de directriz 2.5.3 es importante y hay que conservarlo, suprimiendo en todo caso la referencia al derecho interno de las organizaciones internacionales.

7. En relación con el proyecto de directriz 2.5.4, el Relator Especial lo redactó con mucha prudencia, pero cabe preguntarse si es oportuno incluir en la Guía de la práctica una disposición de ese tipo. Como han señalado muchos miembros de la Comisión, los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados difieren en carácter y no todos tienen las mismas facultades de supervisión de la admisibilidad de las reservas formuladas por los Estados. Tampoco es seguro que un órgano judicial sea un órgano de supervisión en el sentido de esa directriz. Normalmente, un órgano de supervisión actúa en caso de conflicto entre el Estado que formuló la reserva y los demás Estados partes en el tratado en cuanto a la admisibilidad de una reserva. Determinados órganos de supervisión podrían invocar una directriz de esa naturaleza de la Guía de la práctica para reivindicar un derecho que no les corresponde. En la sesión anterior, algunos miembros de la Comisión se preguntaron en qué obligaciones se basaría un órgano de supervisión para declarar inadmisibile una reserva y en virtud de qué obligación debería retirarla el Estado que la formuló. El Relator Especial mencionó acertadamente el artículo 19 de las Convenciones de Viena, pero el problema consiste en que la apreciación de un órgano de supervisión sobre la admisibilidad de una reserva es subjetiva porque se trata de un órgano limitado formado por expertos elegidos por los Estados y en cuyo juicio pueden influir consideraciones políticas. Ese conflicto de apreciación sólo puede resolverlo un órgano judicial, de ser necesario la totalidad de los Estados partes, como ocurre cuando surge un conflicto de esa naturaleza entre el Estado que formuló la reserva y el depositario del tratado. Para el Estado que formuló la reserva, no hay obligación de retirarla una vez que un órgano de supervisión determina su inadmisibilidad. Como indicó la Comisión el párrafo 10 de las conclusiones preliminares que aprobó en su 49.º período de sesiones, dicho Estado puede modificar su reserva, renunciar a ser parte en el tratado o retirar su reserva. El Sr. Daoudi se suma a los miembros de la Comisión que proponen que el proyecto de directriz 2.5.4 no se incluya en la Guía de la práctica.

8. Entre las dos versiones propuestas por el Relator Especial para la directriz 2.5.5 (Competencia para retirar una reserva en el plano internacional), es preferible la versión larga porque facilita la utilización de la Guía de

la práctica; no obstante, tal vez haya que prever un nuevo examen de la totalidad de la Guía una vez terminada ésta para determinar si no basta la remisión cuando haya disposiciones idénticas o aplicaciones *mutatis mutandis* en caso de disposiciones análogas.

9. Finalmente, debe conservarse el proyecto de directriz 2.5.5 *bis* (Competencia para retirar una reserva en el plano interno), con las modificaciones orales introducidas por el Relator Especial, y también el proyecto de directriz 2.5.5 *ter* (Falta de consecuencias en el plano internacional de la infracción de las normas internas relativas al retiro de reservas).

10. El Sr. PELLET (Relator Especial) pregunta al Sr. Daoudi la razón por la que desea que en el proyecto de directriz 2.5.3 se suprima la referencia al derecho interno de las organizaciones internacionales.

11. El Sr. DAOUDI dice que en esa disposición se trata de reexaminar las reservas caídas en desuso cuando cambia el derecho interno de los Estados que las formularon, es decir, porque se han aprobado leyes que se oponen a dichas reservas. Ahora bien, las organizaciones internacionales no tienen leyes de ese tipo.

12. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que no se trata de leyes sino de derecho interno y que las organizaciones internacionales pueden perfectamente modificar su derecho interno. Considera importante conservar una disposición de ese tipo, por lo menos para las organizaciones de integración. No hay en efecto razón alguna para aplicar dos criterios distintos.

13. El Sr. GALICKI señala que limitará sus observaciones a las directrices presentadas por el Relator Especial en la sesión anterior. Como indicó el Relator Especial, en muchos tratados se prevé el retiro parcial de una reserva, es decir que se trata de una institución consagrada por la práctica de los Estados, por lo que conviene que la Guía de la práctica contenga disposiciones al respecto.

14. En lo que concierne al proyecto de directriz 2.5.11 (Retiro parcial de una reserva), el Sr. Galicki considera, como el Relator Especial, que debería invertirse el orden de los párrafos y que conviene hacer hincapié, como se hace en el texto, en que el objeto del retiro parcial es atenuar el efecto jurídico de la reserva y garantizar de forma más completa la aplicación de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto. En todo caso, la definición del Relator Especial es un poco idealista y en algunos casos los Estados podrían utilizar el procedimiento del retiro parcial de una reserva para modificarla, no con el fin de limitar su alcance sino de ampliarlo. El Relator Especial cita la práctica del Secretario General y del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas; no obstante, esa práctica no debería tenerse en cuenta para definir el retiro parcial porque podría dar lugar a reservas tardías, que deben someterse a los procedimientos aplicables en la materia. Para total claridad, podría convenir añadir a la definición de retiro parcial que figura en el actual segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.11 la frase contenida en la última oración del párrafo 219 del informe, a saber: «el retiro parcial no hace desaparecer la reserva inicial y no constituye una nueva reserva».

15. En cuanto a los proyectos de directrices 2.5.11 *bis* (Retiro parcial de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado) y 2.5.X, plantean la misma dificultad que el proyecto de directriz 2.5.4 porque adolecen del defecto de dar ciertas facultades sobre los Estados a los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados. Ahora bien, como dijo el Sr. Yamada, incluso una decisión judicial obliga únicamente a los Estados que hayan aceptado la competencia de la jurisdicción que la adoptó. En el Consejo de Europa, por ejemplo, hay numerosos comités cuya función es vigilar la aplicación de los tratados del Consejo, pero su opinión no puede tener el efecto que les atribuirían las dos directrices de que se trata. Será pues necesario volver a ocuparse del problema de las constataciones de inadmisibilidad por los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados, ya que la formulación utilizada en la versión inglesa del proyecto de directriz 2.5.X, *must take action accordingly*, no es aceptable. Como ha señalado también el Sr. Yamada, en la directriz deberían contemplarse todas las posibilidades previstas en el párrafo 10 de las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones.

16. Finalmente, respecto del proyecto de directriz 2.5.12 (Efecto del retiro parcial de una reserva), tal vez habría que modificar la segunda oración para prever la situación en que una objeción se refiere a la parte de la reserva que se ha retirado, porque cabe preguntarse si es realmente necesario en ese caso esperar que la objeción sea también retirada oficialmente pese a que ya no tiene objeto.

17. La Sra. XUE empieza su intervención con observaciones generales relativas al conjunto de los proyectos de directrices dedicadas al retiro de las reservas. Como él mismo indicó, el Relator Especial ha basado su trabajo en los siguientes principios, que la oradora hace suyos: el objetivo de la labor del Relator Especial fue proporcionar orientaciones prácticas a los Estados; el retiro de una reserva es un acto unilateral del Estado que la formuló, que decide su oportunidad, el momento y el alcance del retiro; la práctica actual tiende a alentar a los Estados a retirar las reservas que han formulado; las convenciones en vigor sobre el derecho de los tratados no contienen casi indicación sobre el procedimiento que debe aplicarse en caso de retiro de una reserva y no dicen absolutamente nada sobre la modificación de las reservas. Por lo demás, esa es la razón de la utilidad de la Guía de la práctica proyectada.

18. De manera general, los proyectos de directrices 2.5.1 a 2.5.12 se hacen perfectamente eco de los principios mencionados. No obstante, cabe preguntarse si conviene establecer para el retiro de las reservas un procedimiento tan riguroso como el aplicado para su formulación. En efecto, al retirar una reserva, el Estado contratante amplía sus obligaciones o limita sus derechos, lo que favorece el régimen del tratado. A eso se debe quizá el hecho de que las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 relativas a la formulación de reservas son más detalladas que las relativas al retiro.

19. En la redacción de la Guía de la práctica, convendría por otra parte dar más importancia a la práctica general de los tratados que a determinados sectores o regiones.

Queda entendido, por ejemplo, que los tratados relativos a los derechos humanos suscitan preocupaciones especiales, pero son solamente un aspecto particular del tema que se examina. Lo mismo ocurre con la práctica regional. Convendría pues limitarse a proporcionar orientaciones que puedan ser útiles a todos los Estados y para todos los tratados.

20. Pasando a observaciones más concretas, la Sra. Xue no tiene objeción alguna a que los proyectos de directrices 2.5.1 a 2.5.3 se devuelvan en su forma actual al Comité de Redacción. De todas maneras desea señalar a la atención de la Comisión los siguientes puntos. En su comentario sobre el proyecto de directriz 2.5.2 (Forma del retiro), el Relator Especial menciona la cuestión del retiro implícito sin darle respuesta. Además, en la Guía de la práctica habría que tratar de otras formas de retiro como la declaración, habida cuenta de que las relaciones del Estado autor con las otras partes en el tratado se modifican únicamente una vez que éstas reciben notificación escrita del retiro de la reserva. En cambio, el Estado autor debería actuar así desde el momento en que anuncia su intención de retirar su reserva, en la medida en que no modifique su decisión de conformidad con el principio de la buena fe, aun si el retiro es oponible únicamente desde el momento en que los demás Estados partes reciban notificación escrita. Actuando de esa manera se contribuiría al fortalecimiento del régimen de las convenciones.

21. En cuanto al proyecto de directriz 2.5.3 es muy útil, pero no hay que limitarse a mencionar el derecho interno porque puede haber otras circunstancias que incitarían al Estado autor de una reserva a retirarla.

22. El proyecto de directriz 2.5.4 plantea más problemas, especialmente respecto de la relación entre las constataciones de inadmisibilidad por los órganos de supervisión y el comportamiento posterior del Estado autor de la reserva. Así pues, en lo relativo a los derechos humanos, aun si el órgano de supervisión formula una constatación de inadmisibilidad respecto de una reserva, las medidas que debe adoptar el Estado autor deben ser esencialmente de nivel interno. En el plano de las relaciones convencionales, corresponde a los demás Estados partes en el tratado decidir si la reserva de que se trata es admisible o no. No es el órgano de supervisión el que decide las relaciones entre las partes en un tratado. Respecto de la redacción del proyecto de directriz, no es necesaria la primera oración del segundo párrafo, porque se refiere a las obligaciones que tienen los Estados partes en virtud del tratado, lo que no tiene nada que ver con el retiro de las reservas. Además, en el texto inglés no se respeta la lógica por la yuxtaposición de las palabras *must* y *may*.

23. En cuanto al proyecto de directriz 2.5.5, la Sra. Xue se pregunta si es necesario repetir para el retiro de una reserva la totalidad del procedimiento aplicable a la formulación de las reservas. En todo caso, no tendrá objeciones si los miembros de la Comisión consideran necesaria la repetición.

24. Respecto del proyecto de directriz 2.5.6 *bis* (Procedimiento de comunicación del retiro de reservas), la Sra. Xue se pregunta si cabe mencionar formas de comunicación como el correo electrónico y el telefax, o si sería

preferible limitarse a la presentación oficial mediante nota diplomática.

25. En las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no se menciona la modificación de las reservas ni el retiro parcial. Ese silencio se explica por las complicaciones que podría causar en la práctica tal procedimiento y por las diferentes interpretaciones que le pueden dar los demás Estados partes. Si la Comisión considera que es necesario tratar del retiro parcial en la Guía de la práctica, sería preferible asimilarlo, a efectos prácticos, al retiro puro y simple.

26. Finalmente, respecto de los proyectos de directrices 2.5.11 *bis* y 2.5.X, su redacción podría causar confusión por las razones ya indicadas en relación con el proyecto de directriz 2.5.4.

27. El Sr. PELLET (Relator Especial), contestando a la observación de la Sra. Xue respecto del proyecto de directriz 2.5.2, señala que la exigencia de que el retiro se haga por escrito implica que no es posible el retiro implícito. En cuanto a las declaraciones mediante las cuales un ministro de relaciones exteriores o un jefe de Estado anuncia su intención de retirar una reserva, éstas están comprendidas en el tema más general de los actos unilaterales. No se justifica la propuesta de la Sra. Xue de consagrar otra disposición a dichas declaraciones porque cualquier retiro tiene efecto únicamente en el momento en que se lo confirma por escrito, ya que los anuncios de retiro no son oficiales y por eso los Estados no pueden basarse en ellos.

28. El Sr. BROWNLIE considera, tras escuchar los debates dedicados al proyecto de directriz 2.5.4, que habría que tratar de una vez por todas la cuestión de la admisibilidad de las reservas. Al parecer hay consenso sobre el hecho de que, de manera general, los órganos de supervisión no están facultados para obligar a los Estados a retirar sus reservas. El retiro es sólo uno de los medios con que cuentan los Estados para actuar frente a una constatación de inadmisibilidad, como señaló el Relator Especial.

29. El Sr. Brownlie considera que cabe incluir una cláusula restrictiva que indique que la Guía de la práctica no afecta la facultad que tienen los órganos de supervisión de determinar las relaciones entre los Estados partes en el tratado.

30. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que no le parece conveniente tratar al mismo tiempo de las facultades de los órganos de supervisión y las obligaciones que éstas pueden o no originar para los Estados contratantes. Al hacerlo se prejuzga en cierto modo la existencia de esas facultades.

31. La Sra. XUE, recordando la observación que formuló acerca del proyecto de directriz 2.5.2, dice que la formulación de la disposición no sólo es correcta sino totalmente conforme al derecho de los tratados. Señala que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se refieren a las relaciones de los Estados con las demás partes contratantes y que, en ese contexto, se justifica plenamente la exigencia de la formulación por escrito de los retiros, porque los Estados requieren certeza jurídica. En cambio, el objetivo de la Guía de la práctica es proporcionar a los Estados orientaciones sobre los procedimientos que deben

seguir en la materia. En consecuencia, sería conveniente señalar que, cuando decide retirar una reserva, el Estado debe actuar en consecuencia, aun antes de que confirme su retiro por escrito.

32. Sumándose por otra parte a las observaciones del Sr. Brownlie y el Sr. Rosenstock acerca de las facultades de los órganos de control, la Sra. Xue dice que habría que indicar que las disposiciones de la Guía de la práctica no afectan la autoridad de los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados.

33. El Sr. TOMKA considera que la cuestión de la inadmisibilidad fue introducida artificialmente en el texto. Éste debería tratar esencialmente del retiro de las reservas y no se comprende por qué se escoge en particular el caso en que un órgano de supervisión constata que la reserva es inadmisibles. Sería mejor dejar de lado esa cuestión para evitar escollos y volver a examinarla cuando la Comisión se ocupe en detalle de la inadmisibilidad de las reservas como tal, lo que hasta ahora ha hecho únicamente en relación con algunos aspectos de procedimiento. La Comisión no dispone tampoco de un análisis del artículo 19 de las Convenciones de Viena. El problema que se plantea tiene que ver en efecto con el retiro implícito. Ahora bien, conviene actuar con suma prudencia porque los retiros implícitos no pueden admitirse, sobre todo si se considera que ni siquiera los retiros explícitos son todos admisibles. La reserva sólo tiene efecto jurídico cuando se formula por escrito. El Sr. Tomka no sabe de ningún caso de retiro de una reserva en que no haya ido seguida de una formulación por escrito. Puede citarse el ejemplo de Checoslovaquia y Polonia, cuyos parlamentos aprobaron, y los Jefes de Estado firmaron, en 1929 y 1931, la declaración de aceptación de la competencia de la CPJI⁴ prevista en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte. Esas declaraciones no se depositaron nunca ante el depositario. El Sr. Tomka considera que, en consecuencia, ninguno de los dos Estados reconoció la competencia de la Corte como obligatoria porque las declaraciones, si bien aprobadas por los parlamentos y firmadas por los Jefes de Estado, no fueron depositadas. No tuvieron efecto jurídico alguno y ningún Estado podría basarse en ellas para un litigio contra Polonia o Checoslovaquia en la Corte. Es análoga la situación en que un jefe de Estado declara durante una cumbre la intención de su país de retirar una reserva, pues, si a dicha declaración no sigue una notificación por escrito del retiro, hay que considerar que no se ha retirado la reserva. Eso se sigue claramente de las Convenciones de Viena, y la Comisión no debería crear entre los juristas malentendidos o dudas en lo relativo al régimen de retiro de las reservas.

34. El Sr. CHEE señala que la Comisión no está elaborando un tratado-ley sino una guía de la práctica, es decir un instrumento claramente no vinculante. En consecuencia, hay que abstenerse de usar términos demasiado fuertes, por ejemplo, «el Estado debe» y sería preferible una fórmula como «se invita encarecidamente a los Estados a cumplir». Por otra parte, no debería conferirse a los órganos de supervisión facultades extraordinarias no autorizadas por los tratados. Si el órgano de supervisión ejerce una facultad vinculante, está en realidad actuando

sin el consentimiento de los Estados, lo que constituye una cuestión crucial en las relaciones convencionales. El Sr. Chee invita a la Comisión a actuar de tal manera que emplee un vocabulario adecuado a un proyecto de directrices con carácter de recomendación.

35. El Sr. Sreenivasa RAO conviene con el Sr. Tomka en que no debería darse valor alguno a las reservas implícitas. No obstante, puede suceder que los Estados formulen reservas y luego se abstengan de aplicarlas en sus relaciones bilaterales o multilaterales o aun las abandonen por diversos factores. Cabe preguntarse si hay precedentes o una práctica que pueda servir de orientación a la Comisión a ese respecto. Tal vez podría pensarse por analogía en las reservas a las declaraciones de competencia obligatoria en las cuales no se insiste en un caso determinado durante un período bastante prolongado. Si el Estado se comporta de tal manera que no aplica sus reservas, cabe preguntarse si puede en un momento determinado valerse del hecho de que no fue formulada por escrito para rechazar cualquier procedimiento de *estoppel* que se inicie contra él.

36. El Sr. PELLET (Relator Especial) considera que la analogía es buena pero que eso demuestra precisamente que el retiro oral de una reserva no tiene consecuencia jurídica alguna, y no cree que la CIJ, en el caso mencionado por el Sr. Tomka, pueda considerar que un Estado esté obligado por una simple declaración según la cual tenía la intención de aceptar su competencia. Como dijo la Sra. Xue, la declaración no tiene efecto mientras no se confirme por escrito. Por su parte, el Relator Especial no piensa que las declaraciones orales tengan consecuencia alguna, en todo caso en el plano del derecho de las reservas a los tratados. Le parece haber respondido a la idea subyacente de la propuesta de la Sra. Xue sobre el proyecto de directriz 2.5.3 que, claramente, trata de alentar a los Estados a retirar sus reservas. Por otra parte, le complace que ese proyecto haya sido bien recibido, pero no basta con decir a los Estados que actúan acertadamente cuando retiran sus reservas. Eso no conduce a nada y podría suceder que luego los Estados no supieran cómo actuar. Hay que determinar el límite o la zona fronteriza entre el derecho de las reservas, que corresponde al derecho de los tratados, y otros aspectos del derecho internacional que son el derecho de la buena fe, los actos unilaterales, etc., que al parecer se basan en cuestiones diferentes.

37. La Sra. XUE se suma a las observaciones formuladas por los oradores precedentes acerca del proyecto de directriz 2.5.2, especialmente en lo relativo a los ejemplos presentados. Si se lo considera una regla absoluta, es verdad que el retiro de la reserva debe hacerse por escrito, como se dispone en la Convención de Viena de 1969. No obstante, en este caso, el proyecto de directriz 2.5.2 no es suficiente. Hay que ir hasta el final y mencionar la forma escrita de la notificación acompañada de una fecha en que tenga efecto el retiro. Esos otros elementos son indispensables porque lo importante en esa directriz es la notificación por escrito y no únicamente el retiro. Los ejemplos presentados por el Sr. Tomka aclaran ese punto. Un Estado puede muy bien declarar por escrito que retira su reserva, pero esa simple declaración no tiene efecto alguno. Se trata pues de la notificación en sí misma (y no del retiro), que debe hacerse por escrito y que da efecto a las relaciones convencionales entre las partes contratantes. Cuando un Estado asume una obligación, está

⁴ *Collection des textes régissant la compétence de la Cour, C.P.J.I., série D*, n.º 6, 4.ª ed., Leyde, Sijthoff, 1932, págs. 47 y 48 y 54.

obligado por el principio de la buena fe, pero el efecto jurídico en sentido estricto sólo se manifiesta cuando las demás partes contratantes reciben notificación oficial, es decir por escrito. La Sra. Xue dice que era ese el sentido de su intervención, pero repite que no tiene objeciones de principio al texto de ese proyecto de directriz. Simplemente, considera que si se lo conservara tal cual, no aportaría gran cosa al texto como recomendación.

38. El Sr. DAOUDI propone como ejemplo que se parta de la hipótesis de que existe un tratado entre varios Estados y que uno de ellos ha formulado reservas sobre la aplicación de determinadas disposiciones del tratado y luego, en la práctica, ha aprobado una ley que corresponde al contenido de las disposiciones sobre la cuales había formulado una reserva sin haberla retirado. En la práctica, los demás Estados han aplicado igualmente esa disposición respecto de dicho Estado. Se trata en ese caso de una modificación importante de la aplicación del tratado y es realmente un caso típico de retiro implícito de una reserva. Se comprende que la exigencia de la formulación por escrito en la Convención de Viena de 1969 y en el proyecto de directriz 2.5.2 es totalmente normal, porque garantiza la seguridad jurídica. No obstante, lo que ocurre es que se ha tratado de plantear una hipótesis que puede presentarse realmente en la práctica y que tal vez habría que prever contemplar en una disposición. El Relator Especial dijo que este asunto estaba en el límite entre el derecho de los tratados y otras instituciones del derecho internacional, pero es precisamente en ese espíritu en el que se ha tratado de plantear ese aspecto de la cuestión.

39. El Sr. MANSFIELD encuentra aún muy difícil comprender lo que desea la Sra. Xue. Se suma sin reservas a la intención general, que es de tratar de fortalecer el régimen de los tratados internacionales, y cree comprender que la Sra. Xue piensa que el proyecto de directriz debería indicar que cuando un Estado ha declarado públicamente que va a retirar una reserva eso tiene efecto en el plano interno pero no tiene efecto jurídico alguno ante los Estados partes en el instrumento de que se trate. La dificultad que encuentra en esa concepción es que en las democracias parlamentarias es perfectamente posible que un gobierno decida retirar una reserva a un tratado determinado y luego, antes de poder hacerlo, sea reemplazado por un nuevo gobierno con opiniones diferentes sobre la cuestión y que considere que el gobierno precedente estaba errado al retirar la reserva o anunciar su intención de retirarla. El nuevo gobierno no podría de ninguna manera considerarse obligado por la decisión del gobierno saliente, ni del punto de vista del derecho y de la política internos, ni por cierto del punto de vista de las relaciones interestatales que claramente no se ven afectadas por esa decisión mientras el retiro no se hay notificado oficialmente por escrito. Ahora bien, la cuestión no carece de interés y tal vez la Sra. Xue podría precisar lo que tiene en mente.

40. El PRESIDENTE piensa que se debería considerar el lapso de tiempo durante el cual un acto es juzgado insuficiente «por sí solo». La situación es distinta de aquella en que, después de un intervalo relativamente corto que no podría considerarse justificativo de *estoppel* el Estado cambia de opinión antes de realizar el acto definitivo.

41. El Sr. PELLET (Relator Especial) no ve cómo lo que, al parecer, la Sra. Xue tiene en mente podría incluir-

se en un proyecto de directriz y por su parte piensa que se confunde cuando afirma que se trata solamente de la notificación por escrito. El procedimiento del retiro de las reservas sigue exactamente el de la formulación de reservas. Una reserva debe formularse por escrito; en consecuencia, el retiro de una reserva debe ser también por escrito. Solamente después se trata de los problemas de notificación, en los proyectos de directrices 2.5.6, 2.5.6 bis y 2.5.6 *ter*, relativos a la comunicación por escrito de las reservas, pero se trata de dos hipótesis diferentes.

42. La Sra. XUE señala que no se refiere al retiro implícito de las reservas. No cabe duda de que el retiro de las reservas debe hacerse por escrito sin ambigüedad alguna. Comparte las preocupaciones planteadas por el Sr. Mansfield. No obstante, lo que ocurre en el retiro de una reserva con ocasión de un cambio de gobierno se aplica también a la firma de un tratado. Un nuevo gobierno puede renegar de la firma de un tratado, de una convención, de un protocolo o de cualquier otro instrumento, o anunciar que no lo hará ratificar. En ese caso se aplica el principio del artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 y la Sra. Xue, con la lógica de ese artículo, señala simplemente que, en su forma actual, el proyecto de directriz 2.5.2 hace hincapié en la forma escrita del retiro. En la práctica, el hincapié debe hacerse en la forma escrita de la notificación del retiro.

43. El Sr. TOMKA considera por su parte que el retiro de una reserva es un acto jurídico y que todo acto jurídico tiene forma escrita. Mientras no se procede por escrito, no hay acto jurídico. Una simple declaración oral puede muy bien interpretarse como intención de efectuar un acto jurídico, pero esa intención no tiene consecuencia alguna en virtud de la Convención de Viena de 1969. Se podría ver allí una infracción al principio de la buena fe, pero no es de eso de lo que trata la Convención. Para tener efecto jurídico, es decir, para constituir un acto jurídico, el retiro de la reserva debe hacerse por escrito y es evidente que eso es lo que requiere la Convención.

44. En cuanto al ejemplo presentado por el Sr. Daoudi de un Estado que ha formulado reservas a un tratado y posteriormente ha aprobado legislación interna ajustada a ese tratado, y que según él se puede considerar como ejemplo de retiro implícito de una reserva, hay una diferencia de fondo entre la posición jurídica de los Estados que ratifican un tratado sin reservas y la de los que lo ratifican con reservas. El Estado que ratifica un instrumento con reservas puede modificar su legislación en cualquier momento futuro si no las ha retirado, y tiene un buen motivo para no retirarlas a fin de conservar una total libertad en cuanto a su derecho interno. El hecho de que ese Estado apruebe legislación de conformidad con el tratado acerca del cual ha formulado reservas que no ha retirado oficialmente no le quita la posibilidad de enmendar en el futuro su legislación de modo que no queden totalmente ajustadas a las disposiciones sobre las cuales formuló reservas anteriormente. Sería excesivo interpretar eso como retiro implícito de una reserva.

45. El Sr. KOSKENNIEMI está a favor de que se remitan al Comité de Redacción los proyectos de directrices 2.5.1 a 2.5.3. y 2.5.5 a 2.5.10, pero considera que los proyectos de directrices 2.5.4 y 2.5.11 y, especialmente, el 2.5.11 *bis*, plantean un problema de fondo, lo que sin

duda explica en parte cierta falta de claridad en la formulación. Los proyectos de directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis* tratan de las cuestiones de las facultades de los órganos de supervisión de la aplicación de un tratado y del efecto del ejercicio de esas facultades desde el punto de vista de las obligaciones del Estado o la organización que haya formulado la reserva. El primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.4 es inútil porque es en todo caso inconcebible que la constatación de un órgano de supervisión pueda constituir retiro de la reserva. De todos modos, sería conveniente incluir una disposición que determine las relaciones que existen entre la constatación de la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado y el retiro de la reserva por el Estado o la organización internacional de que se trate. Para ello, conviene basarse en la hipótesis de que el tenor de las directrices no pueda tener efecto sobre el carácter de las facultades de los órganos de supervisión y así establecer una distinción según el tipo de facultades que éstos tienen, que son de tres clases: o bien la constatación por el órgano de supervisión de la inadmisibilidad de la reserva entraña la nulidad de ésta y, en el caso más extremo, en forma automática (en la inteligencia de que la Comisión no adopta posición alguna sobre la cuestión de saber si en realidad un órgano de supervisión puede tener tal facultad, que no estamos en condiciones de resolver aquí); o bien la constatación por el órgano de supervisión de la inadmisibilidad de la reserva entraña para el Estado una obligación de adoptar medidas, por ejemplo, proceder a un retiro parcial o total de la reserva; o la constatación de la inadmisibilidad por el órgano de supervisión equivale a una recomendación dirigida al Estado o a la organización de que se trate a fin de que adopte las medidas adecuadas. En cuanto a la distinción entre retiro parcial o total de la reserva, el Sr. Koskenniemi la considera inútil y hace suyo el proyecto de estructura propuesto por el Relator Especial en el párrafo 216 del informe, es decir, la fusión de las directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis* en una nueva directriz que pasaría al final de la sección 2.5 de la Guía de la práctica. El texto de la nueva directriz podría ser el siguiente:

«La constatación, por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado, de la inadmisibilidad de una reserva puede, según las facultades que tenga dicho órgano:

- a) Hacer anular esa reserva;
- b) Crear para el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva la obligación de retirarla totalmente o parcialmente;
- c) Constituir una recomendación para el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva, invitándole a retirarla totalmente o parcialmente.»

46. Entonces sería inútil el párrafo 2 del actual proyecto de directriz 2.5.4, que dice que el Estado o la organización internacional que haya formulado la reserva deberán tomar las disposiciones que correspondan. Viéndolo bien, al parecer las disposiciones 2.5.4 y 2.5.11 *bis* se refieren en realidad, no al retiro en sí mismo, que sólo es un aspecto secundario de la cuestión, sino más bien a las consecuencias de la constatación por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado de la inadmi-

bilidad de la reserva, en la inteligencia de que los órganos de supervisión de que se trata pueden ser muy diversos e ir desde la CIJ hasta simples grupos de expertos en el caso de tratados técnicos entre un pequeño número de Estados. Esa cuestión es importante, pero tiene que ver con problemas que serán examinados posteriormente en el debate y por ahora no es oportuno decidir al respecto.

47. El Sr. FOMBA señala, a propósito de los proyectos de directrices 2.5.7 a 2.5.10, lo que es al parecer una contradicción en las explicaciones que figuran en el párrafo 152 del informe del Relator Especial, que dice, primero, «[...] los efectos del retiro son difícilmente separables de los de la propia reserva» y, un poco después, «[...] los efectos del retiro pueden preverse de manera bastante formal sin que haya que preguntarse sobre los efectos (infinitamente más complejos) de la propia reserva». Por otra parte, observa que en el informe la palabra «efecto» se emplea a veces en singular y a veces en plural, por lo que hay que preguntarse si el retiro podría tener muchos tipos autónomos de efectos. En realidad, se trata del efecto jurídico del retiro, que puede traducirse de muchas maneras, como se observa en los párrafos 179 a 182 del informe. Además, el Sr. Fomba señala que es preciso matizar la expresión «ponerle fin» empleada en el párrafo 152, para tener en cuenta la diferencia entre retiro parcial y retiro total, que no tienen el mismo efecto jurídico. Los proyectos de directrices 2.5.7 (Efecto del retiro de una reserva) y 2.5.8 (Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva) no plantean dificultades especiales. En cuanto al proyecto de directriz 2.5.9 (Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva), el Sr. Fomba está de acuerdo en que se incluya el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y está a favor de la inserción en el proyecto de cláusulas tipo A, B y C que se hagan eco de las preocupaciones expresadas durante la labor de la Comisión en su 17.º período de sesiones, en 1965. Aprueba también la idea de utilizar la fecha de recepción de la notificación del retiro por el depositario de preferencia a la fecha de recepción por las demás partes (párr. 165 del informe). Respecto del proyecto de directriz 2.5.10, comparte las opiniones expresadas en los párrafos 167 y 168 del informe; ese texto consagra la posibilidad (en caso de falta de cláusula tipo C) de que el Estado autor de la reserva fije libremente la fecha en que surte efecto el retiro de la reserva. Ahora bien, el límite de esa voluntad expresada unilateralmente por el Estado autor de la reserva debe estar claramente definido y no puede primar sobre las disposiciones de Viena si las demás partes se oponen. Por otra parte, el Sr. Fomba no encuentra contenido concreto en el apartado *b* del proyecto de directriz 2.5.10. No obstante, en conjunto, está a favor de que los proyectos de directrices propuestos se remitan al Comité de Redacción.

48. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, refiriéndose nuevamente al proyecto de directriz 2.5.4, considera como el Sr. Koskenniemi que el retiro es sólo un aspecto de las consecuencias de la constatación de inadmisibilidad de una reserva y que hubiera sido interesante estudiar otros aspectos de esa cuestión previendo los diversos comportamientos posibles cuando se constata que una reserva es inadmisibile. Está a favor de la propuesta del Sr. Koskenniemi de reformular ese proyecto de directriz

estableciendo distinciones en función del carácter y las facultades del órgano de supervisión. Por otra parte, se pregunta si la distinción establecida en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 entre reservas prohibidas por el tratado, reservas que no figuran entre las únicas autorizadas por el tratado y reservas incompatibles con el objeto y la finalidad del tratado afecta a las consecuencias de la inadmisibilidad de la reserva.

49. El Sr. KOSKENNIEMI, contestando al Sr. Pambou-Tchivounda acerca de los efectos de la constatación de la inadmisibilidad de una reserva en general, considera que en esta etapa es imposible responder a esa pregunta que es muy difícil y en algunos casos podría tener relación con la esfera de la responsabilidad de los Estados. El Relator Especial podría tratar posteriormente el tema. Su intención al proponer una nueva formulación del proyecto de directriz es establecer un vínculo entre la constatación de la inadmisibilidad de una reserva y una posible obligación de retirarla para el Estado o la organización internacional que la haya formulado. En cuanto a los tres tipos de reserva inadmisibles diferenciados en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y las consecuencias de esa clasificación, le parece *a priori* que las consecuencias de la inadmisibilidad no difieren según el tipo de reserva de que se trate. De cualquier manera, eso podría no ser aplicable a todos los tipos de consecuencias previsibles.

50. El Sr. CANDIOTI propone que se remita al Comité de Redacción el conjunto de los proyectos de directrices propuestos, salvo los dos dedicados a los órganos de supervisión, cuyo estudio podría dejarse para después, cuando se examine la cuestión de la inadmisibilidad de las reservas. Señala que el retiro es una posible consecuencia de la constatación de la inadmisibilidad por un órgano de supervisión, pero que puede ser también consecuencia de una simple objeción de otro Estado.

Se levanta la sesión a las 12.40 horas.

2738.ª SESIÓN

Martes 30 de julio de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Las reservas a los tratados¹ (*continuación*) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3², A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación*)

1. El Sr. MOMTAZ apoya las observaciones sumamente pertinentes de Imbert a que se refiere el Relator Especial en el párrafo 193 de su séptimo informe (A/CN.4/526 y Add.1 a 3), sobre la necesidad de alentar el retiro parcial de las reservas, procedimiento que permite a los Estados adaptar progresivamente su participación en el tratado a la evolución de su legislación nacional³. Sin embargo, se plantea la cuestión de si los Estados partes en un tratado que no han hecho objeciones a la reserva inicial pueden hacer objeciones a un retiro parcial. Según parece, el Relator Especial no respondió a la pregunta y se ocupó únicamente del caso de los Estados que han hecho objeciones a la reserva inicial. La referencia que se hace en el párrafo 201 del informe a «algunas otras partes» es confusa; ¿se refiere acaso a Estados que no han hecho objeciones a la reserva inicial? En todo caso, el orador considera que, en aras de la integridad del tratado y para fomentar los retiros parciales, en espera de un retiro total de la reserva, los Estados deben tolerar esos retiros parciales y renunciar al ejercicio de su derecho a objetarlos.

2. El proyecto de directriz 2.5.11 (Retiro parcial de una reserva) confirma el fundamento de esa opción. Al menos es la conclusión lógica que se puede sacar de la referencia que se hace, en el párrafo 1, a las reglas de forma y procedimiento aplicables a un retiro total. Es inconcebible que un Estado parte en un tratado se oponga a un retiro total de una reserva por otro Estado parte.

3. El párrafo 2 de la directriz define lo que se entiende por retiro parcial de una reserva y, según parece, se considera que el retiro parcial de una reserva y la modificación de una reserva son sinónimos. Esa asimilación puede prestarse a malentendidos. De hecho, como lo señala el Relator Especial en el párrafo 207 del informe, el Secretario General de las Naciones Unidas establece una distinción clara entre el retiro parcial de una reserva y la modificación de una reserva, y emplea esta última expresión exclusivamente para los casos en que un retiro amplía el alcance de la reserva. Ese no es evidentemente el caso que se contempla en el proyecto de directriz 2.5.11.

4. Por lo tanto, sería conveniente suprimir toda referencia a la palabra «modificación» en el segundo párrafo, por ejemplo, eliminando la frase que dice *est la modification de cette réserve par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur*, qui en el texto francés y en el texto correspondiente en los demás idiomas. Ello no afectaría a la definición, pero evitaría el riesgo de que haya malentendidos.

¹ Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

² Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

³ Véase P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pedone, 1978, pág. 293.

5. Con respecto al proyecto de directriz 2.5.11 *bis* (Retiro parcial de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado), apoya la solución preferida por el Relator Especial, siempre que se elimine del texto cualquier referencia a la obligación del Estado autor de la reserva no permisible o inadmisibles. Sin embargo, entiende que el proyecto de directriz 2.5.4 se reformulará teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por los miembros de la Comisión.

6. Con respecto al retiro de reservas, expresa preocupación por los retiros implícitos, en particular teniendo en cuenta la observación hecha por el Relator Especial de que una Guía de la práctica «debe, en la medida de lo posible, proporcionar respuestas a todas las cuestiones que los usuarios se puedan plantear legítimamente» (párr. 215 del informe). En los ejemplos proporcionados en los párrafos 92 y siguientes del informe de las circunstancias en que puede hablarse de un retiro implícito no se incluye el caso en que el Estado que ha formulado la reserva actúa como si ésta ya no tuviera efecto; por ejemplo, cuando un Estado actúa conforme a las disposiciones de un tratado aunque haya formulado reservas al mismo. El orador puede imaginar casos en que, contrariamente a las situaciones mencionadas en el párrafo 101 del informe, el retiro no obedece a la negligencia de las autoridades competentes ni a la falta de suficiente coordinación entre los servicios correspondientes, sino más bien a un acto voluntario del poder ejecutivo. Puede ocurrir que, para evitar la oposición del poder legislativo, el cual ha aprobado la reserva, el poder ejecutivo prefiera cumplir a nivel internacional las disposiciones del tratado que fue objeto de la reserva sin iniciar el procedimiento para retirarla, por temor a desencadenar protestas a nivel nacional.

7. Cabe preguntarse si los Estados que han hecho objeciones a la reserva en el momento de su formulación pueden utilizar la práctica ulterior del Estado que hace la reserva para declarar que dicha reserva ha caído en desuso y que, por lo tanto, ya no tiene validez en las relaciones convencionales con el Estado autor de la reserva. El orador considera que la cuestión debe tratarse en el marco de la Guía de la práctica.

8. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que tiene algunas dificultades en seguir los argumentos del Sr. Momtaz cuando propone que se reformule el párrafo 2 de la directriz 2.5.11 para eliminar la referencia a la modificación. Es cierto que en la directriz no se define el concepto de modificación, pero cabe preguntarse qué es el retiro parcial de una reserva sino una modificación de ésta. El retiro es un procedimiento que consiste en eliminar ciertos elementos que se han establecido en el marco de la reserva y, por consiguiente, el propósito de un retiro parcial es modificar la reserva. Por lo tanto, el orador no está en condiciones de apoyar la sugerencia del Sr. Momtaz, a menos que haya entendido equivocadamente el significado de la palabra modificación.

9. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que una de las principales razones del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.5.11 es establecer que el retiro parcial es la modificación de una reserva existente y no el retiro de una reserva seguido de la formulación de una nueva reserva. Sin embargo, como explicó en los primeros párrafos del informe, la práctica no es muy coherente, incluso el pro-

pio Secretario General de las Naciones Unidas manifestó que no podía aceptar un retiro parcial, con el pretexto de que se trataba de un retiro total, seguido de la formulación de una nueva reserva. Por eso la palabra «modificación» resulta útil. Muestra que no se trata de la formulación de una nueva reserva, sino de la modificación de una reserva existente. Si bien el Sr. Momtaz ha basado sus argumentos en la posición adoptada por el Secretario General, es precisamente la posición que él mismo está impugnando porque da lugar a contradicciones.

10. No está seguro de comprender perfectamente el primer comentario hecho por el Sr. Momtaz, al plantear la pregunta, en el caso de un retiro parcial, sobre las relaciones entre un Estado que no ha hecho objeciones y el Estado que formula las reservas. Se considera que el Estado que no hace objeciones acepta la reserva y la cuestión queda contemplada en el proyecto de directriz 2.5.12 (Efecto del retiro parcial de una reserva). Tras un retiro parcial, la reserva se atenúa. Por consiguiente, en principio, el Estado no se opondrá a ella. Si el Sr. Momtaz lo desea, puede indicarse así explícitamente en el comentario, aunque resulta curioso observar que las reservas aún se siguen aceptando.

11. El Sr. MOMTAZ dice que pidió que se incluyera una aclaración en el sentido de que un Estado que no ha hecho objeciones a una reserva no puede hacer una objeción en el caso de un retiro parcial, debido a la falta de claridad con respecto al tema.

12. En cuanto a la segunda cuestión, abordada por el Relator Especial y el Sr. Pambou-Tchivounda, como el Relator Especial se refirió a la falta de coherencia en la práctica del Secretario General como depositario, convendría suprimir la referencia a la palabra «modificación» en el párrafo 2 del proyecto de directriz 2.5.11 y eliminar la frase que sugirió en su declaración inicial.

13. La Sra. XUE pregunta si en el proyecto de directriz 2.5.11 el Relator Especial consideró dos hipótesis posibles de retiro parcial. En la primera, cuando el Estado A pasa a ser parte en una convención, puede formular reservas a dos o más artículos y posteriormente retirarlas respecto de uno de ellos; se trata de un retiro parcial sencillo. En la segunda, cuando el Estado A pasa a ser parte en una convención, puede formular una reserva a una disposición específica declarando que la aplicación de la disposición se hará de conformidad con lo dispuesto en su legislación nacional. Posteriormente, el Estado puede modificar su reserva si se ha introducido una enmienda en la legislación nacional que hace más estricta sus obligaciones en virtud de la convención.

14. En la primera hipótesis, es evidente que desaparecen las objeciones de las otras partes, puesto que ya no hay motivo para hacerlas. Sin embargo, no ocurre así en la segunda hipótesis, porque los demás Estados partes pueden considerar que, aun con la nueva legislación, la reserva afecta a la aplicación satisfactoria de la convención. El proyecto de directrices no parece tener en cuenta esas dos hipótesis.

15. El Sr. GAJA, refiriéndose al primer punto planteado por el Sr. Momtaz, dice que, por lo general, un Estado que no ha formulado ninguna objeción a una reserva no

opondrá objeciones a formular una reserva que ha sido modificada por un retiro parcial. Sin embargo, no puede decirse que un Estado no puede formular objeciones a un retiro parcial si no ha formulado objeciones a la reserva; todo depende de las consecuencias del retiro. Por ejemplo, si en el caso hipotético de un tratado de protección de los derechos de los extranjeros una de sus disposiciones establece que los extranjeros tienen derecho a poseer bienes inmuebles y un Estado formula una reserva a esa disposición, es posible que otros Estados no opongan objeciones. Sin embargo, si el Estado que formula la reserva hace un retiro parcial, señalando que el retiro de la reserva no se aplicará a nacionales del país X, el Estado afectado por el retiro parcial discriminatorio debe tener la posibilidad de objetarlo. Por lo tanto, la posibilidad de hacer objeciones en el caso de retiros parciales no debe descartarse categóricamente.

16. El Sr. Sreenivasa RAO está de acuerdo con el Sr. Gaja. El retiro parcial de una reserva puede equivaler prácticamente a una nueva reserva. No es sólo cuestión de suprimir parte de una reserva que ha sido aceptada por algunos y objetada por otros; al eliminar un elemento o al añadir otro se establece una reserva completamente nueva. Por lo tanto, al menos técnicamente, puede alegarse que una modificación debe ser tratada como una nueva reserva.

17. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que en su informe se examinó ampliamente la cuestión y sigue convencido de que la modificación de una reserva no constituye una nueva reserva. Sin embargo, ello no significa que rechace totalmente la posición del Sr. Gaja ni del ejemplo que presenta. De hecho, se pregunta si hay otros ejemplos parecidos de retiros «discriminatorios» y, aunque no cree que sea necesario incluir una disposición al respecto en el proyecto de directrices, está dispuesto a considerar esa posibilidad si se presentase una propuesta. Si se trata únicamente de retiros que tienen carácter discriminatorio la situación es clara. Sin embargo, es necesario determinar si hay otras situaciones similares en que un Estado que es víctima de un retiro parcial discriminatorio desea reaccionar.

18. La Sra. Xue mencionó dos situaciones. En la primera, el retiro parcial puede referirse a una o a varias reservas. En ese caso, la directriz 2.5.12 es muy clara y resultará aún más clara cuando se incluya al final de la oración la frase propuesta por el Sr. Galicki, que dice: «en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada». En el segundo caso, cuando el Estado agrava su reserva porque la legislación nacional se ha hecho más restrictiva con respecto a la aplicación de la convención, formula una nueva reserva para reflejarlo. Esa situación no se previó en esa parte del informe que, como ya había señalado el orador estaba incompleto porque trataba únicamente de los retiros parciales que atenuaban y no agravaban las reservas. La agravación de una reserva no se contempla en las directrices 2.5.11 y 2.5.12 del proyecto. Por lo tanto, ese es otro argumento a favor de que se mantenga la palabra «modificación» en el caso de un retiro parcial, que es una modificación que restringe el alcance de una reserva existente. Reforzar una reserva existente es una modificación que amplía el alcance de la reserva y equivale a la formulación de una nueva reserva, lo que lleva al tema de

la formulación tardía de las reservas. En el párrafo 185 del informe se aclara esa cuestión. El orador señala que los miembros de la Comisión pueden reprocharle que no haya presentado la parte final del informe que trata de la cuestión, lo que puede ocasionar malentendidos.

19. El PRESIDENTE dice que la declaración del Sr. Gaja también recuerda el caso de enmiendas a las reservas que afectan a algunos Estados en forma negativa y a otros en forma positiva, cuestión que plantea otra serie de problemas.

20. El Sr. FOMBA dice que si bien el Relator Especial subrayó en los párrafos 185 a 210 de su informe que la doctrina y la práctica revelan algunos elementos de incertidumbre con respecto a la cuestión de la modificación de las reservas, concluyó, sin embargo que «la modificación de una reserva que tenga el efecto de restringir su alcance debe someterse al mismo régimen jurídico que un retiro total» (párr. 209); y que bastaría un proyecto de directriz para dar cuenta de esa similitud de regímenes. En vista de que la diferencia entre el retiro parcial y el retiro total de una reserva no tiene que ver con el carácter de ésta sino con el grado, el orador apoya esa conclusión.

21. A la luz de los principios metodológicos establecidos por la Comisión, el orador considera alentador que la definición del retiro parcial que figura en el párrafo 2 de la directriz 2.5.11 se haya inspirado lo más fielmente posible en la definición de reserva que figura en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Sin embargo, expresa dos preocupaciones al respecto. En cuanto al fondo, observa que la definición actual tiene tres componentes, a saber: la modificación, la limitación del efecto jurídico y la aplicación más completa de las disposiciones del tratado. Como la modificación no elimina la reserva y su efecto jurídico sólo se restringe, cabe preguntarse cómo puede ésta contribuir al establecimiento del régimen jurídico del tratado de forma más completa o del tratado en su conjunto. A juicio del orador, que en la práctica no se considera muy versado en el tema del derecho relativo a las reservas, existe una contradicción entre el texto del segundo párrafo de la directriz y el contenido del párrafo 217 del informe. En cuanto a la forma, las dos expresiones siguientes: «garantizar de forma más completa la aplicación de las disposiciones del tratado» y «o del tratado en su conjunto», parecen expresar la misma idea. Por consiguiente, debe suprimirse una de ellas.

22. Con respecto a la posibilidad de aplicar las directrices 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado), 2.5.7 (Efecto del retiro de una reserva) y 2.5.8 (Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva) al caso de los retiros parciales, el Relator Especial señaló que el caso más delicado es probablemente aquel en que un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado se percató de que la reserva inicial no era válida. A ese respecto, el orador, sin entrar en la cuestión de las atribuciones del órgano de supervisión, apoya el razonamiento expuesto por el Relator Especial en los párrafos 213 y 214 de su informe.

23. En cuanto a si es útil precisar en la Guía de la práctica, y de ser así en qué forma, que el retiro parcial

constituye uno de los medios por los que el Estado o la organización internacional puede cumplir sus obligaciones si se determina que una de sus reservas es inadmisibles, el orador comparte la opinión del Relator Especial sobre la conveniencia de precisarlo simplemente en los comentarios al proyecto de directriz 2.5.4 y/o 2.5.11. El Relator Especial no expresó su posición con respecto a la segunda posibilidad, es decir, la inclusión del proyecto de directriz 2.5.11 *bis*. El orador, por su parte, dejando de lado la cuestión de la inadmisibilidad y la competencia para determinarla, no se opone a la inclusión de dicha directriz, siempre y cuando la libertad de acción del Estado no resulte afectada. Con respecto a la tercera solución, a saber, mencionar la posibilidad de un retiro parcial en el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.4 (la solución preferida por el Relator Especial, que consiste en intercalar una nueva directriz 2.5.X al final de la sección 2.5 de la Guía de la práctica), pide aclaraciones sobre la necesidad de individualizar el proyecto de directriz 2.5.11. Con esa condición, el orador podría apoyar la propuesta de fusionar los proyectos de directriz 2.5.4 y 2.5.11 *bis*, ya que el segundo párrafo de la directriz 2.5.4, al referirse simplemente al retiro de la reserva (en consonancia con la terminología de las Convenciones de Viena), deja un margen amplio para interpretar la distinción entre las reservas totales y parciales, una zona gris que se eliminaría con la inclusión de la directriz 2.5.X (Retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado). Sin embargo, en ese caso el proyecto de directriz 2.5.11 debe mantenerse.

24. El orador está de acuerdo con la conclusión del Relator Especial expresada en los párrafos 218 y 219 con respecto a la suerte de las objeciones en el caso de un retiro parcial. Ese razonamiento parece ser lógico y práctico, así como el proyecto de directriz 2.5.12, que tiene también la ventaja de reproducir la terminología del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. A reserva de cualquier otra aclaración que se proporcione, propone que las directrices 2.5.11 y 2.5.12 sean remitidas al Comité de Redacción.

25. El Sr. DAOUDI dice que debe preferirse la «versión larga» de la directriz 2.5.6 (Comunicaciones del retiro de reservas) porque facilita el uso de la Guía de la práctica, pero que la Comisión debe volver a examinar la cuestión cuando se disponga del texto completo de la Guía. En el segundo párrafo de la directriz 2.5.6 *bis* (Procedimiento de comunicación del retiro de reservas) debe mencionarse que la fecha del correo electrónico o del telefax corresponde a la fecha de retiro de la reserva y no a la fecha de la confirmación, a fin de armonizar la disposición con la propuesta del Comité de Redacción al respecto aprobada por la Comisión (2734.^a sesión).

26. En cuanto a la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva, el orador apoya la posición del Relator Especial con respecto al principio consagrado en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Esa disposición se reproduce en su totalidad en la directriz 2.5.9 (Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva). Asimismo, apoya las tres cláusulas tipo propuestas con objeto de reflejar la práctica del Estado y atenuar en ciertas ocasiones la aplicación del requisito con respecto a la fecha en que surte efecto el

retiro. Esas cláusulas y otras cláusulas tipo deben incorporarse en un anexo de la Guía de la práctica.

27. Sin embargo, en el párrafo 173 del informe, el Relator Especial consideró que el principio establecido en el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se aparta del derecho común, según el cual, a juicio del Relator Especial, un acto relativo a un tratado produce efectos a partir de la fecha de su notificación al depositario. Para fundamentar esa interpretación, el Relator Especial se refirió al apartado *b* del artículo 78 de la Convención de Viena de 1969 y al fallo de la CIJ en el caso *Droit de passage sur territoire indien*, en relación con las declaraciones facultativas de aceptación de su competencia obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 36 del Estatuto de la Corte. A este propósito, desea subrayar que, según lo establecido en el artículo 78 de la Convención de Viena de 1969 y en el artículo 79 de la Convención de Viena de 1986, el derecho común dispone que una notificación o comunicación produce efectos respecto del Estado a que está destinada únicamente si ese Estado la ha recibido del Estado que hace la reserva o ha sido informado de ella por el depositario. La jurisprudencia de la Corte confirma ese principio. Los artículos pertinentes de las Convenciones de Viena comienzan con una frase que permite a los Estados renunciar a la aplicación del derecho común, a saber: «Salvo cuando el tratado o la presente Convención dispongan otra cosa [...]». Por consiguiente, el Artículo 36 del Estatuto de la Corte, en el que se establece que una declaración facultativa surte efecto a partir de su recepción por el Secretario General en su calidad de depositario, es una excepción a la aplicación del derecho común.

28. El proyecto de directriz 2.5.7 debe quizás comenzar con una frase que diga, por ejemplo: «A menos que sigan vigentes otras reservas [...]», de modo que refleje la idea expresada por el Relator Especial en el párrafo 183 de su informe.

29. El Sr. MANSFIELD pide al Relator Especial que aclare cuál es su intención con respecto a las directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis*. Reitera su opinión de que la formulación de la directriz 2.5.4 es demasiado resumida y, en esas condiciones, no puede remitirse aún al Comité de Redacción. En la sesión anterior, el Sr. Koskenniemi señaló que una amplia gama de organismos tenían interés en hacer comentarios sobre las reservas y que, si bien algunos de ellos estaban facultados para declarar una reserva nula y sin valor, otros creaban obligaciones para el Estado que hacía la reserva, e incluso otros formulaban conclusiones que sólo equivalían a una recomendación. En su opinión, ese análisis es correcto. Sin embargo, otros miembros consideran que los efectos de la directriz 2.5.4 van más allá de esos casos. Por ejemplo, el Sr. Yamada se refirió a las medidas adoptadas recientemente por la Comisión Ballenera Internacional en relación con la reserva hecha por Islandia (2737.^a sesión, párr. 5). Si bien es evidente que la Comisión Ballenera Internacional no es un órgano de control en el sentido de la directriz 2.5.4, la polémica que se plantea en ese caso, es decir, si la reserva en cuestión y la acción de una mayoría están contempladas en las disposiciones del párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, ilustra la complejidad de la cuestión y confirma su opinión de que la formulación

del texto actual es demasiado general para que pueda ser útil. El Sr. Koskeniemi también hizo una importante observación en el sentido de que quizá fuera mejor que esas cuestiones figuraran bajo el título general relativo a la inadmisibilidad, en lugar de en la sección sobre el retiro de esas reservas. Cabe preguntarse si el Relator Especial tiene la intención de presentar a la Comisión una nueva formulación de la directriz 2.5.4 en el contexto de la inadmisibilidad o si considera que esa labor corresponde al Comité de Redacción.

30. El Sr. BROWNLIE dice que no está convencido de que el problema pueda solucionarse sencillamente clasificándolo como una cuestión de admisibilidad, aunque es evidente que coincide con ella. La función de los órganos de control debe examinarse por separado. Su propia sugerencia, que no fue objeto de comentario alguno, ni a favor ni en contra, era que el Relator Especial debía considerar la posibilidad de prever lo que en un contexto más formal se describiría como una condición. Aunque una condición como tal sería anómala en el contexto de las directrices, su equivalente, *mutatis mutandis*, parece ser una opción viable.

31. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, a raíz de un malentendido, preparó conclusiones preliminares únicamente para los primeros dos grupos de directrices presentados, a saber, las directrices 2.5.1 a 2.5.6 *ter*, con excepción de la directriz 2.5.4, que examinaría hasta el final del debate, supuestamente en la sesión siguiente.

32. Como tuvo la oportunidad de comentar la semana anterior, el tema de la formulación de reservas, en sentido lato es, si no ingrato, sin duda bastante austero y técnico. Sin embargo, la Comisión presta a la comunidad internacional un servicio más importante tratando de codificar normas técnicas de ese tipo, que responden a una necesidad real, en lugar de discutir cuestiones teóricas y de doctrina. En todo caso, con excepción de las directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis*, que retomará de la próxima sesión, no hay posibilidades de que las 17 directrices que propuso den lugar a una situación de ese tipo.

33. En general, el debate se centró en temas muy concretos y no planteó problemas insuperables de principio. La opinión general parecía apoyar muy claramente la remisión del conjunto de directrices del proyecto (siempre con la exclusión de la directriz 2.5.4 así como de la directriz 2.5.11 *bis*, respecto de las cuales adoptaría una decisión definitiva en la sesión siguiente) al Comité de Redacción para su examen en el período de sesiones siguiente.

34. Antes de examinar las directrices una por una, el Relator Especial tratará de responder a algunas preocupaciones generales manifestadas por los miembros. Cabe reiterar que el objetivo de la Guía de la práctica es recoger no una compilación de normas de carácter obligatorio sino un «código de prácticas recomendadas» que no tengan fuerza obligatoria, una cuestión que quizás con el tiempo pueda reflejarse en el cambio de título. Sin embargo, no hay motivos para no dedicarse a su redacción de la forma más cuidadosa y rigurosa posible, puesto que deberán servir de guía para la práctica de los Estados. Además, es evidente que las normas que figuran en algunas de las directrices en realidad son obligatorias, no por el hecho de

figurar en la Guía de la práctica, sino porque son normas consuetudinarias o porque han sido transpuestas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, por lo tanto, tienen carácter obligatorio. Ello ilustra la diferencia entre el valor jurídico de una norma y de una fuente.

35. El Sr. Pambou-Tchivounda preguntó si era importante incorporar textualmente disposiciones de las Convenciones de Viena en la Guía de la práctica. La respuesta del Relator Especial a esa pregunta es categóricamente afirmativa. Esa práctica se adoptó para un gran número de directrices, entre ellas la directriz 1.1 sobre la definición de reservas, por las razones de peso mencionadas por el Sr. Momtaz y el Sr. Comissário Afonso, a saber: la importancia de la Guía de la práctica resultará gravemente comprometida si los usuarios no pueden encontrar en ella respuestas a todas sus preguntas generales. Si bien es cierto que las Convenciones de Viena no están completas y que algunas veces son ambiguas, son el punto de partida inevitable para cualquier práctica en materia de reservas y, de hecho, sería extraño no hacer referencia a ellas al compilar una Guía de la práctica. Una mera referencia a las Convenciones de Viena obligaría a los usuarios a consultar constantemente tres instrumentos y plantearía también problemas técnicos para los Estados y las organizaciones que no son Partes en esas Convenciones. Por consiguiente, resulta más sencillo, lógico, conveniente, práctico y útil transponer las disposiciones pertinentes en su totalidad.

36. Algunos oradores se han referido otra vez a decisiones adoptadas ya por la Comisión. Por ejemplo, la Sra. Escaraméia, la Sra. Xue y el Sr. Kateka expresaron dudas sobre la sensatez de la solución propuesta en la directriz 2.5.6 *bis* relativa a la comunicación del retiro de una reserva por correo electrónico y sus efectos. El orador señala que le gusta *La Odisea*, pero no está dispuesto a desempeñar el papel de Penélope; como recordó el Sr. Daoudi al comienzo de la sesión, la Comisión adoptó, por suerte o por desgracia, una posición con respecto a la directriz 2.1.6, y sería totalmente contradictorio no adoptar la misma solución en la directriz 2.5.6 *bis*. A ese respecto, pide a los miembros que no pongan en tela de juicio soluciones que ya han sido adoptadas, a menos que, naturalmente, salga a la luz algún error esencial. Si la Comisión se dedica continuamente a deshacer lo tejido nunca podrá concluir su labor.

37. Con respecto a las directrices propiamente dichas, la 2.5.1 (Retiro de las reservas) no parece plantear verdaderos problemas aparte de la cuestión sustentada por el Sr. Pambou-Tchivounda. La única sugerencia de la que ha tomado nota es la del Sr. Galicki, quien propuso suprimir las palabras «Salvo que el tratado disponga otra cosa». En principio el Relator Especial está de acuerdo en que la enmienda es útil y él mismo hizo una observación en ese sentido en el párrafo 86 de su informe y en su presentación oral. Sin embargo, esa expresión figura en el párrafo 1 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que se reproduce en su totalidad en la directriz 2.5.1; además, es innecesario y podría ser peligroso formular nuevamente esa disposición. El principio rector debe consistir en mantener las disposiciones de Viena a menos que haya razones imperiosas para apartarse de ellas.

38. Con respecto a la directriz 2.5.2 (Forma del retiro), el Sr. Galicki señaló también que debía facilitarse en la mayor medida posible el retiro de las reservas, opinión con la que el Relator está de acuerdo en principio. Sin embargo, se pregunta cómo puede lograrse. Del mismo modo en que, como dijo Alfred de Musset, «una puerta debe estar abierta o cerrada», una reserva o el retiro de ésta debe hacerse por escrito o verbalmente. Las directrices 2.1.1 (Forma escrita) y 2.5.2 exigen que se haga por escrito; no hay solución intermedia, y la seguridad de las relaciones jurídicas (y en menor medida el principio del paralelismo de formas) exigen la forma escrita, especialmente porque el retiro de una reserva es el medio por el que se hace pleno el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, lo que debe ser un acto formal.

39. Sin embargo, la Sra. Xue sugirió que se incluyera en la directriz 2.5.2 o, lo que resulta más discutible, en la directriz 2.5.10 la frase siguiente: «Cuando el Estado que formula la reserva presenta una notificación por escrito del retiro de su reserva, debe actuar de conformidad con ese retiro incluso antes de que los demás Estados partes hayan recibido la notificación». Esa propuesta parece ser más aceptable que la formulación presentada anteriormente. A primera vista no parece haber ningún inconveniente en que un Estado quede obligado por el retiro de una reserva a partir del momento de la notificación. Sin embargo, el Relator Especial, después de reflexionar, considera que la propuesta de la Sra. Xue plantea un problema grave. Un tratado es un acuerdo que presupone la conciliación de dos o más posiciones en un momento determinado sobre un texto *único*. No parece ser en absoluto conveniente que el Estado A quede obligado por todo el tratado a partir de la fecha del retiro de una reserva, mientras que el Estado B queda obligado por todo el tratado en sus relaciones con el Estado A hasta dos o más días después de esa fecha. Los Estados pueden quedar obligados únicamente como grupo y por un texto único, pero la propuesta de la Sra. Xue separaría esos dos tipos de obligaciones. Aunque la propuesta se haya formulado en el condicional, como lo redactó la Sra. Xue, podría crear complicaciones innecesarias y, por lo tanto, no puede estar de acuerdo con ella.

40. Otra cuestión acerca del proyecto de directriz 2.5.2 planteada por el Sr. Momtaz recuerda otra anterior del Sr. Pambou-Tchivounda; a saber, lo que sucede si en la práctica un Estado aplica una disposición respecto de la cual hizo una reserva. En opinión del Relator, el problema va más allá del ámbito de las reservas y se acerca al nuevo tema de investigación en la Comisión, es decir, la fragmentación del derecho internacional. El problema consiste en determinar qué obligación se impone en caso de que haya obligaciones contradictorias; a saber, las obligaciones contraídas en virtud del tratado y las que asume el Estado en la práctica, supuestamente mediante algún tipo de acto unilateral. El Relator no está convencido de que el problema deba tratarse en la Guía de la práctica, aunque quizá sea necesario extenderse sobre lo que dijo con respecto a las reservas implícitas. Sin embargo, si la Comisión considera importante incluir un proyecto de directriz basado en la sugerencia del Sr. Momtaz, no tendrá ningún inconveniente en ello.

41. Por último, señala que el Sr. Chee lo acusó de ser incoherente, de haber indicado primero que el retiro de una reserva debe hacerse siempre por escrito, y de haber

fomentado el debate sobre las reservas implícitas. Sin embargo, niega esa acusación: la cuestión de las reservas implícitas fue planteada sólo en teoría y manifestó claramente que la propuesta era inconcebible.

42. Con respecto al proyecto de directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas), se complace sobremedida en la reacción de la Comisión ante una propuesta tan inusual. Sus temores, suscitados por la actitud conservadora de la Comisión en situaciones anteriores, habían sido manifiestamente infundados. Según parece, la directriz ha sido bien recibida por todos, incluso con entusiasmo, y las propuestas concretas que se formularon podrán ser estudiadas por el Comité de Redacción. El Sr. Pambou-Tchivounda expresó dudas con respecto a la inclusión de esa disposición en la parte de la Guía de la práctica relativa al procedimiento y, desde el punto de vista lógico, tiene razón, aunque el propio Relator Especial considera que es conveniente fusionar en la sección 2.5 todo lo relativo al retiro de las reservas. La Sra. Escameia expresó el deseo de que se incluyera una referencia a las peticiones de los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados, pero en ese caso, se podrían mencionar también las peticiones de la Asamblea General y de los órganos regionales. Como la mayoría de los miembros de la Comisión se muestran muy reticentes respecto del tema de los órganos de supervisión de la aplicación de los tratados, es poco probable que la propuesta tenga una amplia aceptación.

43. El Sr. Tomka, apoyado por el Sr. Yamada, estuvo de acuerdo con la directriz 2.5.3 pero expresó su deseo de que se insistiera en el aspecto recomendatorio comenzando la oración con las palabras: «Se recomienda que los Estados [...]». Corresponde al Comité de Redacción tomar una decisión sobre esa propuesta, aunque el Relator Especial no está convencido de su utilidad. En su opinión resulta poco elegante y de hecho es redundante, puesto que la Guía de la práctica en sí consiste en una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados.

44. El Sr. Tomka, nuevamente, pero apoyado por el Sr. Momtaz y el Sr. Mansfield, sugirió que se suprimiera la última oración del párrafo 2 por la referencia que hace a la evolución del derecho interno. Sin embargo, si el examen de las reservas es esencial, es precisamente por esa evolución, e insiste en que es útil hacer referencia a ella por ser la situación fundamental respecto de la cual puede determinarse objetivamente si las reservas han quedado obsoletas y no sólo considerarlas inconvenientes desde el punto de vista político. Sin embargo, en este caso también le corresponde al Comité de Redacción tomar la decisión.

45. Como indicó anteriormente, el Relator Especial no se referirá al proyecto de directriz 2.5.4. Con respecto a las directrices 2.5.5 (Competencia para retirar una reserva en el plano internacional) y 2.5.6 y sus variantes, se había expresado apoyo en cierta medida a su preferencia por aplicar dos criterios distintos. En realidad, la versión más extensa del proyecto de directriz 2.5.5 es mejor que la otra, porque no es posible transponer en su totalidad las normas sobre la formulación de reservas; ello puede hacerse solamente *mutatis mutandis*. Sin embargo, en el caso del proyecto de directriz 2.5.6, esa distinción no se aplica. Prácticamente todos los oradores que se refirieron

a la cuestión al parecer prefirieron la versión más extensa de ambos proyectos de directrices, salvo el Sr. Galicki, quien estaba a favor de las versiones más breves, así como de la elaboración de un solo proyecto de directriz para la formulación y el retiro de las reservas, y sin duda también para hacer objeciones a éste. Según el Sr. Kemicha, eso sería necesario si la Comisión estuviera elaborando una convención, pero no era el caso. Para facilitarle la labor a los futuros usuarios de la Guía de la práctica, el tema debe tratarse por separado aunque ello implique una repetición. En todo caso, conviene esperar hasta la segunda lectura del proyecto antes de adoptar una posición respecto del planteamiento presentado por el Sr. Galicki. Una vez que se disponga del proyecto completo podrá determinarse con más claridad la mejor forma de ayudar al usuario a consultar el texto.

46. En cuanto al fondo, los dos proyectos de directrices fueron objeto de muy pocas críticas y de algunas propuestas concretas. El Relator Especial señala a la atención una omisión en el encabezamiento del proyecto de directriz 2.5.6 *bis* del texto francés; deben añadirse al final de la última palabra, *réserve*, las palabras *est transmise*.

47. El Relator concluirá su resumen del debate en la sesión siguiente y se centrará en las directrices 2.5.7 a 2.5.12 y 2.5.4 y 2.5.11 *bis* del proyecto.

Cooperación con otros organismos (*continuación**)

[Tema 11 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DE LA ORGANIZACIÓN CONSULTIVA JURÍDICA ASIÁTICO-AFRICANA

48. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Wafik Kamil, Secretario General de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO) y lo invita a hacer uso de la palabra ante la Comisión.

49. El Sr. KAMIL (Observador de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana) felicita a todos los que fueron elegidos miembros de la Comisión desde 2001 y expresa su confianza en que su contribución promoverá la labor de la Comisión. La AALCO concede una gran importancia a los vínculos que mantiene con la Comisión desde hace mucho tiempo. Uno de sus principales objetivos es estudiar las cuestiones que está examinando la Comisión a fin de presentarle las opiniones de sus Estados miembros al respecto. A lo largo de los años esa práctica ha permitido forjar vínculos más estrechos entre los dos organismos y se ha establecido la costumbre de que cada uno esté representado en el período de sesiones anual del otro. El orador expresa su agradecimiento al Sr. Yamada por haber representado a la Comisión en el 41.º período de sesiones anual de la AALCO, celebrado en Abuja del 15 al 20 de julio de 2002, y al Sr. Momtaz y al Sr. Simma por haber hecho contribuciones valiosas a las deliberaciones. La AALCO, por su parte, agradece la presencia de representantes de la Comisión en sus períodos de sesiones anuales.

50. En el 41.º período de sesiones de la AALCO se examinaron como mínimo 15 temas sustantivos; uno de ellos fue la labor realizada por la Comisión en su 53.º período de sesiones. En términos generales, los delegados acogieron con satisfacción la conclusión y la aprobación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos⁴. La mayoría de los delegados reconocieron que el proyecto era equilibrado y reflejaba fielmente el derecho internacional consuetudinario. Un delegado consideró que el proyecto hacía hincapié en la codificación más que en la introducción de elementos para el desarrollo progresivo del derecho internacional. Si bien es cierto que la codificación tiene la ventaja de hacer más aceptable para los Estados el proyecto de artículos, los elementos del desarrollo progresivo del derecho internacional, como el concepto de las violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas del derecho internacional y la invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado, pueden generar nuevos debates. En general, los delegados consideraron que el proyecto de artículos era el mejor resultado que se podía obtener después de casi 50 años de una ardua labor. Apoyaron por unanimidad la decisión de la Asamblea General de tomar nota del proyecto de artículos e incluir el tema en el programa de su quincuagésimo noveno período de sesiones⁵. Entretanto, los Estados tendrían tiempo para reflexionar sobre las disposiciones, y la práctica de los Estados podría desarrollarse.

51. Algunos delegados expresaron la preocupación de que el concepto de violaciones graves de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas del derecho internacional general pudiera ser objeto de polémica, ya que los artículos no aclaraban quién debía determinar si un hecho internacionalmente ilícito constituía una violación grave. La decisión de suprimir toda referencia a la expresión «delitos internacionales» fue acogida con satisfacción, y se consideró que ello no debilitaba los artículos. Se expresó la opinión de que los ejemplos de normas imperativas presentados en el comentario eran únicamente indicativos; su contenido exacto y las condiciones necesarias para considerarlas normas imperativas quedaban por debatir. Por consiguiente, el concepto debía estudiarse detenidamente sobre la base del desarrollo ulterior de la práctica de los Estados.

52. Con respecto a las consecuencias de una violación grave, se acogió con satisfacción la obligación impuesta a los Estados de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación y a no reconocer como lícita la situación creada, ni prestar ayuda o asistencia para mantenerla. Se tomó nota con reconocimiento de la omisión de toda referencia a la expresión «daños punitivos» y de la simplificación de la estructura de las disposiciones relativas a las consecuencias de las violaciones graves de las obligaciones.

53. Un delegado expresó satisfacción por los límites dentro de los cuales un Estado distinto del Estado lesionado tiene derecho a invocar la responsabilidad. Sin embargo, otros reconocieron que todo Estado distinto

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

⁵ Véase la resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

* Reanudación de los trabajos de la 2730.ª sesión.

del Estado lesionado podía expresar su preocupación en alguna forma adecuada o pedir que el Estado responsable pusiera fin al hecho ilícito. Pero se expresaron dudas con respecto a la conveniencia de elevar esos actos al nivel de la responsabilidad jurídica de los Estados.

54. En opinión de varios delegados, la incertidumbre de los conceptos de la obligación frente a la comunidad internacional en su conjunto y la obligación de proteger intereses colectivos puede generar situaciones de abuso. En particular, el período de frase del apartado *b* del párrafo 2 del artículo 48 que dice «los beneficiarios de la obligación violada» confiere a terceros Estados un derecho amplio y excesivo y, por lo tanto, podría dar lugar a controversias.

55. En general, los delegados expresaron satisfacción por el sistema de contrapesos incorporado en el proyecto de artículos a fin de evitar que se abuse de las contramedidas. Al mismo tiempo, advirtieron que no se debía aumentar el número de Estados con derecho a tomar contramedidas ni introducir el concepto de «contramedidas colectivas». Sin embargo, como la determinación unilateral de la legitimidad de las contramedidas favorece a los Estados poderosos, algunos delegados se sintieron decepcionados porque, según el proyecto de artículos, corresponde al Estado que toma las contramedidas determinar si el hecho es ilícito. A ese respecto, se subrayó la necesidad de establecer vínculos entre las contramedidas y la solución obligatoria de controversias.

56. Las contramedidas deben ser reversibles y no deben infligir daños graves o irreparables al Estado responsable. Por esa razón un delegado consideró que la lista de contramedidas prohibidas debió haber sido más exhaustiva e incluir otras dos obligaciones, a saber: la prohibición de toda medida restrictiva económica o política que afecte a la libre determinación, la integridad territorial o la independencia política; y la prohibición de contramedidas que impidan a los Estados responsables el acceso a mercados para los productos de exportación que constituyen su principal fuente de ingreso.

57. El orador desea manifestar a la comisión el agradecimiento de la AALCO por haber concluido con éxito la labor sobre el tema, y su profundo agradecimiento a todos los relatores especiales por su contribución a la elaboración del proyecto de artículos.

58. La AALCO felicita a la Comisión, al Relator Especial y a sus predecesores por haber concluido con éxito la labor relativa al proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas⁶. Muchos delegados consideraron que la elaboración del proyecto era un paso adelante en el ámbito del derecho ambiental internacional. Se estimó que el proyecto podía servir de base sólida para la elaboración de una convención marco de cooperación y reglamentación a nivel internacional, y de guía práctica para la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales sobre aspectos concretos de la protección del medio ambiente. Los principios relativos a la participación del público, la no discriminación y la solución de controversias son inherentes al desarrollo progresivo del derecho internacional. Como

la práctica de los Estados con respecto a esas cuestiones varía de una región a otra, el proceso de elaboración de normas universales podría ser largo. Por último, teniendo en cuenta la relación que existe entre la prevención y la responsabilidad, algunos delegados instaron a la Comisión a que acelerara el proceso de examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad.

59. Con respecto al tema de las reservas a los tratados, los delegados en general se opusieron a la aceptación de reservas formuladas tardíamente, en aras de la estabilidad y la integridad de los tratados. En casos excepcionales, en que se permiten las reservas formuladas tardíamente, la Guía de la práctica debía reglamentar la cuestión y aclarar las condiciones que se aplican a la práctica así como el procedimiento que ha de seguirse para aceptar o denegar las reservas formuladas tardíamente.

60. No hubo consenso respecto de las declaraciones interpretativas condicionales. Según una opinión, éstas eran reservas de otro tipo y, por lo tanto, no debían tratarse como una categoría distinta de reservas. Según otra opinión, las declaraciones interpretativas condicionales, a diferencia de las declaraciones interpretativas sencillas, limitaban o modificaban el efecto de los artículos del tratado respecto de un Estado parte y, de ese modo actuaban como reservas a los tratados. Por lo tanto, debía hacerse una distinción entre las declaraciones interpretativas condicionales y las declaraciones interpretativas sencillas, sin establecer normas distintas para la primera categoría, y ambas deben estar sujetas al mismo régimen jurídico relativo a las reservas.

61. Se consideró que la función del depositario no debía ir más allá de lo que se prevé en la Convención de Viena de 1969. De conformidad con los apartados *d* y *e* del párrafo 1 del artículo 77 de la Convención, el depositario puede examinar si la reserva se ha formulado debidamente para determinar si se cumple con las normas pertinentes, pero no es un intérprete del texto del tratado ni un juez para determinar si un Estado cumple con el tratado. Por lo tanto, no se debe conceder al depositario la facultad de examinar la admisibilidad de las reservas ni de negarse a comunicarlas a los Estados interesados.

62. En cuanto al tema de la protección diplomática, se expresó apoyo a la opinión de que la norma de la nacionalidad continua debía mantenerse como norma básica de la protección diplomática, aunque podían admitirse excepciones en los casos en que las personas cambiaban involuntariamente de nacionalidad y, como consecuencia de ello, ningún Estado podía darles protección diplomática. Con respecto a la norma del agotamiento de los recursos internos, un delegado señaló que en el proyecto de artículo 10 presentado por el Relator Especial en su segundo informe⁷ no se especificaban los criterios para determinar si se habían agotado esos recursos. Además, para las víctimas de violaciones generalizadas de los derechos humanos sería una carga muy onerosa tener que exigir que se agoten todos los recursos internos disponibles. Otro delegado indicó que la presentación de una reclamación internacional por un daño directo al Estado mismo y no a uno de sus nacionales no estaba comprendida en la protección diplomática y que la norma del agotamiento

⁶ Véase 2724.ª sesión, nota 2.

⁷ Véase 2712.ª sesión, nota 15.

de los recursos internos no era pertinente. Por lo tanto, la norma que figuraba en el proyecto de artículo 11⁸ era innecesaria.

63. Varios delegados se refirieron a la necesidad de establecer una distinción entre la protección diplomática de las empresas y de los accionistas. Se ha convenido en que sólo el Estado cuya nacionalidad haya adquirido la empresa mediante la constitución o la inscripción en ese Estado tendrá el derecho de dar protección diplomática a la empresa. No corresponde al Estado del que son nacionales los accionistas de la empresa ejercer la protección diplomática frente al Estado en el que se constituye la empresa. Por otra parte, si un accionista resulta lesionado por un hecho ilícito del Estado en que se ha constituido la empresa, el Estado de que es nacional el accionista tiene el derecho de darle protección diplomática. Sin embargo, esto corresponde al ámbito de la protección diplomática de las personas y no de las empresas.

64. Con respecto al tema de los actos unilaterales, los delegados consideraron que, a pesar de su utilidad teórica, la clasificación hecha por el Relator Especial de los actos unilaterales, basada en el criterio de los efectos jurídicos, podría no ser viable en la práctica. Se sugirió que el proyecto de artículos se dividiera en tres partes: una sección general; una sección sobre normas relativas a actos en virtud de los cuales el Estado contrae una obligación; y una sección sobre las normas relativas a actos en virtud de los cuales el Estado reafirma su derecho. Se consideró que la Comisión debía centrarse, de momento, en la formulación de normas generales aplicables a todos los actos unilaterales. Si bien los delegados en general reconocieron la importancia de interpretar los actos unilaterales, consideraron que no era el momento adecuado para examinar la cuestión; el tema podía examinarse una vez que se determinara el alcance y la definición de los actos unilaterales. Sin embargo, se convino en que para la formulación de normas sobre la interpretación se utilizarían como punto de referencia las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969. Al interpretar esas disposiciones, debían tenerse en cuenta las circunstancias particulares para examinar la verdadera intención de un Estado, así como las características especiales del acto unilateral propiamente dicho. En el período de sesiones se aprobó una resolución en la que se instaba a los Estados miembros de la AALCO a que respondieran a las preguntas de la Comisión sobre los temas de las reservas a los tratados y la protección diplomática.

65. Otros de los temas que se examinaron en el período de sesiones celebrado en Abuja son los siguientes: el terrorismo internacional; la condición de los refugiados y el trato que se les da; la deportación de palestinos y otras prácticas israelíes como la inmigración masiva y el asentamiento de judíos en todos los territorios ocupados, en violación del derecho internacional, en particular el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949; la aplicación extraterritorial del derecho interno, con referencia a las sanciones impuestas contra terceros; el seguimiento a la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional; la Conferencia

de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; las actividades legislativas de los organismos de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales que se ocupan del derecho mercantil internacional; la OMC como acuerdo marco y código de conducta para el comercio mundial; y el establecimiento de medios de cooperación para luchar contra la trata de mujeres y niños. La AALCO, en cooperación con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, también organizó una reunión especial de un día sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo.

66. La AALCO ha seguido examinando el tema de la protección jurídica de los trabajadores migrantes desde que se incluyó en el programa de su 35.º período de sesiones. Además, en su 40.º período de sesiones celebró, en cooperación con la OIM, una reunión especial de un día para tratar los problemas de la migración. Al final de esa reunión se aprobó una resolución en la que se encomendaba al Secretario General el mandato de preparar, en colaboración con la OIM, un acuerdo regional tipo entre los Estados de origen y de destino de la migración. La secretaría de la AALCO preparó el acuerdo y lo presentó a los Estados miembros para su examen. En el programa del 41.º período de sesiones se incluyeron los dos temas nuevos siguientes: la elaboración de un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, y los derechos humanos en el islam. El informe completo del 41.º período de sesiones será enviado a la Comisión lo antes posible.

67. La AALCO, como organismo intergubernamental integrado por 45 Estados de Asia y África, desempeña una labor singular en el examen y la formulación de las respuestas de los países de la región a los nuevos problemas que se plantean en el derecho internacional. El alcance, cada vez mayor, de su programa de trabajo es una muestra de su buena disposición para hacer frente a esas dificultades. Como organización intergubernamental que mantiene una relación de cooperación con la Comisión, la AALCO considera que esa relación debe intensificarse aún más. Por lo tanto, como a menudo resulta imposible examinar a fondo cuestiones jurídicas importantes en ocasiones formales, el orador reitera la propuesta que formuló el año anterior de celebrar conjuntamente un seminario o un curso práctico. A pesar de las graves limitaciones financieras de ambos, los beneficios de ese ejercicio superarían a las dificultades. El seminario podría centrarse en uno de los temas que se encuentran actualmente en la etapa inicial de examen o debatir los temas propuestos en relación con el programa de la Comisión a largo plazo. En cuanto a otro tipo de cooperación futura, la secretaría de la AALCO seguirá preparando notas y observaciones sobre los temas sustantivos que la Comisión examina, con el objeto de prestar asistencia a los representantes de los Estados miembros de la AALCO ante la Sexta Comisión en sus deliberaciones sobre el informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones. El orador invita a todos los miembros de la Comisión a participar en el 42.º período de sesiones de la AALCO que se celebrará en 2003, probablemente en la República de Corea.

68. El PRESIDENTE dice que la declaración del observador de la AALCO demuestra la amplitud de intereses

⁸ *Ibid.*

de esa Organización. Destaca que, si bien la AALCO no siempre llega a las mismas conclusiones que la Comisión, plantea las mismas preguntas y, para los abogados, las preguntas son casi tan importantes como las respuestas.

69. El Sr. MOMTAZ dice que la declaración del observador de la AALCO se basa sin duda en el detallado informe sobre el período de sesiones de la AALCO, preparado por el equipo de abogados que trabajan con el Secretario General. El informe, al cual tuvo acceso, contiene información detallada y muchas ideas, a veces críticas, sobre el trabajo de las organizaciones internacionales. Señala que es una lástima que esa gran cantidad de material no pueda distribuirse más ampliamente y se pregunta si el Secretario General podría poner el informe a disposición de la Comisión, en particular cuando trata de temas que se están examinando en la Comisión, como los actos unilaterales de los Estados, las reservas a los tratados o la protección diplomática. Le ha impresionado también el hecho de que en el informe de la AALCO se incluya un resumen sumamente útil de la jurisprudencia del TIDM.

70. El Sr. YAMADA dice que asistió junto con el Sr. Momtaz y el Sr. Simma al período de sesiones de la AALCO. La Comisión sin duda se beneficiará mucho de una mayor cooperación con la AALCO en su labor de codificación. El observador de la AALCO omitió uno de los temas examinados en el período de sesiones, a saber, las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, respecto del cual varios Estados miembros de la AALCO manifestaron interés en la Sexta Comisión, sobre la base del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 43.º período de sesiones, en 1991⁹. Con respecto a la propuesta del observador de la AALCO de celebrar un seminario conjunto, como primera medida, convendría extender la reunión ordinaria de los asesores jurídicos de los Estados miembros de la AALCO durante la Asamblea General, a fin de promover el diálogo entre la AALCO y la Comisión. Ambas partes se beneficiarían de ello. El orador estaría dispuesto a colaborar en la preparación de esa reunión.

71. La Sra. XUE dice que el éxito del 41.º período de sesiones de la AALCO, el único órgano jurídico interregional para Asia y África, puso de relieve la importancia de los acontecimientos en esas regiones y su participación más activa en el desarrollo del derecho internacional. La AALCO y la Comisión tienen mucho en común, y la colaboración entre ambos será de gran utilidad. La oradora apoya la petición del Sr. Momtaz de que el informe de la AALCO sea distribuido a los miembros de la Comisión. Con respecto a la celebración de seminarios conjuntos, si bien reconoce que la sugerencia del Sr. Yamada tiene sentido, también se pregunta hasta qué punto la AALCO consideraría la posibilidad de invitar a miembros de la Comisión a participar en los seminarios que esa organización ya celebra por su cuenta. La organización de un seminario conjunto puede tener importantes consecuencias financieras. Sin embargo, ella también estaría dispuesta a ayudar de alguna manera.

72. El Sr. SIMMA subraya que la AALCO es la única organización intergubernamental del mundo que se ocupa

únicamente del desarrollo del derecho internacional; todos los otros órganos que se ocupan del tema son subsidiarios de órganos más grandes. Por lo tanto, la cooperación entre la AALCO y la Comisión debe fomentarse. El orador observó que en el 41.º período de sesiones de la AALCO, varios Estados africanos de habla francesa habían tenido dificultades para participar, y se pregunta si existe la posibilidad de que la Organización Internacional de la Francofonía les preste ayuda. En cuanto a la sugerencia sobre los seminarios conjuntos, apoya las propuestas del Sr. Yamada y la Sra. Xue. Varios miembros de la CDI participan en la Sexta Comisión, y cualquier reunión que se celebre entre ellos y los representantes de la AALCO no debe ser excesivamente formal. Por último, está de acuerdo con la petición de que el informe del período de sesiones de la AALCO sea distribuido a los miembros de la Comisión, al menos por lo que respecta a temas que la Comisión esté examinando.

73. El Sr. DUGARD expresa su agradecimiento a la AALCO por haberse referido a la posibilidad de examinar en el futuro el tema de la protección diplomática que, como Relator Especial, considera más útil que la crítica a proyectos de artículo ya aprobados. Sin embargo, está satisfecho con el apoyo recibido con respecto a la necesidad de mantener los principios amplios del asunto *Barcelona Traction*.

74. El Sr. KAMIL (Observador de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana) dice que con el mayor agrado atenderá la petición del Sr. Momtaz y de otros de distribuir el informe de la AALCO sobre su período de sesiones, en la medida en que está relacionado con la labor de la Comisión. Con respecto a los seminarios conjuntos, se inclina a sugerir que se combinen ambas posibilidades; es decir, la reunión de asesores jurídicos podría utilizarse para examinar temas de interés para la Comisión y la AALCO; y la AALCO haría todo lo posible por invitar a los miembros de la Comisión a participar en los seminarios que celebre durante los períodos entre sesiones.

75. El Sr. PELLET dice que, si bien lamenta tener que introducir un elemento negativo en el debate, le preocupa hasta cierto punto la idea de que miembros independientes de la Comisión trabajen con los Estados que integran la AALCO. Esa combinación podría ser volátil.

76. El Sr. Sreenivasa RAO dice que si el debate se celebra con toda franqueza los resultados valdrían la pena. Agradece a la AALCO su apoyo a la Comisión y la insta a buscar nuevos criterios y técnicas de coordinación en aras del objetivo fundamental de la codificación del derecho internacional.

77. El Sr. KAMIL (Observador de la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana) dice que la contribución de los miembros de la Comisión consistirá en expertos, cuyo conocimiento de ciertos temas no haría más que enriquecer las deliberaciones de la AALCO.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

⁹ Véase el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), cap. II, párr. 28.

2739.ª SESIÓN

Miércoles 31 de julio de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Cooperación con otros organismos (continuación)

[Tema 11 del programa]

VISITA DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Sr. Gilbert Guillaume, Presidente de la Corte Internacional de Justicia. La Comisión se congratula de poder celebrar con él el acostumbrado intercambio de impresiones.

2. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) celebra la costumbre que se ha establecido estos últimos años según la cual el Presidente de la CIJ viene a presentar a los miembros de la Comisión la situación y las actividades de la Corte. En cuanto a la composición de la Corte, recuerda que como el Sr. Bedjaoui había dimitido, el Sr. Elaraby fue elegido para sucederle el 12 de octubre de 2001, y que la próxima renovación trienal tendrá lugar en otoño de 2002. Indica que, como consecuencia de la multiplicación de los asuntos que se someten a la Corte, el número de magistrados *ad hoc* ha subido a 19, lo que ha podido plantear ciertos problemas de orden administrativo. En lo que respecta al reconocimiento de la competencia de la Corte, anuncia que ya hay 63 Estados que aceptan la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria prevista en el párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto.

3. Los asuntos sometidos a la CIJ son 24 e interesan a Estados de todas las partes del mundo. Cinco asuntos conciernen a Estados africanos, uno a Estados asiáticos, doce a Estados europeos, dos a Estados de América Latina y cuatro oponen a Estados de diferentes regiones. Así pues, la actividad de la Corte tiene hoy un carácter auténticamente mundial, lo que no ocurría al comienzo de su existencia, cuando la mayoría de los asuntos tratados concernían a Europa y América Latina. El objeto de los litigios es muy variado. Hay cinco asuntos relativos a litigios territoriales, es decir, un asunto que opone Camerún a Nigeria (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*), un asunto, presentado mediante

compromiso, que opone Indonesia y Malasia (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*), dos asuntos que oponen Nicaragua, por una parte, a Honduras y, por la otra, a Colombia (*Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* y *Différend territorial et maritime*) y, por último, un asunto, presentado mediante compromiso, que opone Benin y Níger [*Différend frontalier (Bénin/Niger)*]. Otro objeto clásico de litigio, el estatuto de los extranjeros, da lugar a un asunto que opone la República de Guinea a la República Democrática del Congo (*Diallo*), así como un asunto que opone Liechtenstein a Alemania (*Certains biens*). Se observa una multiplicación de los asuntos relativos a la actualidad diplomática o incluso militar: los dos asuntos que oponen la Jamahiriyá Árabe Libia a los Estados Unidos y el Reino Unido (*Lockerbie*), dos asuntos que oponen Bosnia y Herzegovina y Croacia a Yugoslavia (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), así como una solicitud de revisión presentada por Yugoslavia en el asunto que la opone a Bosnia y Herzegovina, ocho asuntos en los que Yugoslavia impugna la intervención de los países miembros de la OTAN en Kosovo (*Licéité de l'emploi de la force*) y, por último, dos recursos presentados por la República Democrática del Congo contra Uganda, por una parte, y contra Rwanda, por la otra (*Activités armées sur le territoire du Congo*). Incluso teniendo en cuenta el hecho de que algunos de esos asuntos, como los dos asuntos de *Lockerbie* y los ocho asuntos relativos a Kosovo, forman parte de series, se observa que se han presentado a la Corte 16 asuntos distintos. Además, en estos últimos años han sido numerosos los incidentes de procedimiento, lo que aumenta el trabajo de la Corte. Además de las excepciones preliminares de inadmisibilidad y de incompetencia presentadas por algunos demandados y los recursos de interpretación, se observa un incremento del número de demandas reconventionales e intervenciones.

4. Presentando la actividad de la Corte durante el año transcurrido, el Sr. Guillaume se refiere al primer asunto que dio lugar a un fallo sobre el fondo (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*). Un juez de instrucción belga dictó una orden internacional de detención contra el Ministro de Relaciones Exteriores, entonces en ejercicio, de la República Democrática del Congo por crimen de lesa humanidad y crimen de guerra; este último Estado estimó que esa medida era contraria al derecho internacional y presentó una demanda contra Bélgica ante la CIJ. La instrucción de este asunto fue rápida, en particular porque Bélgica aceptó presentar las excepciones de incompetencia y de inadmisibilidad que pensaba plantear al mismo tiempo que sus respuestas sobre el fondo al memorándum del Congo, lo que permitió a la Corte fallar en algo más de un año. Tras desestimar las excepciones planteadas por Bélgica, la Corte tuvo que responder inicialmente a dos cuestiones: en primer lugar, la de la inmunidad de jurisdicción, ante una jurisdicción extranjera, del Ministro de Relaciones Exteriores; y, en segundo lugar, la de la competencia de la jurisdicción belga, en la medida en que las infracciones denunciadas se habían cometido fuera del territorio belga, no había habido ninguna víctima belga y el acusado no era belga ni se hallaba en el territorio de Bélgica. No obstante, este punto, planteado inicialmente por la República Democrática del Congo, no volvió a suscitarse después y por eso la Corte sólo se pronunció sobre la primera

cuestión, reconociendo que los ministros de relaciones exteriores gozan de una inmunidad de jurisdicción total, durante toda la duración de sus funciones, por todos los actos cometidos antes de su entrada en funciones o mientras están en funciones, tanto a título oficial en el ejercicio de sus funciones como a título privado. La Corte precisó que esto no significaba en absoluto la impunidad porque hay una posibilidad de enjuiciamiento ante la jurisdicción nacional del acusado y, en su caso, ante una jurisdicción internacional competente. Por otra parte, esa inmunidad se puede levantar y cuando el ministro de relaciones exteriores de que se trate haya dejado de ejercer sus funciones, esa inmunidad sólo valdrá para los actos realizados a título oficial. Esa decisión, adoptada por amplia mayoría, aclara la cuestión de las inmunidades de jurisdicción.

5. La CIJ también se pronunció, en el asunto *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan* sobre la solicitud de personación de la República de Filipinas. En este asunto, relativo a la soberanía sobre dos islas situadas al este de Borneo, la República de Filipinas presentó esa solicitud de personación porque consideraba que la argumentación de la Corte podía tener una influencia en sus reivindicaciones sobre otro territorio (Borneo septentrional), en relación con el cual tenía una controversia con Malasia. La Corte debía decidir si Filipinas tenía un interés de orden jurídico suficiente para justificar la personación. Aun reconociendo que el interés de orden jurídico que debe demostrar un Estado que desee personarse puede referirse no solo a la parte dispositiva del fallo sino a los motivos del fallo, la Corte estimó que en el caso concreto no se había establecido ese interés y por consiguiente desestimó la solicitud de personación.

6. En un tercer asunto que oponía la República Democrática del Congo a Uganda (*Activités armées sur le territoire du Congo*), la Corte se pronunció sobre la admisibilidad de las demandas reconventionales de Uganda, a las que el Congo había opuesto excepciones, por estimar que dos de ellas tenían una relación suficiente con la demanda principal para ser admisibles y que otra no era admisible. En un cuarto asunto, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo *c.* Rwanda), la Corte se pronunció sobre una solicitud de indicación de medidas cautelares presentada por el Congo. Observando que no tenía competencia *prima facie*, rechazó la solicitud de indicación de medidas cautelares. Además, Rwanda pedía que se retirara el asunto del registro por incompetencia manifiesta de la Corte, aduciendo las decisiones en tal sentido tomadas en los asuntos relativos a Kosovo que concernían a los Estados Unidos y a España. La Corte rechazó esa demanda y continúa la instrucción del asunto. Todas esas decisiones se tomaron por gran mayoría o por unanimidad.

7. Hay otros asuntos que se están examinando actualmente. El asunto *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* [Camerún *c.* Nigeria; Guinea Ecuatorial (parte en el procedimiento)], que ya es antiguo, ha dado lugar a numerosos incidentes de procedimiento: Nigeria presentó ocho excepciones preliminares, de las cuales siete fueron desestimadas y una se unió al fondo del asunto, más una solicitud de interpretación de este primer fallo, que fue rechazada, y por último demandas reconventionales que han sido declaradas admisibles. Por otra parte, Guinea Ecuatorial presentó una demanda de

intervención, que también ha sido declarada admisible. La Corte está estudiando ahora el fondo del asunto. Se han dedicado cinco semanas de audiencias a ese expediente muy voluminoso y el fallo se espera para el otoño de 2002. En el caso de un segundo asunto que se está examinando, es decir, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, las audiencias han durado semana y media y el fallo también se pronunciará en otoño. Si se añade la solicitud de indicación de medidas cautelares presentada por la República Democrática del Congo [*Activités armées sur le territoire du Congo* (nueva demanda: 2002)], en junio de 2002 la Corte tenía ante sí al mismo tiempo tres asuntos objeto de deliberación, lo que representa sin duda el máximo de sus posibilidades.

8. Vista la evolución de su carga de trabajo, la CIJ se ha preguntado cómo podría mejorar sus procedimientos. Ha decidido publicar instrucciones de procedimiento que son simples recomendaciones y que tienen la ventaja de que es más fácil modificarlas en su caso que modificar el Reglamento. Esas instrucciones son nueve. En la primera se invita a las partes, en los asuntos que se presentan mediante compromiso, a que depositen los documentos sucesivamente y no de manera simultánea; esa recomendación no siempre se ha seguido. En la segunda se recomienda a las partes que, en la redacción de cada documento del procedimiento, se esfuercen no sólo por contestar a los argumentos de la otra parte sino por presentar con claridad sus conclusiones y medios propios. En la tercera recomendación se preconiza una selección más rigurosa de los documentos anexos, cuya traducción es muy onerosa. En la cuarta recomendación se invita a las partes a que presenten las traducciones de los documentos si disponen de ellas. La quinta recomendación limita a cuatro meses a partir de la presentación del informe el plazo disponible para plantear excepciones preliminares. En la sexta se recomienda que sean breves las exposiciones orales que se pronuncien durante las audiencias. Es evidente, no obstante, que la duración de las audiencias depende de la naturaleza de los asuntos. Las instrucciones de procedimiento séptima y octava tratan de la compatibilidad de ciertas funciones, en particular las funciones de magistrado *ad hoc* y las de agente, consejero o abogado en otro asunto sometido a la Corte. Hay que señalar que estas recomendaciones se han aplicado inmediatamente. La novena recomendación establece reglas más estrictas en lo que se refiere a la presentación de nuevos documentos después de terminado el procedimiento escrito.

9. El Presidente de la CIJ había dicho el año anterior que el presupuesto de la Corte era insuficiente. Para el presupuesto 2000-2001 se han obtenido recursos adicionales en lo que respecta al personal de idiomas. Para el bienio 2002-2003 se ha aceptado la creación de varios puestos en la secretaría. La Corte había pedido también que se le adjudicara a cada magistrado un consejero letrado; esa solicitud ha sido satisfecha parcialmente. El personal de la secretaría, que había permanecido estable desde la creación de la Corte, ha aumentado de 63 a 91 personas, 28 de las cuales son funcionarios del cuadro orgánico. El presupuesto bienal asciende a 23,8 millones de dólares de los EE.UU., lo que corresponde a un incremento del 7%; no obstante, la decisión adoptada por la Asamblea General de bloquear el 10% de los presupuestos de todos los órganos del sistema de las Naciones Unidas causa dificultades.

El Presidente de la CIJ menciona, para terminar, el programa de pasantías para estudiantes de nivel avanzado, programa financiado por las universidades de origen de los estudiantes.

10. A modo de conclusión, el Presidente de la CIJ subraya que la Corte constata una expansión de su actividad y una mejora de su situación presupuestaria, y que tratará de seguir mejorando sus procedimientos.

11. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que se acuerda de la época en que la CIJ no tenía más que un asunto inscrito en su registro y que es interesante ver que la Corte está tratando de hacer que la duración del procedimiento oral no pase de una o dos semanas. A este respecto señala que en ciertos países el tiempo asignado a los alegatos por la jurisdicción suprema se mide en horas o incluso en minutos.

12. El Sr. Sreenivasa RAO espera que la reducción del tiempo asignado a las partes para presentar sus alegatos y del número de anexos que pueden adjuntar a sus memorias no les priven de la posibilidad de exponer exhaustivamente su posición.

13. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que es evidente que las partes deben tener posibilidad de exponer su posición de la manera más completa posible y que la propia CIJ debe poder examinar los asuntos teniendo en su poder todos los elementos. Se trata simplemente de una cuestión de equilibrio entre el procedimiento escrito y el procedimiento oral. La Corte nunca ha protestado contra la longitud de los documentos presentados por las partes en el procedimiento escrito, porque considera que esos documentos deben ser lo más completos posible. Sin embargo, a veces ha criticado el número de anexos que se unen a esos informes y la longitud de los alegatos de los abogados.

14. El Sr. PELLET no piensa que, como lo ha hecho el Sr. Rosenstock, se pueda comparar la jurisdicción suprema de tal o cual Estado a la CIJ; en efecto, en la Corte los litigantes son Estados soberanos y por eso todos los asuntos deben considerarse «sensibles». Sin embargo, le inquieta el modo en que el Presidente de la Corte ha insistido en la reducción de la duración del procedimiento oral. Es cierto que ha habido excesos pero esencialmente esa duración debe adaptarse a cada asunto. Por último, en cuanto a las instrucciones de procedimiento de que habló el Presidente de la Corte, el Sr. Pellet pregunta cómo se preparan esas instrucciones de procedimiento, cómo se pueden modificar y si la Corte aceptaría opiniones del exterior, por ejemplo de abogados acostumbrados a intervenir ante la Corte que, como él mismo en lo que respecta a una de esas instrucciones, quisieran que fueran modificadas.

15. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que no parece posible limitar la duración del procedimiento oral ante la CIJ a la duración de ese procedimiento ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por ejemplo, o incluso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No se trata de llegar a esos extremos. Recuerda que el procedimiento oral tiene una función doble: la primera, técnica, es permitir que las partes resuman sus opiniones y ajusten sus conclusiones finales, y la segunda permitir que los Estados

muestren ante su opinión pública y sus parlamentos que han defendido plenamente la causa nacional. La duración del procedimiento oral debe adaptarse a la naturaleza del asunto, y en ciertos asuntos jurídica y políticamente importantes, por ejemplo el asunto *LaGrand* o el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, el procedimiento oral ha sido bastante breve y las partes han quedado satisfechas. El problema es que a veces el tiempo asignado se utiliza mal, en particular en lo que respecta al segundo turno de los alegatos que con frecuencia es repetitivo.

16. En cuanto a las instrucciones de procedimiento, se preparan primero en el Comité del Reglamento y luego en la CIJ en sesión plenaria, y ese doble examen garantiza un estudio atento de los problemas. A ese respecto, no se necesitan observaciones oficiales, pero para los abogados acostumbrados a intervenir ante la Corte hay vías más discretas para dar a conocer su opinión. La ventaja de las instrucciones de procedimiento es que se pueden modificar fácilmente en función de la experiencia.

17. El Sr. DUGARD dice que la duración del procedimiento oral podría reducirse si los miembros de la CIJ tuvieran la facultad, como ocurre en el caso de las jurisdicciones supremas de ciertos Estados, de hacer preguntas a los abogados.

18. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que esta cuestión se discute hace bastante tiempo en la misma CIJ y que hay que tener en cuenta tres consideraciones. En primer lugar, la Corte se ocupa de Estados soberanos y la mayor parte del tiempo los abogados no pueden en consecuencia contestar inmediatamente a las preguntas que se les hacen, aunque sólo sea porque la respuesta necesita deliberaciones en el equipo o incluso en el gobierno interesado. En segundo lugar, si la Corte hace preguntas a los abogados, tendrá que deliberar para saber qué preguntas; sin embargo, hay magistrados que no están dispuestos a pronunciarse en cuanto a las preguntas que hay que hacer antes de haber oído los alegatos. Por último, ciertos magistrados tienen una formación basada en la tradición romano germánica y otros en la tradición anglosajona y por eso no tienen la misma costumbre de la deliberación. Los segundos acostumbran a hacer preguntas que pueden revelar aunque sólo sea parcialmente lo que piensan y eso en ciertos países, por ejemplo en Francia, constituiría una violación de las deliberaciones. En los países de tradición romano germánica, las cuestiones deben ser puramente factuales o referirse a un punto de puro derecho. Así en la Corte hay divergencias sobre este punto y ha ocurrido a veces que ciertos magistrados han manifestado su indignación por preguntas que otros magistrados querían hacer a los abogados.

19. El Sr. MOMTAZ, refiriéndose al asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* del que ha hablado el Presidente de la CIJ, dice que una de las razones por las cuales la Corte decidió que un ministro de relaciones exteriores disfrutaba de inmunidad absoluta era que por sus funciones tenía que viajar frecuentemente por el extranjero. Considerando que hoy día todos los ministros tienen que viajar por el extranjero en el ejercicio de sus funciones, quisiera saber si todos los ministros disfrutaban de inmunidad absoluta de jurisdicción, como el ministro de relaciones exteriores.

20. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que es una cuestión sobre la que no se ha pronunciado la Corte y que no le incumbe a él responder.

21. El Sr. BROWNLIE piensa, como el Sr. Pellet, que la analogía entre los tribunales supremos de los Estados y la CIJ no es apropiada. Señala que, dada la presión financiera que soporta la Corte y la carga de trabajo que tiene, no siempre es fácil para un observador exterior decir si un determinado cambio de los métodos de trabajo de la Corte se debe a una decisión de principio o bien es una simple reacción empírica a un imperativo financiero. A este respecto hay que señalar que los fallos de la Corte son más sucintos que antes y eso preocupa a algunos juristas, que lamentan que aunque los Estados litigantes han presentado por escrito y oralmente argumentos muy elaborados, la Corte sólo responde de manera sumaria.

22. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia), en lo que se refiere al carácter más sucinto de las decisiones de la CIJ, dice que ésta agradece a los abogados que en sus escritos aborden todos los aspectos de los asuntos, pero esto no significa que la Corte tenga la obligación de pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por las partes. Su única obligación es pronunciarse sobre todas las conclusiones. Ahora bien, los Estados no siempre hacen una distinción clara entre las conclusiones, a las que la Corte debe responder en la parte dispositiva de su fallo, y los argumentos propiamente dichos, que la Corte puede examinar o no examinar en el fundamento de su fallo.

23. La CIJ procura efectivamente que sus fallos sean más sucintos y ello por dos razones. La primera es que, como todas las jurisdicciones del mundo, aplica el principio de la economía de medios. A este respecto, un buen ejemplo es el asunto *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*: habiendo considerando que la frontera cuyo trazado se le pedía que estableciera estaba definida en Tratado de amistad y buena vecindad de 1955 concertado entre Francia y Libia¹, la Corte declaró en tres líneas que para ella no era preciso examinar los miles de páginas de argumentos presentadas sobre otros puntos por las partes. El Presidente de la Corte dice que comprende la frustración de los abogados en un caso así, pero también estima que es normal que desarrollaran esos argumentos como lo hicieron y que la Corte no se ocupara de ellos. En segundo lugar, como debido al aumento del número de asuntos que figuran en el registro la Corte dispone de menos tiempo, el principio de la economía de medios es todavía más pertinente porque la Corte tiene que pronunciarse rápidamente, al tiempo que responde a todas las conclusiones de las partes. Por último, los magistrados proceden de tradiciones nacionales diferentes, en particular de países en los que las decisiones de las jurisdicciones supremas pueden tener más de 100 páginas y de otros en los que esas decisiones sólo tienen una o dos páginas. La Corte procura mantener un equilibrio entre estas tradiciones diversas.

24. La Sra. ESCARAMEIA dice que le parece que las decisiones de la CIJ se adoptan últimamente por una ma-

yoría más amplia que antes y que hay menos opiniones disidentes y, en consecuencia, más unidad en la Corte. Pregunta si este fenómeno, en sí notable pues el mundo y su marco jurídico están cambiando de una manera tan evidente, guarda relación con los métodos utilizados por la Corte para adoptar sus decisiones y con sus métodos de trabajo en general.

25. El Sr. ADDO quisiera saber cuáles serían, para una parte, los efectos jurídicos del no respeto de las instrucciones de procedimiento. ¿Tendría la parte interesada ocasión de respetarlas o bien la CIJ se negaría a entrar en el fondo del asunto precisamente por ese no respeto de las instrucciones?

26. La Sra. XUE pregunta al Presidente de la CIJ si tiene alguna observación que hacer que pudiera ayudar a la Comisión en su examen del tema que acaba de poner en estudio, es decir la fragmentación del derecho internacional.

27. El Sr. CHEE, señalando que su pregunta coincide en gran parte con la de la Sra. Xue, recuerda que el Presidente de la CIJ ya ha hablado sobre la fragmentación del derecho internacional en la Sexta Comisión de la Asamblea General. Quisiera saber si él ha cambiado de opinión sobre el tema desde el año pasado.

28. El Sr. GUILLAUME (Presidente de la Corte Internacional de Justicia), contestando a la pregunta de la Sra. Escarameia, dice que el hecho de que los fallos sean sucintos contribuye a lograr una mayoría más amplia. Esto ocurrió por ejemplo con el asunto *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* en que la CIJ decidió por unanimidad, con la excepción del magistrado *ad hoc* libio, que según el Tratado de amistad y buena vecindad la banda de Aouzou formaba parte del territorio del Chad. Si la Corte hubiera tenido que considerar todos los acontecimientos que habían precedido al Tratado hubiera habido tal vez puntos de vista más variados. Hay pues una relación evidente entre el principio de la economía de medios y la unanimidad de los fallos.

29. Pasando a la pregunta del Sr. Addo, el Presidente de la CIJ precisa que las instrucciones de procedimiento tienen carácter de recomendación. Si las partes no las tienen en cuenta, tienen derecho a ello, aunque en la práctica en la mayoría de las ocasiones las tienen en cuenta.

30. En lo que se refiere a la fragmentación del derecho internacional, ese riesgo existe, a nivel tanto de las normas como de las jurisdicciones. El Presidente de la CIJ precisa que todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la fragmentación de las normas, pero le parece evidente que a medida que el derecho internacional se interesa por temas cada vez más variados, aumenta el riesgo del conflicto de normas. En cuanto a la fragmentación de las jurisdicciones, ya ha hablado de este tema en varias ocasiones ante la Asamblea General, como lo ha recordado el Sr. Chee. La multiplicación de las jurisdicciones es una consecuencia de la extensión y de la especialización del derecho internacional, lo que no es malo en sí. En efecto, todos los sistemas de derecho interno evolucionados tienen las jurisdicciones especializadas. El problema es saber conservar no obstante la unidad del derecho, porque la multiplicación de las jurisdicciones puede, por una

¹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1596, n.º 27943, pág. 151.

parte, dar lugar a que los Estados busquen los tribunales que pudieran serles más favorables (*«forum shopping»*) y, por la otra, favorecer los conflictos en el dispositivo y en los motivos de los fallos. Ese peligro se ha puesto de manifiesto estos dos últimos años en el marco del asunto *Tadic* o del asunto *Conservation et exploitation durable des stocks d'espados* entre Chile y la Unión Europea.

31. Una solución expuesta por el Presidente de la CIJ consiste en que las jurisdicciones internacionales puedan plantear cuestiones prejudiciales a la Corte. Así, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia propuso últimamente al Consejo de Seguridad que pidiera una opinión consultiva a la Corte. En ese caso concreto, el Consejo estimó que era más fácil modificar el estatuto del Tribunal sin solicitar la opinión de la Corte, pero el ejemplo es interesante porque muestra que existe un mecanismo al que se puede recurrir.

Las reservas a los tratados² (conclusión) (A/CN.4/526 y Add.1 a 3³, A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL
(conclusión)

32. El Sr. PELLET (Relator Especial) comenta las observaciones suscitadas por los proyectos de directrices que figuran en su séptimo informe (A/CN.4/526 y Add.1 a 3).

33. Los proyectos de directriz 2.5.7 y 2.5.8, que se refieren al efecto del retiro de una reserva, no han dado lugar a debates apasionados; la única observación formulada se refería a la cuestión de saber si había que utilizar la palabra «efecto» en singular o en plural. En el artículo 21 común a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se utiliza en plural, pero ese artículo se refiere a los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas. En el caso del retiro de una reserva, el singular sería más exacto, pero el Relator Especial confía en el Comité de Redacción para zanjar este asunto.

34. Por otra parte, el Relator Especial se ha preguntado si no convenía transponer al proyecto de directriz 2.5.7 (Efecto del retiro de una reserva) la observación muy razonable del Sr. Galicki acerca del proyecto de directriz 2.5.12 (Efecto del retiro parcial de una reserva). El Sr. Galicki señaló que el retiro parcial de una reserva dejaba subsistir partes de la reserva y que esto había que tenerlo en cuenta en la redacción del proyecto de directriz 2.5.12. En el caso del proyecto de directriz 2.5.7, es cierto que el retiro es total, pero sin duda es abusivo decir que el retiro de una reserva entraña la aplicación del tratado en su integridad. Así, convendría volver a redactar el proyecto de directriz 2.5.7 e indicar que el retiro

de una reserva entraña la aplicación de las disposiciones del tratado a que se refiere la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira y todas las demás partes, con independencia de que hayan aceptado la reserva o hayan formulado objeciones al respecto. En cambio, la observación de la Sra. Xue sobre el proyecto de directriz 2.5.8 (Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva) le parece menos fundada, en la medida en que esa disposición se refiere solamente a las objeciones a la reserva retirada.

35. Pasando a los proyectos de directriz 2.5.9 y 2.5.10, que se refieren a la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva, el Relator Especial señala que las observaciones presentadas al respecto son apenas más abundantes que las relativas a los proyectos anteriores. Sin embargo, el Sr. Daoudi ha reprochado al Relator Especial que hubiera escrito en el párrafo 173 de su informe que el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 22 de la Convención de Viena de 1969, cuyo texto recoge el proyecto de directriz 2.5.9, «se aparta del derecho común», porque, como señaló, en materia de reservas el derecho común es lo previsto en la Convención. El Relator Especial considera que es una cuestión de perspectiva. Es cierto que el proyecto de directriz 2.5.9 recoge los términos del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, pero, incluso en ese marco, es difícil hablar de derecho común porque, en lo que se refiere a la fecha en que surten efecto las propias reservas, el artículo 20 de las Convenciones enuncia reglas un poco distintas. Si se amplía la perspectiva para incluir el derecho de los tratados en su conjunto, la norma del párrafo 3 del artículo 22 de las Convenciones está en contradicción con la que se enuncia en el apartado *b* del artículo 16 o con el párrafo 3 del artículo 24. Por último, si se amplía aún más la perspectiva y se pasa al derecho internacional general, y en todo caso al sistema de la cláusula facultativa del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la CIJ, entonces prevalece el sistema inverso. De todo lo que antecede cabría deducir que quizás no exista una norma internacional. El Relator Especial admite, no obstante, que en el párrafo 173 de su informe debería sin duda haberse referido al apartado *c* del artículo 78 de la Convención de Viena de 1969 y no al apartado *b* de esa disposición.

36. El Relator Especial observa con agradecimiento que los oradores que han hablado sobre los proyectos de cláusula tipo han propuesto que se remitan al Comité de Redacción.

37. Poco se ha dicho sobre el proyecto de directriz 2.5.10 (Casos en que el Estado que formula la reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva). Sin embargo, el Sr. Gaja ha aducido, en lo que se refiere al apartado *b*, que el problema era que el retiro debía quedar sin efecto no sobre la situación de los Estados u organizaciones internacionales cocontratantes, sino sobre las obligaciones del Estado que formuló la reserva respecto de los demás Estados u organizaciones. Esa observación es acertada y el Comité de Redacción deberá modificar en consecuencia la disposición.

38. También la Sra. Xue ha planteado problemas en relación con los retiros parciales, pero el Relator Especial

² Véase el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VI, párr. 156.

³ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

piensa que ha respondido a sus inquietudes al presentar los proyectos de directriz 2.5.11 y 2.5.12. Por último, como el Sr. Fomba se ha preguntado qué efecto concreto tendría el apartado *b* del proyecto de directriz 2.5.10, y el Relator Especial se remite al párrafo 168 del informe y precisa que se trata de obligaciones «integrales», a saber, aquellas que vinculan a los Estados menos entre ellos que respecto de sus ciudadanos o de los extranjeros que se encuentran en su territorio. Así pues, no hay ningún inconveniente en dejar que sea el Estado que formule la reserva quien fije la fecha de entrada en vigor del retiro e incluso conviene si la fecha es anterior a la resultante del principio general enunciado en el proyecto de directriz 2.5.9.

39. Los proyectos de directriz 2.5.11 y 2.5.12, que se refieren al retiro parcial, han suscitado más observaciones. Así, el Sr. Galicki ha propuesto acertadamente que se inviertan los dos apartados del proyecto de directriz 2.5.11, para empezar con la definición antes de pasar a la forma del retiro parcial y al procedimiento que se ha de seguir. Siendo así, el Relator Especial observa que todas las críticas y sugerencias se han referido exclusivamente al segundo apartado, es decir, a la definición del retiro parcial. El Sr. Galicki, manifestando una preocupación ya expresada por la Sra. Xue, ha hablado del peligro de que los Estados traten de presentar una agravación de la reserva como si se tratara de un retiro parcial. Aunque tiene muy en cuenta ese peligro, el Relator Especial opina que corresponde a los juristas establecer clasificaciones y determinar, ante una modificación dada, si se trata de una atenuación o de una agravación de la reserva, lo que a veces puede ser difícil de apreciar. En cualquier caso, y en contra de lo que opina el Sr. Momtaz, el término «modificación» es una palabra esencial de la disposición, dado que el retiro parcial atañe a una reserva existente y que sigue existiendo. No se trata pues de un retiro de la reserva, seguido de una nueva reserva como ocurriría si se tratara de una agravación.

40. Siempre respecto del proyecto de directriz 2.5.11, el Sr. Fomba ha pedido al Relator Especial que escoja entre las dos expresiones que figuran en la disposición, es decir, garantizar de forma más completa «la aplicación de las disposiciones del tratado» y «del tratado en su conjunto». Con todo, el Relator Especial prefiere mantener las dos expresiones porque no son sinónimas. En efecto, como se indica en el párrafo 211 del informe, ese texto se basa fielmente en la propia definición de las reservas que se desprende de los proyectos de directriz 1.1 y 1.1.1, que la Comisión ha aprobado ya y que se refieren claramente a las dos situaciones.

41. En cuanto el proyecto de directriz 2.5.12, el Sr. Galicki ha mencionado con razón que no se preveía la hipótesis, por lo demás muy realista, según la cual la objeción está justificada expresamente por su autor por su oposición a la parte de reserva que no se ha retirado. Para tener en cuenta su observación, bastaría sin duda añadir al final del proyecto una frase como, por ejemplo: «en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada». Parece que esto resolvería también uno de los problemas planteados por una de las opciones a que se refirió la Sra. Xue en la sesión anterior.

42. Cuando el Sr. Momtaz indicó que pudiera haber casos en que incluso ante un retiro parcial los Estados cocontratantes podrían formular una objeción, el Relator Especial ha reaccionado primero con bastante escepticismo porque, al fin y al cabo, si se atenúa una reserva existente, no hay razón para admitir que se vuelva a abrir la posibilidad de hacer objeciones, en todo caso una vez expirado el plazo de 12 meses después de la formulación de la reserva que se prevé en el párrafo 5 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Debe decir, no obstante, que le ha impresionado mucho el ejemplo del Sr. Gaja, en el cual la reserva, de ser general, pasa a ser discriminatoria contra un Estado o un grupo de Estados determinados. En ese caso, es perfectamente comprensible que el Estado o los Estados víctimas de esa discriminación puedan legítimamente querer formular una objeción que no habían considerado útil formular al principio. Sin embargo, el Sr. Gaja y el Sr. Momtaz no han contestado a la pregunta de saber si la legitimidad de las objeciones se limita solamente al caso en que la reserva se convierte en discriminatoria o si hay otros casos de ese tipo. La cuestión es importante, sobre todo si se prevé un proyecto de directriz que verse concretamente sobre este punto (o la adición de un nuevo párrafo al proyecto de directriz 2.5.12), porque ese proyecto se redactará de manera distinta según la respuesta que se dé a esa cuestión. En cualquier caso, habrá que mencionar la hipótesis o las hipótesis pertinentes no sólo en el comentario sino en el propio proyecto de directriz 2.5.12 o en una directriz 2.5.12 *bis*. En la actual sesión, el Sr. Gaja ha entregado al Relator Especial un proyecto que tiene la ventaja de que deja abiertas todas las posibilidades y cuyo texto es el siguiente: «No podrá formularse ninguna nueva objeción en caso de retiro parcial de la reserva a no ser que la reserva tal como queda después del retiro no plantee nuevas cuestiones y si la objeción se refiere a una de esas cuestiones». Así se precisaría que en principio no se pueden formular nuevas objeciones, salvo si el tenor general de la reserva se modifica suficientemente para que sea razonable formular una objeción. El Relator Especial es muy partidario de esa adición y desearía que se presentara al Comité de Redacción.

43. Los proyectos de directriz 2.5.4 y 2.5.11 *bis* o, a modo de opción, 2.5.X, sobre las consecuencias de la constatación de la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado, han suscitado entre los miembros una agitación que el Relator Especial considera un tanto excesiva. Considerando sólo el proyecto de directriz 2.5.X, que es una combinación de los proyectos 2.5.4 y 2.5.11 *bis* y que es el que prefieren los miembros, cabe decir, como el Sr. Koskenniemi y el Sr. Gaja, que en el primer párrafo se enuncia algo evidente. Si se toma a la letra ese proyecto de directriz, tienen razón: en cualquier caso concreto en que se sitúe uno, un órgano, cualquiera que sea, no puede manifestamente retirar una reserva. Pero lo que el Relator Especial considera importante es decir que esos órganos nunca pueden, pase lo que pase, decidir sobre el compromiso convencional del Estado, es decir, que no pueden ni retirar la reserva ni anularla. Todo lo más pueden, como se dice en el primer párrafo del proyecto de directriz 2.5.X, constatar su inadmisibilidad (o su no validez). Pero a juicio del Relator Especial convendría, en alguna parte del proyecto de directrices, decir o más bien repetir lo que la Comisión

dijo ya en el párrafo 10 de sus conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos aprobadas en su 49.º período de sesiones, en el que señaló que «en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que formule la reserva adoptar medidas»⁴. Si es así, es porque el órgano de control no puede hacerlo por sí mismo. Constata que la reserva es inadmisibles pero ésta, en tanto que instrumento, no se ve afectada por esa constatación cualquiera que sea el órgano que se pronuncie. Diga lo que diga el Sr. Daoudi, el Relator Especial nunca ha dicho lo contrario.

44. La Sra. Escameia ha estimado, en cambio, que ciertos órganos estaban facultados para retirar o, en cualquier caso, anular una reserva, o para hacer como si no existiera. Incluso si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se arrogó equivocadamente esa facultad en el asunto *Belilos* y su jurisprudencia ulterior, la Corte Internacional de Justicia, por su parte, no puede ni retirar ni anular una reserva. Todo lo más, quizás podría negarse a aplicar una reserva inadmisibles, pero entonces debería decidir si la reserva puede separarse del tratado y aplicar el tratado sin la reserva en el asunto que se le somete o si la no admisibilidad de la reserva impide aplicar el tratado íntegramente. De todos modos, su decisión sólo tendría la autoridad relativa de la cosa juzgada, como lo ha señalado el Sr. Galicki, y en las relaciones entre el Estado que formuló la reserva y los Estados distintos del Estado demandado esa reserva seguiría existiendo, y siendo inadmisibles (o no válida —en inglés *impermissible* o *inadmissible*— el Relator Especial no se pronuncia sobre este problema de terminología).

45. En esa fase del razonamiento interviene el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.X cuya primera frase se toma, al principio y con una palabra de diferencia, de la primera frase del párrafo 10 de las citadas conclusiones preliminares. Primera diferencia, al comienzo de la frase el Relator Especial ha añadido las palabras en la versión francesa *à la suite d'une telle constatation* («a raíz de esa constatación»). Un Estado que se preocupe por respetar el derecho debe sin duda alguna «hacer algo» ante una reserva inadmisibles, haya sido la inadmisibilidad de esa reserva constatada o no por un órgano cualquiera. Salvo mala fe, antes de la constatación el Estado que formula la reserva no era consciente de la inadmisibilidad de dicha reserva, y esa es la razón de la adición propuesta por el Relator Especial. Segunda diferencia, en el proyecto de directriz 2.5.X, el Relator Especial escribe que el Estado deberá actuar en consecuencia. El Sr. Momtaz propone «debería». El Sr. Tomka propone «corresponde al Estado [...]». El Relator Especial considera que esta última expresión es preferible porque es la que figura en las conclusiones preliminares. En cambio, no puede aceptar la observación del Presidente según la cual «el Estado puede no hacer nada». Esa actitud no está fundada jurídicamente. El Estado de que se trata es parte en un tratado; ese tratado crea un órgano de control que, por definición, es competente para constatar la inadmisibilidad de la reserva; al Relator Especial no le parece aceptable mantener que el Estado de buena fe «puede no hacer nada» si quiere respetar el derecho. Sobre este punto, el Relator Especial

está de acuerdo con lo que dijo al respecto el Sr. Brownlie la semana pasada.

46. El Relator Especial no pierde de vista el párrafo 5 de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, que el Sr. Gaja señaló a la atención de la Comisión. Ese párrafo dice que los órganos de vigilancia establecidos en los tratados de derechos humanos son competentes «para formular comentarios y recomendaciones con respecto a, entre otras cosas, la admisibilidad de las reservas hechas por los Estados», lo que abunda en el sentido de las observaciones del Presidente y del Sr. Gaja. Pero, cosa que no ha tenido en cuenta el Sr. Gaja, esto es así, siempre según el párrafo 5, cuando esos tratados «guardan silencio al respecto», hipótesis que la Sra. Xue parece considerar la única válida en derecho positivo. Sin embargo esto no es exacto. Los tratados normativos o relativos a los derechos humanos que crean órganos de control no siempre pasan por alto esta cuestión y a veces esos órganos tienen facultades mucho más amplias y estrictas que la de hacer simples observaciones y recomendaciones; por otra parte, una recomendación no carece de fuerza jurídica. Ese es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Internacional de Justicia. En el caso de esta última, se aduce que no es un órgano de control de la aplicación de un tratado. Eso no parece exacto cuando las partes se dirigen a ella para que decida sobre la aplicación de un tratado. Admitiendo que eso fuera cierto —y en ese caso o bien se deja de lado la expresión «órgano de control» o bien se sustituye por la expresión «órgano facultado para constatar la admisibilidad de la reserva»—, no es posible en todo caso seguir al Sr. Momtaz cuando afirma que los órganos de control son eminentemente políticos. No lo son todos, no lo son siempre, no lo son solamente y no lo son nunca exclusivamente. El Relator Especial tampoco comprende al Sr. Yamada que se manifiesta partidario de las conclusiones preliminares y al mismo tiempo se pronuncia por la supresión del segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.4 siendo así que en lo esencial ese párrafo recoge el párrafo 10 de las conclusiones preliminares.

47. Digan lo que digan el Sr. Gaja, el Sr. Pambou-Tchivounda, la Sra. Escameia, el Sr. Tomka o el Sr. Mansfield, el Relator Especial nunca ha dicho, escrito ni pensado que el Estado que haya formulado una reserva cuya inadmisibilidad haya constatado un órgano facultado para hacerlo debía (tenía la obligación de) retirar la reserva. El proyecto de directriz 2.5.X no dice nada de eso. Se limita a reproducir textualmente el párrafo 10 de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, señalando que el retiro total o parcial de la reserva constituye uno de los medios de (un medio posible, no el único) de que dispone el Estado para cumplir las obligaciones que le incumben. El Relator Especial no ve cuál es la diferencia con la segunda frase del párrafo 10 de las conclusiones preliminares: «estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad [retiro parcial], retire su reserva [retiro total]». Estos son medios por los que el Estado puede cumplir sus obligaciones a

⁴ Véase la sesión 2734.ª *supra*, nota 7.

este respecto y el Relator Especial agradece al Sr. Kateka que haya hecho suya esta interpretación, que a su entender es la única correcta.

48. Varios miembros de la Comisión, entre ellos la Sra. Escarameia, el Sr. Pambou-Tchivounda, el Sr. Sreenivasa Rao, y el Sr. Mansfield, han insistido en que se haga una distinción entre los órganos de control según las facultades de que dispongan. El Relator Especial agradece al Sr. Koskeniemi sus esfuerzos por presentar una tipología en ese sentido. Distingue tres posibilidades. En la primera hipótesis, el órgano podría «declarar» la reserva nula y sin efecto, total o parcialmente (*make the reservation null and void in whole or in part*). Todo el problema estriba en saber qué consecuencias deben sacarse de tal declaración, dado que un órgano, sea el que sea, nunca puede decidir que una reserva es nula y sin efecto. Según una segunda hipótesis, el órgano de control podría obligar al Estado que formuló la reserva a retirar su reserva total o parcialmente; el Relator Especial está de acuerdo con esta hipótesis, pero si el retiro total y parcial puede ser para el Estado un medio de actuar ante la inadmisibilidad de su reserva, eso no es lo único que puede hacer; según el párrafo 10 de las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, el Estado autor de la reserva también puede renunciar a ser parte en el tratado. Por último, según una tercera hipótesis, el órgano de control puede recomendar al autor de la reserva que la retire total o parcialmente. En líneas generales, el Relator Especial no considera que esto esté en contradicción con lo que se dice en el proyecto de directriz 2.5.X y, por otra parte, eso no era sin duda lo que quería decir el Sr. Koskeniemi. Pero constituye un esfuerzo para hacerlo más explícito, esfuerzo que se situaría mejor en los comentarios que en las propias directrices.

49. El Relator Especial cree haber mostrado que no le convencen demasiado las críticas formuladas respecto del segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.X; sin embargo, no pedirá que se remita ese proyecto (y por consiguiente tampoco los proyectos de directriz 2.4.5 y 2.5.11 *bis*) al Comité de Redacción, aunque esa remisión haya obtenido el apoyo de varios miembros de la Comisión. En efecto, el Relator Especial es muy sensible a una objeción expuesta con especial claridad por el Sr. Tomka, el Sr. Brownlie y el Sr. Mansfield (aunque sus posiciones no coinciden enteramente) pero que subyace también a otras varias intervenciones. La cuestión del retiro es en el fondo secundaria. En el proyecto 2.5.X hay dos cosas esenciales: por una parte, las facultades de los órganos de control de la aplicación del tratado en lo que respecta a las reservas; por otra parte, las consecuencias de la inadmisibilidad de una reserva. Durante el debate se ha preguntado en cuál de esas dos «rúbricas» deberían figurar esos puntos. Se han expresado puntos de vista diferentes. Parecería que la respuesta podría matizarse y que convendría volver a estudiar esto en el próximo período de sesiones, cuando se examine la cuestión de la admisibilidad (o de la validez) de las reservas; por otra parte, también habría que volver sobre este tema cuando se reanude el examen de las conclusiones preliminares, dentro de dos años. En esas dos circunstancias, el Relator Especial presentará a los miembros las versiones modificadas y, según espera, mejor adaptadas de esos proyec-

tos, teniendo en cuenta los debates del actual período de sesiones. En consecuencia, el Relator Especial retira los proyectos de directriz 2.5.4, 2.5.11 *bis* y 2.5.X. En cuanto al resto, no le parece que haya una objeción dirimente a la remisión al Comité de Redacción de los proyectos de directriz 2.5.1 a 2.5.3, 2.5.5 a 2.5.12 (incluidos los números *bis* y *ter*) junto con los proyectos de cláusulas tipo vinculadas al proyecto de directriz 2.5.9, y espera que la Comisión tenga a bien adoptar esta decisión en la sesión actual para que el Comité pueda examinar esos proyectos al comienzo del próximo período de sesiones.

50. El PRESIDENTE da las gracias al Relator Especial por su exposición recapitulativa y especialmente por haber tenido la cortesía de retirar los proyectos de directriz 2.5.4, 2.5.11 *bis* y 2.5.X. De no haber objeciones, considerará que la Comisión aprueba la remisión al Comité de Redacción de todos los proyectos de directriz que figuran en el séptimo informe del Relator Especial, teniendo en cuenta las observaciones hechas verbalmente durante el debate en sesión plenaria, con la excepción de los proyectos de directriz 2.5.4, 2.5.11 *bis* y 2.5.X.

Así queda acordado.

51. La Sra. ESCARAMEIA desea rectificar la interpretación que el Relator Especial ha dado a su posición. No ha dicho que el hecho de que un órgano de control considere que una reserva no es válida o admisible provoque automáticamente el retiro de esa reserva. Lo que ha dicho es que esto entrañaba para el Estado parte la obligación de retirar esa reserva total o parcialmente. Hubiera podido aceptar el proyecto de directriz 2.5.4, pero la expresión *it may fulfill its obligations* parecía indicar que el Estado tenía la libertad para cumplir o no sus obligaciones. Ahora bien, considera que el Estado tiene el deber de cumplir sus obligaciones.

Se levanta la sesión a las 12.50 horas.

2740.ª SESIÓN

Viernes 2 de agosto de 2002, a las 10.10 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Responsabilidad de las organizaciones internacionales (A/CN.4/L.622¹)

[Tema 7 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El Sr. GAJA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Relator Especial), al presentar el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.622) dice que como la Comisión hace poco que se ocupa de este tema cualquier decisión sería prematura. Sin embargo, el Grupo de Trabajo establecido el 8 mayo de 2002 (2717.ª sesión) ha elaborado varias directrices preliminares que marcan el camino de la labor futura y que aparecen en su informe.

2. El término «responsabilidad» tiene un significado preciso en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones² que excluye específicamente, en el artículo 57, la cuestión de la responsabilidad en virtud del derecho internacional de una organización internacional o de cualquier Estado por el comportamiento de una organización internacional. Por lo tanto parece razonable que el nuevo tema abarque estas dos cuestiones, aunque debería destacarse que la palabra «comportamiento» no implica necesariamente que sea ilícito: la organización puede no ser el destinatario de la norma que establece la obligación. Se supone que el nuevo proyecto debería tratar de exponer las normas del derecho internacional general relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, incluida la responsabilidad dimanante de las relaciones entre ellas y sus Estados miembros, aunque en muchos casos estas relaciones se rigen principalmente por normas especiales. A este respecto el orador observa que en opinión del Grupo de Trabajo las cuestiones que deben considerarse no son necesariamente idénticas a las reguladas por los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aunque naturalmente haya una cierta coincidencia en el tema.

3. En la labor realizada por la Comisión desde su 22.º período de sesiones, en 1970, las cuestiones de responsabilidad que no presuponen la existencia de un comportamiento ilícito se han considerado un tema independiente. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional no ha decidido todavía, por lo que sabe, si el tema también comprenderá la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Parece razonable que el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales posponga el examen de la responsabilidad hasta que el otro Grupo de Trabajo haya avanzado en su labor. La Comisión podrá entonces decidir si el tema merece un examen especial y, de ser así, cuál sería el contexto más apropiado para analizarlo.

4. Por lo que hace al otro elemento esencial para la definición del alcance del tema, los convenios de codificación

generalmente definen a las organizaciones internacionales como organizaciones intergubernamentales. Con ello queda implícita la existencia de una personalidad jurídica de la organización internacional. Este requisito es esencial ya que, de otra forma, el comportamiento de la organización no habría que atribuírselo a ella sino a sus miembros. Pero sí podría ser necesario establecer normas diferentes para diferentes tipos de organización, especialmente por lo que respecta a la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros por el comportamiento de la organización. Por ejemplo, algunas organizaciones intergubernamentales tienen miembros que no son Estados, los cuales pueden ser entidades privadas u otras organizaciones internacionales. En el segundo caso, la situación queda claramente comprendida en el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, pero no ocurre lo mismo con el primer caso. Por lo tanto, sería preferible examinar sólo las cuestiones relativas a los Estados y las organizaciones internacionales como miembros de organizaciones internacionales y tener en cuenta los miembros que no son Estados sólo cuando sus actos afecten de alguna forma la responsabilidad de los Estados u organizaciones.

5. El Grupo de Trabajo ha examinado detenidamente la cuestión de las relaciones entre el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y los nuevos artículos que se deben redactar. Se reconoció que en el primero se habían elucidado varias cuestiones y que debía hacerse todo lo posible para ser coherente, vale decir que debe tenerse constantemente en cuenta los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Pero cada cuestión relativa a las organizaciones internacionales deberá ser objeto de un estudio independiente. Dada la escasez de la práctica disponible habrá que dejar de lado algunas cuestiones o habrá que resolverlas remitiéndose a las normas aplicables a los Estados; alternatively, podría darse alguna otra forma de desarrollo progresivo. Es evidente que no se desea repetir la experiencia del derecho de los tratados, que en 1986 resultó en la adopción de un convenio que se considera una mala copia de anteriores convenios de codificación. Los miembros de la Comisión que estuvieron presentes en esa época la recordarán como una experiencia dolorosa, ya que todo el proceso se podría haber simplificado incluyendo una referencia general a la Convención de Viena de 1969 en un protocolo relativo a las organizaciones internacionales. La diferencia en el caso presente es que la Comisión no puede mirar un convenio de codificación que ya ha sido aprobado: todavía no se ha determinado la condición del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Además, es posible que las cuestiones que se refieren específicamente a las organizaciones internacionales sean más numerosas en la esfera de la responsabilidad que en la del derecho de los tratados.

6. El Grupo de Trabajo manifestó su preferencia por redactar un texto completamente independiente. Hasta tanto la Asamblea General no haya examinado el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos habría que dar prioridad a las cuestiones que, sin duda alguna, se relacionan concretamente con las organizaciones internacionales para evitar

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. VIII, secc. C.

² Véase 2712.ª sesión, nota 13.

una duplicación de la labor de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado o la necesidad de modificar cualquier solución que se sugiere. Un tema de este tipo es la atribución de comportamiento ilícito a una organización. El primer paso será definir cuándo el comportamiento de un órgano de la organización o de otra entidad o persona se puede atribuir a esa organización. En algunos casos la norma podría ser similar a la que se aplica a los Estados, pero en otros casos la situación es más dudosa, como por ejemplo cuando un órgano del Estado actúa en nombre de una organización internacional en la esfera del mantenimiento de la paz, por ejemplo, o en una esfera de competencia exclusiva de la organización internacional. En las disposiciones de algunos tratados, como por ejemplo en el anexo IX de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se vincula la responsabilidad con la competencia. Pero esto no implica, necesariamente, que el comportamiento ilícito de un órgano del Estado que actúa dentro de la competencia exclusiva de la organización haya de atribuirse a esa organización.

7. Otra cuestión que se discute frecuentemente es la relativa a la responsabilidad de los Estados miembros por hechos internacionalmente ilícitos de los que también es responsable la organización. De considerarlos responsables habrá que determinar si su responsabilidad es subsidiaria o conjunta o solidaria. Evidentemente es una cuestión de importancia práctica, especialmente cuando una organización internacional no puede cumplir con sus obligaciones financieras, o es disuelta. En el caso del Consejo Internacional del Estero y en el litigio *Westland Helicopters Ltd.* se trataba de situaciones en las que la organización no estaba en condiciones de pagar sus deudas, con lo cual los acreedores dirigieron sus reclamaciones a los Estados miembros, con diversos grados de éxito.

8. El tema probablemente implique examinar la mayoría de las cuestiones incluidas en las partes primera y segunda del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. El Grupo de Trabajo tiene más dudas sobre las cuestiones tratadas en la tercera parte. El análisis de la aplicación de la responsabilidad podría plantear dificultades en ciertas cuestiones, como la invocación por parte de una organización internacional de la responsabilidad de otra organización internacional y de los Estados, posibilidad que ha sido específicamente reservada por el párrafo 2 del artículo 33 del proyecto de artículos. Otras dificultades se refieren a la determinación de quién está autorizado a invocar la responsabilidad en nombre de una organización; y la cuestión de las contramedidas de las organizaciones internacionales en asuntos de su competencia cuando hay un quebrantamiento no contra la organización en sí misma sino contra un Estado miembro. La recomendación del Grupo de Trabajo fue postergar la decisión sobre si correspondía examinar la cuestión de la aplicación de responsabilidad. Lo mismo rige para el arreglo de controversias que interesan a organizaciones internacionales, una cuestión que quedó excluida de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, por diversas razones que pueden ser relevantes también para las organizaciones internacionales. Por otra parte, los métodos de que se dispone actualmente para resolver controversias con organizaciones internacionales son poco satisfactorios.

9. Habrá que examinar toda la práctica pertinente, incluidos los casos relativos a la responsabilidad en ordenamientos jurídicos distintos del derecho internacional, que pueden contener comentarios casuales sobre la responsabilidad internacional o referirse a cuestiones análogas. La práctica de las Naciones Unidas se publica sobre todo en el *Anuario Jurídico de las Naciones Unidas*, pero la práctica relativa a las demás organizaciones internacionales es mucho más difícil de conocer. Las abundantes publicaciones sobre el tema se refieren a unos pocos casos. La Comisión podrá realizar su tarea sólo si consigue un conocimiento más profundo de la práctica. Por eso el Grupo de Trabajo recomendó que la Secretaría se dirigiera a las organizaciones internacionales con miras a obtener material pertinente (párr. 27 del informe).

10. El PRESIDENTE dice que el Presidente del Grupo de Trabajo ha recordado gráficamente el sentir de muchos participantes de que la Convención de Viena de 1986 fue el resultado de la influencia de una minoría pequeña y decidida dispuesta a no aceptar que los Estados y las organizaciones internacionales fuesen tratados en el mismo contexto, ya que eso podía dar pie a las organizaciones internacionales para considerar que tenían un peso que no tenían.

11. El Sr. MANSFIELD, integrante del Grupo de Trabajo, dice que la labor se ha desarrollado con agilidad, en parte porque el tema es consecuencia natural del articulado sobre responsabilidad del Estado y en parte por la conducción cuidadosamente equilibrada del Presidente. Pero no es, de ninguna manera, un tema simple; en realidad está resultando excesivamente complejo en algunos puntos, como el mantenimiento de la paz, donde las Naciones Unidas trabajan a la par de fuerzas armadas nacionales. La Unión Europea y otras organizaciones internacionales están en la misma posición, con lo cual la elaboración de directrices que marquen la correspondiente responsabilidad de esas organizaciones y de los Estados miembros por actividades que van desde las amplias cuestiones de la paz y la seguridad hasta los detalles de temas cargados de importancia política y comercial, como por ejemplo la administración de la pesca.

12. Por lo que se refiere al informe del Grupo de Trabajo, el orador apoya la afirmación del párrafo 6 de que en el caso de organizaciones internacionales que no son universales es más probable que la responsabilidad se dé en relación con los Estados que no son miembros.

13. Con respecto al párrafo 7, coincide en que por el momento parece preferible postergar la cuestión conexa de la responsabilidad civil (*liability*) de las organizaciones internacionales mientras no haya concluido la labor de la Comisión sobre este tema en relación con los Estados. Pero esto no se debe interpretar en el sentido de que la cuestión de la responsabilidad de las organizaciones internacionales no sea importante. Con respecto a lo que la Comisión debería tratar de abarcar con el término «organizaciones internacionales», acepta las conclusiones del Grupo de Trabajo (párrs. 8 a 11), de que debería quedar formalmente limitado a las organizaciones intergubernamentales. Incluso con esta limitación será difícil abarcar una gran variedad de órganos muy dispares. Pero con la aparición de organizaciones que están adoptando un enfoque más global de la participación e incluso de su composición,

y con el afianzamiento de la sociedad civil y la mayor intervención del sector privado en muchos aspectos de la vida internacional la variedad seguirá aumentando. Por lo tanto, a medida que se trabaje sobre el tema podría ser necesario verificar las conclusiones provisionales para ver cómo se relacionan con algunas de las organizaciones híbridas.

14. La cuestión de la relación entre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el articulado sobre la responsabilidad del Estado ha sido detenidamente examinado en el Grupo de Trabajo y el criterio general establecido en los párrafos 12 a 14 parece muy sensato.

15. Respecto de la cuestión de la atribución, el orador observa que el caso examinado en el párrafo 16, en que el comportamiento de un órgano del Estado es ordenado por una organización internacional o se produce en un ámbito que recae dentro de la competencia exclusiva de una organización, es una cuestión de considerable interés y delicadeza para la comunidad internacional en sentido amplio, que no tiene la posibilidad de participar en esa organización pero cuyos intereses pueden resultar muy afectados por sus actos.

16. El Sr. PELLET dice que tanto el informe escrito como la presentación verbal destacan los puntos más importantes. Pero hay dos cuestiones generales sobre las que el informe adopta una posición discutible. La primera es una cuestión de fondo: la relación entre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sea éste miembro o no. La segunda es una cuestión de forma, en otras palabras, cómo tratar el tema. Los miembros de la Comisión que tomaron parte en el debate de 1986 sobre el derecho de los tratados en relación con las organizaciones internacionales, la Convención de Viena de 1986, parecen haber quedado traumatizados por lo sucedido en ese momento. El orador no estuvo presente, pero examinó los informes de Paul Reuter, que finalmente se vio obligado a admitir que sólo se puede transponer el derecho general de los tratados al derecho de las organizaciones internacionales. El informe del Grupo de Trabajo muestra que difícilmente se realice una simple transposición y, de todas formas, la cuestión requiere la exploración de cuestiones muy diferentes, y a veces más complejas, que en el caso de la responsabilidad del Estado. El título del tema probablemente se conserve, pero el orador desearía que el Relator Especial tratara la cuestión de la responsabilidad *vinculada* a las organizaciones internacionales.

17. El orador tiene reservas sobre la forma en que el Grupo de Trabajo ha tratado los aspectos formales de la relación entre la labor futura sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En varias ocasiones, por ejemplo en los párrafos 12 a 14, se dice que sería necesario incluir en el nuevo texto una mención general de las normas adoptadas en el contexto de la responsabilidad del Estado. Si bien no se opone a que se diga que los principios aplicables a la responsabilidad del Estado también se aplican a las organizaciones internacionales, no considera satisfactorio mencionar constantemente a un conjunto de artículos en

otro. El nuevo proyecto podría incluir una referencia general con mención de las excepciones, que son más bien numerosas, o podría remitirse a las normas aplicables a la responsabilidad del Estado en cada caso específico. Debe tenerse presente que, a diferencia de los Estados, las organizaciones no son soberanas, y esto marca muchas diferencias.

18. No está de acuerdo con la afirmación en el párrafo 9 de que la definición de organización internacional incluye a entidades de carácter muy dispar. Deben señalarse los principios comunes y normas generales propios de todas las organizaciones intergubernamentales. Evidentemente hay algunas organizaciones internacionales muy particulares. Organizaciones como la Unión Europea o el MERCOSUR podrían plantear problemas concretos pero dada su función podrían representar una subcategoría de suficiente importancia para merecer un apartado. Como autor de manuales de derecho internacional nunca ha tenido problemas en redactar la parte correspondiente al derecho de las organizaciones internacionales. Los Estados son también muy diversos, como lo son los diferentes compromisos que asumen hacia los grupos regionales, pero eso no impide la elaboración de una teoría general del Estado.

19. En el párrafo 10 se afirma que el estudio podría incluir también cuestiones de responsabilidad en relación con organizaciones híbridas cuyos miembros son Estados y también actores que no son Estados, y se menciona como ejemplo la OMT. El orador es asesor jurídico de la OMT y puede confirmar que nunca ha tenido ningún problema jurídico relevante en este sentido; piensa que la mayoría de los asesores jurídicos de organizaciones internacionales pueden decir lo mismo. Es cierto que la OMT es esencialmente una organización intergubernamental clásica y el estatus de sus Estados miembros difiere enormemente del de los demás miembros que no son Estados.

20. Cuando se trate la cuestión de la atribución (párrs. 15 y 16) valdría la pena que el Relator Especial examinara la forma en que la Comisión se ocupó, o no se ocupó, de la responsabilidad de las organizaciones internacionales cuando analizó la responsabilidad del Estado antes de que decidiera que se postergaría el examen de varios de los problemas planteados hasta que se estudiara el tema concreto de la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

21. En la versión francesa del párrafo 18 la frase *a joint or a joint and several responsibility* fue traducida como *responsabilité conjointe ou conjointe et solidaire* que es un anglicismo; debe decir *responsabilité conjointe ou solidaire*.

22. El párrafo 19 dice que la cuestión de la sucesión de las organizaciones internacionales plantea varios problemas que no parecen recaer dentro del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y que podrían dejarse de lado. Esto es discutible si se tiene en cuenta el comienzo del párrafo, que se refiere a la responsabilidad de los Estados en el caso de falta de cumplimiento de obligaciones asumidas por una organización internacional posteriormente disuelta. La única razón para no incluirlo sería que el estudio de la responsabilidad del Estado no examinó la cuestión de la sucesión de la responsabilidad.

El argumento que apoya su retención se refiere a la suerte de las deudas de una organización que se ha disuelto, un problema tan importante que quizá debería incluirse, aunque con eso se ampliara el estudio del tema.

23. Necesita aclararse la afirmación, en el párrafo 20, de que la Comisión debería considerar la responsabilidad de una organización en conexión con los actos de otra organización o de un Estado y las circunstancias que excluyen la ilicitud, incluidos los descargos de responsabilidad como una forma de consentimiento.

24. En el párrafo 24 se dice que dada la complejidad de algunas de estas cuestiones, tal vez sea prudente en esta etapa dejar abierta la cuestión de determinar si el estudio debería incluir cuestiones relativas a la aplicación de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y, en caso afirmativo, si debería considerar solamente las reclamaciones de los Estados o también las reclamaciones de las organizaciones internacionales. En principio el orador no comprende que un proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales pueda dejar de tratar la aplicación. Sin embargo, la Comisión siempre tuvo un concepto un poco confuso de la aplicación; por ejemplo, al examinar la responsabilidad del Estado no se ocupó de la protección diplomática, que es la forma por excelencia de aplicar la responsabilidad en un caso de daño indirecto. La protección funcional es otra cuestión importante que bien podría examinarse.

25. Y por último, con respecto al párrafo 26, el orador coincide en que el informe no debe examinar directamente la cuestión de la responsabilidad derivada de los contratos comerciales, pero aclarando que esa responsabilidad corresponde al derecho interno. Pero si incumbe directamente al derecho internacional no está seguro de que deba descartarse la cuestión, aunque no se la haya analizado en el caso de los Estados. Pero como dijo el Sr. Mansfield, las circunstancias cambian y esos problemas tienen cada vez más importancia. El orador hizo un estudio de los contratos y podría facilitar al Relator Especial los pasajes pertinentes. Está sorprendido de que el Grupo de Trabajo no haya examinado el tema de la responsabilidad en relación con los funcionarios públicos, ya que plantea problemas muy concretos y es la esfera en donde están más desarrolladas las normas sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales. Él es partidario de excluirlo porque desde el punto de vista conceptual el derecho interno relativo a las organizaciones internacionales pertenece a otra esfera jurídica, y la Comisión está examinando la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales y no su responsabilidad en el marco del derecho interno; pero esto necesita ser explicado. El Relator Especial no podrá evitar el examen de la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales para ver si es posible extraer de ella principios generales del derecho.

26. El Sr. KATEKA agradece al Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales el informe del Grupo de Trabajo y dice que, si bien existen organizaciones internacionales híbridas, al examinar la responsabilidad la Comisión debe limitarse a las organizaciones intergubernamentales. Con respecto a la relación entre ese tema y el de la responsabilidad del Estado hay que tener cuidado al vincularlos. Los artículos sobre responsabilidad del Estado no son definitivos: existe

la posibilidad de que se celebre una conferencia diplomática y alguna de las disposiciones de esos artículos podrían cambiar, con lo cual podría plantearse un problema si la Comisión se limitara a copiarlos. De todas formas el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contiene temas controvertidos, como, por ejemplo, las contramedidas, y es de suponer que su labor sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales se trate de evitar el examen de este tema, en la medida de lo posible. Si se incluyeran cuestiones controvertidas como las contramedidas o si el resultado final tomara la forma de un convenio, sería necesario vincularlo con la cuestión del arreglo de controversias. Por lo tanto, si bien el Relator Especial es partidario de dejar en suspenso esa cuestión, la Comisión no debería descartar totalmente la posibilidad de ocuparse más adelante de la cuestión del arreglo de controversias.

27. En cuanto a la forma que debería adoptar el producto definitivo, la adopción de un texto amplio sobre el tema parecería ser el mejor camino, ya que no es posible hacer referencias cruzadas a un conjunto de artículos que todavía no han sido aprobados, y menos entrado en vigor, siendo incompleta a éste respecto la analogía con el régimen de Viena. Por eso en algunos casos podría ser necesario reproducir textualmente algunas disposiciones del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado.

28. Al igual que el Sr. Pellet, el orador se pregunta por qué la importante cuestión de la protección funcional, que ya señaló a la atención del Grupo de Trabajo y destacó en el debate sobre la protección diplomática, ha sido excluida del tema. Y por último, destaca que si bien un criterio flexible es conveniente, también es necesaria la coherencia para evitar las conclusiones aparentemente contradictorias que a veces han caracterizado la labor de la Comisión.

29. El Sr. MOMTAZ está preocupado porque el tema tan problemático de la delegación de poderes de las organizaciones internacionales a las organizaciones regionales no ha sido tratado en la sección del informe relativa a las cuestiones de atribución. Piensa especialmente en la delegación de las facultades coercitivas de las organizaciones universales, especialmente las Naciones Unidas. Varias resoluciones recientes del Consejo de Seguridad autorizan a Estados y a organizaciones regionales a utilizar la fuerza, como ocurre en el caso de la autorización de interceptar navíos en alta mar en cumplimiento de un embargo. El orador desea preguntar al Relator Especial si estas cuestiones serán tratadas en el título dedicado a la atribución.

30. El Sr. GAJA (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, Relator Especial) dice que tratará de aclarar algunas cuestiones y de rectificar algunos errores con respecto al informe del Grupo de Trabajo. La cuestión de la autorización del uso de la fuerza y de la delegación de facultades a los Estados, formulada por el Sr. Momtaz, tendrá que ser examinada oportunamente. Es difícil afirmar que el comportamiento de los órganos de un Estado, estén o no autorizados, sean atribuibles a la organización internacional. La cuestión de determinar si una organización internacional comparte la responsabilidad por el comportamiento

ilícito ha sido tratada, quizás demasiado ligeramente, en la sección 4 del informe, sección a la que correspondería mejor la cuestión planteada por el Sr. Momtaz. Puesto que el comportamiento no se puede atribuir a la organización internacional el capítulo IV de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos no comprendería casos análogos a aquellos que podrían ocurrir en la relación entre organizaciones internacionales y Estados.

31. La cuestión de la protección funcional no ha quedado totalmente excluida del tema, sino simplemente postergada para un examen posterior. Su opinión personal es que la protección funcional sería mejor tratarla como tema independiente. Si, eventualmente, siguiendo el modelo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se decide que debería existir una tercera parte referente a la aplicación, sería necesario ocuparse, aun brevemente, de la protección funcional.

32. Por lo que respecta a las observaciones del Sr. Pellet, lamenta la mala traducción del original inglés del informe, pero eso no es responsabilidad del Grupo de Trabajo. En ninguna parte del informe se propone hacer referencias cruzadas al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La conclusión que figura en el párrafo 12 fue que el nuevo texto debería ser totalmente independiente de los artículos sobre la responsabilidad del Estado. Cuando no haya características concretas que diferencien las organizaciones internacionales de los Estados podrá decir que se aplicarán las mismas normas que a los Estados, sin determinar específicamente las normas en cuestión, provengan éstas de los artículos sobre responsabilidad del Estado o de otras fuentes. Por lo que hace al significado de la expresión «los descargos de responsabilidad y algunas formas de consentimiento» que figura en el párrafo 20, la idea es que el descargo unilateral de responsabilidad es una de las dos formas posibles de consentimiento, siendo la otra el acuerdo, y que el consentimiento se considera una circunstancia que excluye la ilicitud.

33. Por lo que hace a la cuestión de la disolución de las organizaciones internacionales, la sucesión generalmente está regulada por el tratado que crea la nueva organización. Es interesante que cuando la Comisión ha tratado distintas cuestiones relativas a la sucesión de Estados nunca se propuso considerar también la sucesión de las organizaciones internacionales. En la medida en que existen normas generales relativas a la sucesión de las organizaciones internacionales, la consecuencia podría ser que la nueva organización internacional sería el deudor al que se pueden dirigir los acreedores. El orador duda de que exista alguna justificación para que la Comisión se interese en este tema complejo, especialmente porque la mayoría de esas cuestiones se resuelven en acuerdos entre Estados o en virtud de que la nueva organización acepta la sucesión y asume responsabilidad por toda deuda pendiente.

34. En el párrafo 9 se dice que, dada la gran variedad de organizaciones internacionales, el carácter de la relación entre la respectiva organización y los Estados miembros también puede variar mucho. Esto tendría consecuencias para las normas aplicables. Una organización como Fuerza y Observadores Multinacionales creada por Egipto e

Israel después de los acuerdos de Camp David³ es, pese a poseer personalidad jurídica, muy difícil de tratar en forma independiente de sus Estados miembros. El objetivo del párrafo 9 es señalar que diferentes normas pueden aplicarse a diferentes tipos de organización, según sea el carácter de la relación con sus Estados miembros.

35. Y por último, respecto de la cuestión de las relaciones entre una organización internacional y sus funcionarios y la jurisprudencia de los tribunales administrativos, no se suele considerar esta cuestión parte del tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales y el Grupo de Trabajo no había previsto tratar cuestiones de fondo relativas al contenido de esas relaciones. Sin embargo la jurisprudencia de los tribunales administrativos podría tener una cierta utilidad, ya fuese para establecer un principio general del derecho o para permitir a la Comisión extraer analogías. A este respecto el orador agradecería a los miembros que le señalaran el material o la práctica pertinente que conocieran. También sería útil que quienes tengan contactos personales con organizaciones internacionales las alienten a cooperar activamente con la Comisión para facilitar su labor en este tema.

36. El PRESIDENTE dice que si no hay objeciones considerará que la Comisión desea aprobar el informe del Grupo de Trabajo.

37. El Sr. PELLET dice que, si bien no tiene objeciones a que se apruebe el informe, desearía saber si las observaciones pertinentes efectuadas en las sesiones plenarias aparecerán en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones. Si sus observaciones no quedan registradas se verá obligado a corregir el informe según proceda.

38. El PRESIDENTE dice que el informe del Grupo de Trabajo se aprueba o se rechaza en el plenario pero no se corrige. Las observaciones pertinentes quedarán registradas en las actas resumidas.

39. El Sr. PELLET dice que la sección relativa al informe del Grupo de Trabajo comprendida en el capítulo sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales también debería, al igual que otros capítulos del informe de la Comisión, reflejar las posiciones expresadas en las sesiones plenarias de la Comisión.

40. El Sr. MIKULKA (Secretario de la Comisión) dice que cuando se examina el informe de un relator especial el informe de la Comisión contiene un resumen analítico con las opiniones expresadas al respecto. Anteriormente, cuando el plenario analizaba el informe de un grupo de planificación, un comité de redacción, un grupo de trabajo o un grupo de estudio, el hecho de que el informe había sido examinado quedaba reflejado en el informe, y la fecha y el número de las sesiones pertinentes se indicaban claramente. Todos estos elementos facilitaban al relator especial del caso, al público en general y a los gobiernos material suficiente para ubicar los comentarios sobre el informe en cuestión. No se acostumbraba a preparar un resumen analítico de las opiniones expresadas cuando el

³ Convenio de Camp David por el que se sientan las bases para la paz en el Oriente Medio, firmado en Washington D.C. el 17 de septiembre de 1978 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1138, n.º 17853, pág. 39).

informe del Relator Especial sobre el tema no había sido examinado.

41. El Sr. PELLET dice que si bien esa práctica parece razonable en el caso de los informes del comité de redacción sobre textos aprobados en primera lectura, ya que las opiniones expresadas quedan reflejadas en los comentarios, no parece en absoluto razonable en el caso de los informes de grupos de trabajo: esta práctica dará lugar inevitablemente a peticiones de los miembros para que se corrija el informe. Independientemente de lo que haya sido la práctica en el pasado el orador no está de acuerdo con que continúe.

42. El PRESIDENTE dice que esa opinión puede reflejarse en el informe de la Comisión cuando apruebe el capítulo sobre el tema en estudio. Si no hay más objeciones considerará que la Comisión acepta aprobar el informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 12.15 horas.

2741.ª SESIÓN

Martes 6 de agosto de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue.

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.628 y Corr.1¹)

[Tema 8 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE ESTUDIO

1. El PRESIDENTE invita al Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional a presentar el informe del Grupo de Estudio.

2. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) recuerda que en el curso del último quinquenio de la Comisión el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo consideró que la fragmentación del derecho internacional podía ser un tema de estudio para la Comisión. Al Sr. Gerhard Hafner se le encargó que realizara un estudio de viabilidad al respecto; en ocasión del 52.º período de sesiones de la Comisión (2000) presentó un documento que ha servido de base para el examen de la cuestión en el actual período de sesiones².

3. El Grupo de estudio, integrado por la mayoría de los miembros de la Comisión, se reunió cuatro veces durante el período de sesiones. Su informe comprende dos partes: un resumen de los debates y una serie de recomendaciones. Una de las cuestiones fundamentales que se plantearon los miembros del Grupo de Estudio fue la de saber si el tema de la fragmentación del derecho internacional era apropiado para que lo estudiara la Comisión. También se preguntaron sobre el alcance preciso de este tema y sobre el criterio que debía adoptarse, y finalmente se inclinaron por realizar el examen, considerando que se trataba de una esfera en la que la Comisión podía dar orientaciones útiles, al menos en ciertos aspectos.

4. Los integrantes del Grupo de Estudio reconocieron desde el principio que este tema era, por naturaleza, diferente de los otros y podía necesitar un enfoque original. De todas formas los miembros observaron que la fragmentación no era nada nuevo porque el derecho internacional es, en realidad, el derecho de un mundo fragmentado. Su fragmentación es también la consecuencia natural de su expansión, a veces en campos totalmente nuevos. Por eso el Grupo de Estudio estimó que la Comisión no debía abordar la fragmentación como un fenómeno nuevo porque con ello podría restar valor a los mecanismos existentes que el derecho internacional había creado para hacer frente a los desafíos surgidos de la fragmentación.

5. El Grupo de Estudio también consideró importante subrayar los aspectos positivos de la fragmentación, que puede considerarse como un signo de vitalidad del derecho internacional. La proliferación de normas, regímenes e instituciones y la creciente diversidad de opiniones no son forzosamente algo negativo sino que significan, por el contrario, que el campo del derecho internacional se ha ampliado.

6. Por lo que hace a las cuestiones de procedimiento, los miembros del Grupo de Estudio se preguntaron si el tema estaba realmente comprendido en el mandato de la CDI o si, antes de iniciar el examen, éste debía solicitar la aprobación de la Sexta Comisión. Llegaron a la conclusión de que esta aprobación se podría obtener sin problemas.

7. La cuestión del título que debía darse al tema provocó un profuso debate porque se consideró que el título del informe del Sr. Hafner, «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», daba a la cuestión un tinte demasiado negativo. La palabra «fragmentación» denotaba algunas consecuencias indeseables de la expansión del derecho internacional que la Comisión

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. IX, secc. C.

² *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, punto 5, pág. 151.

debería dedicarse a contrarrestar. Esta empresa justificaba su examen del tema.

8. La cuestión de la metodología también provocó largos debates. Se convino en que la materia no era apropiada para una codificación en la forma tradicional de un proyecto de artículos redactado por un relator especial y acompañado de comentarios. Muchos miembros sugirieron centrar los trabajos en determinados temas específicos e identificar las esferas en donde hubiese un conflicto de normas de derecho internacional para tratar de encontrar soluciones a estos conflictos. Por otro lado, algunos miembros propusieron un enfoque más «descriptivo» en el que la labor se limitaría a evaluar, en esta etapa, la gravedad de la fragmentación en cuanto problema de derecho internacional, sin querer también definir los métodos de trabajo o buscar resultados concretos.

9. Los miembros del Grupo de Estudio señalaron diversas esferas de las que la Comisión no debía ocuparse como, por ejemplo, la cuestión de la creación de instituciones judiciales internacionales o de la relación entre ellas. Sin embargo consideraron que, en la medida en que las instituciones judiciales podían aplicar de manera diferente las mismas normas o normas similares de derecho internacional, esas divergencias podrían dar lugar a problemas que convendría abordar. Los miembros también estuvieron de acuerdo en que no siempre resultaba apropiado establecer analogías con los ordenamientos jurídicos internos porque esto introducía un concepto de jerarquía inexistente en el ordenamiento jurídico internacional, y que no se debía superponer. En el derecho internacional, como todo el mundo sabe, no hay un órgano supremo que pueda resolver definitivamente los conflictos. También se convino en que la Comisión no debía actuar como árbitro en las relaciones entre instituciones aun cuando sí pudiera ocuparse con provecho de los problemas de comunicación entre esas instituciones.

10. En el plano práctico, numerosos miembros sugirieron que la Comisión organizara, al principio de cada período de sesiones anual, un seminario con el objeto de examinar la práctica de las instituciones y de los Estados y de promover eventualmente la armonización favoreciendo el diálogo. Otros propusieron ir aún más lejos por este camino y organizar reuniones más institucionalizadas y periódicas, de las que ya había algunos ejemplos: se mencionó especialmente la reunión de los presidentes de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y la reunión anual de asesores jurídicos de los Estados celebrada en las Naciones Unidas. También se sugirió elaborar un cuestionario que serviría de guía para investigar los mecanismos de coordinación existentes.

11. Por lo que respecta al resultado final de la labor de la Comisión, aunque todavía fuese demasiado pronto para pronunciarse al respecto, se decidió que convenía elaborar un informe de estudio o de investigación aunque no hubiese acuerdo sobre su forma o alcance exactos.

12. Pasando luego a la segunda parte del informe, titulada «Recomendaciones» el Presidente del Grupo de Estudio señala, en primer lugar, que a la luz de los debates sobre el título del tema y la connotación negativa de la palabra «fragmentación» se propuso la adopción del título «Dificultades derivadas de la diversificación del derecho

internacional». Algunos miembros del Grupo de Estudio se pronunciaron en favor de la variante: «Dificultades derivadas de la expansión y la diversificación del derecho internacional».

13. Sobre el fondo de la cuestión el Grupo de Estudio recomienda que se realice una serie de estudios sobre aspectos concretos del tema y se presenten a la Comisión para que ésta los examine y tome las medidas oportunas. La finalidad de estos estudios sería ayudar a los jueces y juristas internacionales a enfrentarse con las consecuencias de la diversificación del derecho internacional.

14. El Grupo de Estudio seleccionó cinco grandes temas de estudio, todos ellos temas sobre los que la Comisión ya ha trabajado, en unos casos más y en otros menos, con lo cual han quedado aspectos sin explorar, o han salido a la luz problemas nuevos. La idea sería proporcionar una «caja de herramientas», un conjunto de sugerencias y de medios prácticos para resolver los problemas resultantes de incompatibilidades y de conflictos que pudiera haber entre las normas y los regímenes jurídicos vigentes. Los temas de estudio que se conservaron figuran en los apartados *a a e* del párrafo 21 del informe del Grupo de Estudio. Para estudiar en primer lugar se propuso el tema titulado «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los “regímenes autónomos”». Estos aspectos son interesantes porque tanto la *lex specialis* como los «regímenes autónomos» podrían dar una respuesta ya lista a los problemas de conflicto de leyes al crear en cierta forma campos «independientes» no comprendidos en las normas comunes del derecho internacional. Este estudio se podría presentar a la Comisión en su próximo período de sesiones.

15. Los otros temas de estudio son los siguientes: «La interpretación de los tratados a la luz de “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de “las preocupaciones de la comunidad de naciones”» (esta fórmula procede del asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* dirimido ante el Órgano de Apelación de la OMC); «La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)»; «La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)»; y «Jerarquía en el derecho convencional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflictos de leyes». Si bien el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* sí han sido estudiados muchas veces, la idea sería, en el contexto en examen, considerar estas «supernormas» como normas que permiten resolver los conflictos entre diferentes sistemas.

16. Habiendo presentado el informe del Grupo de estudio, corresponde ahora a la Comisión debatirlo y modificarlo, llegado el caso, para poder aprobarlo e incorporarlo en su propio informe a la Asamblea General.

17. El Sr. KATEKA alaba la claridad del informe del Grupo de Estudio, pero lamenta que no se defina la palabra «fragmentación», a la que no se opone. Como ya se ha señalado en el informe, la fragmentación no es un fenómeno nuevo y denota una diversidad creciente de opiniones y un sistema policéntrico que tienen, a su entender, aspectos positivos. Pese a ello el nuevo título contenido en las recomendaciones del Grupo de Estudio parece más apropiado que el propuesto por el Sr. Hafner. Por el contrario, el Sr. Kateka no aprueba la introducción de la palabra «expansión».

18. Por lo que respecta a la metodología y la presentación de los trabajos por el Grupo de Estudio, considera que un método evolutivo sería más adecuado. En ese sentido, la Comisión quizá no debería tomar *a priori* la decisión de no estudiar los riesgos provocados por la proliferación de instituciones judiciales internacionales. En cambio sí sería conveniente que renunciara a establecer analogías con los sistemas de derecho interno, teniendo en cuenta la falta de jerarquía en los sistemas de derecho internacional.

19. Por lo que hace a los resultados de la labor de la Comisión, convendría mostrar circunspección porque se trata de un tema poco habitual cuyas ramificaciones sólo se verán a medida que avancen los trabajos.

20. Por lo que respecta a la práctica, el Sr. Kateka no se opone a la idea general de organizar seminarios, pero no le parece indispensable realizar uno en cada período anual de sesiones de la Comisión. Pero sí aprueba los temas de estudios que ha elegido el Grupo de Estudio, así como el criterio de la «caja de herramientas» para resolver los problemas prácticos. Por lo que hace al segundo tema, no está convencido de que sea necesario mencionar en el título el asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* dirimido ante el Órgano de Apelación de la OMC; este tipo de mención no tiene lugar en un título. Lamenta también que en la lista de temas no se haya conservado el estudio de los tratados de extradición y las normas de derechos humanos mencionados en el proyecto de informe del Grupo de estudio. Efectivamente, estos temas ilustran muy bien el cambio de foco del derecho internacional.

21. Pese a estas observaciones, el Sr. Kateka está plenamente de acuerdo con la aprobación del informe del Grupo de Estudio.

22. El Sr. FOMBA dice que el Grupo de estudio ha realizado satisfactoriamente su misión y que hace suyas, en gran medida, las conclusiones preliminares. Comparte especialmente la idea de que el tema estudiado está comprendido en el mandato de la Comisión y que el estudio debería tratar de mitigar las consecuencias indeseables de la expansión del derecho internacional hacia nuevas esferas.

23. Por lo que respecta a los métodos, está claro que el tema no se presta a una codificación en la forma tradicional de proyecto de artículos. El Sr. Fomba prefiere un criterio temático centrado en un enfoque más general y exploratorio. Por lo que respecta a las esferas que la Comisión debería excluir de su campo de estudio, comparte en general el criterio adoptado por el Grupo de Estudio, pero se pregunta si es necesario rechazar totalmente la

analogía con los sistemas de derecho interno. De todas formas la Comisión debería mostrarse muy prudente en esta materia. Además, no es seguro que la propuesta de que las cuestiones relativas a la aplicación del derecho internacional estén excluidas del estudio del tema sea del todo pertinente respecto del objeto mismo del estudio, que es regular los problemas concretos derivados de las incompatibilidades y los conflictos entre las diversas normas y regímenes jurídicos existentes.

24. Por lo que respecta a los posibles resultados de la labor de la Comisión, el Sr. Fomba no ve inconveniente en que se organicen seminarios al comienzo de los períodos de sesiones de la Comisión o reuniones más institucionalizadas, ya que todas estas iniciativas tienen el mismo objetivo.

25. Por último, el Sr. Fomba aprueba los cinco temas que el Grupo de Estudio recomienda para que estudie la Comisión, así como la propuesta de que en una primera etapa el Presidente del Grupo de Estudio emprenda estudios sobre la función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los «regímenes autónomos».

26. La Sra. ESCARAMEIA dice que aprueba en general el informe del Grupo de Estudio, pero que le habría gustado ver en el título del tema la palabra «expansión», que hubiese sido un testimonio de la vitalidad del derecho internacional. Efectivamente, hoy en día éste abarca situaciones que antes correspondían exclusivamente al derecho interno.

27. Por otro lado, celebra que se haya agregado al párrafo 14 una frase para precisar que en la medida en que las instituciones judiciales podían aplicar de manera diferente las mismas normas o normas similares de derecho internacional, esas divergencias podrían dar lugar a problemas que convendría abordar. También celebra que los párrafos 21 y 22 del proyecto de informe del Grupo de Estudio hayan sido modificados para exponer claramente el criterio metodológico que adoptará la Comisión.

28. La Sra. Escarameia opina que si la Comisión debe realmente comenzar estudiando las normas de fondo y la relación entre los diferentes tipos de normas de fondo también debe examinar la cuestión del contexto institucional de aplicación de esas normas y especialmente enterarse de cuáles son los problemas que encuentran en esta esfera los órganos existentes, en particular los órganos convencionales, y a qué soluciones recurren para resolverlos.

29. El Sr. BROWNLIE felicita al Presidente del Grupo de Estudio por su labor y se muestra agradablemente sorprendido por la rapidez con que se ha logrado el consenso sobre este informe, que refleja fielmente las opiniones expresadas en el seno del Grupo de estudio y está cuidadosamente redactado para evitar roces con la Sexta Comisión. Considera que el nuevo título del estudio es mejor que el título original, ya que la palabra «fragmentación» tiene una connotación negativa, aun cuando probablemente se la siga utilizando por comodidad.

30. Con respecto a la idea de la «caja de herramientas», quizá no sea muy brillante, pero permitirá de todas formas estudiar las cuestiones esenciales.

31. El Sr. Brownlie lamenta que en el párrafo 11 del informe del Grupo de estudio no se mencionen los tratados de extradición ni las normas de derechos humanos porque este problema se encuentra, en realidad, en el meollo de la fragmentación. Se recordará a este respecto que en el Reino Unido, en su decisión de 1999 en el asunto *Pinochet*, la Cámara de los Lores se pronunció por seis votos contra uno por retirar la inmunidad del senador Pinochet, dando así primacía al derecho penal internacional. Se protegieron diciendo que era una decisión relativa a un antiguo jefe de Estado pero es verdad que todos sus argumentos se aplicarían también a un jefe de Estado en funciones. En este asunto se vio que existe una incompatibilidad fundamental entre el tenor actual del derecho penal internacional y el del derecho relativo a la inmunidad de los Estados y los jefes de Estado. Sería lamentable que la Comisión no mencionara un ejemplo tan importante de fragmentación.

32. Por lo que respecta a los regímenes autónomos, la Comisión debe mostrar una gran prudencia y tratar de no calificar de «autónomos» a regímenes que no esté probado que lo sean. Esta observación es válida especialmente para los derechos humanos. El Sr. Brownlie ha tenido ocasión de trabajar en numerosos asuntos relativos a los derechos humanos en Chipre de los que se ocuparon la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La mayoría de las normas de protección de derechos humanos corresponden, evidentemente, al derecho de los tratados, que es parte integral del derecho internacional general. Cuando en los asuntos mencionados se plantearon incidentes sobre la condición de Estado o la responsabilidad del Estado no fueron resueltos por remisión a un régimen autónomo de derechos humanos sino por remisión a los principios del derecho internacional general relativos a estas cuestiones. Es verdad que existen regímenes autónomos, y muchos de ellos son regímenes de tratados bilaterales que regulan las relaciones entre los Estados. Conviene no presumir que un régimen sea autónomo. Por lo demás, la Comisión debe aclarar el concepto de régimen autónomo.

33. En los años cincuenta y comienzo de los años sesenta asumir la defensa de los derechos humanos se consideraba un ataque contra el sistema colonialista cuyos partidarios hablaban de injerencia en los asuntos internos del Estado. Gran Bretaña y Francia se demoraron en adherirse al actual sistema europeo de protección de los derechos humanos precisamente a causa de la cuestión colonial. Las normas de protección de los derechos humanos no derivan del eurocentrismo sino que se desarrollaron en el marco del derecho internacional general. Por lo tanto hay que cuidarse de no hablar de fragmentación allá donde no exista. Si bien se acepta que puede ser absolutamente necesario que la perspectiva de los derechos humanos requiera unos enfoques especiales del derecho internacional general esto no significa que globalmente las normas de derechos humanos se hayan convertido en un régimen autónomo.

34. El Sr. GALICKI lamenta, al igual que la Sra. Escarameia, que el nuevo título del estudio no mencione la expansión del derecho internacional. En efecto, éste se extiende hoy día a nuevas esferas, sea en materia social o en materia de relaciones internacionales. La Comisión

corre el riesgo de perder algo si renuncia a estudiar esta evolución.

35. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que no recuerda por qué se suprimió del párrafo 11 la mención de los tratados de extradición y las normas de derechos humanos. Por lo tanto considera preferible, por lo menos en la etapa actual, «no politizar» el estudio abordando temas que puedan suscitar controversias. Admite que el criterio de la «caja de herramientas» es poco brillante pero señala como ventaja que permite evitar este tipo de controversias. Por ejemplo, no sería juicioso comenzar a examinar la fragmentación del derecho internacional abordando temas que contraríen, por ejemplo, la decisión de 2002 de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* en la que el tribunal se pronunció claramente en favor de la norma de larga data relativa a la inmunidad de la jurisdicción penal de un ministro extranjero. El Sr. Simma no elegiría de entrada este criterio porque presupone una elección de valores. La cuestión es saber qué valor se asigna a los derechos humanos en la escala de valores. En un sentido estas cuestiones corresponderían al cuarto tema de estudio propuesto en el apartado e del párrafo 21 del informe del Grupo de Estudio. Pero sigue siendo preferible adoptar una actitud pragmática, comenzando por examinar las cuestiones técnicas, ver cómo evolucionan las cosas y dejar para una etapa ulterior las cuestiones controvertibles.

36. Por lo que respecta a los regímenes autónomos, el Presidente del Grupo de Estudio considera también que no hay que presumir que tal o cual régimen sea autónomo, sino todo lo contrario. La idea de que los derechos humanos constituyen un régimen de este tipo parte de una visión política muy concreta de los derechos humanos que, felizmente, ya casi no tiene vigencia hoy en día, al punto de que en algunas instancias, como por ejemplo la OMC, algunos consideran que no corresponde mencionar la responsabilidad del Estado en esta materia.

37. El Sr. BROWNLIE precisa que su observación respecto del párrafo 11 era que sería mejor si el informe indicara que ciertos miembros habían expresado la opinión en cuestión. No se trataba de una observación sobre el fondo.

38. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que es correcto que algunos miembros recordaron los conflictos que podían existir entre los tratados de extradición y las normas de derechos humanos, y que se podrían agregar algunas palabras al párrafo 11 para dejar constancia de ello.

39. El PRESIDENTE dice que los miembros podrán presentar propuestas precisas sobre este punto cuando la Comisión apruebe el informe del Grupo de Estudio párrafo por párrafo.

40. El Sr. KOSKENNIEMI recuerda que cuando la Comisión inició el estudio del tema no se sabía muy bien cuáles serían los resultados de esa labor. En la Sexta Comisión numerosos oradores expresaron algunos temores al respecto, estimando que el tema era ilimitado y temiendo, por una parte, que la CDI no abordara

problemas que tocaban los aspectos más importantes de la evolución política e institucional contemporánea y, por la otra, que se librara a debates académicos abstractos de una utilidad práctica dudosa. El informe del Grupo de Estudio debería disipar estos temores. La cuestión de la diversificación del derecho internacional engloba algunos de los desarrollos más interesantes y más importantes en la esfera del derecho institucional internacional. La diversificación del derecho es evidentemente técnica, pero refleja también, y sobre todo, distintas preferencias políticas. A este respecto las preferencias de una organización como la OMC no son las de un órgano que se ocupa de los derechos humanos, y las de los especialistas del derecho penal internacional no son las de los juristas de la CIJ. De todas formas la ambigüedad es inherente al tema y el título actual establece un cierto equilibrio entre los «positivistas» y los «negativistas». Algunos miembros de la Sexta Comisión observaron que la CDI representaba un aspecto de la diversificación de este derecho y manifestaron el temor de que se erigiera en una especie de tribunal supremo que arbitrara los conflictos institucionales entre instituciones como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y la Organización Mundial del Comercio. Además, temían que la CDI se mezclara en política institucional o se lanzara en trabajos abstractos interminables sobre la jerarquía de las normas. Pero en los párrafos 14 y 16 del informe del Grupo de Estudio se indica claramente que la Comisión no piensa dedicarse a la política institucional y en el párrafo 15 se muestra que tampoco piensa convertirse en una convención constitucional que establezca una jerarquía para poder solucionar los conflictos entre, por ejemplo, especialistas en derechos humanos, especialistas en derecho mercantil, especialistas en inmunidad y juristas. La Comisión ha elegido un criterio que consiste en fundar su trabajo en esta materia en trabajos anteriores. En un sentido la Comisión ha podido presentarse a la comunidad internacional como la guardiana de la Convención de Viena de 1969 y, habiéndole dado origen, es un poco su «madrina», pudiendo pronunciarse sobre su interpretación con una cierta autoridad. La mayoría de los temas propuestos en el párrafo 21 del informe del Grupo de Estudio remiten a ese texto. Los estudios en cuestión podrían dar lugar a directrices u otras recomendaciones.

41. La propuesta hecha al Grupo de Estudio de realizar un estudio diferente sobre los conflictos de interpretación que puedan aparecer en la jurisprudencia internacional no se aceptó porque la Comisión no está en condiciones de definir una escala de valores que permita solucionar los diferentes conflictos, y si el apartado *e* del párrafo 21 prevé que sí piensa ocuparse de la jerarquía de normas es únicamente por lo que respecta a las normas convencionales, es decir, en un marco limitado.

42. Con respecto a la propuesta del Sr. Kateka de suprimir la nota de pie de página del apartado *b* del párrafo 21 del informe, el Sr. Koskenniemi piensa que esta nota es importante porque indica que la Comisión se sitúa en una perspectiva técnica y atenúa el carácter un poco abstracto de las palabras que van entre comillas.

43. Por lo que respecta a la observación de la Sra. Escameia y del Sr. Galicki, la noción de expansión del derecho internacional no se conservó por tres razones: la primera es que esta palabra recuerda la expansión del de-

recho internacional desde Europa hacia las demás regiones; la segunda es que el derecho internacional siempre ha sido extremadamente vasto y que es su contenido lo que ha cambiado; y la tercera es que sociológicamente no se puede decir que exista una expansión del derecho internacional, ya que más bien se ha marginalizado. Pero este es un problema del que la Comisión deberá ocuparse.

44. Y por último, y siguiendo la sugerencia del Sr. Brownlie, se podría indicar en el resumen de los debates que algunos miembros recordaron los conflictos existentes entre diversas normas. Por lo que respecta a los regímenes autónomos, nada en el informe postula su existencia ni indica que deberían existir. Los regímenes de este tipo deberían seguir siendo una excepción.

45. El Sr. SEPÚLVEDA dice que el título del tema tiene el defecto de resaltar demasiado los aspectos negativos de la diversificación del derecho internacional, aun cuando los aspectos positivos de este fenómeno hayan sido evocados brevemente en el párrafo 7 del informe del Grupo de Estudio. Sin embargo, uno de los objetivos de la serie de estudios recomendados en el párrafo 21 sería encontrar soluciones a determinados problemas que plantea esta diversificación. Por lo tanto sería conveniente dar lugar en el título del tema a la noción de integración, que es el opuesto de la fragmentación.

46. El Sr. KATEKA dice que, contrariamente a lo que ha entendido el Sr. Koskenniemi, propuso que se suprimiera la nota de pie de página y todo lo que sigue a las palabras «la evolución general del derecho internacional» a fin de conservar la uniformidad del informe y de quitarle toda connotación centroeuropea.

47. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO dice que aprueba el informe de manera general y que apoya la modificación propuesta al título. Expansión y diversificación son dos cosas diferentes, y si se habla de una ampliación se trata de una ampliación temática y no territorial. Si bien, como se dice en el párrafo 14 del informe, la Comisión no debe estudiar la relación entre las instituciones judiciales internacionales, no puede pasar por alto la influencia de las decisiones judiciales en el derecho internacional.

48. El Sr. Rodríguez Cedeño apoya la propuesta de organizar un seminario sobre el tema, que figura en el párrafo 17 del informe. Aunque el tema sea académico tiene consecuencias prácticas y, como bien se dice en el párrafo 21 la finalidad de esos estudios sería ayudar a los jueces y juristas internacionales a enfrentarse con las consecuencias de la diversificación del derecho internacional.

49. Por lo que respecta al título, la palabra «dificultades» tiene una connotación demasiado negativa y quizás sería preferible reemplazarla por «consecuencias» o «repercusiones» de la diversificación del derecho internacional.

50. Además, convendría decir en el párrafo 6, respecto del aumento de la fragmentación del derecho internacional, que esto se debe a la intensificación de las relaciones internacionales. El Sr. Rodríguez Cedeño señala que presentará una propuesta precisa cuando la Comisión adopte el informe.

51. Por lo que respecta a la metodología, es indudable que, como se dice en el párrafo 10 del informe, el tema

no se presta a la codificación. Con respecto a los tres aspectos de la empresa mencionados en los párrafos 11 y 12 deben concebirse como complementarios. Y para terminar, el Sr. Rodríguez Cedeño señala que apoya las recomendaciones del Grupo de Estudio que figuran en el párrafo 21.

52. El Sr. Sreenivasa RAO considera que la fragmentación del derecho internacional es un tema de actualidad cuyo estudio es muy oportuno y que presenta un interés no solamente técnico sino también concreto. En efecto, sin pensar en los casos en que las normas del derecho internacional están efectivamente fragmentadas, las expectativas de los Estados y de los pueblos respecto del derecho internacional varían considerablemente por lo cual están también fragmentadas.

53. Si se ha de abordar el examen de la diversificación del derecho internacional y las consiguientes dificultades conviene formularse algunas preguntas. Por ejemplo, ¿cuál es el objetivo preciso del estudio? ¿Se trata de que la Comisión estudie la diversificación del derecho internacional para ver en qué afecta su mandato o más bien debería ocuparse de las posibilidades y perspectivas de evolución y codificación del derecho que abre esta fragmentación? El Sr. Sreenivasa Rao considera que es importante aclarar este punto. Y también, por lo que respecta a los posibles temas de estudio propuestos en el párrafo 21 del informe del Grupo de Estudio, ¿cuál sería el hilo conductor que liga los unos a los otros?

54. El Sr. Sreenivasa Rao se pregunta también sobre el seminario cuya organización se propone en el párrafo 17 del informe. Quisiera saber cuál sería la función exacta de la Comisión, dónde se celebraría el seminario y quién asumiría los costos. Le parece que la analogía con los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no es pertinente porque, contrariamente a las instituciones que participan en un seminario sobre la fragmentación del derecho internacional, estos órganos tienen una vocación común.

55. Por último, el Sr. Sreenivasa Rao recuerda que la Comisión rinde cuentas a la Sexta Comisión de la Asamblea General. Por lo tanto, debe saber exactamente la forma en que le presentará el estudio del tema ya que recibirá de ella orientaciones útiles para sus labores.

56. El Sr. MOMTAZ, refiriéndose de entrada a la primera parte del informe, dice que, si bien se alegra de ver que el problema de la fragmentación resultante de la jurisprudencia de las instituciones judiciales internacionales se ha tratado en el párrafo 14 del informe, le parece que la explicación presentada en la segunda frase no es suficientemente clara. En efecto, piensa que habría que distinguir entre dos casos de figuras diferentes.

57. La primera situación es la de las instituciones judiciales que aplican distintas normas del derecho internacional para regular una cuestión idéntica. Por ejemplo, con respecto a la atribución de un acto al Estado el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Internacional de Justicia se fundaron en criterios diferentes.

58. La segunda situación es la relativa a las divergencias existentes entre los tribunales en materia de calificación de las normas de derecho. En esto también difiere la ju-

risprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y la de la Corte Internacional de Justicia. Por lo que respecta a la protección del medio ambiente, por ejemplo, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que la norma aplicable era la consuetudinaria, mientras que la Corte Internacional de Justicia determinó que se trataba de una norma convencional.

59. Pasando luego al párrafo 21 del informe, el Sr. Momtaz señala que el tema en estudio propuesto en el apartado *e* (la jerarquía de las normas de derecho convencional) se refiere en realidad al problema de la calificación de la norma, que puede cambiar de un tribunal a otro.

60. El Sr. Momtaz propone modificar la redacción del párrafo 14 para aclarar el sentido del apartado *e* del párrafo 21.

61. El Sr. ADDO dice que preferiría, contrariamente a lo que ha señalado el Grupo de estudio en el párrafo 9 de su informe, que la palabra «fragmentación» se conserve en el título del tema. Esta palabra no solamente llama más la atención que las propuestas para reemplazarla, sino que corresponde mejor a la realidad. El Sr. Addo no ve en qué el hecho de conservar esta palabra podría dar una perspectiva demasiado negativa al estudio. Y si hay aspectos negativos es a la Comisión a quien corresponde determinar y describir en el texto que adopte lo que convenga hacer para enfrentarlos. Además, la palabra figuraba en el título con el cual la Sexta Comisión aprobó el estudio del tema³.

62. Y por último, el Sr. Addo pregunta al Sr. Koskenniemi lo que quiere decir cuando califica a la Comisión de madrina de las Convenciones de Viena.

63. El Sr. MANSFIELD señala, como ha explicado el Presidente del Grupo de Estudio, que el tema de la fragmentación del derecho internacional se distingue de los que la Comisión ha tratado en otras oportunidades y esto puede y debe ofrecer a la Comisión su enfoque. No es necesario disponer de una metodología completamente desarrollada o un producto final claro antes de comenzar los trabajos. Un enfoque más exploratorio es apropiado. Pero la labor debe, ante todo, tener una utilidad práctica y ser de actualidad. Por eso el Sr. Mansfield es partidario del criterio «caja de herramientas» preconizado en el informe.

64. El Sr. KOSKENNIEMI contesta a la pregunta del Sr. Addo y dice que ha hablado de la función de madrina de la Comisión respecto de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 porque algunos podrían preguntarse por qué se arroga el derecho de dedicarse al problema de la fragmentación del derecho internacional. El hecho de que la Comisión haya elaborado los textos de las Convenciones es una de las razones por las que se le atribuyeron temas como el de la reserva de los tratados. Se podría decir que es la guardiana de las Convenciones.

65. El Sr. KAMTO se une al Sr. Addo y dice que habría que mantener el título inicial del tema por razones tanto prácticas como conceptuales. En efecto, si se suprime esa palabra en cierta forma se vacía al tema de sentido. La

³ Resolución 55/152 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2000, párr. 8.

Comisión no debería preocuparse por el carácter negativo de la palabra porque esto se remediaría dándole una buena definición en el texto. En cambio el Sr. Kamto comprende el argumento del Sr. Rodríguez Cedeño y estaría de acuerdo en que el estudio se titulara «Consecuencias de la fragmentación de derecho internacional».

66. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a pensar en las modificaciones de forma que desearían proponer al texto del informe en previsión de su examen párrafo por párrafo en la sesión siguiente.

67. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) pide a los miembros de la Comisión que reflexionen sobre las cuestiones que podrían plantear a la Sexta Comisión de la Asamblea General.

Se levanta la sesión a las 12.45 horas.

2742.ª SESIÓN

Miércoles 7 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Bae-na Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue.

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (conclusión) (A/CN.4/L.628 y Corr.1¹)

[Tema 8 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE ESTUDIO (conclusión)

1. El Sr. NIEHAUS recuerda que en la sesión anterior se propuso que las cuestiones relacionadas con el tema de la fragmentación del derecho internacional se incorporaran en el informe para ser examinadas por la Sexta Comisión en su siguiente período de sesiones. El Sr. Niehaus se plantea tres preguntas.

2. La primera y más importante es si los Estados consideran que el tema debe ser tratado por la Comisión o no entra dentro de su mandato. En el párrafo 8 del informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.628 y Corr.1) el propio Grupo de Estudio expresó dudas al respecto, mientras que en el párrafo 10 indicó que la materia no era apropiada para su codificación en la forma tradicional de proyecto de artículos. Aunque se considera probable que la Sexta Comisión estime que el tema entra dentro del mandato de la Comisión, él piensa que se debe formular la pregunta.

3. Otra pregunta es si los Estados consideran que la proliferación de instituciones judiciales es beneficiosa o perjudicial para su derecho a elegir medios pacíficos a fin de resolver las diferencias. La tercera pregunta es qué soluciones deben aplicarse en caso de que haya precedentes judiciales contradictorios.

4. El Sr. AL-BAHARNA felicita al Grupo de estudio sobre la fragmentación del derecho internacional por su informe amplio y lúcido. Según se establece en el artículo 1 de su estatuto, la principal labor de la Comisión es la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En el artículo 16 del estatuto figura el procedimiento que se ha de utilizar para alcanzar ese objetivo, a saber, la preparación de proyectos de texto sobre los temas seleccionados y aprobados por la Asamblea General. El artículo 17 dispone que la Comisión examinará las propuestas y los proyectos de convenciones multilaterales presentados por los Miembros y los órganos de las Naciones Unidas y otros organismos oficiales. Por otra parte, la experiencia de la Comisión en la realización de los estudios sobre derecho internacional sugeridos en el informe del Grupo de Estudio es más bien limitada.

5. En su estudio de viabilidad titulado «Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional»², base del presente informe, el Sr. Gerhard Hafner argumentó que, dado que la fragmentación del derecho internacional podía poner en peligro su estabilidad, coherencia y carácter integral, la Comisión era competente para abordar esos problemas y encontrar medios para superar los posibles efectos perjudiciales de esa fragmentación. Pero se trata de una suposición del Sr. Hafner y lo cierto es que el estudio previsto en el informe del Grupo de Estudio no cuadra específicamente con el objetivo de la Comisión enunciado en el artículo 1 de su estatuto.

6. En apoyo de su postura de que la Comisión podría preparar un informe para individualizar los problemas relacionados con la fragmentación y sensibilizar a los Estados sobre esos problemas, el Sr. Hafner se refería a un informe de la Secretaría en que se mencionaban dos casos aislados que podían servir de precedentes. En su labor sobre los tratados realizada en sus períodos de sesiones tercero y decimoquinto en 1951 y 1963, la Comisión se había apartado de su práctica de presentar proyectos de artículos y se había dedicado a realizar estudios a los que adjuntaba sus conclusiones³. Ahora bien, esas excepciones no deberían considerarse como precedentes para

² Véase 2741.ª sesión, nota 2.

³ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, págs. 125 y ss., documento A/1858; y *Anuario... 1963*, vol. II, págs. 254 y ss., documento A/5509.

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. IX, secc. C.

que la Comisión realice un estudio que no cuadre con sus objetivos y propósito.

7. Está de acuerdo con la opinión expresada en el párrafo 8 del informe del Grupo de Estudio de que la cuestión debe ser aprobada específicamente por la Sexta Comisión. Por otra parte, respalda la idea enunciada en el párrafo 17 de organizar un seminario sobre la fragmentación para obtener una visión general de la práctica de los Estados y ofrecer un foro para el diálogo y la posible armonización. La cuestión también podría examinarse en las reuniones anuales de asesores jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores celebradas en el marco de la Asamblea General.

8. Desea señalar la afirmación del párrafo 19 de que todavía no hay acuerdo sobre la forma o el alcance exacto de un informe sobre el tema, y, a su entender, la recomendación que se hace en el párrafo 21 de que se realice una serie de estudios sobre aspectos concretos del tema es prematura. La tarea llevaría mucho tiempo y sería más apropiado que la Comisión se centrara en los temas incluidos en su mandato, aprobados por la Sexta Comisión en el quincuagésimo sexto período de sesiones de la Asamblea General, en 2001⁴, y que figuran en el programa de trabajo a largo plazo, como la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los recursos naturales compartidos. En el párrafo 122 del resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General celebrados en su quincuagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/521) se señala que muchas delegaciones consideran que se debe dar prioridad a esos temas.

9. En el párrafo 21 del informe se afirma que la finalidad de los estudios propuestos sería ayudar a los jueces y juristas internacionales a enfrentarse con las consecuencias de la diversificación del derecho internacional. Sin lugar a dudas, los jueces de la CIJ no necesitan recibir formación de la Comisión sobre esa cuestión y están perfectamente en condiciones de ocuparse de las normas contradictorias del derecho internacional y los problemas que plantean. El propio Sr. Hafner, en la sección F de su estudio de viabilidad, dijo que el juez Schwebel, ex presidente de la Corte, había afirmado que las interpretaciones contradictorias del derecho internacional podrían minimizarse permitiendo que los tribunales internacionales solicitaran opiniones consultivas a la Corte sobre las cuestiones de importancia para la unidad del derecho internacional. A su juicio, las dificultades relacionadas con la diversificación del derecho internacional surgen de la práctica de los Estados, en el sentido de que las normas de derecho internacional se aplican para satisfacer los intereses de los distintos Estados, lo que plantea problemas de ética y no de derecho.

10. La Comisión debería patrocinar la publicación de un compendio de artículos sobre la fragmentación o diversificación del derecho internacional al que sus miembros podrían aportar contribuciones. En el pasado la Comisión publicó una obra similar, para la que el Sr. Pellet se había desempeñado como redactor jefe. Por último, espera que la candidatura del Sr. Simma a la CIJ no entorpezca su misión de preparar un estudio sobre la norma de la

lex specialis, según se propone en el párrafo 22 del informe del Grupo de Estudio.

11. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, dice que el desarrollo progresivo del derecho internacional no implica únicamente preparar tratados en que se reformule el derecho de forma nueva o más aceptable socialmente, sino que abarca todas las formas de preocupación acerca del modo de funcionamiento del derecho y la forma de lograr que los ordenamientos jurídicos funcionen con menos trabas. No ve cómo se puede argumentar que el tema no entra dentro del ámbito de la Comisión, ya que, en el párrafo 8 de su resolución 55/152 la Asamblea General tomó nota del programa de trabajo a largo plazo de la Comisión, que incluye el tema del riesgo de fragmentación del derecho internacional. Por otra parte, está de acuerdo en que el tema abarca esferas delicadas que habrá que tratar con precaución.

12. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional), resumiendo el debate, dice que se ha convenido en que se suprimirá la referencia al asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* en el apartado b del párrafo 21 del informe del Grupo de Estudio, junto con la correspondiente nota de pie de página. Por otra parte, se introducirá nuevamente una referencia al conflicto específico entre las normas de derechos humanos y los tratados de extradición. Se ha propuesto que el nuevo título del estudio incluya la palabra «expansión» y sea «Dificultades derivadas de la expansión y diversificación del derecho internacional». Un miembro consideró que la palabra «dificultades» tenía una connotación demasiado negativa y propuso que se la reemplazara por la palabra «consecuencias».

13. Varios miembros han criticado la idea de organizar un seminario, refiriéndose, entre otras cosas, al costo que tendría para la Organización y a los aportes que serían necesarios, pero esa idea se menciona únicamente en el resumen del debate y no en la parte correspondiente a las recomendaciones del Grupo de Estudio. Si la Comisión desea celebrar un seminario en una etapa ulterior, podrá hacerlo. Un miembro opinó que en los párrafos 4 a 7, que tratan del fenómeno de la fragmentación, no se aborda lo suficiente los aspectos positivos de la fragmentación, como la integración.

14. El Sr. Niehaus ha propuesto que se incorporen algunas preguntas, especialmente sobre la aclaración del mandato de la Comisión, pero él coincide con las observaciones del Presidente sobre esa cuestión. Otra pregunta es si la materia es apropiada para su codificación en la forma tradicional de proyectos de artículos (párr. 10). Una tercera pregunta guarda relación con la proliferación de instituciones judiciales internacionales, pero él considera que esa pregunta podría suscitar una controversia interminable.

15. La Sra. Xue opina que los párrafos 4 a 7 describen el fenómeno de la fragmentación tan positivamente que el lector podría no comprender por qué se proponen medidas para tratarlo. Tal vez sea necesario realizar una labor de redacción para aclarar esa y otras cuestiones.

⁴ Véase resolución 56/82 de la Asamblea General.

16. El PRESIDENTE invita a la Comisión a examinar y aprobar párrafo por párrafo el informe del Grupo de Estudio.

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

17. El Sr. KAMTO señala un error de traducción en el texto francés: las palabras *l'examen du sujet par les membres nouvellement élus de la Commission* («el examen del tema por los miembros recientemente elegidos de la Comisión») no reflejan adecuadamente el inglés (*consideration of the topic by the newly-elected Commission*) («el examen del tema por la Comisión recientemente elegida»).

18. Tras un breve intercambio de opiniones, el Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) propone que en el texto inglés se supriman las palabras *newly-elected* («recientemente elegida») y en el texto francés las palabras *les membres nouvellement élus de* («los miembros recientemente elegidos de»).

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada.

Párrafo 3

19. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que las palabras «En la primera mitad del período de sesiones», que figuran en la segunda frase, son inexactas y deberían suprimirse. En la tercera frase habría que suprimir las palabras «en las dos primeras sesiones» y la frase debería concluir con la palabra «debate». Habría que suprimir los paréntesis de «(parte I)», que debería constituir el comienzo de la cuarta frase.

20. El Sr. CANDIOTI respalda esas propuestas, pero propone que la palabra del texto inglés *including* («incluido»), que figura después de *Part I*, se sustituya por *includes* («incluye»).

Queda aprobado el párrafo 3 en su forma enmendada.

Párrafos 4 y 5

Quedan aprobados los párrafos 4 y 5.

Párrafo 6

21. El Sr. MOMTAZ dice que la formulación de la primera frase del texto francés, y probablemente también del inglés, es muy poco elegante. La palabra *phenomenon* («fenómeno») en vez *development* («hecho») sería preferible.

22. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que fue realmente la preocupación por la elegancia que lo llevó a utilizar la palabra *development*, ya que la palabra

phenomenon aparece en la última frase del párrafo y él deseaba evitar la repetición. Sin embargo, no tiene inconveniente en que se utilice la palabra *phenomenon* ambas veces.

23. El Sr. KEMICHA dice que en todo caso la primera frase es superflua y puede suprimirse.

24. El PRESIDENTE señala que algunos miembros consideran que se trata de una cuestión importante y que tal vez deba mantenerse tal cual con carácter enfático.

25. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) está de acuerdo y dice que el hecho de que la fragmentación no sea un fenómeno nuevo debería resaltarse al comienzo. Si se ha de introducir algún cambio, prefiere que se suprima una parte de la última frase, en que se repite la misma observación.

26. El Sr. CANDIOTI dice que en el texto francés la última frase del párrafo no coincide con la del inglés y el español.

27. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión conviene en que la palabra *development* sea sustituida por la palabra *phenomenon*.

Queda aprobado el párrafo 6 en su forma enmendada.

Párrafo 7

28. La Sra. XUE dice que, como miembro del Grupo de Estudio, respalda plenamente su labor y coincide en general con muchas de las observaciones que se han formulado. Sin embargo, en el párrafo 7 pueden incorporarse nuevos elementos para justificar la realización de futuros estudios por la Comisión. Sólo se mencionan los aspectos positivos de la fragmentación, pero también deben indicarse los posibles efectos negativos. El texto correspondiente se encuentra en la segunda frase del párrafo 14 («Sin embargo, se consideró que, en la medida en que las instituciones judiciales podían aplicar de manera diferente las mismas normas o normas similares de derecho internacional, esas divergencias podrían dar lugar a problemas que convendría abordar.»), y propone que se lo traslade al párrafo 7, sustituyendo las palabras «instituciones judiciales» por «diferentes foros».

29. El PRESIDENTE dice que la cuestión consiste en determinar si la fragmentación es un efecto negativo de un hecho positivo o si es en sí un hecho que tiene aspectos positivos y negativos, según las circunstancias.

30. El Sr. KATEKA dice que las preocupaciones de la Sra. Xue, algunas de las cuales comparte, se podrían atender añadiendo las palabras *some of* («algunos de los miembros») al comienzo de la primera frase, dejando claro así que el Grupo de Estudio no ha logrado unanimidad en el deseo de resaltar los aspectos positivos de la fragmentación. Es importante que el informe refleje las distintas opiniones emitidas en el Grupo de Estudio.

31. El Sr. KEMICHA dice que trasladar al párrafo 7 la última frase del párrafo 14 destruiría el equilibrio del párrafo 14, que tiene su propia lógica. El Grupo de Estudio ha convenido en evitar referirse a los problemas

que pueden existir en las relaciones entre las instituciones judiciales y en centrarse en las dificultades que pueden surgir en cuestiones tales como la interpretación de la ley. Por consiguiente, el Sr. Kemicha preferiría que se añadiera una frase final al párrafo 7 que dijera así: *Nevertheless, fragmentation also has certain negative aspects* («Sin embargo, la fragmentación también tiene algunos aspectos negativos»).

32. El Sr. BROWNLIE dice que la Comisión corre el riesgo de tratar un informe sucinto como si se tratara de una actividad estatutaria. Tampoco debería adoptarse un criterio excesivamente mecanicista, por el que se calificquen algunos aspectos del derecho de «positivos» o «peligrosos». De ser así, el efecto sería parecido al de escribir una composición sobre el conjunto del derecho internacional, con los comentarios del maestro. Lo que se trata de hacer con el informe es corregir la impresión original de que la fragmentación sólo tiene efectos negativos.

33. Si bien no ha asistido a todas las sesiones del Grupo de Estudio, por lo que sabe no se ha mencionado el derecho internacional regional ni se hace ninguna referencia a él en el informe. No está diciendo que el tema deba examinarse inmediatamente, pero sí que se corre el riesgo de pasarlo por alto, como en el caso del tema de las decisiones incompatibles adoptadas por diferentes órganos judiciales, respecto al cual la Comisión decidió con razón que se trataba de una cuestión constitucional, por lo que no era procedente que la examinara. En el informe se podría afirmar que no se expresó el deseo de examinar la cuestión del derecho internacional regional. Por cierto, omitir toda referencia a él resultaría extraño. Las opiniones sobre el valor del derecho internacional regional han ido fluctuando durante su carrera, pero en algunas ocasiones se lo ha considerado particularmente importante, mientras que en otras las diferencias regionales, como los elementos especiales del derecho latinoamericano, ilustrados en el caso *Haya de la Torre*, se aceptaron de manera más neutral. Sería un error catalogar a todo el derecho internacional como diversificación saludable o fragmentación peligrosa.

34. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que la Sra. Xue y el Sr. Kateka han hecho algunas observaciones pertinentes. La razón de la explicación positiva de la fragmentación en el informe es que el punto de partida del debate fue el estudio de viabilidad realizado por el Sr. Hafner, en el que la fragmentación se presentaba como algo negativo. Por consiguiente, el informe refleja fielmente el debate celebrado en el Grupo de Estudio. Sin embargo, reconoce que los antecedentes podrían no resultar claros a los miembros de la Sexta Comisión. Por consiguiente, tras celebrar consultas oficiosas con otros miembros de la Comisión, propondrá un texto para añadirlo como nueva frase al final del párrafo 7.

35. El Sr. KAMTO dice que ciertamente la cuestión del derecho internacional regional se debatió en el Grupo de Estudio y él mismo dio algunos ejemplos de contradicciones entre las convenciones universales y las convenciones regionales africanas.

36. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) propone

que la primera parte del párrafo 7 se vuelva a formular de la siguiente manera: «El Grupo de Estudio tomó nota de los riesgos y problemas planteados por la fragmentación a la unidad y coherencia del derecho internacional examinados en el informe del Sr. Hafner mencionado en el párrafo 1 *supra*. La Comisión deberá guiarse en su labor por el objetivo de contrarrestar esos riesgos y problemas. Por otra parte, el Grupo de Estudio consideró también importante[...]».

Queda aprobado el párrafo 7 en su forma enmendada.

Párrafo 8

37. El Sr. NIEHAUS propone que, para disipar toda duda acerca de la necesidad de que la Comisión obtenga la aprobación de la Sexta Comisión, en el párrafo se incorpore una referencia a la autorización otorgada en 2000.

38. El Sr. AL-BAHARNA dice que las distintas opiniones emitidas en el Grupo de Estudio podrían reflejarse con mayor exactitud si la última frase se volviese a formular colocando un punto y coma después de la palabra «tema», de manera tal que la última frase dijera: «se pensó que, en tal caso, se podría obtener el apoyo de la Sexta Comisión».

39. El Sr. TOMKA señala que tanto los miembros del Grupo de Estudio como los que no son miembros están proponiendo modificaciones al informe, lo que le parece extraño. Se pregunta si el informe debe considerarse realmente como el del Grupo de Estudio o el de la Comisión en su conjunto.

40. El Sr. KATEKA propone que en la segunda frase las palabras «una clara mayoría de» se sustituyan por «la mayoría de». Es la expresión que normalmente denota neutralidad. De modo similar, se debería enmendar el comienzo de la tercera frase para que dijera así: «Algunos miembros plantearon la cuestión de si [...]», ya que la preocupación no ha sido compartida por todo el Grupo de Estudio.

41. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) expresa dudas acerca de la conveniencia de sustituir las palabras «se podría» por «se debería». El empleo de las palabras «se podría» entraña una referencia implícita a la autorización otorgada por la Sexta Comisión en 2000, mientras que «se debería» implicaría que la mayoría de los miembros de la Comisión consideran que es necesario obtener una nueva autorización de la Asamblea General.

42. El PRESIDENTE propone que la expresión «solicitar la aprobación» se sustituya por la expresión «solicitar nuevamente la aprobación». Así se podrá sustituir sin problema «se podría» por «se debería».

43. El Sr. KOSKENNIEMI dice que es difícil seguir de cerca las diversas propuestas formuladas, aparte de la cuestión conceptual planteada por el Sr. Tomka sobre la participación de las personas que no son miembros del Grupo de Estudio en la modificación del informe. A su entender, en el párrafo 8 se debería dejar claro que sólo algunos miembros expresaron su preocupación por saber si el tema entraba dentro del mandato de la Comisión y

que la mayoría de los miembros consideraron que esa preocupación era infundada. No recuerda que se haya formulado ninguna sugerencia de que se necesite la autorización concreta de la Sexta Comisión; si se hubiera hecho esa sugerencia, él habría planteado una objeción. Sin embargo, la Comisión no debería iniciar un debate sobre la cuestión sustantiva.

44. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que la Comisión está aprobando el informe del Grupo de Estudio y simultáneamente reformulando el texto y haciéndolo suyo, como se debe si el informe ha de incorporarse al informe de la Comisión a la Asamblea General. En cuanto a la cuestión de la necesidad de pedir nuevamente la aprobación de la Sexta Comisión, recuerda perfectamente que la cuestión fue planteada por el Sr. Sreenivasa Rao. En lo que respecta al valor relativo de las palabras «se podría» y «se debería», presentará un nuevo texto para atender a las preocupaciones que se plantearon. Tal vez valdría la pena hacer una referencia a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General aprobadas desde el año 2000.

45. La Sra. XUE, con el apoyo del PRESIDENTE, dice que el texto actual refleja los debates que se celebraron en el Grupo de Estudio sobre el programa de trabajo a largo plazo. Al determinar los nuevos temas que debían añadirse al programa de la Comisión, se hizo una selección entre los cinco temas ya debatidos por la Comisión y la Sexta Comisión. La fragmentación del derecho internacional es uno de esos cinco temas, por lo que ya tiene el apoyo de la Sexta Comisión.

46. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que, para tener en cuenta las distintas opiniones que se han expresado, se puede enmendar el párrafo para que diga así: «En cuanto a las cuestiones de procedimiento, algunos miembros preguntaron si el tema entraba dentro del mandato de la Comisión. Sin embargo, la mayoría de los miembros consideró que esa preocupación era infundada. Algunos miembros plantearon la cuestión de si la Comisión tendría que pedir nuevamente la aprobación de la Sexta Comisión antes de examinar ese tema. Sin embargo, la mayoría de los miembros consideró que, en este caso, se podía obtener el necesario apoyo de la Sexta Comisión». Después de las palabras «nuevamente la aprobación», se podría añadir una nota de pie de página en que se hiciera referencia a las resoluciones pertinentes de la Asamblea General.

Queda aprobado el párrafo 8 en su forma enmendada.

Párrafo 9

47. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que no comprende la razón de ser del párrafo. Las dos primeras frases parecen enunciar una idea similar, mientras que en la tercera se mencionan las consecuencias que la labor de la Comisión debería tender a contrarrestar. Pregunta si se trata de las consecuencias negativas que sugiere la palabra «fragmentación» o de las consecuencias relacionadas con los riesgos planteados por la fragmentación del derecho internacional.

48. El Sr. NIEHAUS, refiriéndose al cambio de título, señala que el aspecto negativo que la mayoría de los miembros del Grupo de Estudio desean evitar está en la palabra «fragmentación», tal como figura en el párrafo 9, y no tiene nada que ver con la palabra «riesgos», utilizada en el título del informe del Sr. Hafner. La palabra «consecuencias» no parece adecuada, porque todas las normas jurídicas tienen consecuencias. Si la Comisión desea referirse a la proliferación o la fragmentación del derecho internacional, debe hacer hincapié en que la utilización de la palabra «riesgos» o, al menos, «dificultades» plantea un problema. El caso es que en el título se debería destacar el elemento que debe estudiarse.

49. El PRESIDENTE dice que las cuestiones fundamentales no se encuentran en la parte I del documento, sino más bien en la parte II y que la Comisión puede seguir debatiendo el asunto al examinar la parte II.

50. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que la cuestión planteada por el Sr. Pambou-Tchivounda es justificada y que el texto puede mejorarse introduciendo una pequeña enmienda. La primera frase puede permanecer tal cual, mientras que la segunda podría decir así: «Sin embargo, el Grupo de Estudio considera que el término “fragmentación” no incluye algunas consecuencias indeseables de la expansión del derecho internacional a nuevas esferas». Así quedaría claro que, aunque el Grupo de Estudio considere que el título del informe del Sr. Hafner describe la cuestión de manera demasiado sombría, la fragmentación no incluye algunas consecuencias indeseables y el propósito es enfrentarlas.

51. La Sra. XUE está de acuerdo con la propuesta del Presidente del Grupo de Estudio. Sin embargo, dice que en los párrafos 7 y 9 se exponen argumentos contradictorios. El último se refiere únicamente a los aspectos negativos de la fragmentación y el primero sólo a los aspectos positivos. Los párrafos deberían formularse nuevamente para que haya más coherencia entre ellos.

52. El Sr. BROWNLIE considera que la palabra «fragmentación» fue rehabilitada durante el debate celebrado en la sesión anterior. Por consiguiente, está de acuerdo con la enmienda propuesta por el Presidente del Grupo de Estudio, pero con la inclusión de la palabra *may* («puede»), para que la frase diga así: *fragmentation may denote* («la fragmentación puede denotar»). Así, no parecerá que la Comisión supone que hay necesariamente consecuencias indeseables.

53. El Sr. KAMTO propone que se enmiende la segunda frase para que diga así: *reflected certain consequences linked to the expansion of international law into new areas. The work of the Commission would have to be guided by the study of these consequences* («refleja algunas consecuencias relacionadas con la expansión del derecho internacional a nuevas esferas. La labor de la Comisión deberá orientarse al estudio de esas consecuencias»).

54. El PRESIDENTE dice que los miembros de la Comisión no desean dar a entender que la «fragmentación» tiene consecuencias adversas, lo que es comprensible, pero el objeto del estudio es encontrar la forma de mejorar las consecuencias negativas de la fragmentación, teniendo

presente a la vez la necesidad de reconocer sus resultados positivos.

55. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) propone que, en vista de las observaciones formuladas, se enmiende la segunda frase del párrafo 9 para que diga así: *However, the Study Group considers that the term fragmentation may include certain undesirable consequences of the expansion of international law into new areas* («Sin embargo, el Grupo de Estudio considera que el término fragmentación puede incluir algunas consecuencias indeseables de la expansión del derecho internacional a nuevas esferas») y que se traslade la tercera frase al final del párrafo 7.

Queda aprobado el párrafo 9 en su forma enmendada.

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

56. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) propone que, dado que varios miembros recomendaron enfáticamente que se introdujera una referencia a las normas de derechos humanos en relación con los tratados de extradición, se inserten en la segunda frase las palabras *for example, extradition treaties and human rights norms*, («por ejemplo los tratados de extradición y las normas de derechos humanos,») después de las palabras *conflicting rules of international law existed*, («había normas de derecho internacional contradictorias»).

Queda aprobado el párrafo 11 en su forma enmendada.

Párrafos 12 y 13

Quedan aprobados los párrafos 12 y 13.

Párrafo 14

57. El Sr. MOMTAZ dice que en la sesión anterior él estableció una vinculación entre el párrafo 14 y la lista de temas propuestos para su posible estudio. La fragmentación del derecho internacional, resultado de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, se debe no sólo a una aplicación diferente de las normas de derecho internacional, sino también a una clasificación distinta de esas normas. Por consiguiente, debería enmendarse la segunda frase del párrafo 14 para que dijera así: *or similar rules of international law could be classified or applied differently* («podían clasificar o aplicar de manera diferente [...] o normas similares de derecho internacional»).

58. La Sra. XUE dice que, en vista de esa enmienda, retirará su propuesta relativa al párrafo 14, formulada durante el examen del párrafo 7.

59. El Sr. CHEE dice que en la segunda frase del párrafo 14 se afirma que «las instituciones judiciales podían aplicar de manera diferente las [...] normas [...] de derecho internacional [...]». Sin embargo, son las institucio-

nes judiciales las que interpretan la ley, pero es el poder ejecutivo el que las aplica. Asimismo, en los organismos especializados, como la OACI o la FAO, hay muchos órganos normativos, por lo que no es adecuado limitar la referencia a las instituciones judiciales. Debería utilizarse una expresión más global, como «órgano normativo».

60. El Sr. MOMTAZ dice que la razón de ser del párrafo 14 es hacer hincapié en la proliferación de las instituciones judiciales y que el Grupo de Estudio decidió no abordar la proliferación en sí, sino más bien la fragmentación resultante de la jurisprudencia de esas instituciones.

61. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que coincide con el Sr. Momtaz en que el tema del párrafo 14 es la proliferación de las instituciones judiciales y que dicho párrafo no trata de otras instituciones encargadas de aplicar las normas jurídicas o de formularlas, como la OACI. Sea como fuere, la CIJ aplica el derecho internacional a casos concretos, de modo que él nunca habría considerado que los tribunales no aplican el derecho internacional.

62. La Sra. ESCARAMEIA dice que redactó el párrafo y que originalmente se había referido a «mecanismos de aplicación del derecho», ya que no sólo las instituciones judiciales aplican el derecho. Sin embargo, la cuestión se examinó en el Grupo de Estudio y se señaló que sólo las instituciones judiciales y no los mecanismos aplicaban el derecho internacional.

Queda aprobado el párrafo 14 en la forma enmendada por el Sr. Momtaz.

Párrafos 15 y 16

Quedan aprobados los párrafos 15 y 16.

Párrafo 17

63. El Sr. MOMTAZ dice que en la última frase sería preferible utilizar el título oficial en la referencia a la reunión anual de asesores jurídicos nacionales en las Naciones Unidas.

64. La Sra. XUE dice que la reunión de asesores jurídicos nacionales es un encuentro oficioso que no tiene título específico. Sin embargo, debería especificarse que se trata de la reunión anual de asesores jurídicos de los Estados celebrada en las Naciones Unidas durante la Asamblea General.

65. El Sr. DAOUDI dice que, como el Grupo de Estudio ha acordado que el seminario podría organizarse en una etapa posterior de la labor de la Comisión, debería enmendarse el comienzo del párrafo para que dijera así: «Se propuso que la Comisión organizara un seminario en una etapa posterior de su labor sobre la fragmentación y que [...]», para no dar la impresión de que guarda relación con la serie de estudios mencionada en el párrafo 21. A su entender, el seminario debería tratar de las principales razones de la fragmentación, como los problemas del regionalismo y el enfoque cultural del derecho internacional.

66. El PRESIDENTE dice que en la versión inglesa del texto queda claro que por el momento el seminario es simplemente una propuesta.

67. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional), respondiendo al Sr. Daoudi, dice que el párrafo 17 sólo refleja las ideas que se expresaron durante las sesiones del Grupo de Estudio. En la parte II del informe no se hace referencia a un seminario. La cuestión del seminario debería abordarse en una etapa posterior, al examinar el tema en la Comisión. Mientras tanto, él mantiene su ofrecimiento de contribuir con el primer documento para el futuro seminario.

68. El Sr. DAOUDI dice que debería quedar claro desde el comienzo que la Comisión organizará un seminario «en una etapa ulterior».

Queda aprobado el párrafo 17 en su forma enmendada.

Párrafo 18

69. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que el párrafo 18 debería ser lógicamente el último párrafo de la sección D (Metodología y formato del trabajo), en vez del primer párrafo de la sección E (Sugerencias respecto al posible resultado de la labor de la Comisión).

Queda aprobado el párrafo 18 en su forma enmendada.

Párrafo 19

70. El Sr. MOMTAZ señala una diferencia entre el título inglés de la sección E y su traducción al francés.

71. El Sr. GAJA propone que se suprima la palabra «final», que se ha vuelto redundante al añadirse una segunda frase al párrafo 19.

Queda aprobado el párrafo 19 en su forma enmendada.

Párrafo 20

72. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que si, como afirma el Sr. Brownlie, la palabra «fragmentación» se ha rehabilitado, tal vez también se la debería resucitar. En vez de sacrificar el concepto de «fragmentación», que ha quedado totalmente desdibujado al sustituirlo por el término «diversificación», y que, además, ni siquiera ha intentado definir, la Comisión debería considerar la posibilidad de reincorporarlo en el nuevo título del tema, además del término «diversificación», y no en reemplazo de éste. También duda de la naturaleza de las «dificultades» mencionadas en el nuevo título y se pregunta si esas dificultades son conceptuales, normativas o técnicas.

73. El Sr. KATEKA dice que un compromiso satisfactorio, compatible con la solución adoptada en el caso del tema de la responsabilidad internacional, podría añadir al título un subtítulo entre paréntesis. El título completo del tema sería, pues, «Fragmentación del derecho interna-

cional (Dificultades resultantes de la diversificación del derecho internacional)». Otra posibilidad sería sustituir la palabra «dificultades» por «consecuencias».

74. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que la propuesta es aceptable.

75. El Sr. GALICKI, señalando el tipo de palabras utilizado en el párrafo 9 del informe, dice que una formulación más neutral y global del subtítulo propuesto por el Sr. Kateka sería «Consecuencias resultantes de la diversificación y expansión del derecho internacional». Si la palabra «expansión» no resulta aceptable, puede sustituirse por «proliferación», como sinónimo más neutral.

76. El PRESIDENTE dice que, tal vez por razones culturales, la palabra «proliferación» le suena muy distinto.

77. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que propugna enfáticamente el mantenimiento de la palabra «dificultades». El objetivo no es proporcionar un panorama general amplio, de varios cientos de páginas, de las consecuencias —positivas y negativas— de la fragmentación del derecho internacional, sino ofrecer asistencia para superar las dificultades que surjan; en otras palabras, aplicar el método de la «caja de herramientas», al que se refirió en el párrafo 21 del informe.

78. Él asocia la palabra «proliferación» con el armamento nuclear y de otra índole. El derecho internacional puede expandirse, diversificarse, pero no proliferar. Los objetos proliferan, atestiguan el aprendizaje de brujo. También los tribunales pueden proliferar; sin embargo, la perspectiva de que la Comisión prepare un proyecto de acuerdo de no proliferación sobre los tribunales y cortes provoca perplejidad. En resumen, debería mantenerse el término «diversificación», con o sin una referencia adicional a la «expansión».

79. La Sra. ESCARAMEIA dice que, si bien puede coincidir con la propuesta del Sr. Kateka, con esa formulación se vuelve a hacer hincapié en los aspectos negativos del fenómeno. Una formulación más equilibrada, que también refleja sus aspectos positivos, sería «Fragmentación del derecho internacional: Dificultades resultantes de la diversificación y expansión del derecho internacional».

80. El PRESIDENTE dice que, al no haber objeciones, considerará que la Comisión conviene en aprobar el nuevo título del tema con la formulación propuesta por la Sra. Escarameia.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 20 en su forma enmendada.

Párrafo 21

81. El Sr. MOMTAZ, refiriéndose al apartado e del párrafo 21, pregunta por qué la jerarquía de las normas se limitó al derecho de los tratados. Personalmente, en aras de la coherencia con el párrafo 14, habría preferido que el estudio tratara de la jerarquía de las normas en el derecho internacional general.

82. El Sr. KATEKA propone que las palabras «y de “las preocupaciones contemporáneas de la comunidad de naciones” (asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*)», junto con la nota de pie de página, se supriman del apartado *b* del párrafo 21.

83. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional), respondiendo a la cuestión planteada por el Sr. Momtaz, dice que la expresión «en el derecho internacional general» parece excluir los tratados. Con respecto a la propuesta del Sr. Kateka, dice que la primera parte del apartado *b* del párrafo 21 se refiere a la existencia de «normas pertinentes», como la opinión consultiva emitida en el asunto *Namibia*; la última parte, cuestionada por el Sr. Kateka, refleja una propuesta formulada varias veces en el Grupo de Estudio por el Sr. Gaja, a saber, que debería añadirse una frase para incluir la cuestión de si los que interpretan un tratado pueden tener en cuenta normas que se han elaborado para reflejar una importante preocupación de la comunidad internacional pero que no todas las partes en el tratado se han comprometido expresamente a cumplir. Le interesa mucho que esa cuestión quede reflejada en alguna parte del apartado *b* del párrafo 21. Sin embargo, con carácter de compromiso, propone en primer lugar que se quiten las comillas; en segundo lugar, que se sustituyan las palabras «comunidad de naciones» por «comunidad internacional»; y, en tercer lugar, que se suprima la referencia al asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* o se mencione en una nota de pie de página.

84. El Sr. KATEKA dice que la propuesta del Presidente del Grupo de Estudio de suprimir la referencia al asunto *Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* es aceptable.

85. El Sr. KAMTO dice que se ha dejado de lado una propuesta que formuló en el Grupo de Estudio. Debería añadirse a la lista de temas que deben estudiarse un apartado *f* relativo a la interacción y las contradicciones entre las diversas decisiones judiciales.

86. El Sr. MOMTAZ apoya la propuesta.

87. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que también se necesita un apartado *g* para tener en cuenta la evolución regional.

88. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que tiene varios problemas con las dos propuestas más recientes. Si esas propuestas se adoptan, en primer lugar la elección de los temas que deben estudiarse ya no se regirá por los trabajos anteriores de la Comisión, como se afirma en el párrafo 21, y esos temas no serán compatibles con el método de la «caja de herramientas» que él propugna. En segundo lugar, en el párrafo 14 se afirma que la Comisión no debe ocuparse de cuestiones referentes a la creación de instituciones judiciales internacionales o la relación entre ellas. Si se aprueban las propuestas, el método de la «caja de herramientas» dejará de ser aplicable y la Comisión no podrá evitar ocuparse de la cuestión de la «proliferación».

En algún lugar del informe podría incluirse una breve referencia al conocimiento de la evolución regional por la Comisión y a la intención de ésta de no abordar esa cuestión a corto plazo, pero esa referencia no debería incluirse en la sección en que figuran las recomendaciones. Él preparará una frase adecuada, junto con una propuesta para su ubicación, que estarán listas para la próxima sesión de la Comisión.

89. El PRESIDENTE pregunta si, dado que el texto del párrafo se refiere muy en general a «entre otros, los siguientes temas», la Comisión puede convenir en aprobar el párrafo 21 en su conjunto, en el entendimiento de que el Presidente del Grupo de Estudio presentará un texto aceptable sobre la cuestión de la evolución regional a tiempo para la próxima sesión de la Comisión.

Queda aprobado, en ese entendimiento, el párrafo 21 en su conjunto, en su forma enmendada.

Queda aprobado en su conjunto, en su forma enmendada, el informe del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2743.ª SESIÓN

Jueves 8 de agosto de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) (A/CN.4/L.627¹)

[Tema 6 del programa]

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. VII, secc. C.

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO

1. El PRESIDENTE anuncia a los miembros de la Comisión que el Sr. Sreenivasa Rao ha aceptado ser Relator Especial para la segunda parte del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, a saber, la responsabilidad internacional por la no prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

2. El Sr. Sreenivasa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional) presenta el informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.627) y dice que éste ofrece varias vías para orientar los trabajos de la Comisión en la segunda parte del tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

3. En la introducción se plantean algunas ideas básicas. Ante todo se juzgó útil indicar cuál sería la relación entre el ejercicio en curso y del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones²; según el Grupo de Trabajo, el incumplimiento de las obligaciones de prevención que incumbían al Estado en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones³ daba lugar a la responsabilidad del Estado. Asimismo, dado que podría producirse un daño a pesar del fiel cumplimiento de las obligaciones de prevención, la cuestión esencial que habría que examinar sería la de la asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervienen en las operaciones que hayan causado el daño. Si, en general, los Estados deberían poder autorizar libremente la realización de las actividades que deseen dentro de su territorio, deberían no obstante velar por que, en caso de daño, se pueda recurrir a alguna forma de reparación para las víctimas. Sin una garantía de ese tipo, los Estados potencialmente afectados y la comunidad internacional probablemente insistirían en que se prohíban las actividades en cuestión.

4. En lo que respecta al alcance del tema, el Grupo de Trabajo ha recomendado que se limite a las actividades sobre las que versa el tema de la prevención. A ese respecto, se planteaba la cuestión importante del umbral a partir del cual entraría en juego el régimen de asignación de la pérdida. Para algunos miembros del Grupo de Trabajo, el umbral establecido para los artículos sobre la prevención (daño sensible) podría también aplicarse a la segunda parte del tema. Sin embargo, un miembro consideró, como se desprende de la nota correspondiente al párrafo 7 del informe, que era necesario fijar un umbral más alto, para evitar la multiplicación de reclamaciones sin fundamento y articular el régimen en torno a los siniestros más importantes que puedan dar lugar a demandas sustanciales de restitución e indemnización. Se juzgó conveniente solicitar la opinión de los Estados sobre este punto importante. Siempre en relación con el alcance del tema, se

precisó que el estudio trataría sobre las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los del patrimonio nacional y el patrimonio del Estado, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

5. La parte siguiente del informe se refiere al papel de la empresa y del Estado en la asignación de la pérdida. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la víctima inocente no debería, en principio, tener que soportar la pérdida; que en todo régimen de asignación de la pérdida se debería velar por que hubiera incentivos eficaces para que todos los que interviniesen en una actividad peligrosa emplearan las mejores prácticas de prevención y reacción; y que ese régimen debería extenderse, además de a los Estados, a las diversas partes, como entidades privadas, compañías de seguros y consorcios de empresas del sector.

6. El Grupo de Trabajo consideró que, en todo régimen de asignación de la pérdida, la responsabilidad principal debía recaer en la empresa bajo cuyo control directo se realicen las operaciones. En un principio corresponde a esa empresa establecer el proyecto de las actividades, realizar estudios sobre sus riesgos, prever mecanismos de gestión de estos riesgos y, por último, solicitar la autorización del Estado. El Estado, por su parte, debe notificar e informar a las partes interesadas, seguir la situación de cerca y, por último, cuando proceda, autorizar las actividades previstas. Se planteaban otras cuestiones, en particular los planes de seguro, la asignación de fondos por el Estado para hacer frente a los casos de emergencia y casos imprevistos y los mecanismos para cubrir, en caso de daños, los gastos de rehabilitación e indemnización. A ese respecto, se mencionó la necesidad de que la empresa internalizase los costos que tuviera que asumir en caso de daños.

7. Sin embargo puede ocurrir, en caso de siniestros muy importantes, que la empresa no pueda asumir toda la pérdida. Según algunos miembros del Grupo de Trabajo, el resto de la pérdida debería asignarse en tales casos al Estado, que asumiría entonces una obligación subsidiaria. En cualquier caso, el Estado desempeñaba un papel muy importante a la hora de evaluar los riesgos de las actividades peligrosas, controlar la actividad en cuestión para garantizar su conformidad con las normas y, aún más importante, velar por que las eventuales víctimas tengan acceso a recursos eficaces. No siempre es fácil distinguir entre el papel de la empresa y el del Estado cuando se producen accidentes que causan daños importantes.

8. Por último, el Grupo de Trabajo consideró que había que examinar más a fondo los procedimientos para tramitar y resolver las reclamaciones de restitución e indemnización. Se trata en particular de los mecanismos interestatales o intraestatales previstos para unificar las demandas, la naturaleza de los recursos disponibles, el acceso a los tribunales competentes y la cuantificación y liquidación de las demandas.

9. La Sra. ESCARAMEIA suscribe plenamente el informe, sobre el que quiere formular cinco observaciones. En primer lugar, celebra que la responsabilidad por riesgo (*liability*) se reconozca como una responsabilidad distinta de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos; en segundo lugar, apoya la decisión

² Véase 2712.ª sesión, nota 13.

³ Véase 2724.ª sesión, nota 2.

de la Comisión de estudiar, después de haber examinado la cuestión de la responsabilidad internacional bajo el punto de vista de la prevención, lo que sucede cuando se produce un siniestro a pesar de las medidas de prevención; en tercer lugar, le parece bueno que el Grupo de Trabajo haya reconocido la existencia de varias partes en caso de siniestro y, que aunque existen divergencias entre los miembros del Grupo de Trabajo, se haya reconocido debidamente el papel del Estado; en cuarto lugar, aprecia el hecho de que el informe plantee varias cuestiones importantes, sin prejuzgar su examen por parte de la Comisión; en quinto lugar, considera que el informe es interesante por cuanto propone vías de reflexión para orientar la labor futura de la Comisión sobre este tema.

10. Antes de finalizar su intervención, la Sra. Escarameia expone a la Comisión sus dudas sobre el mecanismo que permitirá a las víctimas recurrir en caso de siniestro. En general, el sujeto de derecho internacional es el Estado. ¿Cuál será entonces el mecanismo que permitirá a los particulares presentar una reclamación internacional en el Estado de origen y en los demás Estados afectados? Si responde a este tipo de preguntas, la Comisión cumplirá una función innovadora. Además, la Sra. Escarameia no está convencida de la necesidad de clasificar el medio ambiente en la categoría de víctima inocente, porque con ello lo personalizaría a ultranza.

11. Por último, la Sra. Escarameia considera que hay que enviar un cuestionario a los Estados para pedirles información sobre su práctica y su posición, en particular sobre la participación de las víctimas en el procedimiento, el papel de la empresa y del Estado y el lugar que ha de ocupar el indiviso mundial.

12. El Sr. PELLET dice que el tema que la Comisión se propone estudiar exigiría, para poder tratarlo de forma adecuada, conocimientos técnicos, económicos y financieros que ésta no posee. Aunque teóricamente tenga derecho a valerse de opiniones de expertos externos, ello puede plantear problemas de carácter práctico. Por otro lado, esta cuestión no se presta ni a una codificación ni a una evolución progresiva del derecho. Es una cuestión que, por su naturaleza, exige negociaciones entre Estados, y los miembros de la Comisión no son Estados ni representantes de Estados. Tanto si se trata de definir los seguros indispensables que deben suscribir los operadores o los fondos de compensación que convendrá crear o incluso de concebir los mecanismos de financiación o de asignación de la pérdida, resulta difícil imaginar que un grupo de expertos que sólo se representan a sí mismos pueda asumir semejante tarea. Si la Comisión se obstina pues en tratar una cuestión que sobrepasa en gran medida su competencia, en opinión del orador sería sensato que se limite a dar ideas o a sugerir alternativas que puedan aplicarse caso por caso.

13. Por lo demás, los miembros del Grupo de Trabajo no se equivocaron al destacar, en el párrafo 4 del informe, la importancia especial de los regímenes específicos en el tratamiento de este tema. Asimismo, en el párrafo 14, señalaron que la eventual responsabilidad subsidiaria del Estado debía nacer sólo en circunstancias excepcionales. Únicamente en casos muy específicos, como por ejemplo el de los daños causados por objetos espaciales, los Estados han aceptado la responsabilidad principal. La

responsabilidad se aceptó en ese caso en virtud de una convención que se negoció teniendo en cuenta las características particulares de las actividades en cuestión, y es difícil imaginar cómo los miembros de la Comisión podrían decidir generalizar una solución de ese tipo, o incluso, según se contempla en el párrafo 11, pronunciarse sobre la elaboración de planes de seguro o sobre la creación de fondos por el Estado para hacer frente a los casos de emergencia o imprevistos. Estas son fundamentalmente decisiones políticas. El dilema es el siguiente: si la Comisión decide avanzar y tomar posición en cuestiones tan espinosas como la de la responsabilidad eventual del Estado, o la del principio de que «quien contamina paga», se arriesga a aventurarse en un terreno peligroso en el que se irá enredando período de sesiones tras período de sesiones. Si renuncia a tomar posición, se arriesga, al contrario, a perder el tiempo y no hacer nada útil.

14. Dicho esto, si la Comisión decide adoptar el informe del Grupo de Trabajo como informe de la Comisión —y el Sr. Pellet se reserva su posición a este respecto—, habría que aclarar o mejorar algunos puntos. Así, en la versión inglesa del texto, le parece encontrar una falta de coherencia entre el subtítulo, donde se usa la palabra *liability*, y el párrafo 2, donde se utiliza la palabra *responsibility*. El sentido común indica que, si existe un deber de prevención, el hecho de no cumplirlo entraña ciertamente una «responsabilidad» en el sentido de responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito. Del mismo modo, también sería preferible a su juicio optar por un título más neutro. El Sr. Pellet sugiere, por ejemplo, «Consecuencias de un daño transfronterizo causado por actividades peligrosas».

15. En lo que respecta al cuerpo del texto, lamenta que en el párrafo 4 no se hayan sacado suficientemente las consecuencias de la existencia de regímenes específicos. Si el informe del Grupo de Trabajo se ha de reproducir en el informe de la Comisión, tal vez fuese útil, para comodidad del lector, recordar en el apartado *a* del párrafo 7 el modo en que se han definido las actividades peligrosas en el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. El párrafo 11 pone muy bien de relieve el hecho de que el tema no se presta a la codificación. Aunque ciertamente proceda aplicar sistemas de seguro u obligar a las empresas a cotizar mecanismos de financiación, ello no compete en ningún caso a la Comisión. A este respecto, el final del párrafo 13 no está claro: ¿es limitada la responsabilidad de la empresa, o se trata de una responsabilidad objetiva o absoluta? La penúltima frase del párrafo 14 habla de una evidencia, a saber, que toda responsabilidad subsidiaria del Estado debe nacer sólo en circunstancias excepcionales. Esta proposición parece, sin embargo, contradicha por la frase anterior según la cual, a juicio de algunos miembros, cuando la responsabilidad privada resulte insuficiente, el resto de la pérdida debería asignarse al Estado. Para el Sr. Pellet, la responsabilidad principal del Estado sólo existirá después de negociaciones y, del mismo modo, los mecanismos intraestatales o interestatales de reclamación mencionados en el párrafo 16 son una cuestión que no incumbe a la Comisión.

16. En conclusión, el tema propuesto es una cuestión que debe debatirse entre Estados soberanos y no se presta

a la codificación o a la evolución progresiva del derecho internacional. La Comisión no ha sido capaz de abordarlo durante 28 años y nada hace pensar que lo hará mejor en el futuro.

17. El PRESIDENTE señala que a pesar de las dudas de unos y otros sobre el tema, la Comisión no tiene las manos completamente libres ya que la Sexta Comisión de la Asamblea General la ha invitado a continuar el examen de la cuestión e incluso ha adoptado una decisión a este respecto⁴.

18. El Sr. MANSFIELD recuerda al Sr. Pellet que el tema figura ya en el programa de trabajo de la Comisión; los miembros del Grupo de Trabajo han hecho grandes esfuerzos para redactar un informe constructivo y ello constituye a su juicio un buen punto de partida para que el debate avance en la Sexta Comisión. Por su parte, limitará sus observaciones a los aspectos prácticos: todo el mundo está de acuerdo en que el aspecto «prevención» es primordial en la materia y que más vale siempre prevenir que curar. Pero, por muy eficaz que sea la prevención, no se puede excluir totalmente el riesgo de daños y de ahí el trabajo emprendido por la Comisión.

19. A este respecto, no hay que pasar por alto que las empresas son las primeras interesadas en la seguridad de sus actividades, ya que los accidentes amenazan directamente su rentabilidad, y acarrear en particular gastos de reparación, una subida de las primas de seguros y una pérdida de confianza de los consumidores. Son, por lo tanto, las primeras en querer evitar los riesgos y encontrarán normal participar en todos los mecanismos de distribución de las pérdidas. Dicho esto, si sobrevienen daños a pesar de la eficacia de la prevención, es evidente que éstos no deben ser soportados por las víctimas directas y que las empresas deben asumir la responsabilidad de forma prioritaria. Asimismo, tal vez no sea oportuno que las empresas sepan de entrada que en caso de incumplimiento por su parte, el Estado tomará el relevo. Se corre el riesgo de que esta certeza les desmotive en parte a la hora de mostrarse prudentes. Como se pone de relieve en el párrafo 14 del informe del Grupo de Trabajo, la obligación subsidiaria del Estado sólo puede nacer en circunstancias excepcionales, cuando la responsabilidad privada es insuficiente para una distribución equitativa de las pérdidas. Y, como el Sr. Pellet ha señalado acertadamente, esta cuestión es muy compleja.

20. Sin embargo, sea cual sea la dificultad de la tarea, el Sr. Mansfield está convencido de que la Comisión podrá hacer una labor útil a este respecto y definir algunos principios generales, incluso si no le compete crear sistemas de seguros. Por esta razón apoya totalmente el informe del Grupo de Trabajo, que abre distintas perspectivas susceptibles de hacer progresar las cosas.

21. El Sr. PELLET, en su respuesta al Presidente, dice que es consciente de que la Asamblea General ha adoptado una decisión que incita a la Comisión a interesarse en esta cuestión. Sin embargo, considera que corresponde a la Comisión empezar por interrogarse sobre su propia capacidad y preguntarse si esta cuestión es verdaderamente de su incumbencia.

22. El Sr. SIMMA era también bastante escéptico en cuanto a la oportunidad de reanudar el estudio del tema, pero es más optimista tras la presentación del informe del Grupo de Trabajo. De todos modos, le gustaría que el Presidente del Grupo de Trabajo y el Sr. Mansfield dieran su opinión sobre la utilidad de recurrir, en un momento u otro, a expertos externos que no sean juristas para todo lo relativo a los aspectos económicos o técnicos. En efecto, el Presidente del Grupo de Trabajo no ha indicado en el informe sus intenciones para los dos próximos períodos de sesiones.

23. El Sr. MANSFIELD dice que sin duda es un poco pronto para pronunciarse a este respecto. Puede suceder efectivamente que la Comisión, si aborda el tipo de cuestiones a las que alude el Sr. Pellet, necesite recurrir a expertos de otras especialidades que aporten una opinión autorizada o la alerta contra ciertos peligros.

24. El Sr. Sreenivassa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional) señala que la complejidad de algunas cuestiones técnicas nunca ha impedido a la Comisión estudiar temas como el de los cursos de agua o incluso la responsabilidad de los Estados, en relación con los cuales ha debido examinar problemas de cuantificación, de intereses financieros o de definición del daño. Incluso si, para algunos aspectos, la Comisión debe recurrir a expertos externos, esta ayuda no debería ser imposible de obtener. Así, cuando la Comisión trabajaba sobre la cuestión de los cursos de agua, el Banco Mundial le dio una asistencia técnica valiosísima.

25. El Sr. KATEKA tampoco comparte el pesimismo del Sr. Pellet. En este caso no se trata de «reinventar la rueda» partiendo de la nada. Distintos organismos como el PNUMA han realizado ya una labor importante sobre esta cuestión, por no mencionar las contribuciones de los anteriores relatores especiales. A menudo se alega falta de competencia o de conocimientos técnicos cuando se desea abandonar un tema pero, como ha subrayado acertadamente el Presidente del Grupo de Trabajo, este tipo de problema no ha impedido a la Comisión abordar en el pasado algunas cuestiones sobre las cuales podía ponerse en duda su competencia.

26. Todo el mundo sabe, por supuesto, que existen ya regímenes especiales en la esfera del medio ambiente, trátase de contaminación, accidentes nucleares u objetos espaciales. Incluso existen algunos acuerdos o convenciones sobre el tema, pero vale la pena señalar que muchos de estos instrumentos no han entrado todavía en vigor: cabe preguntarse si no es así porque son demasiado ambiciosos y no abordan la cuestión de los seguros o la reparación de manera realista. Es de esperar que la Comisión sepa examinar este tipo de cuestiones con tacto y perspicacia suficientes para despertar el interés de los Estados Miembros. El tema que se examina le dará tal vez también la ocasión de reanudar el estudio de otros problemas ambientales que se había visto obligada a abandonar en el pasado a causa de estudios de viabilidad desfavorables.

27. En lo que respecta al informe propiamente dicho, el Sr. Kateka considera el subtítulo especialmente acertado porque insiste en el vínculo entre la no prevención y la

⁴ Resolución 56/82 de la Asamblea General, párr. 3.

responsabilidad, lo que la Asamblea General no podía por menos de aprobar. En cuanto al alcance del estudio, convendría incluir entre los temas mencionados en el apartado c del párrafo 7 la cuestión del indiviso mundial. Asimismo, sería preferible hablar de daños causados al medio ambiente más que de pérdidas sufridas por el medio ambiente, ya que quien dice daño dice reparación. Ahora bien, los daños causados al medio ambiente son a veces irreparables. En muchos casos, no se pueden reparar por medios financieros y a veces es mejor dejar que la naturaleza siga su curso que proceder a la reparación. Cabe esperar que el relator especial examine la cuestión de la definición de los daños sufridos por el medio ambiente, a pesar de las dudas expresadas sobre la competencia de la Comisión en la materia. En lo que respecta al papel de la empresa y del Estado, el Sr. Kateka suscribe la idea de que en todo régimen de asignación de la pérdida de la responsabilidad principal debe recaer en la empresa y el Estado tendrá una responsabilidad subsidiaria. Se trata de un paso en la buena dirección.

28. Por último, el Sr. Kateka dice que, mientras los expertos discuten a propósito de su competencia, la degradación del medio ambiente continúa y cabe esperar que, en vísperas de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se va a celebrar en Johannesburgo, la Comisión contribuya a establecer un marco que permita proteger el medio ambiente.

29. El Sr. GAJA felicita al Presidente y a los miembros del Grupo de Trabajo por las sugerencias que formulan en el informe. Sin embargo, el subtítulo del estudio propuesto por el Grupo de Trabajo plantea un problema. Al elaborar el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, la Comisión partía del principio de que las actividades que pudieran acarrear un daño transfronterizo eran lícitas en sí, pero sin excluir la existencia de la obligación de prevención que recae sobre el Estado en cuyo territorio se realizan estas actividades. En el artículo 1 del proyecto de artículos, esas actividades son caracterizadas como actividades no prohibidas por el derecho internacional, independientemente del respeto de la obligación de prevenir sus consecuencias perjudiciales. Las consecuencias perjudiciales de esas actividades no prohibidas por la ley pueden, por lo tanto, deberse al mismo tiempo a unas actividades realizadas respetando plenamente la obligación de prevención y a otras actividades que son lícitas en sí, pero que constituyen una violación de esta obligación de prevención. En ese último caso, existe un hecho internacionalmente ilícito porque se incumple la obligación de prevención. Por otro lado, las actividades no prohibidas por el derecho y que se realizan respetando la obligación de prevención, pero que a pesar de todo ocasionan daños, son actividades a las que no parece apropiado aplicar la expresión «no prevención del daño». En efecto, ésta sugiere que se ha incumplido una obligación. Por consiguiente, el Sr. Gaja propone una fórmula aún más neutra que la sugerida por el Sr. Pellet, a saber: *International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities* («Responsabilidad internacional en caso de siniestro transfronterizo resultante de actividades peligrosas»).

30. El Grupo de Trabajo no aborda en su informe la cuestión de cuál será el resultado de la labor de la Comi-

sión. Podría tratarse de una convención marco, que establecería las reglas de base sobre la responsabilidad, tanto de la empresa como del Estado. Tal régimen sólo podría ser viable si todos los Estados interesados estuviesen vinculados por una convención de ese tipo. De lo contrario, una empresa podría tener que hacer frente a reclamaciones suplementarias por las mismas pérdidas en un Estado que no fuera parte en la convención. No estaría protegida por la limitación mencionada en el párrafo 13. Asimismo, un Estado no estará lógicamente dispuesto a indemnizar en parte a otro Estado si no tiene la seguridad de que ese Estado deberá, llegado el caso, obrar de la misma manera. Tanto la definición precisa del ámbito de aplicación de esta convención como la adopción de normas sobre la jurisdicción serían factores importantes para persuadir a los Estados de que acepten estar vinculados por este instrumento.

31. Al contrario que el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, las normas contempladas en el informe del Grupo de Trabajo no pueden convertirse en normas de derecho internacional general. Sólo se aplicarían si los Estados estuvieran obligados en virtud de una convención que comprenda esas normas. Por consiguiente, la novedad del ejercicio reside no sólo en los elementos de fondo que caracterizarán las normas sobre la responsabilidad sino también en el intento de elaborar un proyecto de régimen convencional que sólo podrá funcionar si un gran número de Estados aceptan quedar vinculados por él. Si se autoriza a la Comisión a llevar a cabo esta labor, habrá no obstante que aclarar el fin que se persigue para no dar la impresión de que adopta normas generales de igual naturaleza que las que adoptó el período de sesiones anterior. La Comisión sólo puede esbozar un proyecto de régimen, sobre cuya base los Estados negociarían para elaborar un tratado general o varios tratados específicos relativos a sectores todavía no cubiertos en el tipo de daños que la Comisión examina en la actualidad.

32. El Sr. KAMTO agradece al Presidente y a los miembros del Grupo de Trabajo que hayan definido en su informe las orientaciones que deberían permitir a la Comisión, si todos sus miembros se ponen manos a la obra, profundizar en esta cuestión compleja y técnica para definir, sobre la base de los instrumentos jurídicos internacionales existentes, un conjunto de principios de derecho internacional que puedan desembocar, como ha sugerido el Sr. Gaja, en una convención marco. En cualquier caso, corresponde a los Estados decidir la forma definitiva que adoptará el trabajo de la Comisión.

33. En cuanto al título del estudio, el Sr. Kamto apoya la modificación propuesta por el Sr. Pellet. Preferiría, sin embargo, que no se hablase de actividades peligrosas sino de actividades no prohibidas por el derecho internacional. En efecto, se trata de estudiar la cuestión de la imprevisión y no la de la no prevención, que pertenece al régimen clásico de la responsabilidad de los Estados tal y como lo abordó la Comisión el pasado período de sesiones y no al régimen de la *liability*. Cuando se dice que una prevención es ineficaz o insuficiente, el caso puede entrar en el marco de la *liability*, pero también puede abordarse la cuestión desde el punto de vista del régimen de la responsabilidad clásica desde el momento en que un Estado no

ha adoptado todas las medidas que le impone una obligación de medios. En ese caso se puede, efectivamente, concluir que es responsable; la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado no carece de interés a este respecto. En resumen, parece que el régimen que la Comisión tiene la intención de elaborar se centra en las actividades no prohibidas por el derecho internacional, sean peligrosas o no.

34. El párrafo 3 del informe plantea el problema de la imprevisión y cabría a este respecto preguntarse si no debería abordarse esta cuestión en relación con el principio de precaución, suponiendo que este principio sea considerado hoy en día como una norma de derecho internacional. La Comisión, que no examinó suficientemente a fondo el principio de precaución el pasado período de sesiones, deberá ahora determinar en qué se diferencia del principio de prevención. Si el principio de precaución existe como norma de derecho internacional, ello influirá en la manera en que la Comisión realizará su estudio.

35. A este respecto, los tres puntos indicados en el párrafo 7 del informe y cuyo examen se propone en el marco del estudio merecen ser desarrollados a la luz de las observaciones formuladas por el Sr. Kateka sobre la protección del medio ambiente. Por otra parte, las actividades no prohibidas por el derecho internacional no deberían examinarse únicamente desde el punto de vista de la prevención, sino de forma global a fin de no frustrar las expectativas de la Sexta Comisión.

36. El Sr. PELLET considera que no es el momento de interrogarse sobre el principio de precaución y reconoce que la Comisión perdió tal vez, el anterior período de sesiones, la oportunidad de examinar los vínculos muy reales existentes entre este principio y el principio de prevención. Dicho esto, incluso si el principio de precaución no figura en el proyecto de artículos sobre la prevención, se menciona en los comentarios. Por último, el principio de precaución podría muy bien constituir una posible materia de estudio para la Comisión.

37. En lo que respecta al título del estudio, el presidente del Grupo de Trabajo tal vez quiera precisar si «Responsabilidad internacional por la no prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas» es un título o un subtítulo. En efecto, si se trata de un subtítulo, la propuesta del Sr. Kamto no es fácil de recoger porque ya se habría indicado en el título que se trata de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. La Comisión ha buscado durante unos 15 años la manera de delimitar el tema. Finalmente ha decidido limitarse, en un primer momento, a las actividades peligrosas. Sería por lo tanto más sensato agotar esta cuestión antes de examinar las actividades que no representan un peligro particular.

38. Al Sr. Pellet también le gustaría saber por qué en la versión inglesa del título se habla de *loss* y no de *damage* y por qué la palabra *loss* se ha traducido al francés por *sinistre* y no por *dommages*.

39. El Sr. KAMTO llama la atención de la Comisión sobre el párrafo 5 del informe, donde el Grupo de Trabajo reconoció que los Estados deberían poder autorizar libremente, dentro de unos límites razonables, la realización

de las actividades que deseen dentro de su territorio o bajo su jurisdicción o control a pesar de la posibilidad de que tales actividades puedan dar lugar a un daño transfronterizo. Esta frase estaría llena de sentido si el principio de precaución existiera en derecho internacional. Por esta razón el Sr. Kamto considera que quizá habría que examinar este principio, independientemente de la forma que pueda revestir este examen.

40. El Sr. TOMKA dice que la Comisión debería armonizar su terminología con la utilizada el período de sesiones anterior y que en francés se debería sustituir *sinistre transfrontière* por *dommage transfrontière*.

41. El Sr. SEPÚLVEDA se suma a las felicitaciones dirigidas al Grupo de Trabajo y a su Presidente y acoge con satisfacción que, como han señalado el Sr. Kateka y el Sr. Mansfield, así como el Presidente del Grupo de Trabajo, el Grupo de Trabajo haya elaborado un informe positivo y haya tratado de abrir perspectivas en lugar de enumerar los obstáculos y las dificultades.

42. En lo que respecta al subtítulo del tema, convendría ajustar el texto español a los textos inglés y francés correspondientes. Siempre desde el punto de vista terminológico, cabría preguntarse si la palabra «empresa» utilizada en español corresponde exactamente a las palabras *operator* o *exploitant* usadas en inglés y en francés. Del mismo modo, sería conveniente precisar qué se entiende por «patrimonio nacional» (*propriété de l'Etat*) y «patrimonio del Estado» (*patrimoine national*).

43. En cuanto al fondo, la Comisión debe esforzarse por definir los criterios para distribuir las pérdidas ocasionadas por un daño entre las partes participantes en la actividad. A este respecto, deben plantearse tres cuestiones principales, a saber, quién autorizó la actividad, quién la supervisó y quién sacó provecho. El papel del Estado es primordial, porque será necesario elaborar sistemas internos e internacionales apropiados para repartir las pérdidas de forma equitativa.

44. Por otro lado, será conveniente estudiar debidamente la cuestión de la responsabilidad subsidiaria imputable al Estado en caso de daño. De hecho, si bien en todo régimen de asignación de la pérdida la responsabilidad principal debería recaer en la empresa, cabe que en algunos casos ésta no tenga medios para responder y debe poder entrar entonces en juego la responsabilidad del Estado que autorizó la actividad. Por último, resulta esencial establecer mecanismos como los contemplados en el párrafo 16 del informe del Grupo de Trabajo, así como procedimientos que garanticen la reparación o la indemnización a fin de que la víctima inocente no tenga que soportar el daño.

45. El Sr. BROWNLIE, tras felicitarlo de que el Sr. Sreenivasa Rao haya aceptado ser relator especial para el tema, recuerda que al principio tenía una posición similar a la del Sr. Simma respecto a la cuestión de la responsabilidad internacional, a saber una actitud de escepticismo cercana a la hostilidad. De hecho, la versión inicial del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional había dado lugar a malentendidos que probablemente aún persisten en la Sexta Comisión. Su actitud cambió una vez que finalizó con éxito la labor sobre la prevención y el Sr. Brownlie dice que entonces

comprendió que la Comisión podía estudiar varios temas independientes pero conexos sin que ello duplicase el de la responsabilidad de los Estados. Subraya a este respecto que, si ha querido ser miembro del Grupo de Trabajo es sobre todo para proteger la responsabilidad del Estado de nuevas fuentes de confusión. Es importante comprender que la cuestión de la prevención está relacionada con la gestión del riesgo y que la Comisión ha pasado ahora a la siguiente fase de su trabajo. Lo que separa el tema que se examina de la responsabilidad de los Estados es ante todo que el fundamento de la reclamación es distinto, pero también que el procedimiento aplicable deberá ser distinto y podrá definirse en su caso en un acuerdo marco o un mecanismo multilateral para tramitar las reclamaciones por los daños causados.

46. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA señala que el tema es nuevo sin serlo y que esta ambigüedad explica tal vez por qué se lo ha abordado diferentemente en el informe que se examina. Esto se deduce de los párrafos dedicados al alcance del tema, donde parece que se han dejado de lado algunos aspectos, y también del relieve dado a la articulación del régimen previsto en torno a dos agentes: la empresa y el Estado. Esta desigualdad también aparece al leer el párrafo 16, donde se abordan cuestiones que no han sido en absoluto examinadas en el informe, cuando constituyen el centro del debate. Se trata en efecto de organizar un sistema de reparación, y si el término *liability* utilizado en inglés hace efectivamente referencia a la reparación, hay que entenderlo entonces como la puesta en práctica de la responsabilidad. Ésta permitiría comprender por qué el Presidente del Grupo de Trabajo se esfuerza por establecer una relación entre el trabajo en curso y los trabajos realizados sobre la prevención, que terminaron con la adopción de 19 artículos. Si es así, el informe del Grupo de Trabajo requiere dos observaciones de orden general. La primera, es que se va a tratar de los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad por la no prevención del daño transfronterizo y el Sr. Pambou-Tchivounda se pregunta si los mecanismos en cuestión no deben examinarse en el sentido del derecho general de la responsabilidad internacional del Estado, desde el punto de vista de la reparación en caso de violación de la obligación internacional de prevención. El artículo 19 del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, relativo a la solución de conflictos, contempla prácticamente todos los supuestos imaginables y cabe preguntarse si las cuestiones que se plantean no podrían encontrar un principio de solución en este tipo de disposición. Parece entonces que este artículo 19 debe orientar la manera en que se abordan los aspectos técnicos del tema. En el informe del Grupo de Trabajo, la sección relativa al alcance del tema está incompleta y es ahí donde habría que explicar la relación entre el proyecto de artículos sobre la prevención y el trabajo en curso. Tal vez el relator especial podría, en su informe preliminar, dar una descripción del alcance más detallada y más centrada en la relación con la prevención.

47. Por otra parte, en el informe del Grupo de Trabajo se observa la ausencia de indicaciones estructuradas sobre el régimen de reparación. Esta cuestión se trata de manera demasiado superficial, ya que todo se articula en torno a la empresa y al Estado. Se plantean diversas cuestiones a este

respecto. Por ejemplo, en el caso de la empresa, el párrafo 10 del informe menciona nociones fundamentales, como la del control directo, sin dar explicaciones. Del mismo modo, por «reposición» ¿hay que entender una *restitutio in integrum* o la devolución al *status quo ante*? Se trata de cuestiones esenciales que es indispensable precisar.

48. En lo que respecta al papel del Estado, se hacen distinciones de forma implícita, por ejemplo, la distinción entre responsabilidad principal de la empresa y responsabilidad subsidiaria o secundaria del Estado. El párrafo 14 no da ninguna indicación sobre las consecuencias de tal distinción. Del mismo modo, la cuestión del estatuto del Estado como empresa explotadora remite al derecho interno de los Estados y cabe esperar que en su informe preliminar el relator especial dé indicaciones sobre este punto y al menos sobre los principales sistemas que regulan el papel del Estado como empresa explotadora. También deberían desarrollarse las cuestiones mencionadas en el párrafo 16 del informe del Grupo de Trabajo, de modo que la Comisión pueda dar orientación al relator especial sobre la continuación de los trabajos.

49. El Sr. CANDIOTI dice que, en español, el subtítulo del tema entre paréntesis se presta a la confusión, y que dicho subtítulo debería ser, según el modelo sugerido por el Sr. Gaja, «Responsabilidad en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas». En cuanto a la forma que podría adoptar el resultado final del trabajo de la Comisión, sería prematuro pronunciarse.

50. La Sra. XUE subraya que la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente es una cuestión muy compleja, tanto en derecho interno como en derecho internacional. Desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992), el derecho del medio ambiente ha experimentado profundas modificaciones y no es por tanto sorprendente que la Sexta Comisión haya pedido a la Comisión que estudie el tema de la responsabilidad internacional en caso de daño transfronterizo después de finalizar los trabajos sobre la prevención.

51. Lo esencial en este caso es saber si puede establecerse una responsabilidad objetiva general por los daños ambientales. Es necesario preguntarse si, cuando un Estado realiza actividades peligrosas que pueden causar un daño transfronterizo, debe aumentar su responsabilidad, incluso cuando haya cumplido sus obligaciones de prevención. A este respecto, la Comisión debería fijar su atención en dos aspectos: en primer lugar, cómo desarrollar el principio de que «quien contamina paga» en derecho internacional y, en segundo lugar, cuál sería el papel y la responsabilidad de los Estados a este respecto. En último término, la responsabilidad internacional por daño transfronterizo es una cuestión de distribución de pérdidas y de distribución de recursos; en términos económicos, podría hablarse de «distribución correctora de recursos». Este proceso tiene connotaciones no sólo jurídicas, sino también políticas y económicas. En la actualidad existen sistemas de imputación de la responsabilidad internacional, por ejemplo en el sector nuclear, en el de las actividades espaciales, y en el del transporte marítimo y la circulación internacional de desechos peligrosos. Los mecanismos previstos en el marco de estos regímenes pueden servir de base para el estudio de la Comisión, incluso aunque varios de ellos no

tengan carácter internacional sino regional, y más particularmente europeo o norteamericano. El Grupo de Trabajo ha tenido en cuenta estos regímenes y las cuestiones que se abordarán más adelante, y las observaciones del Sr. Gaja a este respecto son muy constructivas. Independientemente de la forma que adopten los resultados de los trabajos de la Comisión, hay dos cuestiones que siguen siendo esenciales, a saber, en qué medida responderán esos resultados a las necesidades y expectativas de los Estados y de la comunidad internacional y en qué medida los Estados los aceptarán como normas internacionales.

52. El PRESIDENTE señala que la Comisión no ha nombrado todavía oficialmente al Sr. Sreenivasa Rao relator especial para el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) y que tiene obligación de hacerlo. Entiende, sin embargo, que la Comisión desea efectivamente designar al Sr. Sreenivasa Rao relator especial para este tema.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2744.ª SESIÓN

Viernes 9 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candiotti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) (conclusión) (A/CN.4/L.627¹)

[Tema 6 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita al Sr. Sreenivasa Rao, Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y Relator Especial, a que presente una aclaración con respecto al título del tema.

2. El Sr. Sreenivasa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Relator Especial) dice que las palabras que figuran entre paréntesis en la versión inglesa *International Liability for Failure to Prevent Loss from Transboundary Harm arising out of Hazardous activities* («responsabilidad internacional por la no prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas») que aparecen como parte del título del informe del Grupo de Trabajo (A/CN.4/L.627) constituyen un subtítulo del tema. En lo que respecta al texto del subtítulo, las palabras «por la no prevención del» han planteado dificultades en el Grupo de Trabajo, en especial teniendo en cuenta el deseo de la Comisión de evitar toda relación del tema con cuestiones de responsabilidad y prohibición que ya ha examinado en el pasado en otros temas del programa. En consecuencia, el Sr. Gaja ha sugerido que estas palabras se sustituyan por las palabras «en caso de pérdida causada por un». Por consiguiente, el nuevo subtítulo sería «(responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)».

3. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión acepta el subtítulo que se propone.

Así queda decidido.

4. El Sr. CHEE, habida cuenta de la importancia dada a las cuestiones ambientales desde que en 1992 se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y de la continua evolución del derecho internacional en esta esfera, se muestra decididamente favorable a que la Comisión prosiga su labor sobre el tema que se examina con miras a elaborar una convención.

5. El Sr. AL-BAHARNA dice que el subtema de la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas sobre el que la Comisión había terminado su labor en el anterior período de sesiones² quedaría incompleto si no se trata la cuestión de la responsabilidad por el daño transfronterizo que afecta al territorio de otro Estado. Así lo ha aprobado la Asamblea General³, y no existe ningún motivo para que la Comisión no trate de encontrar una conclusión satisfactoria, en forma de proyectos de artículo que en último término podrían adoptar la forma de convención marco que integre los dos subtemas de la prevención y la responsabilidad. La cuestión de la responsabilidad constituye un ejercicio útil digno de consideración, y el informe del Grupo de Trabajo ofrece

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. VII, secc. C.

² Véase 2724.ª sesión, nota 2.

³ Véase 2743.ª sesión, nota 4.

un buen punto de partida para que la Comisión prosiga la labor al respecto.

6. No está claro que, según se dice en el párrafo 2 del informe, quede entendido que «el incumplimiento de las obligaciones de prevención que incumbían al Estado a tenor de los proyectos de artículo anteriores sobre la prevención» dé lugar a la responsabilidad del Estado. Los proyectos de artículo deberían contener una disposición específica con tal fin, pero de momento no ve ninguna.

7. En el párrafo 3, en inglés, el verbo *prove* debería figurar en pasado, y el párrafo debería terminar con las palabras «en el momento en que no se hubiesen adoptado las medidas preventivas apropiadas». En el párrafo 5, las palabras «por ejemplo la indemnización de daños y perjuicios» deberían sustituirse por las palabras «por ejemplo la reposición, la indemnización, o ambas cosas» para que dicho párrafo concuerde con el párrafo 10. Está de acuerdo con la declaración que figura en el párrafo 6 de que el daño causado al medio ambiente en las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional quede fuera del tema, por las razones dadas en dicho párrafo.

8. Las palabras «se entiende» que figuran en el párrafo 7 deberían cambiarse por la expresión más firme de «se acuerda». Además, el umbral indicado en el apartado *b* del párrafo 7 debería determinarse a favor del «daño sensible», con el fin de mantener la coherencia con el subtema de la prevención, y de este modo evitar pérdidas de tiempo en la determinación de un umbral diferente para la asignación de las pérdidas causadas, tarea que probablemente resultaría de muy difícil realización, dada la dificultad que ha experimentado la Comisión para llegar a una conclusión convenida sobre la expresión «daño sensible».

9. La cuestión de la distribución pormenorizada de la pérdida entre la empresa y el Estado o los Estados afectados, como se refleja en los párrafos 10 y 13 a 15, probablemente constituya uno de los aspectos más difíciles del tema. Además, de acuerdo con el principio de la «asignación equitativa de la pérdida» a que se hace referencia en el párrafo 14 y con el principio de que la víctima inocente no debería tener que soportar la pérdida, proclamado en el párrafo 9, la responsabilidad subsidiaria del Estado debería aplicarse en toda clase de circunstancias, no sólo en caso de circunstancias excepcionales, como opinan algunos miembros de la Comisión.

10. El Sr. ADDO dice que el tema de la responsabilidad ha tenido un historial variado y que en un determinado momento se corrió el verdadero peligro de que cayera en el olvido. Sea cual fuere la razón, para algunos miembros ha constituido un hijo no deseado. No obstante, gracias a la manera magnífica en que el Relator Especial ha tratado el tema de la prevención, se ha resucitado el tema de la responsabilidad en la forma en que se presenta actualmente ante la Comisión y, como tal, constituye una consecuencia natural del tema de la prevención. Se trata de una evolución bienvenida. No obstante, ajustándose a la realidad, sospecha que el desarrollo del tema en su forma actual origina problemas. Se consuela pensando que el Relator Especial ha hecho que la Comisión no tenga ninguna duda con respecto a la capacidad del Relator Especial de recorrer el largo y tortuoso camino que queda por delante.

También resulta tranquilizador que algunos de los que antes se oponían al tema ahora lo acepten. Por último, hará todo lo posible para que se apruebe el informe.

11. El Sr. FOMBA dice que si bien algunos miembros son partidarios de que la Comisión abandone su examen del tema, ya es demasiado tarde, por varias razones: primero, por la petición de los Estados que figura en el párrafo 3 de la resolución 56/82 de la Asamblea General; segundo, por la participación de la Comisión, desde hace tiempo, aunque a veces de manera incierta, en el proceso de buscar la manera óptima de enfocar el tema; y tercero, porque se ha ultimado la labor sobre el subtema de la prevención, y por la necesidad de aclarar la relación existente entre el tema y el de la responsabilidad del Estado. Son posibles dos reacciones: considerar que todo puede reducirse a la cuestión del incumplimiento de la obligación de prevención, en cuyo caso no hay nada más que debatir, o rechazar esta opinión, en cuyo caso sería necesario definir cuidadosamente qué puede ofrecer ese tema además de los resultados obtenidos en el subtema de la prevención. Al parecer esta última opinión prevalece entre la mayoría de miembros de la Comisión.

12. En su opinión, el informe del Grupo de Trabajo ofrece una buena base para seguir reflexionando. El Grupo de Trabajo propone algunos principios firmes para orientar la labor futura de la Comisión sobre el tema. El párrafo 3 ayuda a establecer el límite entre los dos temas de la responsabilidad internacional y la responsabilidad del Estado. El párrafo 4 destaca el útil concepto de la asignación de la pérdida. Los párrafos 6 y 7 recomiendan limitar el alcance del resto del tema a las mismas actividades abarcadas en el tema de la prevención. Y en los párrafos 9 a 15 se indican varios principios útiles. En lo que respecta a las otras cuestiones a que se hace referencia en el párrafo 16, también son dignas de examen a condición de que no surjan problemas técnicos insuperables. En definitiva, las conclusiones preliminares del Grupo de Trabajo representan un paso en la buena dirección y un equilibrio adecuado entre los diferentes intereses presentes, equilibrio que, no obstante, no debe permitirse que obstaculice la eficacia del sistema normativo que es preciso establecer. La Comisión tiene que proseguir ahora su examen del tema con el fin de responder de manera positiva a las expectativas de los Estados.

13. El Sr. DAOUDI dice que el informe del Grupo de Trabajo pone de manifiesto que es posible, de acuerdo con los deseos de los Estados, desarrollar más el tema en fecha posterior. Le habría gustado que en la introducción del informe figurase alguna mención de la decisión de tratar como cuestión aparte la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de evitar pérdidas. Además, el informe sólo trata a fondo una situación en la que pueda haber responsabilidad como consecuencia de actividades peligrosas, a saber, cuando están implicados la empresa y el Estado. En este caso, la responsabilidad del Estado se califica de subsidiaria. En cambio, sólo se alude indirectamente, en el párrafo 5 y al final del párrafo 15, al caso en que la empresa sea el propio Estado. Esta situación debería haberse tratado de manera más completa en el informe. Por último, las otras cuestiones que se enumeran en el párrafo 16 revisten, claramente, máxima importancia. Sin embargo, la dirección que siga la labor

futura de la Comisión sobre este tema dependerá de las reacciones de los Estados en la Sexta Comisión.

14. El Sr. MOMTAZ pregunta al Relator Especial si los bienes a los que se hace referencia en el apartado c del párrafo 7 como «patrimonio nacional» se limitan a los bienes corporales o incluyen también los bienes inmateriales. Esta cuestión se encuentra actualmente en el programa de UNESCO, y por consiguiente la expresión «patrimonio nacional» debería definirse con mayor claridad.

15. El Sr. Sreenivasa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Relator Especial) dice que en el Grupo de Trabajo no ha habido ningún debate pormenorizado sobre el alcance de esa expresión. No obstante, se ha considerado que la palabra «bienes» no abarcaría determinadas obras de arte de precio inestimable, o tesoros nacionales a los que no puede asignarse ningún valor económico preciso.

16. El Sr. BROWNLIE dice que se ha considerado que la pérdida causada por daños transfronterizos no debe limitarse a determinadas formas de bienes. La expresión original, «medio ambiente», no tiene un alcance total. Sin embargo, quizá finalmente sea necesario mejorar la redacción actual. Algunos bienes muebles, si bien no forman parte del territorio nacional forman parte del patrimonio nacional, por lo que el derecho aplicable es el derecho internacional público. Cabe citar como ejemplo el acuerdo concertado entre Egipto y el Reino Unido con respecto al transporte de las piezas de la exposición sobre Tutankamon, y otro ejemplo es el de la reclamación de Camboya en el asunto del *Temple de Préah Vihéar*, tanto más por cuanto se refiere también a estelas y otros bienes muebles trasladados por el Estado demandado.

17. El Sr. KABATSI dice que por las múltiples razones aducidas por otros miembros, con las que está de acuerdo en todos los casos, apoya plenamente la idea de que la Comisión se ocupe del tema basándose en el contenido del informe del Grupo de Trabajo. Siempre ha apoyado firmemente la opinión de que cuando se produzca pérdida o daño como consecuencia de una actividad ajena, de origen nacional o internacional, llevada a cabo con fines de lucro, cabe esperar lógicamente, y deducirse correspondientemente con arreglo a la equidad y la justicia, la indemnización de la víctima inocente. No debe importar que la realización de la actividad sea legal de por sí, en tanto en cuanto haya habido una víctima inocente como consecuencia de la actividad realizada con ánimo de lucro. Con arreglo a ello, apoya y acoge complacido el informe del Grupo de Trabajo.

18. El PRESIDENTE, habida cuenta del valor del debate sobre el informe del Grupo de Trabajo, dice que la Comisión quizá desee, apartándose de su procedimiento habitual, aprobar en su totalidad el informe del Grupo de Trabajo, en vez de hacerlo por párrafos.

Así queda decidido.

Queda aprobado en su totalidad el informe del Grupo de Trabajo.

19. El Sr. Sreenivasa RAO (Presidente del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, Relator Especial), después de aprobado el informe del Grupo de Trabajo, da las gracias a todos los que han participado en el debate. Se han hecho observaciones muy útiles: se han determinado las dificultades que encierra el tema y se han señalado los peligros de albergar esperanzas indebidamente altas. Aunque puede hacerse mucho más, ha habido esencialmente consenso en que debe darse gran prioridad a proporcionar el socorro necesario, una justicia rápida y una indemnización adecuada de las víctimas inocentes de las actividades peligrosas en los contextos transfronterizos.

20. El tema supone ciertamente consideraciones de desarrollo normativo, economía y cuantificación de las reclamaciones, totalmente aparte de las cuestiones de jurisdicciones y foros. Existen límites respecto de hasta dónde la Comisión puede llegar en estas cuestiones, dado que se trata de un órgano jurídico con su propio mandato y no posee los conocimientos prácticos requeridos en determinadas esferas. No obstante, aunque no tenga un conocimiento especializado de la ciencia, la economía o las matemáticas, un abogado puede hablar acertadamente sobre estas cuestiones en un litigio ante un tribunal.

21. Hay muchas razones a favor de una reflexión colectiva: la labor sobre el tema no es en absoluto responsabilidad únicamente del Relator Especial, que acogería complacido todas las sugerencias, en tanto se formulen con espíritu constructivo, tanto más por cuanto este tema se ha venido tratando durante más de 25 años y durante todo el tiempo ha estado plagado de conexiones cruzadas y expectativas innecesarias. Las múltiples sugerencias formuladas sobre el fondo podrían tenerse en cuenta en el momento oportuno. Las cuestiones de procedimiento también desempeñarían una función decisiva, si bien el Grupo de Trabajo ha expresado la opinión de que teniendo en cuenta que las cuestiones sustantivas han estado entremezcladas con las de procedimiento durante tanto tiempo, primero tienen que resolverse éstas, antes de que se pueda proseguir la labor. Esto es exactamente lo que se ha hecho.

22. Está seguro de que cuando la Asamblea General haya examinado este asunto se elaborará completamente el plan de los ulteriores trabajos con miras a cumplir el mandato de la Comisión.

Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/L.629)

[Tema 10 del programa]

INFORME DEL GRUPO DE PLANIFICACIÓN

23. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) presenta el informe del Grupo de Planificación (A/CN.4/L.629) y dice que está dividido en cinco secciones relativas a las principales cuestiones del programa del Grupo de Planificación. Señala los cambios formales que se han introducido en el párrafo 10 de las versiones en español y en francés y en los títulos de algunos temas

enumerados en el programa de trabajo para el período 2003-2006, que figura como anexo del documento. Por último, agradece a todos los miembros del Grupo de Planificación sus esfuerzos y a la Secretaría su ayuda.

24. El Sr. GAJA dice que, en la versión en inglés, en el título y el texto del párrafo 10, la palabra latina *honorarium* debe cambiarse por *honoraria*. En la última frase del texto de dicho párrafo, cuya inclusión se recomienda en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones, antes de las palabras «La Comisión» deberían insertarse las palabras «Los miembros de», ya que son los miembros y no la Comisión los que reciben los honorarios simbólicos que se mencionan.

Así queda decidido.

25. El Sr. MANSFIELD dice que el informe del Grupo de Planificación es satisfactorio y, sin querer reabrir el debate, desea simplemente presentar una sugerencia. La tercera oración del párrafo 7 se refiere a una propuesta presentada en el Grupo de Planificación por el Sr. Pellet y la Sra. Escarameia, propuesta que en uno de sus aspectos se refiere a una representación más equilibrada de género de los miembros de la Comisión. Aunque entiende las razones por las que no se ha adoptado, podría ser adecuado insertar, en el párrafo 7 o en otro lugar, algún tipo de texto que reflejara el espíritu de la propuesta. Ese texto podría decir lo siguiente: «La Comisión acogió complacida que, por primera vez, entre sus miembros figurasen dos mujeres, y tomó nota con agradecimiento de la contribución que habían aportado a este primer período de sesiones del nuevo quinquenio. Asimismo, a la Comisión le complació tomar nota de que el número de mujeres de competencia reconocida en la esfera del derecho internacional aumentaba continuamente. Consideró que esta evolución probablemente se reflejase en el proceso de nombramientos y elección del quinquenio próximo y siguientes». Esta propuesta no contiene ninguna declaración de fondo. Se trata, simplemente, de una serie de declaraciones de hecho que, a su juicio, reflejarían el sentimiento de la Comisión.

26. El Sr. Sreenivasa RAO, aunque acoge complacido y apoya la propuesta, no considera que la Comisión deba alabar singularmente a sus dos mujeres miembros. Pertenecen a la Comisión por méritos propios y su participación ha añadido valor a los trabajos de la Comisión. El aumento del número de mujeres en la Comisión sería un hecho digno de encomio.

27. El Sr. KABATSI apoya la propuesta del Sr. Mansfield, que de hecho es correcta. También considera importante reconocer la entrada de mujeres en las filas de la Comisión, y la contribución que han aportado.

28. El Sr. SIMMA apoya firmemente la oportuna propuesta del Sr. Mansfield. Por otra parte, está de acuerdo con el Sr. Sreenivasa Rao que una alabanza por separado de las mujeres miembros podría tener un tono ligeramente condescendiente. Quizá debería suprimirse esta parte del texto propuesto por el Sr. Mansfield.

29. El Sr. KATEKA elogia al Sr. Mansfield por haber puesto de relieve cuestiones planteadas por el Sr. Pellet y la Sra. Escarameia y añade que también él ha presentado una propuesta relacionada con la rotación de la distribu-

ción geográfica de los puestos de la Mesa, que se refleja asimismo en el párrafo 7 del informe del Grupo de Planificación. No parece que exista un fundamento lógico por el que al principio de cada quinquenio el Presidente de la Comisión pertenezca a un grupo regional específico y al final a otro grupo específico. Su propuesta no ha recibido ningún apoyo, lo que supone una postura conservadora que él acepta.

30. Aunque hace suya la propuesta del Sr. Mansfield, preferiría que se dijera, no «dos mujeres» sino «algunas mujeres», siguiendo la práctica general de las Naciones Unidas de no citar el número de oradores a favor o en contra de una propuesta. Asimismo, la propuesta podría ampliarse para indicar que la entrada de mujeres como miembros de la Comisión constituye un primer paso a favor de la igualdad de género con el fin de reflejar la realidad del mundo contemporáneo.

31. El Sr. OPERTTI BADAN, sin que quiera quitar méritos a la propuesta del Sr. Mansfield, está de acuerdo con las observaciones formuladas por el Sr. Sreenivasa Rao y el Sr. Simma. Resulta bastante condescendiente, y de hecho absurdo, felicitar a las mujeres miembros de la Comisión por algo distinto de sus méritos como juristas. Su presencia debe presentarse como un nuevo progreso y nada más.

32. El Sr. PELLET dice que la segunda oración de la propuesta del Sr. Mansfield es, de hecho, condescendiente y paternalista. En lo que respecta al texto restante, existen buenas razones para que la Comisión acoja complacida la presencia de mujeres entre sus miembros, pero no está seguro de que el informe del Grupo de Planificación sea realmente el mejor lugar donde expresar estos sentimientos. El párrafo 7 del informe del Grupo de Planificación debería permanecer invariable, y la propuesta del Sr. Mansfield incorporarse en otro lugar del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones.

33. Es de lamentar que el Grupo de Planificación no sólo no haya tenido en cuenta la propuesta presentada por el orador sobre la representación equilibrada de género, sino tampoco su propuesta sobre la renovación parcial de los miembros de la Comisión. Continúa creyendo que la renovación parcial sería preferible a la actual renovación total que, por cierto, parece haber creado problemas en el actual período de sesiones.

34. El Sr. KAMTO apoya la idea de expresar el agradecimiento de la Comisión por la participación en su labor de sus dos mujeres miembros, y de decir que se confía en que su elección sea el principio de una nueva tendencia. Sin embargo, el texto propuesto va un poco demasiado lejos y podría tener repercusiones adversas. El nombramiento de mujeres como candidatas corresponde a los derechos soberanos de los Estados y no incumbe a la Comisión mezclarse en su elección de candidatos.

35. El Sr. BROWNLIE no se opone firmemente a la propuesta del Sr. Mansfield pero está totalmente de acuerdo con el Sr. Kamto en que parece algo condescendiente. En el informe debería indicarse, simplemente, que la Comisión ha tomado nota con satisfacción de la participación de mujeres en sus trabajos e insta a los gobiernos a que

tengan en cuenta esta nueva evolución cuando designen candidatos en el futuro.

36. El Sr. GALICKI apoya el fondo de la propuesta del Sr. Mansfield pero considera que la forma es algo inadecuada. No corresponde al Grupo de Planificación sino a la Comisión expresar satisfacción por la participación de mujeres en sus trabajos. En consecuencia, conviene con el Sr. Pellet en que este texto debería insertarse en otro lugar del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones, quizá en «Otros asuntos».

37. El Sr. AL-BAHARNA está de acuerdo con el Sr. Galicki y con el Sr. Pellet en que el informe del Grupo de Planificación no es el lugar adecuado para incluir el texto de la propuesta del Sr. Mansfield. Apoya la primera oración, pero preferiría que no se incorporasen las dos últimas. Volvería a recordarse que la presencia de mujeres en la Comisión se había acogido con satisfacción en el mismo momento en que se inició el período de sesiones.

38. La Sra. ESCARAMEIA dice que por haber sido una de las pocas personas que han apoyado la propuesta del Sr. Pellet, mencionada de manera indirecta en el párrafo 7, que se ha retirado por falta de apoyo, y que posteriormente ha tratado de introducir una enmienda al artículo 8 del estatuto de la Comisión con el fin de instar a los electores a tener en cuenta varios criterios para la designación de los candidatos a la Comisión, entre ellos, el del equilibrio de género, apoya con entusiasmo la propuesta del Sr. Mansfield. No obstante, puede encontrarse algún defecto de redacción: es posible que no todos los miembros hagan suya la referencia a la contribución de las nuevas mujeres miembros, y en todo caso este parecer puede tener un aire protector que conlleve la suposición de que la Comisión es ante todo un órgano masculino que ha acogido complacido a dos mujeres venidas del exterior, a las que los hombres están evaluando. La referencia que figura en la segunda oración al hecho de que está aumentando el número de mujeres de competencia reconocida en derecho internacional no es necesariamente precisa: probablemente siempre ha habido muchas mujeres así, pero no se les ha dado acceso a puestos en los que hayan tenido la oportunidad de ser designadas por los gobiernos para formar parte de la Comisión. La última oración es, con mucho, la más importante, cuando dice que es probable que las crecientes funciones desempeñadas por las mujeres se reflejen en el proceso de designación y elección del próximo y sucesivos quinquenios. Confía en que no sea una observación revolucionaria sino una simple declaración de hecho. En un mundo en el que en efecto las mujeres superan en número a los hombres, la Comisión debería seguir el ritmo de la evolución. La oradora pone de relieve las normas de la Corte Penal Internacional para la elección de jueces que obligarán a votar a seis mujeres cuando hay un número mínimo de candidatos mujeres. En lo que se refiere a en qué lugar del informe debería figurar la propuesta enmendada del Sr. Mansfield, está de acuerdo en que podría encontrarse un lugar algo más adecuado, quizá en las conclusiones. Aprecia sinceramente los esfuerzos del Sr. Mansfield y le alaba por ello.

39. El Sr. KEMICHA elogia la prudencia y dignidad con que se ha expresado la Sra. Escarameia. Por su parte,

le complace que haya mujeres en la Comisión, pero no ve la necesidad de que el informe se extienda sobre este hecho. Las dos mujeres son, simplemente, miembros como los demás, que desempeñan una función adecuada en la Comisión. Destacar en exceso su función sería lo mismo que adoptar un aire protector. Es un hecho incontrovertible —que acoge complacido—, la presencia de un número creciente de mujeres que participan en los órganos internacionales, y la Comisión debería aceptar lo que es en realidad una evolución normal. Por consiguiente, hace suyas las observaciones de la Sra. Escarameia.

40. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA pone de relieve que las dos mujeres miembros no han pedido ningún favor ni reconocimiento especial. Tal como tienen derecho, deben ser tratadas como miembros de la Comisión, ni más ni menos. Considera que la propuesta del Sr. Mansfield es totalmente inadecuada, por lo que no puede apoyar su aprobación. El sentimiento de la Comisión se representaría con mucha más fidelidad si al final de la tercera oración del párrafo 7 se añadiera lo siguiente: «como extensión de la tendencia iniciada, cuando se procedió a renovar los miembros de la Comisión en la elección de 2001».

41. El Sr. SIMMA prefiere decididamente mantener la propuesta del Sr. Mansfield, en su forma modificada, en vez de la que acaba de proponer el Sr. Pambou-Tchivounda. A él también le preocupa el lugar en que debería figurar. Está claro que el informe del Grupo de Planificación no es el lugar adecuado, pero se muestra reacio a que el texto se entierre bajo el epígrafe anónimo de «Otros asuntos». La cuestión tiene suficiente importancia para merecer un título separado.

42. El PRESIDENTE dice que podría incluirse en el subtítulo del tema 13 del programa (Otros asuntos), lo que respetaría la lógica de dónde se lo ubica pero no trivializaría la cuestión.

43. La Sra. XUE dice que debe ponerse punto final de inmediato a este debate: cuanto más oye al respecto, más se siente en un mundo masculino. Es evidente que no se trata de que la Comisión «acoja complacida» a sus miembros femeninos, sino de que las mujeres realizan su labor como personas, sin tener constantemente la conciencia de que son mujeres en medio de hombres. No se las ha elegido por razón de sexo sino por su competencia. El texto del párrafo siguiente en su forma actual es poco feliz, ya que no determina de manera precisa qué medidas se han presentado para conseguir una representación de género más equilibrada. Los grupos de mujeres recibirían con consternación expresiones tales como «sumamente difíciles de aplicar en la práctica». Por consiguiente, acoge con gran satisfacción la propuesta del Sr. Mansfield, aunque preferiría que se suprimiera la referencia halagadora a la labor realizada por las mujeres: las dos mujeres miembros, al igual que los demás miembros de la Comisión, se limitan a desempeñar su obligación.

44. El PRESIDENTE, apoyado por el Sr. TOMKA, constata que en la Comisión existe un amplio acuerdo a favor de la aprobación de la propuesta del Sr. Mansfield, en su forma modificada, si bien debería figurar en otra parte del informe de la Comisión. Sugiere que el Sr. Mansfield

efectúe las modificaciones sugeridas y considere en qué lugar sería mejor colocar su texto.

45. El Sr. KAMTO, en relación con la segunda oración del párrafo 8, dice que no es totalmente preciso desde el punto de vista histórico decir que los «minidebates» constituyen una innovación en los métodos de trabajo de la Comisión. Los resúmenes de sus debates sobre el derecho de los tratados durante el decenio de 1950 ponen de manifiesto que incluso entonces ya se seguía esta práctica.

46. El PRESIDENTE dice que puede aceptarse la palabra «innovación» porque los minidebates se apartan de la práctica anterior en que se programaban por adelantado las declaraciones. Los minidebates permiten que los miembros respondan con rapidez a partes concretas de una declaración y presenten hechos, asuntos o cuestiones relacionados con un punto determinado, inmediatamente después de que se haya formulado, en vez de esperar a que hayan intervenido sobre un tema todos los demás oradores.

47. El Sr. KAMTO dice que, con el respeto debido, posee pruebas documentales que demuestran la aseveración histórica que ha formulado.

48. El Sr. PELLET dice que para reforzar el armazón del párrafo 6 es favorable a que se añada una nueva frase como la siguiente: «En la fase actual, la labor tuvo carácter puramente preliminar». De no ser así, el Grupo de Trabajo tiene muy poco que presentar como progresos. El párrafo 7 lo mantendría sin modificaciones. En lo que respecta a los «minidebates», mencionados en el párrafo 8, el Sr. Kamto tiene razón hasta cierto punto: en el lejano pasado, cuando la Comisión sólo tenía 11 miembros, se celebraron «minidebates». Sin embargo, esta práctica se abandonó completamente. Por consiguiente, en el párrafo 8 pueden calificarse de innovación. En lo que respecta al párrafo 10, apoya la observación del Sr. Gaja de que el último párrafo del texto elaborado por el Grupo de Planificación debería decir «Los miembros de la Comisión, preocupados [...]». La cuestión del plural de *honorarium* no se plantea en francés, pero teniendo en cuenta que los honorarios ascienden únicamente a 1 dólar de los EE.UU. sería más adecuado emplear la palabra en singular.

49. El Sr. KAMTO sugiere que, en interés de la máxima precisión, en el párrafo 8 podría incluirse la palabra «recientes» antes de las palabras «métodos de trabajo de la Comisión».

50. El Sr. CANDIOTI (Presidente del Grupo de Planificación) dice que el texto en inglés del párrafo 6 ya tiene en cuenta la preocupación expresada por el Sr. Pellet, puesto que emplea las palabras *progress report*. Apoya la sugerencia de que las primeras palabras de la última oración del texto propuesto en el párrafo 10 se modifique para decir «Los miembros de la Comisión».

51. El Sr. SIMMA expresa su preocupación por el hecho de que en la versión en inglés del anexo se hayan reproducido abreviaturas, por ejemplo IL por *international legal*, que él había apuntado para que después se mecanogra-

fieran por entero. Asimismo, escribió a mano la palabra *treaties* (tratados) que se ha leído y mecanografiado erróneamente como *notices* («notificaciones»).

52. El PRESIDENTE, tras confirmar que estos extremos pueden considerarse como cambios formales secundarios que el Sr. Simma podría efectuar sin referirlos nuevamente a la Comisión, considera que la Comisión desea aprobar el informe del Grupo de Planificación con las modificaciones introducidas.

Queda aprobado el informe del Grupo de Planificación con las modificaciones introducidas.

Cooperación con otros organismos (conclusión*)

[Tema 11 del programa]

DECLARACIÓN DEL OBSERVADOR DEL CONSEJO DE EUROPA

53. El PRESIDENTE da una cordial bienvenida al Sr. Benítez, Secretario del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa y le invita a que haga uso de la palabra ante la Comisión.

54. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Consejo de Europa), después de expresar su satisfacción por comparecer ante la recientemente nombrada Comisión, compuesta por hombres y mujeres, señala a su atención el folleto del Consejo de Europa distribuido a los miembros, titulado «*Working Together to Build Europe on the Rule of Law*», que contiene un panorama general de las extensas actividades del Consejo en la esfera jurídica. Los documentos también pueden encontrarse en el sitio del Consejo de Europa en Internet: www.coe.int.

55. Varios acontecimientos recientes pueden tener interés para la Comisión. Bosnia y Herzegovina se adhirió al Consejo de Europa el 24 de abril de 2002, pasando a ser el Estado miembro 44. Mónaco y la República Federal de Yugoslavia también están en la fase de solicitar su ingreso; se están realizando rápidos progresos en lo que respecta a la solicitud de este último país y se espera que su adhesión se produzca en breve. Otro acontecimiento ha sido la apertura a la firma, en Vilna, en mayo de 2002, del Protocolo n.º 13 del Convenio europeo de derechos humanos referente a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia. Treinta y tres miembros firmaron y tres ratificaron el Protocolo el primer día. El Comité de Ministros ha aprobado el Convenio sobre las relaciones personales relativas a los niños, que estará abierto a la firma en la próxima Conferencia Europea sobre Derecho de Familia que se celebrará en octubre de 2002. También merece señalarse el éxito de la Conferencia internacional sobre la contribución del Consejo de Europa al acervo comunitario de la Unión Europea, celebrada en Santiago de Compostela (España) los días 3 y 4 de junio de 2002.

56. El Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público, que está presidido por un miembro de la Comisión, el Sr. Tomka, reúne a los asesores

* Reanudación de los trabajos de la 2739.ª sesión.

jurídicos de los Ministros de Asuntos Exteriores de los 44 Estados miembros del Consejo de Europa, junto con un importante número de representantes de los Estados observadores y las organizaciones internacionales. Una de sus tareas es la de servir de observatorio europeo de las reservas a los tratados internacionales. Esta labor ha demostrado ser sumamente útil. Ha contribuido a establecer un diálogo con los Estados interesados —en el caso de las reservas a tratados que pueden incluir tanto a miembros como a no miembros— y, en algunos casos a entender las razones en que se sustenta una determinada reserva. En algunas ocasiones se ha evitado la necesidad de plantear una objeción, o se ha modificado o retirado la reserva. Este ejercicio se ha seguido con interés considerable no sólo por parte de la comunidad académica sino también por parte de los gobiernos y, más recientemente, por parte de varios comités intergubernamentales del Consejo de Europa, incluido el encargado de vigilar la aplicación de los instrumentos del Consejo en la esfera de los derechos humanos. El Comité de Ministros ha establecido un mandato especial del Comité de Asesores Jurídicos para que por medio del observatorio ayude a la lucha contra el terrorismo.

57. En 2001, el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público ha empezado a trabajar en un proyecto piloto sobre la práctica de los Estados en lo que respecta a la inmunidad de los Estados. La primera medida ha sido reunir pormenores acerca de las prácticas de los Estados, incluidas las decisiones de los tribunales, las decisiones del poder ejecutivo y los instrumentos legislativos. Se confía en que la fase inicial se termine a finales de 2002. También se ha trabajado en lo que respecta a las inmunidades de los jefes de Estado y de gobierno, así como de determinadas categorías de altos funcionarios. No obstante, tras la sentencia de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, se ha decidido interrumpir los debates porque ya se han resuelto algunas cuestiones pertinentes. El estudio se reanudará en el momento oportuno. El Comité de Asesores Jurídicos también examina constantemente los acontecimientos que se producen en la Corte Penal Internacional, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda, así como sobre la cuestión de los problemas de las víctimas de conflictos armados. Por último, el Comité de Asesores Jurídicos considera de gran importancia las relaciones que mantiene con la Comisión. Los beneficios mutuos pueden observarse en la participación de miembros de cada órgano en la labor del otro. Cabe esperar que continúe esta relación, a la que el Comité de Asesores Jurídicos da gran importancia.

58. Entre las actividades más generales del Consejo de Europa tiene especial importancia la lucha contra la corrupción. El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), un acuerdo parcial ampliado abierto tanto a Estados miembros como a no miembros, se expande constantemente. Ahora tiene 34 miembros, después de que se hayan adherido Malta, los Países Bajos y Portugal. Cabe señalar en este contexto que uno de los miembros son los Estados Unidos de América. Las adhesiones a los instrumentos internacionales en esta esfera aumentan constantemente. El Convenio de derecho penal sobre la corrupción cuenta con 28 firmas y 13 ratificaciones, y el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, con 25 firmas y 6 rati-

ficaciones. En la esfera de la bioética, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina) ha sido firmado por 18 Estados miembros y ratificado por 12. Su Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos lo han firmado 19 Estados y ratificado 10. En enero de 2002 se ha abierto a la firma un segundo Protocolo del Convenio, relativo al trasplante de órganos y tejidos de origen humano, que ya ha sido firmado por 7 Estados. El Convenio y su primer Protocolo Adicional, que hasta la fecha constituyen los únicos instrumentos internacionales en la esfera de la bioética, han entrado en vigor el 1.º de diciembre de 2000 y el 1.º de marzo de 2001, respectivamente.

59. La evolución reciente en el otro lado del Atlántico ha puesto de manifiesto que las actividades de cooperación jurídica del Consejo de Europa concuerdan plenamente con las cuestiones importantes de la sociedad mundial. Un ejemplo —también único en su esfera— es el Convenio sobre cibercriminalidad, que se ha abierto a la firma en noviembre de 2001 y cuenta ya con la firma de 32 Estados, incluidos 4 Estados no miembros que habían participado estrechamente en la negociación del texto. Existe de hecho la tendencia creciente de que los instrumentos internacionales del Consejo estén abiertos a la adhesión de Estados no miembros. Asimismo, los órganos de trabajo pertinentes han aprobado, y se encuentra actualmente ante el Consejo de Ministros, un proyecto de protocolo adicional del Convenio, relativo a la criminalización de los actos de carácter racista o xenófobo cometidos por medio de redes informáticas. Se espera que este protocolo quede aprobado a finales de 2002.

60. El Consejo de Europa ha continuado sus actividades en la lucha contra la explotación sexual de los niños y el Comité de Ministros ha aprobado, el 31 de octubre de 2001, la recomendación n.º R (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual, que actualiza la recomendación n.º R (91) 11 de 1991 que tiene en cuenta las disposiciones del Convenio sobre cibercriminalidad en lo que respecta a la pornografía infantil. El Consejo también ha participado activamente en el segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Yokohama (Japón) del 17 al 20 de diciembre de 2001.

61. La 24.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Moscú los días 4 y 5 de octubre de 2001, se ocupó del cumplimiento de las decisiones judiciales de conformidad con las normas europeas. Teniendo en cuenta lo ocurrido el 11 de septiembre de 2001, el programa se ha ampliado para incluir debates sobre la manera de mejorar la cooperación para luchar contra el terrorismo internacional, lo que ha dado por resultado la aprobación de tres resoluciones importantes: la resolución n.º 1 relativa a la lucha contra el terrorismo internacional, la resolución n.º 2 sobre la aplicación de las sentencias de larga duración y la resolución n.º 3 sobre criterios generales y medios para lograr el cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales.

62. El 12 de septiembre de 2001 el Comité de Ministros del Consejo de Europa publicó una declaración en la que condena con el máximo vigor los ataques terroristas

y expresa su solidaridad con las víctimas. Asimismo, ha empezado a examinar las medidas específicas que podría adoptar en su esfera de conocimientos prácticos, basándose en sus conocimientos especializados y en la labor de otras organizaciones internacionales, incluido el establecimiento de un órgano específico para que se ocupe de esta cuestión. Debido a su propio carácter multidisciplinar, existe un amplio consenso según el cual para resolver los problemas planteados por las nuevas formas de terrorismo se requiere un enfoque holístico que abarque los problemas en las esferas del derecho penal, el derecho civil, el derecho mercantil y el derecho administrativo, y todas las demás cuestiones jurídicas. Por consiguiente, un grupo multidisciplinar que también tenga en cuenta las actividades de otros órganos competentes constituye la mejor manera de ocuparse de esta urgente y fundamental tarea. En consecuencia, el 8 de noviembre de 2001 el Comité de Ministros decidió adoptar medidas para aumentar la eficacia de los instrumentos internacionales existentes del Consejo de Europa que sean pertinentes para la lucha contra el terrorismo y establecer el Grupo multidisciplinar sobre la acción internacional contra el terrorismo, aprobando su mandato. El Sr. Galicki, uno de los miembros de la Comisión, también es miembro de dicho Grupo.

63. Las dos tareas principales del indicado Grupo son las siguientes: en primer lugar, examinar el funcionamiento y la posibilidad de actualizar los instrumentos del Consejo de Europa relativos a la lucha contra el terrorismo, en especial el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, y, en segundo lugar, preparar un informe sobre la marcha de los trabajos en relación con las medidas que el Consejo podría aplicar con utilidad con el fin de contribuir a la lucha contra el terrorismo, teniendo en cuenta la labor de la Unión Europea.

64. El informe se ha presentado al Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 110.ª sesión, celebrada en Vilna los días 2 y 3 de mayo de 2002, y ha tenido por resultado determinar las diversas cuestiones que es preciso examinar con mayor detenimiento, entre ellas el derecho penal sustantivo, las técnicas especiales de investigación, la financiación del terrorismo, la protección de testigos, la cooperación internacional en materia de cumplimiento de la ley para mejorar la asistencia mutua, y la protección de las víctimas mediante la revisión del funcionamiento del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos.

65. En lo que respecta a la revisión de los tratados pertinentes del Consejo de Europa, el Grupo multidisciplinar sobre la acción internacional contra el terrorismo examinó el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo y en mayo de 2002 recibió el mandato oficial de preparar un proyecto de protocolo de enmienda que debería aprobarse en la siguiente reunión del Grupo, en octubre de 2002, presentarse al Comité de Ministros en noviembre y abrirse a la firma a finales del año.

66. El Sr. MOMTAZ da las gracias al observador del Consejo de Europa por su informe muy completo acerca de la labor del Consejo de Europa y felicita al Consejo por su gran variedad de actividades. Dice que le preocupa la cuestión de la inmunidad de los jefes de Estado. Entiende que esta cuestión ha figurado en el programa del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público

del Consejo de Europa, pero había suspendido esta labor en espera de la decisión que adoptase la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Le interesa saber si el Comité de Asesores Jurídicos ha reanudado su labor y si la suspensión se había decidido con el fin de evitar una posible contradicción entre la tendencia general existente en el Comité de Asesores Jurídicos y las conclusiones de la CIJ en relación con la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores en el desempeño de sus obligaciones.

67. El Sr. SIMMA, haciendo referencia a la inmunidad jurisdiccional, pregunta si existe alguna coordinación entre el proyecto del Consejo de Europa sobre la compilación de la práctica de los Estados en materia de inmunidad y la labor que llevan a cabo las Naciones Unidas. Asimismo, con respecto a los esfuerzos del Consejo en la lucha contra el terrorismo, observa que el Consejo es el garante del respeto de los derechos humanos en los Estados miembros, y en particular del Convenio europeo de derechos humanos. Tiene la impresión de que algunos ministros del interior han aprovechado los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 para aplicar legislación que afecta a los derechos humanos de los ciudadanos y los extranjeros en sus respectivos países, y le interesaría saber si existe algún mecanismo en el Consejo de Europa, aparte de los órganos del Convenio europeo de derechos humanos, que vigile a un nivel más político la conformidad de las medidas adoptadas por los Estados miembros con respecto a dicho Convenio. Más concretamente, ¿ha tenido el Consejo la impresión de que no todos los miembros han actuado de conformidad con el artículo 15 en relación con las medidas que han adoptado contra el terrorismo?

68. El Sr. CHEE dice que sería útil saber si se han aplicado con éxito el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción y el Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, y si se hacen cumplir sus disposiciones. También en esta ocasión ha habido casos de conflicto entre las obligaciones que imponen los convenios europeos y la Carta de las Naciones Unidas, cuestión de la que se ocupa el Artículo 103 de la Carta.

69. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Consejo de Europa), respondiendo al Sr. Momtaz, dice que hace aproximadamente dos años el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa empezó a examinar la cuestión de la inmunidad basándose en contribuciones de los Estados. Posteriormente, la CIJ ha dictado sentencia en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, que ha resuelto algunos de los puntos que había examinado el Comité de Asesores Jurídicos. Éste ha decidido en consecuencia tomar nota de la decisión de la Corte y suspender el examen de la cuestión, aunque no excluye la posibilidad de volver a hacerlo en fecha futura.

70. Con respecto a la cuestión de la inmunidad jurisdiccional planteada por el Sr. Simma, una de las finalidades de las actividades del Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa es contribuir de manera práctica a la labor de las Naciones Unidas, por lo que da gran importancia a la coordinación efectiva. Hubo a este respecto un intercambio oficioso de opiniones con el Sr. Hafner en 2001, cuando el Comité de Asesores Jurídicos elaboraba su programa y había invitado

al Sr. Hafner a su reunión de septiembre, en la que se iba a proporcionar información sobre la primera fase de dicho programa: reunión de material.

71. Al realizar sus actividades de lucha contra el terrorismo, el Consejo de Europa aprovecha la labor de todas las organizaciones internacionales y otros órganos pertinentes del Consejo de Europa, en especial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, a nivel intergubernamental, del Comité Directivo para los Derechos Humanos, que depende del Comité de Ministros y se encarga de realizar las actividades del Consejo en esta esfera. Después del 11 de septiembre de 2001, el Comité de Ministros decidió establecer un grupo de expertos sobre terrorismo y derechos humanos al que encargó la tarea de elaborar directrices sobre la manera de luchar contra el terrorismo respetando al mismo tiempo las normas del Consejo sobre protección de los derechos humanos. El Consejo de Ministros aprobó en julio de 2002 estas directrices, que ya están siendo utilizadas por el Grupo multidisciplinar sobre la acción internacional contra el terrorismo, el cual también tiene en cuenta los insumos obtenidos de otros comités del Consejo, por ejemplo del Comité de Expertos sobre Protección de Datos. El Consejo controla periódicamente la posible suspensión por parte de Estados miembros de las disposiciones del Convenio europeo de derechos humanos, y el propio Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa examina periódicamente las reservas pendientes a los tratados internacionales, incluidas las reservas a convenios europeos. En este contexto, el Comité de Asesores Jurídicos ha examinado reservas recientemente formuladas por Estados miembros, desde el punto de vista de la necesidad de aprobar nueva legislación. El Comité de Ministros, compuesto por los ministros de relaciones exteriores de los Estados miembros, se ocupa de las cuestiones más políticas.

72. El Sr. Chee ha planteado varias cuestiones acerca de la ausencia de mecanismos de vigilancia o de cumplimiento de los convenios aprobados por el Consejo de Europa. Es este un verdadero problema y el Consejo ha reconocido que no tiene gran sentido continuar produciendo tratados internacionales si no incluyen mecanismos específicos para vigilar que los Estados respeten sus compromisos. De todos modos, varios convenios del Consejo de Europa prevén mecanismos de vigilancia específicos. El ejemplo más importante es el Convenio europeo de derechos humanos y sus 13 protocolos, controlados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se están haciendo esfuerzos para establecer mecanismos específicos de esta índole cuando se elaboran nuevos convenios europeos.

73. La cuestión de la corrupción afecta a lo más profundo del funcionamiento del Estado. Las actividades del Consejo de Europa en esta esfera son relativamente recientes ya que empezaron en 1992. Desde entonces, el Consejo ha aprobado dos convenios internacionales: el Convenio de derecho penal sobre la corrupción y el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, así como la resolución (97) 24 con 20 principios orientadores en la lucha contra la corrupción, y la recomendación n.º R (2000) 10 sobre los códigos de conducta de los funcionarios públicos. Para esta labor el mecanismo de control es el GRECO, que supervisa en qué medida los

firmantes del acuerdo respetan los principios orientadores y los convenios pertinentes. Esta tarea parece ser eficaz, en especial teniendo en cuenta la importante atención prestada por la sociedad civil a las rondas de evaluación llevadas a cabo por el GRECO en los Estados miembros.

74. El Sr. KAMTO estaría interesado en conocer si el GRECO ha compilado elementos específicos sobre la práctica nacional y ha determinado casos de corrupción en la Unión Europea o en otros lugares, por ejemplo que impliquen a empresas, que hayan sido enjuiciados en la jurisdicción nacional. La prensa internacional ha expuesto casos de corrupción en los que están implicados los jefes de Estado en algunos países.

75. El Sr. BENÍTEZ (Observador del Consejo de Europa) dice que el GRECO no tiene en su mandato la tarea de examinar casos específicos de corrupción en la jurisdicción nacional. Examina en qué medida la legislación nacional, su aplicación y todos los órganos administrativos y judiciales pueden responder con eficacia al fenómeno de la corrupción. Todos los años, el GRECO escoge algunos de los 20 principios orientadores y examina si los Estados cuentan con legislación o sistemas que les permitan aplicarlos. Por ejemplo, en el primer ciclo de evaluación se examinó el sistema de fiscales públicos en los Estados miembros del GRECO con el fin de observar si poseen independencia suficiente para garantizar que los casos de corrupción puedan perseguirse con eficacia y sin interferencias de las autoridades políticas, en especial cuando las personas implicadas ocupan puestos públicos importantes. También se ha examinado la inmunidad parlamentaria para comprobar si constituye un obstáculo para procesar a determinadas personas acusadas de actos de corrupción.

76. El PRESIDENTE da las gracias al observador del Consejo de Europa por su informe, sumamente interesante.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2745.ª SESIÓN

Lunes 12 de agosto de 2002, a las 15.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escaraméia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones

CAPÍTULO V. —Protección diplomática (A/CN.4/L.619 y Add.1 a 6)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a iniciar el examen del proyecto de informe de la Comisión, comenzando con el capítulo V, relativo a la protección diplomática. Propone que la Comisión examine ante todo la sección C del capítulo.

C.—Texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión (A/CN.4/L.619/Add.2 a 5)

Párrafos 1 y 2 (A/CN.4/L.619/Add.2)

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Primera parte. Disposiciones generales

Artículo 1 (Definición y alcance)

Queda aprobado el artículo 1.

Comentario al artículo 1

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

2. El Sr. GAJA propone que se supriman las palabras «Aunque análoga a la protección diplomática» que figura al comienzo de la última frase del párrafo 6 y que se modifique en consecuencia el resto de la frase, para no dar a entender que los Estados no pueden interesarse también por la protección funcional. En efecto, personas que no sean nacionales pueden estar al servicio del Estado, como, por ejemplo, de sus fuerzas armadas.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7.

Párrafo 8

3. El Sr. DAOUDI señala que, durante las consultas oficiosas, el Relator Especial ha presentado un documento sobre la protección diplomática de la tripulación de los buques y se pregunta si las dos últimas frases del párrafo 8 reflejan debidamente las conclusiones de las consultas oficiosas sobre este aspecto.

4. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que tiene la intención de elaborar para el período de sesiones siguiente un informe sobre la protección diplomática de la tripulación de los buques. Es exacto, como lo ha señalado el Sr. Daoudi, que el final del párrafo 8 no refleja el apoyo que se ha expresado durante las consultas oficiosas en favor de una disposición en la materia.

5. La Sra. ESCARAMEIA hace suya la observación del Sr. Daoudi y le sorprende el hecho de que no se mencionen los resultados de las largas consultas que han tenido lugar acerca del documento presentado por el Relator Especial.

6. El Sr. TOMKA dice que el comentario trata de explicar el texto de las disposiciones y no indicar las intenciones de la Comisión. Así pues, propone que se supriman las dos últimas frases del párrafo 8 y que, para abordar nuevamente esta cuestión, se espere a que el Relator Especial haya presentado un informe a la Comisión y que ésta se haya pronunciado.

7. El PRESIDENTE dice que las consultas oficiosas forman parte de los trabajos internos de la Comisión y se celebran en beneficio de ésta y del Relator Especial. Indica que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta la propuesta del Sr. Tomka.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 8, en su forma enmendada.

Artículo 2 [3] (Derecho a ejercer protección diplomática)

Queda aprobado el artículo 2 [3].

Comentario al artículo 2 [3]

Párrafo 1

8. El Sr. PELLET propone que se supriman las palabras «más cuidadosamente» que figuran en la segunda frase del párrafo 1, ya que la CPJI ha tomado literalmente lo que había escrito Vattel.

9. El Sr. TOMKA dice que, a este respecto, y para citar fielmente lo que ha escrito Vattel, convendría agregar la palabra «indirecto» antes de las palabras «al Estado» que figuran al final de la primera frase del párrafo 1.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Párrafo 3

10. El Sr. TOMKA dice que el término «limitado» que figura al final de la primera frase no es muy apropiado. En efecto todo derecho que se haga valer en el marco de un procedimiento debe seguir éste. Propone pues que el texto del párrafo 3 sea el siguiente: «El derecho de un Estado a ejercer la protección diplomática sólo puede hacerse valer dentro de los parámetros establecidos en los presentes artículos».

11. El Sr. DUGARD (Relator Especial) suscribe la observación del Sr. Tomka, pero considera que sería preferible modificar el párrafo 3 para que dijera lo siguiente: «El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática sólo puede hacerse valer dentro de los parámetros definidos en los presentes artículos».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 3, en la forma enmendada por el Sr. Dugard.

Segunda parte. Personas naturales

Artículo 3 [5] (Estado de la nacionalidad)

Queda aprobado el artículo 3 [5].

Comentario al artículo 3 [5]

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafo 4

12. El Sr. PELLET estima que habría que modificar la penúltima frase del párrafo, que es ambigua. En efecto, la adquisición automática de la nacionalidad a través del matrimonio sólo es contraria al derecho internacional en la medida en que tenga carácter discriminatorio.

13. El PRESIDENTE se pregunta si este problema no podría resolverse suprimiendo toda mención de la esposa y el marido, y hablando más bien de «cónyuge».

14. El Sr. DUGARD (Relator Especial) se declara dispuesto a modificar la frase en cuestión y pregunta al Sr. Pellet si tiene alguna propuesta que formular.

15. El Sr. PELLET propone el texto siguiente: «Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición de la nacionalidad, pueden surgir problemas con respecto a la compatibilidad de esa adquisición de nacionalidad con el derecho internacional, cuando la adquisición se produzca en forma discriminatoria».

16. La Sra. ESCARAMEIA no comparte plenamente la opinión del Sr. Pellet. Si bien es verdad que la adquisición automática de la nacionalidad es discriminatoria, y, por consiguiente, contraria al derecho internacional si sólo concierne a las mujeres, el hecho de imponer la nacionalidad a favor de un acto que no tiene nada que ver con ésta, como sucede con el matrimonio, viola los principios fundamentales en materia de derechos humanos, ya se trate de hombres o de mujeres.

17. El Sr. TOMKA dice que abrigaba las mismas dudas, pero habida cuenta de la remisión al párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que se hace en el párrafo 7 del comentario, estima que es mejor no modificar la frase en cuestión.

18. El Sr. AL-BAHARNA se pregunta en qué el hecho de que el derecho interno prevea la adquisición automática de la nacionalidad del cónyuge es contrario al derecho internacional, si los interesados consienten en ello. Así pues, también es partidario de que se modifique la penúltima frase.

19. El Sr. OPERTTI BADAN señala que también debe modificarse la última frase del párrafo, al menos en la versión española: los Estados no adquieren nacionales, sino que son las personas las que adquieren la nacionalidad.

20. El Sr. PELLET, tras señalar que el problema se plantea también en la versión francesa, propone que el principio de la última frase del párrafo sea del tenor siguiente: «Una persona puede también adquirir la nacionalidad de que se trate [...]». En cuanto a la adquisición automática de la nacionalidad por matrimonio, propone, como lo ha hecho el Presidente, que el texto de la frase pertinente sea el siguiente: «Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por uno de los cónyuges de la nacionalidad del otro, [...]».

21. El Sr. CANDIOTI propone intervenir a partir de la tercera frase del párrafo, suprimiendo «con un nacional» después de la palabra «matrimonio», introducir la misma corrección en la cuarta frase y modificar después el texto en el sentido indicado por el Presidente y el Sr. Pellet. En lo que se refiere a la última frase del párrafo, propone el texto siguiente: «La nacionalidad puede también adquirirse como consecuencia [...]».

22. El Sr. GALICKI señala que este deseo de generalidad puede conducir a la Comisión a crear una imposibilidad. En efecto, el orador no conoce en la práctica, ningún caso en que el derecho interno prevea la adquisición automática de la nacionalidad de la esposa por el marido. Si no se le puede citar ejemplos, seguirá siendo partidario del mantenimiento de la fórmula propuesta por el Relator Especial, porque es realista.

23. El Sr. MOMTAZ dice que la remisión al artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer refleja fielmente los debates que han tenido lugar en el Comité de Redacción. El problema que se plantea se debe al hecho de que este artículo no tiene una disposición equivalente en los demás instrumentos relativos a los derechos humanos por lo que respecta a los hombres.

24. El Sr. KAMTO considera que la propuesta del Sr. Candiotti permite resolver el problema y que es deseable una formulación de carácter más general, porque, aunque es verdad que la adquisición automática de la nacionalidad por matrimonio se refiere por lo común a las mujeres, la Comisión no puede pretender conocer las disposiciones en la materia del derecho interno de todos los países.

25. El PRESIDENTE propone tomar el texto formulado por el Sr. Candiotti e insertar en la nota, «Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 [...]».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4 con las modificaciones propuestas por los Sres. Pellet y Candiotti.

Párrafo 5

26. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA estima que el texto de la tercera frase es demasiado categórico. En un gran número de casos, el criterio de la residencia no basta para proporcionar la prueba de la nacionalidad. Sería mejor indicar que la residencia puede o podría constituir una prueba de la nacionalidad.

27. El Sr. DUGARD (Relator Especial) suscribe la observación del Sr. Pambou-Tchivounda.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Párrafo 6

28. El Sr. KAMTO dice que el texto de la primera frase no es totalmente correcto porque, en el asunto *Nottebohm*, incumbía al nacional proporcionar la prueba de un vínculo efectivo, y no al Estado. Propone que se modifique la frase para que diga lo siguiente: «el párrafo 2 del artículo 3 no exige la prueba de la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado y su nacional, como lo hacía el fallo en el asunto *Nottebohm*».

29. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA aprueba el texto propuesto por el Sr. Kamto pero estima, sin embargo, que no habría que perder de vista la función del Estado y, por consiguiente, precisar «por el Estado» después de las palabras «la prueba».

30. El Sr. PELLET suscribe la observación del Sr. Pambou-Tchivounda y dice que es al Estado, en efecto, al que corresponde probar la existencia de un vínculo efectivo, en la medida en que la CIJ sólo conoce de asuntos que ponen en tela de juicio a los Estados. Teniendo en cuenta el desacuerdo que existe a este respecto en la Comisión, propone no obstante agregar, al principio de la segunda frase, las palabras siguientes «Pese a las opiniones divergentes acerca de la interpretación de este fallo [...]».

31. El Sr. DUGARD (Relator Especial) comparte la opinión del Sr. Pellet: la primera frase es correcta y es preciso mantener el texto. En cuanto a las palabras que se ha propuesto agregar a la segunda frase, ello está justificado.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

32. El Sr. PELLET, refiriéndose al artículo 3 [5], estima que esta disposición está formulada en forma insólita, en el sentido de que el párrafo 2 está consagrado a las personas naturales y que se espera pues un párrafo acerca de las personas jurídicas. Propone que se agregue un párrafo 9 al comentario, en el que se indique que la Comisión se reserva la posibilidad de agregar un párrafo 3 al artículo.

33. El Sr. DUGARD (Relator Especial) señala que el párrafo 4 del comentario al artículo 1 precisa que «el término “nacional” de este artículo comprende tanto las personas naturales como las jurídicas» y que «Más adelante en el proyecto de artículos [...], en caso necesario, los dos conceptos se tratan por separado».

34. El Sr. PELLET dice que se trata de una cuestión de estructura y que, como el párrafo 1 del artículo 3 [5] se aplica tanto a las personas naturales como a las jurídicas, la formulación actual obligará a repetirlo en la disposición consagrada a las personas jurídicas.

35. El PRESIDENTE propone agregar una nota en la que se indique que la Comisión tal vez reexamine el texto

del artículo cuando estudie el caso de las personas jurídicas.

Así queda acordado.

Artículo 4 [9] (Nacionalidad continua)

Queda aprobado el artículo 4 [9].

Comentario al artículo 4 [9]

Párrafo 1

36. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que la expresión *opinions judiciaires* que figura en la primera frase del párrafo no tiene ningún sentido en francés. Habría que hablar más bien de *décisions judiciaires*.

37. El Sr. TOMKA dice que se trata de la opinión de un juez y no de una decisión judicial. Si se remite uno a la nota, se constata que se trata de las observaciones de Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto de la *Barcelona Traction*.

38. El Sr. KABATSI indica que, cuando se evoca la opinión de un juez, no se trata de una opinión personal, sino de una opinión en el marco de una decisión judicial.

39. El PRESIDENTE señala que, en inglés, la expresión es totalmente correcta.

40. El Sr. DAOUDI señala a este respecto algunos errores de traducción en la versión árabe: contrariamente a lo que se ha indicado, se trata efectivamente de la opinión individual de un juez y no de una opinión consultiva.

41. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que puede tratarse de una opinión individual o de un voto particular disconforme, pero en ningún caso de una opinión judicial.

42. El Sr. PELLET se suma a lo dicho por el Sr. Pambou-Tchivounda y señala que el concepto de opinión judicial no existe para los espíritus impregnados de tradición romana. Para éstos, los jueces pueden tener estados de ánimo, pero ello no tiene nada que ver con una decisión judicial. Se trata, de hecho, de doctrina. El orador preferiría pues que se hablara únicamente de doctrina y que las notas correspondientes al último miembro de la frase se refundieran en una sola, en la que se remitiera, a la vez, a las observaciones de Fitzmaurice y Wyler.

43. El Sr. DUGARD (Relator Especial) precisa que este concepto existe efectivamente en los sistemas de *common law* y no en los de derecho romano. Así pues, está dispuesto a aceptar la propuesta del Sr. Pellet.

Queda aprobado el párrafo 1 con la modificación propuesta por el Sr. Pellet.

Párrafo 2

44. El Sr. TOMKA señala que la última frase del párrafo 2, donde se dice que «la Comisión decidió en contra de incluir el requisito de que la nacionalidad deba

mantenerse entre el momento del daño y la presentación de la reclamación», está en contradicción con el párrafo 1 del artículo 4 en el cual se enuncia claramente, por el contrario, el principio de la nacionalidad continua, como lo confirma por lo demás el título de este artículo.

45. El Sr. PELLET indica que esta continuidad se subraya además, en la versión francesa, por la utilización en el párrafo 1 del artículo de la fórmula *a toujours cette nationalité*. Por lo menos habría que suprimir la palabra *toujours* que, por lo demás, no tiene equivalente en las otras versiones lingüísticas.

46. Tras un intercambio de opiniones en el que participan el Sr. GAJA, el Sr. KOSKENNIEMI, el Sr. OPERTTI BADAAN, el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, el Sr. GALICKI y el Sr. DUGARD (Relator Especial), el PRESIDENTE pide al Relator Especial y a todos los miembros interesados que propongan un texto para modificar la última frase del párrafo 2, teniendo en cuenta, a la vez, las observaciones del Sr. Tomka y del Sr. Pellet, y los comentarios formulados.

47. El Sr. DUGARD (Relator Especial) propone sustituir la última frase del párrafo 2 por lo siguiente: «Dadas las circunstancias, la Comisión decidió dejar abierta la cuestión de saber si la nacionalidad debía conservarse entre el momento del daño y la presentación de la reclamación».

48. El PRESIDENTE pregunta al Presidente del Comité de Redacción si le parece aceptable este texto. Por otra parte, si los miembros no tienen objeciones que oponer, y teniendo presente la ausencia de concordancia entre las diferentes versiones lingüísticas, propone que en la versión francesa del texto se suprima la palabra *toujours* en el párrafo 1 del artículo 4.

49. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) señala que, cuando se elaboró el artículo 4, se mantuvo voluntariamente la ambigüedad de la fórmula empleada en el párrafo 1, teniendo en cuenta el hecho de que no hay uniformidad en la práctica de los Estados en cuanto a saber si la nacionalidad debe conservarse entre el momento en que se causa el perjuicio y la fecha en que se presenta oficialmente la reclamación. En cuanto al párrafo 2 del comentario, corresponde a la Comisión en pleno decidir acerca de su formulación. La propuesta presentada por el Relator Especial le parece perfectamente aceptable.

50. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que se aprueba el párrafo 2 del comentario en la forma enmendada por el Relator Especial, y que, en la versión francesa del artículo 4, debe suprimirse el término *toujours* en la primera frase del párrafo 1.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Párrafo 3

51. El Sr. GAJA opina que en este párrafo hay una redundancia entre las frases segunda y última. Evidentemente la idea era insistir en el hecho de que, en el con-

texto del artículo objeto de examen, se debía prescindir de la norma del agotamiento de los recursos internos por razones prácticas, pero tal vez no era necesario repetirlo. También propone suprimir la última frase del párrafo e insertar la indicación de la nota —volviéndola a numerar en consecuencia— al final de la segunda frase, después de las palabras «la fecha del daño». Por otra parte, la penúltima frase del párrafo que dice que «la Comisión se ha abstenido de aprobar ese enfoque» (según lo cual la norma del agotamiento de los recursos internos se consideraría una condición de fondo) no es muy clara.

52. El Sr. PELLET también estima que esta penúltima frase es muy ambigua y la misteriosa nota a la cual remite no contribuye a aclarar las cosas. Tal vez habría que hacer más explícita esta nota. En todo caso, habría que precisar que «el enfoque» al que se hace alusión sólo se había mantenido en el proyecto de artículo sobre la responsabilidad del Estado en primera lectura, pero fue abandonado en segunda lectura.

53. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que la «misteriosa» nota a que se refiere el Sr. Pellet remite a un debate de la Comisión durante el cual se decidió rechazar los proyectos de artículos que presentaran la norma del agotamiento de los recursos internos como una condición de fondo. En cuanto a la propuesta del Sr. Gaja de suprimir la última frase del párrafo 3, le parece perfectamente aceptable.

54. El Sr. PELLET estima que no se puede insertar en este párrafo una nota que remita a un simple «debate» de la Comisión. Esto es demasiado vago. Tal vez se podría hacer una remisión al informe pertinente del Relator Especial, indicando que éste había propuesto que se adoptara como condición de fondo la norma del agotamiento de los recursos internos, pero que esta propuesta no fue aprobada por la Comisión. Una nota de ese tenor sería más clara para el lector. Además, le parece igualmente imperativo agregar en la penúltima frase las palabras «en primera lectura» entre las palabras «adoptado» y «en el proyecto de artículos».

55. El Sr. TOMKA señala que en el párrafo 1 del artículo 4 se hace referencia al «momento del perjuicio» y no al momento en que se ha violado el derecho internacional, lo que se aborda en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado. Ese es el motivo de que, para no confundir al lector, el orador propone no evocar la circunstancias que plantea la norma del agotamiento de los recursos internos, porque no se ha adoptado decisión alguna a este respecto, y conservar solamente las dos primeras frases del párrafo 3 del comentario.

56. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta esta propuesta.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafo 4

57. El Sr. PELLET dice que había recibido seguridades de que no se utilizaría la expresión *nationalité des réclamations*. Le sorprende pues encontrarla en el párrafo 4 del comentario. Señala a este respecto que en el párrafo 39

del proyecto de informe de la Comisión se indica que este concepto se presta a confusión.

58. El Sr. DAOUDI señala que en la versión árabe del párrafo 4 no se menciona la nacionalidad de la reclamación.

59. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que había asegurado al Sr. Pellet que esta expresión no aparecería en el proyecto de artículo. En cambio, le parece difícil no incluirla en los comentarios.

60. El Sr. PELLET acepta el mantenimiento de esta expresión a condición de que se le agregue una nota de pie de página del tenor siguiente: «Según una opinión, el concepto de nacionalidad se presta a confusión. Se trata de un concepto que se deriva directamente del *common law* y que no tiene equivalente en los otros ordenamientos jurídicos».

61. El Sr. GAJA propone que se suprima la expresión *dies ad quem* en la segunda frase y reemplazarla por «la fecha de la reclamación».

62. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeciones, considerará que la Comisión acepta las propuestas respectivas del Sr. Pellet y del Sr. Gaja.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4, en su forma enmendada.

Párrafos 5 y 6

Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.

Párrafo 7

63. La Sra. ESCARAMEIA no comprende por qué no se coloca el matrimonio en el mismo plano que la sucesión de Estados y la adopción. En consecuencia, propone, por una parte, suprimir la tercera frase que da a entender que en cierta manera la pérdida de la nacionalidad puede ser voluntaria y, por otra, modificar la segunda frase para que diga lo siguiente: «En el caso de la sucesión de Estados y, posiblemente, de la adopción y el matrimonio, cuando el cambio de nacionalidad es una consecuencia automática de éste, la nacionalidad se perderá involuntariamente».

Queda aprobado el párrafo 7, en su forma enmendada.

Párrafo 8

64. El Sr. MOMTAZ propone considerar los casos evocados en la última frase como excepcionales y no como situaciones difíciles.

65. El Sr. DUGARD (Relator Especial) propone hablar de los casos de «adquisición obligatoria de una nueva nacionalidad».

Queda aprobado el párrafo 8, en la forma enmendada por el Relator Especial.

Párrafos 9 y 10

Quedan aprobados los párrafos 9 y 10.

66. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a proseguir el examen de la sección C del capítulo V del proyecto de informe.

Artículo 5 [7] (Nacionalidad múltiple y reclamación contra un tercer Estado) (A/CN.4/L.619/Add.3)

Queda aprobado el artículo 5 [7].

Comentario al artículo 5 [7].

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

67. El Sr. PELLET propone reemplazar al final de la primera frase, las palabras «es contrario a tal exigencia» por las palabras «no prevé tal exigencia».

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Artículo 6 (Nacionalidad múltiple y reclamación ante un Estado de la nacionalidad) (A/CN.4/L.619/Add.4)

Queda aprobado el artículo 6.

Comentario al artículo 6.

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

68. El Sr. PELLET señala que el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad sigue en vigor y que conviene, en consecuencia, indicar que «dice» en su artículo 4 y no que «decía».

Queda aprobado el párrafo 2, en su forma enmendada.

Párrafo 3

69. El Sr. GAJA propone reemplazar, al comienzo de la cuarta frase, las palabras: «la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos» por «la Comisión ha estimado» a fin de no dar la impresión de que la Comisión de Derecho Internacional apoya lo que ha dicho la Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, visto que, precisamente, no la comparte, como se desprende del párrafo 5 del comentario.

70. El Sr. PELLET señala que, en la versión francesa, conviene reemplazar, en la primera frase, las palabras *les sentences arbitrales* por *certaines sentences arbitrales*.

Queda aprobado el párrafo 3 con las modificaciones propuestas por los Sres. Gaja y Pellet.

Párrafos 4 a 8

Quedan aprobados los párrafos 4 a 8.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2746.ª SESIÓN

Martes 13 de agosto de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (continuación) (A/CN.4/L.619 y Add.1 a 6)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen del capítulo V del proyecto de informe de la Comisión.

C.—Texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente por la Comisión (conclusión) (A/CN.4/L.619/Add.2 a 5)

Artículo 7 [8] (Personas apátridas y refugiadas) (A/CN.4/L.619 Add.5)

Queda aprobado el artículo 7 [8].

Comentario al artículo 7 [8]

Párrafo 1

2. El Sr. SIMMA propone que se suprima la primera parte de la cita correspondiente al caso de 1931 *Dickson Car Wheel Company*, porque refleja una postura inadecuada que ya no es políticamente correcta. Por consiguiente, la cita debería decir «Ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre [de una persona carente de nacionalidad] antes o después de que se haya causado el daño».

3. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que la Comisión no debe ocultar la dura realidad del derecho internacional y que la cita indica, simplemente, la postura adoptada en 1931. Habría preferido mantener el párrafo en su forma inicial, pero si prevalece la corrección política no tiene nada que objetar.

4. El Sr. TOMKA está de acuerdo con el Sr. Simma. No obstante, parece existir una contradicción entre la primera oración, que empieza con las palabras «La norma general es [...]» y la frase en la que se señala que la norma no es acorde con el derecho internacional contemporáneo. La primera oración debería modificarse para que diga «La norma general era [...]»; y a continuación la cita podría permanecer invariable.

5. El Sr. BROWNLIE conviene en que debería modificarse la primera oración, ya que la versión actual es muy dogmática y da la impresión de que la Comisión acepta que el derecho continúe siendo como era en 1931. La Comisión no debería dar la impresión de que da una media vuelta completa. La postura actual está más matizada. Algunos miembros de la Comisión opinan desde hace tiempo que la residencia habitual proporciona una condición jurídica, aunque la persona de que se trate pueda tener, por ejemplo, el estatuto de refugiado.

6. El Sr. DUGARD (Relator Especial) está de acuerdo con las sugerencias del Sr. Tomka y del Sr. Brownlie, que determinan claramente que el caso *Dickson Car Wheel Company* refleja una postura anterior. Las dos primeras oraciones podrían modificarse como sigue: «La norma general es que un Estado sólo puede ejercer la protección diplomática en nombre de sus nacionales. Por ejemplo, en 1931, la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México [...]». A continuación podría modificarse como sigue la oración siguiente a esta cita: «Este pronunciamiento jurisdiccional ya no refleja la postura precisa en derecho internacional tanto en lo que se refiere a los apátridas como a los refugiados. El derecho internacional contemporáneo refleja el interés por la condición jurídica de estas dos categorías de personas».

Queda aprobado el párrafo 1 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Párrafo 3

7. El Sr. PELLET propone que la definición de apátrida que figura en el párrafo vaya seguida de la siguiente oración: «Cabe considerar que esta definición se ha hecho habitual».

Queda aprobado el párrafo 3 con la modificación introducida.

Párrafo 4

8. La Sra. ESCARAMEIA propone que para reflejar las opiniones de varios miembros de la Comisión, en la nota de pie de página se añada la oración siguiente: «Algunos miembros opinaron que el Convenio europeo sobre la nacionalidad de 1997 no debería constituir el modelo para la

protección diplomática, ya que esta cuestión difiere de la relativa a la adquisición de la nacionalidad». Por la misma razón, la tercera oración debería modificarse como sigue: «[...] este umbral era demasiado alto y conduciría a situaciones de verdadera falta de protección de las personas interesadas, la mayoría opinó [...]».

9. El Sr. TOMKA, si bien comprende las opiniones de la Sra. Escarameia, dice que el comentario no debería reflejar el debate de la Comisión, sino comentar las disposiciones del proyecto de artículos. Además, nadie ha sugerido que el Convenio europeo sobre la nacionalidad se ocupe de la protección diplomática, con lo cual la primera propuesta de la Sra. Escarameia parece redundante. El orador pone en duda la necesidad de remitirse al Convenio y propone que para evitar confusiones se suprima la primera oración. Habida cuenta de que el derecho de proporcionar protección diplomática es un derecho del Estado, establece un umbral para que el Estado pueda ejercer la protección diplomática pero no para que las personas pidan protección, ya que en virtud del derecho internacional no tienen derecho a esta protección.

10. El Sr. GALICKI dice que existe un malentendido acerca de la finalidad de la primera oración del párrafo 4. Su intención es la de, simplemente, afirmar que la Comisión se ha valido del Convenio europeo sobre la nacionalidad como fuente de las palabras «residencia legal y habitual». La fórmula propuesta por el Relator Especial está bien equilibrada. Explica el origen de la terminología y a continuación refleja el debate sobre si el umbral es demasiado alto o demasiado bajo. El texto debe mantenerse tal cual está, con la adición de la segunda enmienda propuesta por la Sra. Escarameia, que explica por qué algunos miembros de la Comisión consideran que el umbral es demasiado alto.

11. El Sr. SIMMA propone que para poner de relieve el punto señalado por el Sr. Galicki la primera oración debería ir en un párrafo aparte, aclarando así que se refiere simplemente al origen de la terminología empleada. En lo que respecta a la observación del Sr. Tomka de que no se reflejan en el comentario las diferentes opiniones de los miembros de la Comisión, opina que si algo es realmente objeto de controversia esto puede puntualizarse en el texto aprobado en primera lectura y señalarse a la atención de los Estados. Por consiguiente, está de acuerdo con el Sr. Galicki en que el texto no debe variar, excepto las palabras adicionales propuestas por la Sra. Escarameia para la última oración.

12. El PRESIDENTE dice que existe una diferencia sustantiva entre la primera y la segunda lecturas. En primera lectura, el texto debe incluir las opiniones divergentes de los miembros de la Comisión, pero en segunda lectura debe indicarse una postura única.

13. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que en general no ha reflejado las divergencias de opinión de los miembros del Comité de Redacción. Para atender las preocupaciones expresadas, el párrafo debería modificarse de forma que empezara como sigue: «La exigencia tanto de una residencia legal [...]». Después, en una nota de pie de página podría explicarse que las palabras «residencia legal y habitual» proceden del Convenio europeo sobre la nacionalidad, que se ocupa de la adquisición de la nacio-

nalidad. Por último, la oración final se modificaría según lo sugerido por la Sra. Escarameia.

14. El Sr. GALICKI está de acuerdo con la propuesta del Relator Especial. Sin embargo, el Convenio europeo sobre la nacionalidad no trata únicamente de la adquisición de la nacionalidad, razón por la cual la nota de pie de página debería aclarar que en el Convenio las palabras «residencia legal y habitual» se emplean en relación con la adquisición de la nacionalidad.

Queda aprobado el párrafo 4 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 5 y 6

Quedan aprobados los párrafos 5 y 6.

Párrafo 7

15. La Sra. ESCARAMEIA dice que el párrafo 4, relativo a los requisitos de residencia en el caso de los apátridas, ha reflejado con precisión la división de opiniones de los miembros de la Comisión. No ocurre lo mismo en el caso del párrafo 7, que se refiere a la misma cuestión con respecto a los refugiados. En él se da la idea de que la Comisión tiene una opinión única, y por ello propone que las dos primeras oraciones se modifiquen de modo que empiecen como sigue: «La mayoría de la Comisión [...]».

16. El Sr. KOSKENNIEMI comparte la preocupación de la Sra. Escarameia. Los que han expresado la opinión minoritaria consideran que ese extremo se refiere tanto a los apátridas como a los refugiados. Los fundamentos y la justificación son idénticos en los párrafos 4 y 7, lo que sería útil reflejar. En el párrafo 7 debería indicarse que «como en el párrafo 4 anterior, algunos miembros de la Comisión consideraron que el umbral era demasiado alto».

17. El PRESIDENTE dice que en vez de referirse al párrafo 4 sería preferible añadir una oración que dijera: «Algunos miembros expresaron la opinión de que el umbral se fijaba a un nivel demasiado alto tanto para los refugiados como para los apátridas».

18. El Sr. KATEKA (Relator suplente) señala que sería una contradicción que el párrafo empezase con las palabras «La Comisión decidió», y más adelante se dijera: «Algunos miembros [...]». En aras de la coherencia, el párrafo debería empezar como sigue: «La mayoría de los miembros de la Comisión decidió [...]» para decir después: «aunque algunos miembros expresaron la opinión [...]».

19. El Sr. TOMKA dice que el párrafo 7 está relacionado con el párrafo 2 del artículo 7, que la Comisión ha aprobado por unanimidad. Aunque es cierto que se han expresado opiniones divergentes en los debates que han conducido a su aprobación, estas opiniones se han expresado plenamente en los informes de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en sus 52.º y 53.º periodos de sesiones^{1,2}. No obstante, dado que los

¹ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VII.

² Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VII.

comentarios se aprueban en primera lectura, puede aceptar que se incluya una oración con arreglo a lo propuesto, por deferencia a los deseos de los nuevos miembros.

20. El Sr. KATEKA (Relator suplente) dice que tiene que constar claramente en acta que algunos miembros —no todos ellos «nuevos» miembros— se han opuesto a que se incluya disposición alguna sobre la protección diplomática de los refugiados y los apátridas.

21. Después de un debate en el que intervienen el Sr. SIMMA, el PRESIDENTE y el Sr. KEMICHA, el Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que la solución más sencilla sería incorporar el contenido de la nota de pie de página del final del párrafo en el texto principal, después de las palabras *de lege ferenda*.

Queda aprobado el párrafo 7 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 8 a 10

Quedan aprobados los párrafos 8 a 10.

Párrafo 11

22. El Sr. SIMMA dice que en el texto en inglés en vez de *State of refugee* debería decirse *State of refuge*.

Queda aprobado el párrafo 11 con la modificación introducida.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12.

Queda aprobada la sección C del capítulo V del proyecto de informe de la Comisión con las modificaciones introducidas.

23. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine la sección A y la primera parte de la sección B del capítulo V del proyecto de informe de la Comisión.

A.—Introducción (A/CN.4/L.619)

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

24. El Sr. TOMKA dice que en el texto inglés el verbo que figura en la expresión *established an open-ended informal consultation*, que también figura en el párrafo 8, debería cambiarse por *convened* o *held*.

25. El Sr. PELLET dice que al parecer los miembros de habla inglesa que plantean puntos que sólo afectan a la versión inglesa son tratados con indulgencia, mientras que a los oradores de otros idiomas se les pide que remitan sus observaciones a la Secretaría. Las mismas reglas deberían aplicarse a todos los miembros, independientemente de su idioma de trabajo.

26. El Sr. BROWNLIE dice que a su juicio las palabras empleadas en el párrafo 6 son perfectamente aceptables.

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.619 y Add.1 y 6)

Párrafo 9 (A/CN.4/L.619)

Queda aprobado el párrafo 9.

Párrafo 9 bis

27. El PRESIDENTE se refiere a un nuevo párrafo 9 bis, cuyo texto es el siguiente:

« En su 2740.ª sesión, celebrada el 2 de agosto de 2002, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones así como de sociedades y accionistas.»

Queda aprobado el párrafo 9 bis.

Párrafos 10 a 12

Quedan aprobados los párrafos 10 a 12.

Párrafo 13

28. El Sr. TOMKA dice que la segunda oración del párrafo plantea naturalmente la cuestión de si la protección diplomática es una rama del derecho internacional. Además, la afirmación de que «no había ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que existiera tanto» es en todo caso discutible. En consecuencia, debería suprimirse esta oración.

29. El PRESIDENTE dice que la oración no refleja la opinión de la Comisión acerca de esta cuestión sino la del Relator Especial.

30. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el informe contiene varias afirmaciones que se le atribuyen a él, con las que la Comisión puede no estar de acuerdo. Sin embargo, constituiría un mal precedente que la Comisión censurara sus errores personales en una fase ulterior.

Queda aprobado el párrafo 13.

Párrafos 14 a 17

Quedan aprobados los párrafos 14 a 17.

Párrafo 18

Queda aprobado el párrafo 18 con una pequeña modificación de forma.

Párrafo 19

31. El Sr. SIMMA dice, con respecto a la primera oración del párrafo 19, que no está claro que pueda distinguirse entre el derecho de una organización internacional a ejercer la protección diplomática y el derecho de esa organización a ejercer la protección funcional. ¿Existe realmente el derecho a lo primero?

32. El Sr. PELLET dice que la declaración es correcta. Algunos miembros han planteado la cuestión de si en algunas circunstancias, por ejemplo, cuando una organización internacional administra un territorio, esa organización puede quizá ejercer una protección cuyo carácter sea más diplomático que funcional. A este respecto, no acierta a entender la determinación de algunos miembros de censurar las observaciones ajenas.

33. El PRESIDENTE está de acuerdo con el Sr. Pellet. Si una organización internacional va más allá del ejercicio de la protección funcional haciendo valer la protección diplomática plena, se podrían plantear problemas al Estado de nacionalidad.

34. El Sr. SIMMA dice que las Naciones Unidas no pueden ejercer protección diplomática en sentido estricto.

35. El Sr. GAJA recuerda que en la opinión consultiva emitida en el caso *Réparation*, la CIJ trató dos cuestiones: primero, la protección funcional, y segundo, la posibilidad de que las Naciones Unidas presenten una reclamación por daños personales. La Corte llegó a la conclusión de que tanto el Estado de nacionalidad como las Naciones Unidas pueden presentar una reclamación de esta clase. El orador pide al Sr. Simma que no modifique el texto.

36. El Sr. SIMMA propone que las palabras «ejercer la protección diplomática no funcional» se sustituyan por las palabras «presentar una reclamación por daños personales».

37. La Sra. ESCARAMEIA apoya las observaciones del Sr. Simma. Recuerda que en el caso citado se ha considerado que la protección personal es siempre una forma de protección funcional. La referencia que figura en el párrafo 19 a la protección diplomática es sumamente confusa y debería suprimirse. Como máximo, debería sustituirse por una referencia a la protección personal.

38. El Sr. GAJA propone, con fines de transacción, que se supriman las palabras «diplomática no funcional».

Queda aprobado el párrafo 19 con la modificación introducida.

Párrafo 20

Queda aprobado el párrafo 20.

Párrafo 21

39. El Sr. SIMMA pide que se aclare el significado de la segunda oración del párrafo.

40. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que esta oración refleja las observaciones formuladas por la Sra. Xue, según consta en el acta resumida. Es indudable

que no corresponde a la Comisión en la fase actual corregir la expresión de la opinión de un miembro.

Queda aprobado el párrafo 21.

Párrafos 22 y 23

Quedan aprobados los párrafos 22 y 23.

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24 con una pequeña modificación de forma.

Párrafo 25

41. El Sr. MOMTAZ dice que en la última oración del párrafo no debería hacerse referencia al «derecho marítimo» sino al «derecho del mar».

Queda aprobado el párrafo 25 con la modificación introducida.

Párrafo 26

Queda aprobado el párrafo 26.

Párrafo 27

42. El Sr. SIMMA dice que las palabras «que establecía, por ejemplo, la obligación de permitir a la tripulación y los pasajeros continuar su viaje», al final de la primera oración, carecen de pertinencia y deberían suprimirse.

43. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el día anterior los medios informativos habían informado sobre el apresamiento, en aguas de Somalia, de un buque de propiedad británica con tripulación de Ucrania. Actualmente, la Royal Navy está buscando a los tripulantes ucranios para que puedan, dicho con las palabras empleadas en el párrafo 27, «continuar su viaje». Este párrafo se refiere a una forma de protección que, aunque no sea diplomática, tiene por finalidad proteger a la tripulación de los buques y las aeronaves. La frase se refiere a esta obligación por parte de los Estados, y por consiguiente es adecuada.

44. El Sr. MOMTAZ dice que esta obligación corresponde al Estado en cuyo territorio se ha producido el delito. Para mayor claridad, en esa oración deberían añadirse unas palabras con tal fin.

45. El Sr. GALICKI dice que la oración pone de manifiesto la amplia variedad de fuentes de obligaciones y de posibilidades de ejercicio de la protección de tripulantes y pasajeros, y por consiguiente debería mantenerse.

46. El Sr. SIMMA no desea que se suprima todo el párrafo sino solamente el final de la primera oración. La obligación de un Estado en cuyo territorio ha aterrizado una aeronave de autorizar a la tripulación y a los pasajeros a continuar su viaje no tiene nada que ver con la protección diplomática. Ésta sólo interviene si, por ejemplo, la aeronave ha sido secuestrada y ha aterrizado en el territorio de otro Estado. En tal caso, ese Estado tiene la obligación de permitir la marcha de la tripulación y los pasajeros, y si no lo hace su Estado de nacionalidad puede

ejercer la protección diplomática. Se trata de una cuestión totalmente diferente de la que se trata en el párrafo 27, a saber, que algunos tratados contienen legislación especial sobre la protección diplomática de tripulaciones y pasajeros. Insta de nuevo a que se suprima la última parte de la primera oración del párrafo.

47. El PRESIDENTE dice que ello establece el contexto general de las leyes especiales que pueden aplicarse en esos casos. De ahí que no resulte incorrecto y refleje las observaciones efectuadas durante el debate.

48. El Sr. BROWNLIE no tiene inconveniente en que se incluyan estas expresiones, pero existe una cuestión de principio importante. Como han puesto de relieve en una ocasión el Sr. Pellet y él mismo, la protección diplomática tiene un pariente próximo, algo que podría denominarse «derecho de protección», que no es de la competencia de la Comisión. Hay muchas disposiciones legislativas y prácticas relativas a la importancia de tener un pasaporte, por ejemplo, pero se trata de las obligaciones directas de un Estado, lo que no tiene nada que ver con la protección diplomática. El asunto *Saiga* no se refiere a la protección diplomática sino a daños directos, obligaciones ordinarias que se derivan de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

49. El Sr. KAMTO opina que el párrafo 27 no se refiere a la protección diplomática sino a los casos en que el derecho internacional ofrece protección a las tripulaciones de aeronaves o buques mediante varias convenciones o tratados. El párrafo contrasta con los argumentos aducidos en párrafos anteriores. El único problema es la falta de claridad acerca de qué Estado tiene la obligación mencionada en la primera oración. ¿Se trata del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave? ¿Se trata del Estado en que el incidente o accidente ha ocurrido? Si se aclara este punto, el párrafo debería ser aceptable.

50. El Sr. DUGARD (Relator Especial) vuelve a subrayar que en la primera oración se formula una declaración precisa y pertinente, si bien la enmienda propuesta por el Sr. Momtaz es totalmente aceptable.

Queda aprobado el párrafo 27 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 28 a 32

Quedan aprobados los párrafos 28 a 32.

Párrafos 33 y 34

51. El Sr. PELLET dice que las dos primeras oraciones del párrafo 34 constituyen una crítica de la sugerencia de que el proyecto de artículos se refiera a la doctrina de «manos limpias», y el párrafo 33 también incluye esa crítica; en cambio, el párrafo 34 defiende la sugerencia. Las dos oraciones de que se trata deberían colocarse al final del párrafo 33.

Así queda decidido.

52. El PRESIDENTE, respondiendo a las observaciones del Sr. AL-BAHARNA y el Sr. PELLET, sugiere que, como consecuencia de esa enmienda, al principio de la

tercera oración del párrafo 34 las palabras «A la inversa» se sustituyeran por las palabras «Por otra parte».

Así queda decidido.

53. En respuesta a las observaciones del Sr. MOMTAZ y el Sr. SIMMA, el Sr. BROWNLIE propone que en la segunda oración del párrafo 34 las palabras «salvo como argumento sesgado» se sustituyan por las palabras «y que cuando se utilizaba se hacía principalmente como argumento sesgado».

Así queda decidido.

Quedan aprobados los párrafos 33 y 34 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 35 y 36

Quedan aprobados los párrafos 35 y 36.

Párrafo 37

54. El PRESIDENTE, respondiendo a las observaciones del Sr. KAMTO y el Sr. PELLET, señala que aunque una propuesta no se acepte lo habitual es reflejarla en el informe.

Queda aprobado el párrafo 37.

Párrafo 38

Queda aprobado el párrafo 38.

Párrafo 39

55. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que se ha señalado a su atención que la segunda oración es imprecisa ya que las palabras «nacionalidad de las reclamaciones» no habían sido utilizadas por el Presidente de la CIJ sino por la propia Corte en su opinión consultiva emitida en el asunto *Réparation*. En consecuencia, propone que se supriman las palabras «el Presidente de» y «que no era anglófono».

56. El Sr. GAJA dice que en realidad se trata de que la CIJ había utilizado la expresión francesa *nationalité des réclamations* en su opinión consultiva. El final de la segunda oración debería modificarse como sigue: «también había sido utilizada en francés por la CIJ en la opinión consultiva emitida en el asunto *Réparation*».

57. El PRESIDENTE, respondiendo a las observaciones del Sr. BROWNLIE, el Sr. SIMMA y el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, dice que todas las referencias a la opinión consultiva de la CIJ se acortarán y corregirán para decir *Réparation*.

58. El Sr. SIMMA dice que en la primera oración la calificación del concepto de nacionalidad de las reclamaciones como «anglófono» plantea problemas. ¿Existe tal concepto? ¿No debería decirse acaso un concepto de derecho anglosajón? Se ha señalado, no que la expresión no tenga analogía «en otros idiomas oficiales», sino que no existe en algunos sistemas jurídicos.

59. El Sr. PELLET dice que la oración refleja fielmente algo que él ya ha dicho, si bien es cierto que el concepto no debe calificarse de anglófono sino perteneciente al derecho anglosajón. Como tal, resulta incomprensible para los abogados de cualquier otro sistema distinto del derecho anglosajón. Como él ya ha destacado, el Gobierno francés ha protestado enérgicamente por el empleo de las palabras «nacionalidad de las reclamaciones» en el proyecto relativo a la responsabilidad del Estado, y sobre este punto expresa su total acuerdo.

60. El Sr. KAMTO, apoyado por el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, dice que las palabras «nacionalidad de las reclamaciones» podrían calificarse mejor de expresión que de concepto.

61. El Sr. PELLET recuerda que se están citando sus observaciones y reafirma que se ha referido a estas palabras como concepto.

Queda aprobado el párrafo 39 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 40 y 41

Quedan aprobados los párrafos 40 y 41.

Párrafo 42

62. El Sr. DUGARD (Relator Especial), respondiendo a las observaciones del Sr. PELLET y del Sr. BROWNLIE, sugiere que se modifique como sigue el texto del párrafo: «El Relator Especial señaló que había división de opiniones sobre la propuesta de ampliar el proyecto de artículos para incluir el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o los pasajeros. También señaló que se procedería a un nuevo examen de esta cuestión».

Queda aprobado el párrafo 42 con la modificación introducida.

Párrafo 43

Queda aprobado el párrafo 43.

Párrafo 44

63. El Sr. SIMMA dice que las palabras del final de la primera oración acerca de un Estado que «administrara, controlara u ocupara un territorio» parecen bastante confusas. Propone que al final de la oración se añadan las palabras «que no sea el suyo propio».

64. El PRESIDENTE dice que parecen sugerir que hay algún problema con respecto a la legitimidad de la presencia del Estado en un territorio.

65. El Sr. BROWNLIE dice que es realmente necesario evitar que se dé la impresión de que el ejercicio de la protección diplomática tenga nada que ver con la jurisdicción, ya que no lo tiene. Es peligroso que parezca relacionarse el control de territorio, sea o no soberano ese control, con la facultad de ejercer la protección diplomática.

66. El Sr. SIMMA dice que la primera oración se refiere a que la Comisión no desea ocuparse de la cuestión de si algo así como la protección diplomática puede ser posible en situaciones en que un Estado administre, controle u ocupe un territorio extranjero. Sin embargo, en la forma actual no está claro de qué territorio se trata. Por lo menos, la oración debería indicar que no se refiere a los casos en que un Estado administre su propio territorio, porque esto constituye la protección diplomática normal.

67. El Sr. DAOUDI pide aclaraciones con respecto al tipo de ocupación de que se trata. Si el Relator Especial tiene en mente una ocupación militar que haya transgredido las normas de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra, de 12 de agosto de 1949, la Comisión, al utilizar esa terminología, podría reconocer alguna legitimidad a la ocupación extranjera.

68. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA apoya esta opinión. Si se hace referencia a una ocupación militar como por ejemplo la de Palestina, la Sexta Comisión no aceptaría el empleo de la palabra «ocupara».

69. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que cuando ha planteado por primera vez esta cuestión ha mencionado dos ejemplos evidentes, la ocupación del Sáhara occidental por Marruecos y la ocupación de Palestina por Israel. Se ha hecho claramente referencia a territorios extranjeros. No tiene inconveniente en que se inserte la palabra «extranjero» después de la palabra «territorio», o que se añadan las palabras «que no sea el suyo propio». No obstante, no acierta a ver de qué manera cabría interpretar que la oración legítima la ocupación: se trata, simplemente, de una declaración en el sentido de que la Comisión no tiene la intención de ocuparse de este asunto.

70. El Sr. MOMTAZ apoya la opinión expresada por el Sr. Daoudi: la palabra «ocupación» le plantea alguna dificultad, en especial porque la ocupación es un acto ilícito con arreglo al derecho internacional. Cuesta creer que la ocupación pueda constituir la base de la protección diplomática por parte de un Estado ocupante.

71. El Sr. OPERTTI BADAN está de acuerdo. Al emplear esta palabra, incluso con la reserva de que la propuesta del Sr. Pellet haya recibido poco apoyo, la Comisión daría un primer paso en el camino de legitimar la ocupación. La cuestión de la protección diplomática no debe confundirse con situaciones en que se infringe el derecho internacional.

72. El Sr. PELLET dice que el debate ha tropezado con problemas tanto de fondo como de forma. El hecho de que una ocupación —ya sea la de Palestina por Israel o la de Namibia por Sudáfrica, para tomar dos ejemplos— sea ilegal no afecta a la cuestión de por qué los habitantes de un territorio ocupado deberían carecer de protección, diplomática o de otra índole. En lo que respeta a la forma de la oración a la que se han opuesto varios miembros, lo cierto es que refleja con precisión lo dicho por él y por otros, y en consecuencia no hay ninguna razón para suprimir la palabra «ocupara». Carece de pertinencia la cuestión de si los miembros están o no de acuerdo con su propuesta original.

73. El Sr. DUGARD (Relator Especial), después de repetir que no acierta a ver que la oración de que se trata

plantee la cuestión de la legitimidad o la falta de legitimidad de un estado de ocupación, señala que en el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) se reconoce la legalidad de la ocupación y se establece un régimen jurídico en consecuencia. Cuando en marzo de 2002 el Secretario General calificó de ilegal la ocupación de Palestina³, aludía al hecho de que la ocupación constituía una violación del párrafo 6 del artículo 49 del Convenio.

74. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA reta a los que están a favor de mantener la palabra «ocupara» a que citen un solo caso en que un Estado que ocupe ilegalmente un territorio haya ejercido la protección diplomática en nombre de los que viven en dicho Estado.

75. El PRESIDENTE, después de señalar que la cuestión no se refiere a los Estados sino a las personas implicadas en un conjunto particular de circunstancias, se pregunta si los miembros tienen que excluir determinadas expresiones como consecuencia de sus opiniones sobre la legalidad de esas circunstancias.

76. El Sr. TOMKA dice que se ha pedido un ejemplo de situación en la que una ocupación no haya sido ilegal. Lo fue la ocupación de Alemania a finales de 1945 y principios de 1946, cuando no existía el Estado alemán como sujeto del derecho internacional.

77. El Sr. SIMMA dice que el Sr. Pambou-Tchivounda ha pedido en realidad un ejemplo de protección diplomática proporcionada por la Potencia ocupante a los habitantes de un territorio ocupado.

78. El PRESIDENTE dice que en la Alemania de después de la guerra, si una de las cuatro Potencias ocupantes hubiera, por ejemplo, desmontado las vías del tranvía para llevarse a su propio país, una de las otras cuatro podía haber intervenido para evitarlo, en nombre de la empresa alemana de tranvías.

79. El Sr. DAOUDI dice que, dado que en la práctica no se conoce ningún caso en que un Estado ocupante haya ejercido la protección diplomática, la situación es hipotética, hecho que debería reflejarse en el informe. En cuanto al fondo, pone en duda que una autoridad ocupante pueda proteger a los habitantes del territorio ocupado cuando, como en el caso de Palestina, el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV) no se aplica en realidad. La protección militar podría ser otra cuestión.

80. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el tema, que también se refiere a la cuestión del reconocimiento, puede dar origen a un debate de máximo interés. Por ejemplo, Jordania había ocupado la Ribera Occidental de 1949 a 1967. Aunque se consideraba a sí misma la Potencia soberana, reconocida, según cree, únicamente por el Pakistán y el Reino Unido, para el resto del mundo era un ocupante. No obstante, había dado pasaportes a los palestinos de la Ribera Occidental, y protegido a los titulares de esos pasaportes en varias partes del mundo. De modo similar, en ocasiones Sudáfrica había protegido a algunos namibianos cuando ocupaba su país. Aunque se trata de un tema que se presta a fructíferos debates, carece

de relación con la primera oración del párrafo 44, en la que se dice, simplemente, que el Sr. Pellet ha formulado una determinada sugerencia que ha sido rechazada por la Comisión por considerar que va más allá de su mandato.

81. El Sr. KOSKENNIEMI dice que entre 1940 y 1990 los Estados Bálticos han estado ocupados por la Unión Soviética, que había ejercido regularmente la protección diplomática de los que vivían bajo la ocupación.

82. El Sr. KEMICHA dice que la simple sugerencia de que los que viven en territorios ocupados gozan de protección diplomática rezuma cinismo. La ocupación es ilegal y, para él personalmente, escandalosa. En consecuencia, propone que las palabras «administrara, controlara u ocupara un territorio» se sustituyan por las palabras «administrara o controlara un territorio».

83. El PRESIDENTE invita a la Comisión a que examine la propuesta, que se entiende sin perjuicio de que la ocupación esté amparada por la administración o el control.

84. La Sra. ESCARAMEIA dice que la expresión «territorio ocupado» se relaciona a menudo con la situación en el Oriente Medio. Si, no obstante, se le diera un sentido más amplio para incluir cualquier situación en la que una ocupación de hecho se vea rechazada por los habitantes del territorio de que se trata o por el resto del mundo, sería posible encontrar muchos ejemplos de protección diplomática proporcionada por una potencia ocupante, en especial si se tienen en cuenta las colonias y las ex colonias. Hay algunos casos en los que Portugal ha ejercido la protección diplomática en nombre de los habitantes de Macao, incluso aunque desde 1976 no se considere territorio portugués y, desde la Declaración conjunta chino-portuguesa de 1987, se haya considerado una simple administración sin soberanía territorial. Esto no había impedido que Portugal proporcionara protección diplomática o al menos algún tipo de protección a los habitantes de Macao, por ejemplo cuando una mujer había sido condenada a muerte en Singapur. Ni la propia Singapur ni China habían expresado ninguna objeción. La protección diplomática es compatible con la ocupación, pero si se considera automáticamente que ocupación significa ocupación ilegal, puede entender la postura de los miembros que se oponen a la primera oración del párrafo 44.

85. El Sr. DUGARD (Relator Especial) desea que conste en acta su objeción sumamente enérgica a la introducción de cualquier cambio en la primera oración del párrafo 44. La supresión de la palabra «ocupara» constituiría una agresión contra la libertad de expresión. La ocupación no le gusta más que a cualquier otra persona. Además, es el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre las violaciones de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados y todos sus informes señalan la ilegalidad de la ocupación. Sin embargo, la ocupación es un hecho de la vida internacional. El Sr. Pellet ha hecho una propuesta, y se opone a que se suprima lo que se ha dicho, simplemente porque algunas personas consideran que se trata un tema demasiado sensible para que pueda mencionarse.

86. El Sr. CHEE señala que cuando el ex presidente coreano Syngman Rhee viajó a los Estados Unidos como

³ Véase S/PV.4488.

ciudadano particular para abogar a favor de la independencia de Corea ante el Congreso de los Estados Unidos durante el período comprendido entre 1945 y 1948, cuando el país estaba ocupado por fuerzas estadounidenses, los Estados Unidos le habían proporcionado documentos de viaje. No está seguro de que esto pueda denominarse protección diplomática.

87. El PRESIDENTE dice que la Comisión se ha desviado de la cuestión de si el párrafo 44 refleja lo que se ha dicho en una ocasión determinada de un debate general en lo que respecta a la ocupación. Acepta la petición del Relator Especial de que no se suprima la palabra «ocupara».

88. El Sr. PELLET dice que mientras que el Sr. Kemi-cha y otros están escandalizados por su postura, que sigue defendiendo, él a su vez está escandalizado por el hecho de que, según algunos miembros de la Comisión, los palestinos, por ejemplo, que han sufrido ocupación durante muchos años, están condenados a no gozar de protección diplomática si se niega esta posibilidad a una Potencia ocupante. No emite ningún juicio acerca de la legalidad de la ocupación. Simplemente, si existe ocupación, los habitantes del territorio ocupado necesitan protección diplomática. Cree que su postura está justificada *de lege ferenda*, mientras que por *lex lata* puede encontrarse toda una serie de ejemplos en apoyo de su punto de vista. En lo que respecta al empleo de la palabra «ocupara», apoya firmemente la postura del Relator Especial; cualquier otra línea de acción es pura censura. Las opiniones expresadas por él mismo y por otros quizás sean equivocadas, pero todavía es peor suprimir lo que han dicho. Ningún miembro de la Comisión tiene derecho a censurar las opiniones ajenas.

89. El Sr. DAOUDI entiende bien los argumentos aducidos por el Relator Especial, que ha proporcionado ejemplos sobre cuya base una Potencia ocupante podría ejercer la protección diplomática. No obstante, desafía a que alguien cite un caso en que un residente del Sáhara haya recibido protección diplomática de Marruecos, o un palestino o sirio de Israel. Esta noción es absurda. La situación de colonialismo, abarcada en el párrafo 43 del informe, es completamente diferente. Confía en que sus opiniones se reflejen completamente en el acta resumida.

90. El PRESIDENTE, después de decir que todas las posturas se reflejarán sin duda alguna en el acta, insta a la Comisión a que no debata acerca de los méritos jurídicos de lo dicho por el Relator Especial, sino que, simplemente, acepte el párrafo 44 como reseña fidedigna de lo que se ha dicho.

91. El Sr. KAMTO, después de señalar que es perfectamente legítimo que cada miembro quiera expresar su opinión, dice que habida cuenta del debate que se acaba de celebrar es preciso preguntarse si el párrafo 44 refleja verdaderamente el sentimiento de la Comisión. El debate muestra que no existe prácticamente ningún apoyo al texto actual del párrafo. La primera oración debería modificarse como sigue: «El Relator Especial señaló además que había habido una propuesta de incluir en el ámbito del estudio el ejercicio de la protección diplomática por un Estado que administrara, controlara u ocupara un terri-

torio». Si lo desea la Comisión, podría haber otra oración que dijera: «Esta propuesta no recibió ningún apoyo».

92. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que un texto como éste no corresponde a los hechos. El Sr. Pellet ha presentado su propuesta y, según recuerda, varias personas han apoyado la idea.

93. El Sr. PELLET confirma que su propuesta de que los habitantes de territorios ocupados no deben quedar sin protección diplomática ha recibido apoyo, sobre todo del Sr. Simma, que actualmente se encuentra fuera de la sala. No tiene ningún inconveniente en aceptar la primera parte del texto sugerido por el Sr. Kamto, pero decir que la respuesta no ha recibido ningún apoyo es, simplemente, faltar a la verdad.

94. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el texto sugerido supone que el Sr. Pellet ha hecho una propuesta ridícula y que ha quedado aislado en la Comisión. Aunque él, como la mayoría de los demás miembros, se ha opuesto, la propuesta ha sido perfectamente racional en el contexto del debate sobre temas que podían o no tratarse dentro de la cuestión de la protección diplomática.

95. El Sr. AL-BAHARNA dice que las opiniones de la Comisión quedarían reflejadas si en el informe se incluyera una oración que dijera lo siguiente: «Algunos miembros se opusieron a que se empleara la palabra “ocupara”».

96. El Sr. MOMTAZ dice que, si bien personalmente simpatiza con la propuesta del Sr. Pellet y con la preocupación en que se sustenta, la supresión de la palabra «ocupara» no disminuiría en absoluto la fuerza de esa preocupación. La administración o los controles no impiden la ocupación, pero la palabra «ocupara» suena de manera muy desagradable a muchos miembros de la Comisión.

97. El Sr. AL-MARRI sugiere que al final de la primera oración se añadan las palabras siguientes: «a condición de que con ello no se violaran las disposiciones de los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de guerra, de 12 de agosto de 1949».

98. El PRESIDENTE no ve perspectivas de transacción sobre la cuestión. El hecho de que la Comisión no pueda informar acerca de lo que se ha dicho es digno de figurar en una obra de Orwell. A menos que alguien se oponga formalmente, propone que se apruebe el párrafo 44 sin modificaciones.

A petición del Sr. Kemi-cha, se procede a votación.

Por 15 votos a favor, 9 en contra y 3 abstenciones queda aprobado el párrafo 44.

99. El PRESIDENTE lamenta mucho que haya sido necesario proceder a votación, lo que ocurre muy raramente en la Comisión.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2747.ª SESIÓN

Martes 13 de agosto de 2002, a las 15.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO V.—Protección diplomática (conclusión) (A/CN.4/L.619 y Add.1 a 6)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen de la sección B del capítulo V del proyecto de informe de la Comisión.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (conclusión) (A/CN.4/L.619 y Add.1 y 6)

Párrafo 45 (A/CN.4/L.619)

2. El Sr. TOMKA hace notar que en el comentario al artículo 3 [5] no se menciona, a propósito del asunto *Nottebohm*, la cláusula Calvo ni tampoco el principio de «manos limpias». Propone, por consiguiente, suprimir las palabras «así como el comentario al artículo 3 [5] en el contexto del asunto *Nottebohm*».

Queda aprobado el párrafo 45 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 46

3. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que este párrafo se refiere a la cuestión de la denegación de justicia, que se examina de manera casi idéntica en el la última parte de la sección B del informe. En consecuencia, propone suprimir el párrafo.

Queda suprimido el párrafo 46.

Párrafos 47 a 51

Quedan aprobados los párrafos 47 a 51.

Párrafos 52 y 53

Quedan aprobados los párrafos 52 y 53 con modificaciones de redacción.

Párrafos 54 a 56

Quedan aprobados los párrafos 54 a 56.

Párrafo 57

4. El Sr. PELLET propone precisar que en segunda lectura no se mantuvo la distinción a que se hace referencia al final de la penúltima oración.

Queda aprobado el párrafo 57 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 58

Queda aprobado el párrafo 58.

Párrafo 59

5. El Sr. GAJA propone suprimir, en la segunda oración, las palabras «desde la perspectiva de un Estado pequeño», puesto que dan a entender que el Estado es el que agota los recursos internos. Propone asimismo añadir, en la versión inglesa, la palabra *always* después de las palabras *was not*.

Queda aprobado el párrafo 59 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 60 a 63

Quedan aprobados los párrafos 60 a 63.

Párrafo 64

6. El Sr. PELLET propone modificar la última oración para que diga lo siguiente: «La norma de agotamiento de los recursos internos no era de carácter imperativo sino que estaba abierta al acuerdo entre las partes».

Queda aprobado el párrafo 64 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 65 a 79

Quedan aprobados los párrafos 65 a 79.

Párrafo 80

7. El Sr. PELLET dice que, en la versión francesa, conviene remplazar la expresión *droit romain* por *droit romano-germanique* o *droit d'origine latine*.

8. El Sr. SIMMA estima que la quinta y sexta oraciones se refieren a la pertinencia de la jurisprudencia sobre derechos humanos y que, por consiguiente, convendría insertarlas en el párrafo 82 en el que se trata esta cuestión.

Queda aprobado el párrafo 80 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 81

Queda aprobado el párrafo 81.

Párrafo 82

Queda aprobado el párrafo 82, al cual deben añadirse la quinta y sexta oración del párrafo 80.

Párrafos 83 y 84

Quedan aprobados los párrafos 83 y 84.

Párrafo 85

9. El Sr. PELLET no comprende bien el sentido de la penúltima oración.

10. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que esa oración no es absolutamente necesaria y propone suprimirla.

Queda aprobado el párrafo 85 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 86

Queda aprobado el párrafo 86.

11. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar la continuación de la sección B del capítulo V del proyecto de informe, sobre los artículos 14 y 16.

A/CN.4/L.619/Add.1

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

12. El Sr. SIMMA propone suprimir la palabra «genérica» en la primera oración.

Queda aprobado el párrafo 2 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 3 a 13

Quedan aprobados los párrafos 3 a 13.

Párrafo 14

13. El Sr. SIMMA, con el apoyo del Sr. PELLET, dice que conviene precisar en una nota de pie de página de qué documento se ha tomado la cita relativa al asunto *ELSI*.

Queda aprobado el párrafo 14 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 15 a 27

Quedan aprobados los párrafos 15 a 27.

Párrafo 28

14. El Sr. GAJA hace notar que en el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), los Estados Unidos eran el Estado demandante y el Canadá el Estado demandado, y no lo

contrario. Por lo tanto, se debe modificar en tal sentido la penúltima oración.

Queda aprobado el párrafo 28 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 29 a 31

Quedan aprobados los párrafos 29 a 31.

Párrafo 32

15. El Sr. PELLET dice que convendría recordar, en la última oración del párrafo, cuál fue la decisión adoptada en 1996.

16. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que esta oración remite a la última oración del párrafo 26 y que hace suya la observación del Sr. Pellet, es decir, que debe hacerse un enunciado más preciso.

17. El Sr. GAJA propone suprimir la referencia a 1996, puesto que, en todo caso, la decisión se adoptó en los años setenta, y modificar la última oración del párrafo 32 para que diga lo siguiente: «Por lo tanto, el Relator Especial dejaba que la Comisión decidiera si deseaba dejar que la práctica de los Estados se desarrollase en tal sentido, o si estimaba necesario intervenir *de lege ferenda*».

Queda aprobado el párrafo 32 con las modificaciones introducidas por el Sr. Gaja.

Párrafos 33 a 43

Quedan aprobados los párrafos 33 a 43.

Párrafo 44

18. El Sr. GAJA hace notar, con referencia a la última oración de párrafo 44, que las convenciones multilaterales europeas no tienen por objeto delimitar las responsabilidades de las partes contratantes sino resolver la cuestión de la responsabilidad civil. Por consiguiente, propone modificar el final de la última oración del párrafo 44 para que diga lo siguiente: «que precisamente tenían por objeto resolver la cuestión de la responsabilidad civil en caso de que se produjera un accidente de ese tipo».

Queda aprobado el párrafo 44 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 45 a 48

Quedan aprobados los párrafos 45 a 48.

Párrafo 49

19. El Sr. SIMMA dice que la última parte de la segunda oración —es decir, «como lo confirmaba la evolución de la noción de responsabilidad de los Estados»— tiene poco sentido y, de todas maneras, resulta inútil. Por lo tanto propone suprimirla, con lo cual la oración de que se trata terminaría con la palabra «codificación».

20. El Sr. PELLET dice que en la penúltima oración, la fórmula «cualquier intento de agotar los recursos

internos» es, en el mejor de los casos, inhábil. Más valdría decir: «exigir el agotamiento de los recursos internos».

21. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que en el texto inglés la palabra *attempt* podría sustituirse por *requirement*.

Queda aprobado el párrafo 49 con las modificaciones propuestas por el Sr. Simma y el Sr. Pellet.

Párrafo 50

Queda aprobado el párrafo 50.

Párrafo 51

22. El Sr. GAJA, refiriéndose a la penúltima oración del párrafo 51, dice que no es el extranjero quien puede presentar una demanda directa sino su Estado de nacionalidad. Por lo tanto, en vez de «demanda directa de éste» sería preferible decir «demanda directa de ese Estado».

23. El Sr. BROWNLIE hace notar, tratándose del final de la primera oración del párrafo, que no basta con mencionar la responsabilidad (*liability*) puesto que, según las circunstancias, una demanda puede fundarse en las responsabilidades del Estado.

24. El Sr. PELLET, con el apoyo del Sr. DUGARD (Relator Especial), quien hace suya la observación del Sr. Brownlie, propone modificar el final de la oración para que diga lo siguiente: «no estaba ya en el contexto de la responsabilidad del cual depende la protección diplomática, sino en el de la responsabilidad (*liability*)».

Queda aprobado el párrafo 51 con las modificaciones introducidas por el Sr. Gaja y el Sr. Pellet.

Párrafo 52

25. El Sr. SIMMA estima que en el texto inglés la palabra *obstruct* resulta demasiado fuerte.

26. El PRESIDENTE propone reemplazarla por la palabra *hamper*.

Queda aprobado el párrafo 52 con las modificaciones introducidas en la versión inglesa.

Párrafos 53 a 63

Quedan aprobados los párrafos 53 a 63.

A/CN.4/L.619/Add.6

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Párrafo 2

27. El PRESIDENTE, quien hace uso de la palabra en tanto que miembro de la Comisión, se pregunta si es necesario hablar de la «ficción» de Vattel y sino podría decirse la «versión».

28. El Sr. BROWNLIE cree que sería preferible, más que hablar de ficción, no mencionar en absoluto a Vattel.

En efecto, para Vattel no se trataba de una ficción sino de una realidad.

29. El Sr. PELLET lamenta que el Presidente haya reiniciado el debate sobre una cuestión que la Comisión examinó durante horas. Por su parte, estima que se trata sin duda alguna de una ficción y que, en todo caso, es lo que el Relator Especial ha dicho.

30. El Sr. DUGARD (Relator Especial) hace notar que ha evocado varias veces la ficción de Vattel y que utilizó la expresión al presentar el artículo 16. En consecuencia, prefiere que se mantenga la expresión.

Queda aprobado el párrafo 2.

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3.

Párrafo 4

31. El Sr. SIMMA propone reemplazar, en la segunda frase, la palabra «intervención» por «protección».

32. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que «intervención» tiene una acepción más amplia que «protección» y que eligió deliberadamente esa palabra.

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafo 5

33. El Sr. BROWNLIE propone reemplazar, en la segunda oración, la expresión «los Estados occidentales» por «los Estados exportadores de capitales».

Queda aprobado el párrafo 5 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 6 a 8

Quedan aprobados los párrafos 6 a 8.

Párrafo 9

34. La Sra. ESCARAMEIA hace notar que el párrafo no refleja uno de los puntos de vista expresados, según el cual el artículo 16 no es, hablando con propiedad, una cláusula Calvo sino que se refiere más bien al agotamiento de recursos internos. Propone, por consiguiente, agregar, después de la segunda oración, la oración siguiente: «Se expresó una opinión según la cual el proyecto de artículo no trataba de la cláusula Calvo en el sentido clásico de la expresión, sino de una simple obligación de agotamiento de recursos internos en circunstancias especiales».

35. El PRESIDENTE, habida cuenta del comienzo del párrafo, propone modificar el comienzo de la nueva oración para que diga lo siguiente: «Se expresó también el parecer de que el proyecto de artículo [...]».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 9 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 10 a 12

Quedan aprobados los párrafos 10 a 12.

Párrafo 13

36. El Sr. GAJA propone suprimir, en la cuarta oración, la palabra «solamente», así como la quinta oración, puesto que no quiere decir nada.

37. El Sr. PELLET hace notar que si se suprime la palabra «solamente» la oración no tiene ningún sentido. Sin embargo, reconoce que la formulación de esta frase no es muy feliz y propone la redacción siguiente: «Sin embargo el extranjero podría ponerse exclusivamente bajo la protección de las leyes del país anfitrión [...]». En cuanto a la oración siguiente, no es posible suprimirla aunque puede mejorarse su enunciado.

38. El Sr. GAJA acepta la redacción propuesta por el Sr. Pellet para la oración en cuestión. No obstante, a su juicio, si se desea mantener la oración siguiente, es absolutamente necesario redactarla nuevamente, puesto que la protección diplomática es una prerrogativa del Estado y no del extranjero. Tal vez podría decirse que el extranjero debe renunciar de invocar la protección de su Estado.

39. El Sr. OPERTTI BADAN hace notar que con la propuesta del Sr. Pellet se corre el riesgo de restringir el ámbito de la protección diplomática.

40. El Sr. PELLET precisa que la renuncia a la protección del derecho internacional entraña sin duda la renuncia de la protección diplomática, pero que se trata de dos renunciaciones distintas. A su juicio, el problema viene de la palabra «respetar». En efecto, no es posible decir que el extranjero se compromete a respetar las leyes del país anfitrión: esto no es una elección suya, puesto que está obligado a hacerlo.

41. El Sr. GAJA, con el apoyo del Sr. BROWNLIE, propone reemplazar las palabras «respetar solamente» por las palabras «atenerse solamente a», suprimiendo la oración siguiente.

Queda aprobado el párrafo 13 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 14

42. El Sr. OPERTTI BADAN dice que debe modificarse el comienzo de la primera oración, que es demasiado vago.

43. El PRESIDENTE propone el enunciado siguiente: «Algunos declararon también que [...]».

Queda aprobado el párrafo 14 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 15

Queda aprobado el párrafo 15.

Párrafo 16

44. El Sr. GAJA dice que la propuesta evocada en el párrafo 16 era suya, pero que el párrafo no expresa exactamente lo que él quiso decir. En efecto, no había propuesto que se volviese a formular el artículo 16 sino más bien que se redactase una disposición de carácter general sobre la renuncia.

45. El Sr. DUGARD (Relator Especial) hace notar que esa propuesta figura también en otra parte del texto y que habría que tener esto en cuenta si se decide modificar el párrafo 16.

46. El Sr. GAJA propone la redacción siguiente: «La Comisión examinó también una sugerencia de que una disposición general concerniente a la renuncia [...] se redactara [...]».

Queda aprobado el párrafo 16 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 17 a 19

Quedan aprobados los párrafos 17 a 19.

Párrafo 20

47. El Sr. PELLET dice que, al adoptar la sugerencia del Sr. Gaja, tendiente a suprimir en el párrafo 16 la referencia al Comité de Redacción, el párrafo 20 resulta ahora difícilmente comprensible. Habiendo desaparecido la propuesta de que ese Comité redactara una disposición general concerniente a la renuncia, ya no se sabe a qué hace alusión el Relator Especial en el párrafo 20. La fórmula final: «antes de que el pleno hubiera examinado por entero tal disposición» tampoco es clara. A menos que dicha sugerencia no figure en el informe del Relator Especial, no se advierte cómo podría haber sido «formulada» sin ser examinada por el pleno.

48. El Sr. DUGARD (Relator Especial) reconoce que, en efecto, el párrafo 16 se ha modificado sin tener en cuenta el párrafo 20. Considera que, había propuesto encargar al Comité de Redacción la tarea de redactar una disposición general concerniente a la renuncia, aun si el Sr. Gaja no lo recuerda. En ese caso, para que el párrafo 20 concuerde con el párrafo 16, se podría suprimir la referencia al Comité de Redacción en ese párrafo y decir simplemente, por ejemplo, que «el Relator Especial hizo notar además que no sería apropiado redactar una cláusula general concerniente a la renuncia como se había propuesto antes de que el pleno examinase dicha disposición».

49. El Sr. PELLET hace notar que en la versión francesa del texto no se utiliza la palabra *approprié* sino la palabra *inapproprié*.

50. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que se trata de un error. La versión francesa debía decir *qu'il ne serait pas approprié*.

51. El PRESIDENTE dice que, de no haber objeción, considerará que la Comisión acepta la propuesta del

Sr. Gaja de suprimir en el párrafo 20 la referencia al Comité de Redacción.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 20 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 21 y 22

52. El Sr. PELLET hace notar que el párrafo 22 constituye un final un poco escueto después de una exposición muy larga. Tal vez habría que añadir una o dos oraciones para explicar las razones por las cuales la Comisión decidió no remitir el artículo 16 al Comité de Redacción.

53. El PRESIDENTE, con el apoyo del Sr. BROWNLIE, dice que el comentario refleja simplemente las cosas tal como ocurrieron. La Comisión no tiene que justificarse por haber decidido no remitir el artículo 16 al Comité de Redacción. Por lo demás, las razones que tuvieron de expresarse en tal sentido los distintos miembros son muy diversas y no es posible exponer en detalle los motivos de cada uno.

54. El Sr. AL-BAHARNA propone una solución que consistiría en unir el párrafo 22 al final del párrafo 21. La última oración del párrafo 21 diría entonces lo siguiente: «Sin embargo, la Comisión decidió no remitir el artículo 16 al Comité de Redacción».

55. El PRESIDENTE hace notar que con la expresión «sin embargo» se corre el riesgo de plantear algunos problemas. Tal vez sería posible suprimirla. En cuanto al fondo, cabe recordar que se procedió a una «votación indicativa» sobre la cuestión de si debía remitirse o no el artículo 16 al Comité de Redacción y que las opiniones estaban divididas.

56. El Sr. DUGARD (Relator Especial) prefiere que no se haga referencia a esa votación, cuyo resultado no le pareció muy claro.

57. El Sr. PELLET dice que las razones por las cuales la Comisión decidió no remitir el artículo 16 al Comité de Redacción se exponen en los párrafos 12 a 15. Tal vez sería posible, conforme a lo propuesto por el Sr. Al-Baharna, suprimir el párrafo 22 y terminar el párrafo 21 con la fórmula siguiente: «Sin embargo, por las razones expuestas en los párrafos 12 a 15, la Comisión decidió no remitir el artículo 16 al Comité de Redacción».

58. El Sr. SIMMA hace notar que las razones expuestas en los párrafos 12 a 15 tienen fundamentalmente un sentido negativo. Ahora bien, es claro que los miembros de la Comisión estaban divididos «casi por igual», como se indica al comienzo del párrafo 21. Por lo tanto, sería preferible aceptar la primera propuesta del Sr. Al-Baharna.

59. El PRESIDENTE dice que, si no hay objeción, considerará que la Comisión acepta que se suprima el párrafo 22 y que su contenido, con excepción de la palabra «posteriormente», figure al final del párrafo 21.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 21 con las modificaciones introducidas.

Párrafos 23 a 26

Quedan aprobados los párrafos 23 a 26.

Párrafo 27

60. El Sr. BROWNLIE propone añadir las palabras «en relación con el trato de los extranjeros» después de las palabras «responsabilidad de los Estados» al final de la segunda oración.

61. El Sr. TOMKA hace notar que, en materia de responsabilidad de los Estados, las normas relativas al trato de los extranjeros son normas primarias y no secundarias. En esas condiciones, se pregunta si no sería mejor insertar la fórmula propuesta por el Sr. Brownlie en la parte anterior de la oración. El final de la primera oración diría entonces lo siguiente: «[...] la denegación de justicia no se limitaba a la acción o a la inacción judicial, sino que incluía violaciones, por el poder ejecutivo y el legislativo, del derecho internacional relativo al trato de los extranjeros, abarcando así todo el campo de la responsabilidad de los Estados».

62. El PRESIDENTE se pregunta si es posible decir que el derecho internacional relativo al trato de los extranjeros «abarca» todo el campo de la responsabilidad de los Estados.

63. El Sr. BROWNLIE dice que este enunciado, si bien no cambia verdaderamente el sentido del párrafo, tiende a insistir demasiado en el poder ejecutivo y el legislativo mientras que, todavía ahora, el concepto de «denegación de justicia» es utilizado frecuentemente en los procedimientos arbitrales en los cuales constituye el fundamento de muchas acciones ante la justicia tendientes a obtener indemnización por un daño causado a extranjeros.

64. El Sr. GAJA dice que se podrían reemplazar las palabras «responsabilidad de los Estados» por las palabras «conducta de los Estados».

65. El Sr. SIMMA reconoce que la yuxtaposición de las palabras «derecho internacional relativo al trato a los extranjeros» y «abarcando así todo el campo de la responsabilidad de los Estados» plantea, en efecto, un problema. Habría que enunciar nuevamente la última oración.

66. Después de un debate en el cual participan el Sr. DUGARD (Relator Especial), el Sr. BROWNLIE, el Sr. SIMMA y el Sr. TOMKA, el PRESIDENTE sugiere suprimir la parte de la oración que dice «abarcando así todo el campo de la responsabilidad de los Estados», lo cual resuelve el problema de la definición del campo de la responsabilidad de los Estados.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 27 con las modificaciones introducidas.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28.

Queda aprobada la sección B del capítulo V con las modificaciones introducidas.

Queda aprobado en su totalidad el capítulo V del proyecto de informe de la Comisión, con las modificaciones introducidas.

Se levanta la sesión a las 18.00 horas.

2748.^a SESIÓN

Miércoles 14 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comisário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Operti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Actos unilaterales de los Estados (conclusión*) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

1. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Presidente del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre los actos unilaterales de los Estados, Relator Especial) informa a la Comisión de que la semana anterior tuvieron lugar consultas oficiosas a propósito de los actos unilaterales de los Estados, análogas a las que se celebraron en el curso de la primera parte del período de sesiones. Había dos grandes temas; en primer lugar, la necesidad de compilar un repertorio de la práctica de los Estados en materia de actos unilaterales, con objeto de dar a la labor de la Comisión un fundamento más sólido y, en realidad, de llegar a una definición apropiada del tema. El Sr. Simma ha presentado la interesante propuesta de que la referida compilación se realice con ayuda de una empresa privada alemana. De la coordinación se encargarían el Sr. Simma y el propio orador. En breve se elaborarán la metodología y el alcance de la compilación, que se someterán a la consideración de la Comisión, y el orador, juntamente con el Sr. Simma, seguirán el avance del proyecto.

2. Se habló también del alcance de los trabajos futuros. Se llegó al acuerdo de que habría que centrarse en el tema

del reconocimiento, institución fundamental del derecho internacional, con referencia a la investigación ya realizada y a la manera en que ésta podría impulsar la labor de la propia Comisión. Por último, el Grupo de Trabajo espera examinar los proyectos de artículos sobre los actos unilaterales de los Estados presentados a la Comisión por el Relator Especial en su cuarto informe en su anterior período de sesiones², con miras a mejorar el texto, teniendo en cuenta las observaciones de los miembros y los resultados de la compilación de la práctica de los Estados. Espera poder mantener contacto con sus colegas en el intervalo entre períodos de sesiones, con objeto de mantenerles al corriente de la situación.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.^o período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO IV.—Las reservas a los tratados (A/CN.4/L.618 y Add.1 a 4)

3. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a examinar el capítulo IV del proyecto de informe de la Comisión.

C.—Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión (A/CN.4/L.618/Add.2 y 3)

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRIZ SOBRE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADO PROVISIONALMENTE POR LA COMISIÓN EN SU 54.^o PERÍODO DE SESIONES (A/CN.4/L.618/Add.3)

Comentario a la directriz 2.1.1 (Forma escrita)

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

4. El PRESIDENTE no está seguro de que sea técnicamente correcto aludir en el proyecto de directriz a la «segunda lectura», ya que no ha finalizado todavía la primera.

5. El Sr. PELLET (Relator Especial) señala que, como se indica en la nota de pie de página, el texto se refiere al cuarto informe sobre el derecho de los tratados presentado en 1965 por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial a la sazón.

6. El PRESIDENTE, apoyado por el Sr. TOMKA, propone que se sustituya «Relator Especial» por «Sir Humphrey Waldock», a fin de evitar confusiones.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafos 7 a 11

Quedan aprobados los párrafos 7 a 11.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.1, en su forma enmendada.

* Reanudación de los trabajos de la 2727.^a sesión.

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

² Véase 2723.^a sesión, nota 2.

Comentario a la directriz 2.1.2 (Forma de la confirmación formal)

7. El Sr. SIMMA dice que, en la versión inglesa, los proyectos de directrices deben figurar en caracteres que les hagan destacar del resto del texto, como se hace en otras partes del informe.

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.2.

Comentario a la directriz 2.1.3 (Formulación de una reserva en el plano internacional)

Párrafos 1 a 10

Quedan aprobados los párrafos 1 a 10.

Párrafo 11

Queda aprobado el párrafo 11 con una corrección de estilo de menor importancia en la primera nota de pie de página.

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12 con un cambio de redacción de menor importancia.

Párrafo 13

8. El Sr. TOMKA estima que, tal como está redactada, la última frase del párrafo podría dar la impresión de que la práctica aludida ha sido aceptada en todas las organizaciones internacionales distintas de las Naciones Unidas. Debería, pues, insertarse la palabra «algunas» antes de «organizaciones internacionales».

Queda aprobado el párrafo 13, en su forma enmendada.

Párrafo 14

9. El Sr. TOMKA dice que los párrafos 11 y 12 tratan de la formulación de las reservas y el párrafo 14, sobre su transmisión. Existe una importante diferencia entre ambos procedimientos. Por otra parte, la práctica de la Convención de La Habana de 1928 sobre tratados, mencionada en la segunda frase, no difiere de la de las Naciones Unidas. Así pues, sería partidario de que se suprimiera el párrafo.

10. El Sr. PELLET (Relator Especial) tiene entendido que un representante permanente ante las Naciones Unidas no puede transmitir un instrumento de ratificación a menos que lleve la firma de otra autoridad. Sin embargo, si el Sr. Tomka está en lo cierto, la comparación con la Convención de La Habana de 1928 sobre tratados podría resultar problemática; por ello, se propone indagar la situación. En cuanto al primer punto, el Sr. Tomka es víctima de un error: los párrafos 11 y 12 tratan exactamente del mismo procedimiento en lo que concierne a la práctica del Secretario General. Por consiguiente, preferiría que se conservara el párrafo 14. Si no se comparara la práctica

de las Naciones Unidas con la de otras organizaciones, se pondría entonces en tela de juicio la propia directriz.

11. El PRESIDENTE dice que, como los argumentos del Sr. Tomka y del Relator Especial se fundan en la Convención de la Habana de 1928 sobre tratados, que no ha entrado todavía en vigor, la supresión del párrafo podría resultar aceptable.

12. El Sr. PELLET (Relator Especial) sugiere que se abrevie el párrafo, dejándolo como sigue: «Por ejemplo, parece ser que el Secretario General de la OEA y el Secretario General del Consejo de Europa admiten las reservas “consignadas” en cartas dirigidas por los representantes permanentes».

13. El Sr. TOMKA confiesa que sigue preocupado por la expresión «le remitan». Si bien la práctica del Consejo de Europa es perfectamente clara, no así la resultante de la Convención de La Habana de 1928 sobre tratados. Por ejemplo, se pregunta si un representante permanente podría formular una reserva y, en caso afirmativo, si podría hacerlo en un instrumento firmado por él mismo. Quizás los miembros latinoamericanos de la Comisión podrían confirmar si se aplican los procedimientos previstos en la Convención. La Sexta Comisión no dejará de señalar cualquier error por parte de la Comisión.

14. El Sr. PELLET (Relator Especial) puede garantizar que la práctica se ajusta al perfil descrito: la secretaría de la OEA ha facilitado oralmente información en tal sentido a un funcionario de la Secretaría. También puede encontrarse confirmación en su propio sexto informe sobre las reservas a los tratados³.

15. El Sr. OPERTTI BADAN dice que la práctica normal en América Latina es que la reserva sea remitida por el ministro de asuntos exteriores o, siguiendo las instrucciones de éste, por su representante.

Queda aprobado el párrafo 14 con la enmienda propuesta por el Relator Especial.

Párrafos 15 y 16

Quedan aprobados los párrafos 15 y 16.

Párrafo 17

16. El Sr. TOMKA estima que, por razones de coherencia con el párrafo 13, debería insertarse en la primera frase la palabra «algunas» antes de «organizaciones internacionales».

Queda aprobado el párrafo 17, en su forma enmendada.

Párrafo 18

17. El Sr. GAJA observa que en la versión inglesa se han dejado en blanco los números de dos artículos de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Procede insertar, respectivamente, los números 10 y 12.

³ Véase 2719.ª sesión, nota 10.

Queda aprobado el párrafo 18, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.3, en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 2.1.4 [2.1.3 bis, 2.1.4] (Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas)

Párrafos 1 y 2

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3 con un cambio de redacción de menor importancia.

Párrafos 4 a 10

Quedan aprobados los párrafos 4 a 10.

Párrafo 11

18. El Sr. KAMTO estima que es excesivamente categórico afirmar que nunca debería admitirse que un Estado alegase que la violación de las disposiciones del derecho interno vicia una reserva formulada por ese Estado, ya que el análisis ha revelado que, aun cuando las normas que rigen la formulación de reservas no figuran en las constituciones nacionales, podrían estar recogidas en otras disposiciones del derecho interno. Así pues, propone que se sustituya «nunca» por «no».

Queda aprobado el párrafo 11, en su forma enmendada.

Párrafos 12 y 13

Quedan aprobados los párrafos 12 y 13.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.4, en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 2.1.5 (Comunicación de las reservas)

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Párrafo 5

19. El Sr. MOMTAZ quiere saber por qué se emplea el término «desconcertante» en la nota de pie de página y también por qué la cita a la que corresponde la nota aparece en inglés en la versión francesa del proyecto de informe, aunque la cita procede del *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* de 1951 (*Yearbook of the International Law Commission* 1951).

20. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que los *Anuarios de la Comisión de Derecho Internacional* de 1949 a 1951 no se publicaron en francés. Se ha empleado el término «desconcertante» a causa de la redacción inusitada de la disposición citada, que tiene un carácter más descriptivo que normativo. Sin embargo, está de acuerdo

en que podría eliminarse la segunda frase de la nota de pie de página.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafo 7

Queda aprobado el párrafo 7 con una corrección de estilo de menor importancia.

Párrafos 8 a 12

Quedan aprobados los párrafos 8 a 12.

Párrafo 13

Queda aprobado el párrafo 13 con correcciones de estilo de menor importancia.

Párrafos 14 a 26

Quedan aprobados los párrafos 14 a 26.

Párrafo 27

21. Tras un debate en que participan el Sr. TOMKA, el Sr. SIMMA y el Sr. DAOUDI a propósito de las Comunidades Europeas y sobre si hay en ellas un Secretario General, el Sr. PELLET (Relator Especial) propone que la segunda frase del párrafo quede redactada como sigue: «Así, en el caso de la Comunidad Europea, el carácter colegiado de la Comisión podría suscitar problemas».

Queda aprobado el párrafo 27, en su forma enmendada.

Párrafo 28

Queda aprobado el párrafo 28 con un cambio de estilo de menor importancia.

Párrafo 29

Queda aprobado el párrafo 29.

Párrafo 30

22. El Sr. SIMMA no está seguro de que *trickiest* presente la equivalencia más apropiada de la expresión francesa *la plus délicate*.

23. El Sr. BROWNLIE dice que *trickiest* es un término ligeramente demótico pero perfectamente claro, no es una palabra de argot ni tiene carácter ofensivo, por lo que no ve la necesidad de modificarlo, aunque resulte un tanto inusitado en el contexto burocrático.

24. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que cada vez que un miembro de la Comisión de habla francesa cuestiona alguna expresión en el texto francés, el asunto se traslada a la Secretaría. Así pues, en el caso presente, esa es la manera más apropiada de proceder.

25. El Sr. SIMMA, apoyado por el Sr. KATEKA (Relator suplente), dice que si un miembro de la Comisión desea que se cambie un término, no es algo tan simple como pedir a la Secretaría que se agregue una coma o un punto. Se trata de una cuestión de fondo y no de mera forma, por lo que los miembros de la Comisión deben tener la oportunidad de manifestar su parecer.

26. El Sr. PELLET (Relator Especial) toma nota de lo anterior y se lo recordará al Sr. Brownlie, al Sr. Kateka, al Sr. Simma y al Presidente cuando los miembros de la Comisión de expresión francesa tengan problemas con este idioma. No debe haber un doble rasero.

27. El Sr. TOMKA propone en la segunda nota de pie de página del párrafo un ligero cambio que no afecta a la versión española.

Queda aprobado el párrafo 30, en su forma enmendada.

Párrafos 31 a 33

Quedan aprobados los párrafos 31 a 33.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.5, en su forma enmendada.

Comentario a la directriz 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (Procedimiento de comunicación de las reservas)

28. El Sr. SIMMA señala que en el tercer párrafo de la versión inglesa del proyecto de directriz deben insertarse las palabras *an objection to* después de *The time period for formulating*.

Párrafos 1 a 20

Quedan aprobados los párrafos 1 a 20.

Párrafo 21

29. La Sra. ESCARAMEIA propone que en la antepenúltima frase, antes de «la Comisión ha considerado que [...]», se inserten las palabras «Aunque algunos miembros eran de opinión diferente».

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafo 22

Queda aprobado el párrafo 22.

Párrafo 23

30. El Sr. GAJA dice que el texto da la impresión de que la fecha en que surte efecto una reserva es aquella en que se comunica a las demás partes contratantes, sin embargo, cuando existe un depositario, es la fecha en que se comunica a este último.

*Se suspende la sesión a las 10.55 horas
y se reanuda a las 11.00 horas.*

31. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el problema planteado por el Sr. Gaja parecía en un principio bastante complicado, pero, después de celebrar consultas oficiosas, ya no lo parece tanto. El orador advierte ahora que cuando redactó el párrafo 23 tenía presente la totalidad del proyecto de directriz 2.1.6, y no simplemente el párrafo 2. En el curso de las consultas, el Sr. Daoudi trajo a colación otro aspecto. Para responder a ambas dificultades, propone que se introduzcan en el párrafo 23 los cambios siguientes: terminar la segunda frase con las palabras «el depositario», suprimir la primera parte de la tercera frase hasta las palabras «recibido la comunicación» inclusive, e insertar en lugar del texto suprimido «La expresión “según sea el caso” prevé la hipótesis en que hay depositario. En tal caso, la comunicación de la reserva a este último puede surtir efecto directamente, aunque sólo sea respecto del propio depositario, el cual debe comunicarla “a la brevedad”, lapso que sólo puede evaluarse en función de la fecha en que el depositario haya recibido la comunicación». El resto de la tercera frase, desde «además» hasta «a partir de esa fecha», se conservaría sin cambios, y se suprimiría la última frase.

32. El Sr. DAOUDI dice que, en su redacción primitiva, el párrafo 23 daba la impresión de que, según el artículo 79 de la Convención de Viena de 1986 y el proyecto de directriz 2.1.6, la reserva surte efecto una vez recibida por el depositario; en otras palabras, que el plazo aplicable a la reserva comienza a correr en ese momento. Ahora bien, en realidad, según tanto el artículo 79 de la Convención como el proyecto de directriz 2.1.6, el plazo sólo puede comenzar cuando recibe la reserva el Estado al que está destinada. Es cierto que numerosos tratados estipulan que el plazo comienza a correr a partir de la recepción de la comunicación por el depositario, pero describen situaciones especiales. El caso general es que el plazo para formular una objeción sólo puede comenzar cuando la comunicación ha sido recibida por el Estado interesado. La segunda frase del párrafo 23 se refiere al caso en que, por ejemplo, el depositario no da curso a una comunicación durante algún tiempo y, en tal caso, entra sin duda en juego la responsabilidad del depositario, pero el hecho es que la reserva no ha sido recibida por el Estado al que está destinada y, por tanto, no puede comenzar el plazo para formular una objeción a la misma.

33. El texto ha mejorado considerablemente gracias a la modificación propuesta por el Relator Especial, pero el texto de la última parte del mismo, «un plazo que sólo puede apreciarse en función de la fecha en que el depositario haya recibido la comunicación», deja el problema sin resolver y podría originar confusiones. Por tanto, debería suprimirse.

34. El Sr. PELLET (Relator Especial) no puede aceptar la última propuesta del Sr. Daoudi, que va en detrimento de la claridad del texto. Hay que estipular que el plazo para apreciar si la comunicación se ha efectuado a la mayor brevedad debe empezar a partir de la fecha de la comunicación de la reserva al depositario. La modificación a la que acaba de dar lectura responde en gran parte a las preocupaciones del Sr. Daoudi.

35. El Sr. DAOUDI, en respuesta a una sugerencia del Presidente, aceptaría que se agregara al final del

párrafo 23 una frase que resuma las opiniones que acaba de manifestar.

Queda aprobado el párrafo 23, en su forma enmendada.

Párrafo 24

Queda aprobado el párrafo 24 con una corrección de estilo de menor importancia.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.6, en su forma enmendada.

Comentario al proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario)

Párrafos 1 a 14

Quedan aprobados los párrafos 1 a 14.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.7.

Comentario a la directriz 2.1.8 [2.1.7 bis] (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles])

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafo 4

36. El Sr. GAJA dice que, debido a una inadvertencia de la Comisión, en el texto del proyecto de directriz 2.1.8 parece haberse omitido la referencia a la necesidad de señalar «[...] la cuestión a la atención [...] en su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trate», que figura en el apartado *b* del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.7. En el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.1.8 debiera insertarse una referencia en tal sentido.

37. El Sr. PELLET (Relator Especial) no está seguro de que las directrices 2.1.7 y 2.1.8 se refieran a las mismas situaciones. Si se trata realmente de un problema de fondo, afectaría al texto de la propia directriz; ahora bien, personalmente sería reacio a volver sobre la misma en el momento presente, salvo si resultara que se trata de una omisión manifiesta, cosa que no parece suceder en lo que concierne al proyecto de directriz 2.1.8.

38. El Sr. GAJA dice que la omisión puede subsanarse, indicando en el comentario que normalmente el depositario será el secretario general de la misma organización y que, por tanto, no es necesario prever esa hipótesis en el texto del proyecto de directriz. Pero la Comisión no debe decir que ha previsto esa situación, porque no es cierto.

39. El PRESIDENTE propone que se aplaze el examen del párrafo 4 para celebrar consultas officiosas.

Así queda acordado.

Párrafos 5 a 7

Quedan aprobados los párrafos 5 a 7.

Párrafo 4 (*conclusión*)

40. El Sr. GAJA dice que, después de celebrar consultas officiosas a fin de resolver el problema que él mismo ha planteado a propósito del proyecto de directriz 2.1.8, se ha optado por sugerir una solución un tanto inusitada. Con objeto de subsanar lo que es una mera, pero desafortunada, omisión, se armonizaría el texto de la directriz examinada con el de la directriz 2.1.7, lo que hace innecesario modificar el comentario a la directriz 2.1.8. Por consiguiente, propone que en el párrafo 2 de la directriz 2.1.8 se inserte antes de «con la indicación» las palabras «y, en su caso, el órgano competente de la organización internacional interesada».

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 4.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.1.8 [2.1.7 bis].

2.4 Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1.

Comentario a la directriz 2.4.1 (Formulación de declaraciones interpretativas)

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4 con un cambio de redacción de menor importancia.

Párrafo 5

Queda aprobado el párrafo 5.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.4.1.

Comentario a la directriz [2.4.2 [2.4.1 bis] (Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno)]

Párrafo 1

41. El Sr. TOMKA dice que, como consecuencia de habersele facilitado información incorrecta, el Relator Especial indica en el párrafo 1 que en dos casos, a saber, Estonia y Eslovaquia, sólo el Parlamento es competente para formular declaraciones interpretativas en el plano nacional. En realidad, Eslovaquia es uno de los países en los que dicha competencia está compartida entre el poder ejecutivo y el Parlamento. Así pues, donde se dice «en dos casos» debe decirse «en un solo caso» y donde se dice «en 13 casos» debe decirse «en 14 casos»; asimismo, la mención de Eslovaquia debe trasladarse a la siguiente nota de pie de página.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafos 2 y 3

Quedan aprobados los párrafos 2 y 3.

Queda aprobado el comentario a la directriz 2.4.2 [2.4.1 bis], en su forma enmendada.

Comentario a la directriz [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] (Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales)]

Párrafos 1 a 4

Quedan aprobados los párrafos 1 a 4.

Párrafo 5

42. El PRESIDENTE, hablando como miembro de la Comisión, propone que se sustituya la palabra «idéntico» por «sustancialmente análogo».

43. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, en tal caso, en algún momento en el futuro habrá que abordar cómo deben tratarse en el texto de las propias directrices las diferencias entre los regímenes.

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

Queda aprobado el comentario a la directriz [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9]], en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección C.2 con las enmiendas introducidas.

A.—Introducción (A/CN.4/L.618)

Párrafos 1 a 16

Quedan aprobados los párrafos 1 a 16.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4 L.618 y Add.1 y 4)

Párrafos 17 y 18 (A/CN.4/L.618)

Quedan aprobados los párrafos 17 y 18.

Párrafo 19

44. El Sr. PELLET (Relator Especial) se opone a que en el párrafo 19 se diga «aprobó provisionalmente», pues la afirmación se aplica sólo a los dos últimos de toda una serie de proyectos de directrices enumerados en el mismo párrafo, lo que podría dar la impresión de que podría volverse a abrir el debate sobre los proyectos de directrices. Asimismo, desearía que la Secretaría incluyera un párrafo referente a la aprobación de los comentarios a los proyectos de directrices, indicando la fecha y el número de sesión apropiados.

45. El PRESIDENTE sugiere que las palabras «aprobó provisionalmente» sean sustituidas por «aprobó en primera lectura». En cuanto a la indicación de que se han aprobado los comentarios, recuerda que cuando se aprueba un texto se supone que se aprueban también los comentarios asociados.

46. El Sr. PELLET (Relator Especial) entiende que, según resulta del último párrafo de la introducción de la sección B del capítulo V del informe de la Comisión, relativo a la protección diplomática, existe un precedente en el sentido de incluir un párrafo separado sobre la aprobación de los comentarios a los textos.

47. Tras observaciones adicionales del PRESIDENTE, el Sr. PELLET (Relator Especial) y el Sr. TOMKA, el PRESIDENTE dice que se introducirá la adición necesaria, como ya se ha hecho en la parte del informe relativa a la protección diplomática.

En esa inteligencia, queda aprobado el párrafo 19, en su forma enmendada.

A/CN.4/L.618/Add.1

Párrafo 1

48. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que, en la última frase, el término «conservaran» resulta incorrecto. Lo que en el párrafo quiere decirse es que los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos son muy flexibles y que se abstienen de pronunciarse categóricamente sobre la validez de las reservas. Así pues, propone que las palabras «las conservaran» se sustituyan por «se pronunciaran sobre su validez».

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafos 2 a 29

Quedan aprobados los párrafos 2 a 29.

A/CN.4/L.618/Add.4

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

49. El Sr. GAJA dice que las palabras «que planteaba la cuestión de las obligaciones contradictorias» en la segunda frase resultan superfluas e incorrectas, por lo que deben suprimirse.

50. El Sr. PELLET (Relator Especial) dice que el párrafo examinado recoge observaciones que él mismo formuló, y aunque tal vez sean incorrectas y el propio Relator Especial sea acreedor a la crítica, las observaciones deben no obstante conservarse en el texto.

Queda aprobado el párrafo 6.

Párrafos 7 a 12

Quedan aprobados los párrafos 7 a 12.

Párrafo 13

51. El Sr. GAJA sugiere que en la nota de pie de página, se inserte la palabra «nueva» entre las palabras «plantee alguna» y «cuestión».

Queda aprobado el párrafo 13 con la enmienda en la nota de pie de página.

Párrafos 14 a 20

Quedan aprobados los párrafos 14 a 20.

Queda aprobada la sección B con las enmiendas introducidas.

C.—Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión (conclusión) (A/CN.4/L.618/Add.2 y 3)

1. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE DIRECTRIZ SOBRE LAS RESERVAS A LOS TRATADOS (A/CN.4/L.618/ADD.2)

Queda aprobada la sección C.1, con la enmienda al proyecto de directriz 2.1.8 acordada con anterioridad.

Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IV del proyecto de informe de la Comisión con las enmiendas introducidas.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2749.^a SESIÓN

Jueves 15 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kataka, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.^o período de sesiones (continuación)

CAPÍTULO VI.—Actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/L.620 y Add.1 y 2)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que continúen el examen del proyecto de informe de la Comisión, pasando al capítulo VI referente a los actos unilaterales de los Estados.

A.—Introducción (A/CN.4/L.620)

Párrafos 1 a 11

Quedan aprobados los párrafos 1 a 11.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones (A/CN.4/L.620 y Add. 1 y 2)

Párrafo 12 (A/CN.4/L.620)

2. El Sr. SIMMA observa que no existe *addendum* 2 al documento A/CN.4/525, por lo que debe suprimirse «y 2» que figura entre paréntesis.

Queda aprobado el párrafo 12, en su forma enmendada.

Párrafo 13

3. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) propone que, tras el párrafo 13 se agregue otro párrafo 13 *bis*, en el que se indique que se han celebrado consultas oficiosas en el curso de las cuales se han abordado dos aspectos concretos de la cuestión, y que el coordinador de dichas consultas informó ya a la Comisión en la sesión precedente. Añade que entregará a la Secretaría el texto de este nuevo párrafo.

Queda aprobado el párrafo 13 a reserva de la inserción de dicho texto.

Párrafos 14 a 20

Quedan aprobados los párrafos 14 a 20.

Párrafo 21

4. El Sr. BROWNLIE propone que, al principio de la segunda frase del párrafo, se añada la palabra «general» después de «internacional».

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafos 22 a 27

Quedan aprobados los párrafos 22 a 27.

Párrafo 28

5. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO propone que se sustituya «literatura» por «doctrina».

Queda aprobado el párrafo 28, en su forma enmendada.

Párrafos 29 a 33

Quedan aprobados los párrafos 29 a 33.

Párrafo 34

6. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) propone que se agreguen al final del párrafo, después de «Consejo de Seguridad», las palabras «en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas».

Queda aprobado el párrafo 34, en su forma enmendada.

Párrafos 35 a 45

Quedan aprobados los párrafos 35 a 45.

A/CN.4/L.620/Add.1

Párrafo 1

7. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que debe suprimirse la expresión «por desgracia» en la segunda oración del párrafo.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafo 2

Queda aprobado el párrafo 2.

Párrafos 3 a 13

8. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que hay que armonizar los textos inglés y español con el francés, ya que la opinión consignada en el párrafo 3 y en los párrafos siguientes es, en efecto, la de un miembro.

9. El Sr. KOSKENNIEMI dice que se trata de su opinión, que expresó en una extensa declaración.

10. El Sr. DAOUDI, apoyado por el Sr. SIMMA, estima que debe indicarse que se trata efectivamente de la opinión de un miembro, pues refleja una opinión negativa de la codificación de los actos unilaterales de los Estados, y que la Comisión no debe inducir a creer que comparte esa opinión.

11. El Sr. CANDIOTI propone a tal efecto que se introduzcan en el texto las modificaciones siguientes: en el párrafo 3 de la versión inglesa, añadir después de *the point was made* las palabras *by a member*; en el párrafo 4 también de la versión inglesa, sustituir *a practitioner's* por *this*; añadir al principio del párrafo 5 las palabras «según esta opinión,»; en la primera frase del párrafo 6, después de «tema», sustituir el reflexivo «se» por «el mismo miembro»; por último, añadir después del párrafo 13 un nuevo párrafo 13 *bis* redactado como sigue: «Otros miembros compartían diversos aspectos de las opiniones consignadas más arriba».

12. Tras un debate en el que participan el Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), el Sr. KOSKENNIEMI, el Sr. KAMTO, el Sr. OPERTTI BADAN, la Sra. ESCARAMEIA, el Sr. GAJA, el Sr. MANSFIELD, el Sr. KATEKA, el Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA, el Sr. KEMICHA y el PRESIDENTE, se acuerda aprobar la propuesta del Sr. Candiotti.

Quedan aprobados los párrafos 3 a 13 en su forma enmendada, y el nuevo párrafo 13 bis.

Párrafo 14

Queda aprobado el párrafo 14.

Párrafo 15

13. El Sr. KAMTO dice que, por ser el autor de las ideas que se reflejan en dicho párrafo, desea que en la segunda frase de la versión francesa se sustituya *entité juridique* por *être juridique*, que es la expresión que había empleado en su intervención en francés.

14. El Sr. CANDIOTI, apoyado por el Sr. OPERTTI BADAN, dice que la traducción en español de la expresión *être juridique* puede plantear problemas. A su juicio, en español habría que hablar más bien de «fenómeno» o de «hecho».

15. El Sr. BROWNLIE, apoyado por el Sr. SIMMA, propone que, en la última frase, se sustituya las palabras «crear instituciones», que se prestan a confusión, sobre todo en los idiomas distintos del inglés, por «crear conceptos intelectuales».

16. El Sr. KOSKENNIEMI dice que el párrafo 15 remite al párrafo 6, en el que se expresa la idea de que los actos unilaterales no constituyen una institución jurídica. A su juicio, si en el párrafo 15 se emplea una expresión distinta de «institución jurídica» puede haber confusión. De todas formas, no insistirá en que se conserve dicha expresión.

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada por el Sr. Brownlie.

Párrafo 16

17. El Sr. KATEKA propone una enmienda que no concierne a la versión española.

Queda aprobado el párrafo 16, en su forma enmendada.

Párrafos 17 a 20

Quedan aprobados los párrafos 17 a 20.

Párrafo 21

18. El Sr. GAJA señaló que la cuestión de qué órgano era competente para formular una promesa no se refiere sólo al parlamento o al gobierno. Podría también concernir, por ejemplo, a los gobernadores de los Estados federales en casos en los que la decisión de no llevar a cabo una condena de muerte se encuentre entre sus competencias.

19. El Sr. CHEE cree también que no son apropiadas las palabras «el parlamento o el gobierno».

20. El Sr. SIMMA precisa que este párrafo refleja una intervención suya en la que se había referido a la extradición hacia Turquía de personas que se encontraban en Alemania. El problema jurídico estribaba en saber si era suficiente que el Gobierno turco se comprometiera a no ejecutar a las personas extraditadas o si también debía asumir el mismo compromiso el Parlamento turco. El Sr. Simma desearía, por tanto, que no se modificara la primera frase del párrafo. En cuanto a la segunda, reconoce que no refleja claramente su pensamiento y propone que se modifique de la manera siguiente: «ello demostraba que los artículos sobre la representación de los Estados en la formulación de actos unilaterales propuesta por el Relator Especial respondía a necesidades particulares».

Queda aprobado el párrafo 21, en su forma enmendada.

Párrafos 22 a 24

Quedan aprobados los párrafos 22 a 24.

Párrafo 25

21. El Sr. SEPÚLVEDA quisiera que se reflejaran una serie de opiniones manifestadas por él, y que no figuran en el proyecto de informe. En particular, había declarado que la práctica del reconocimiento de Estados ha perdido vigencia por cuanto las Naciones Unidas, al admitir el ingreso de un nuevo Estado, eliminan de alguna manera la necesidad de un reconocimiento oficial de ese Estado. Había indicado también que, en el caso de ciertos Estados, el reconocimiento ya no era un acto unilateral, porque ya no se procede a reconocer a un gobierno, sino que se decide simplemente mantener o romper las relaciones diplomáticas. En cuanto al reconocimiento colectivo de un Estado, había aludido también a las condiciones formuladas en la materia por la Unión Europea. También había observado que podrían ser destinatarios de actos unilaterales de los Estados, no sólo los Estados y las organizaciones internacionales, sino también los movimientos de liberación nacional. Por último, había expuesto algunas ideas sobre la promesa y sobre la nulidad de ciertos actos, ideas que tampoco han encontrado reflejo en el presente informe. Ulteriormente propondrá a la Comisión un texto que recogerá en síntesis los aspectos antedichos.

Queda aprobado el párrafo 25, a reserva del texto cuya inserción propondrá el Sr. Sepúlveda.

Párrafos 26 a 28

Quedan aprobados los párrafos 26 a 28.

Párrafo 29

22. El Sr. KOSKENNIEMI propone que en la segunda frase de la versión inglesa se sustituya *inability* por *failure*, y que se revisen en consecuencia las versiones lingüísticas.

23. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que en la versión española debe sustituirse en la primera frase «clasificarse» por «incluirse en la clasificación».

Queda aprobado el párrafo 29, en su forma enmendada por el Sr. Koskenniemi y el Sr. Rodríguez Cedeño.

Párrafos 30 a 32

Quedan aprobados los párrafos 30 a 32.

Párrafo 33

24. La Sra. ESCARAMEIA propone que en la primera frase del texto inglés se sustituya *although* por *even if*, expresión que, a su juicio, refleja más fielmente la idea formulada.

Queda aprobado el párrafo 33, en su forma enmendada.

Párrafo 34

Queda aprobado el párrafo 34.

Párrafo 35

25. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), apoyado por el Sr. OPERTTI BADAN, dice que en español resulta inaceptable el término «trampas» (*pièges*). Propone que la frase diga: «[...] medios a los que los Estados recurrían [...]».

26. El Sr. PELLET insiste en que se conserve la palabra *piège*, que ha empleado deliberadamente. En efecto, sería absurdo decir que los Estados ejecutan actos voluntarios de manera involuntaria.

27. El Sr. CANDIOTI propone que la tercera frase del párrafo diga: «Los actos unilaterales, como los tratados, podían conducir a situaciones en las que los Estados se encontraban contra su voluntad».

28. El Sr. PELLET puede aceptar la propuesta, aunque ve en ella una edulcoración del texto.

Queda aprobado el párrafo 35, en su forma enmendada por el Sr. Candiotti.

Párrafos 36 y 37

Quedan aprobados los párrafos 36 y 37.

Párrafo 38

29. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que el término «inaceptable», que se emplea en la primera frase de la versión española, resulta demasiado fuerte. Preferiría que se empleara la misma expresión que en la versión francesa.

Queda aprobado el párrafo 38 a reserva de la enmienda introducida en la versión española.

Párrafos 39 a 42

Quedan aprobados los párrafos 39 a 42.

Párrafos 43 y 44

30. El Sr. KOSKENNIEMI propone, con objeto de hacer el texto más lógico, que se desplace la primera frase del párrafo 44 al principio del párrafo 43.

Se aprueban los párrafos 43 y 44, en su forma enmendada por el Sr. Koskenniemi.

Párrafos 45 a 66

Quedan aprobados los párrafos 45 a 66.

Párrafos 67 y 68

31. El Sr. GAJA dice que debe suprimirse la segunda frase del párrafo 67, que no tiene sentido. En cuanto a la primera frase del párrafo 68, debería quedar como sigue: «Se dijo que la nulidad debe considerarse invocable por parte de cualquier Estado, no sólo cuando un acto unilateral fuese contrario a una norma imperativa del derecho internacional, sino también en caso de amenaza o uso de la fuerza».

Quedan aprobados los párrafos 67 y 68, en su forma enmendada.

Párrafo 69

Queda aprobado el párrafo 69.

Párrafo 70

32. El Sr. SIMMA observa que, en la versión inglesa, la última parte de la frase está mal construida, ya que podría parecer que alude a la nulidad de las decisiones del Consejo de Seguridad, lo que no es el caso.

33. El PRESIDENTE propone que se suprima el párrafo 70 en su totalidad.

Así queda acordado.

Párrafos 71 a 83

Quedan aprobados los párrafos 71 a 83.

A/CN.4/L.620/Add.2

Párrafo 1

34. El Sr. TOMKA propone que en la segunda frase se sustituyan las palabras «codificar los actos unilaterales» por «codificar las normas relativas a los actos unilaterales».

35. La Sra. ESCARAMEIA dice que, de adoptarse esa proposición, habrá que retocar el fin de la frase, sustituyendo, en particular, las palabras «no existían como tales en el derecho internacional» por «esos actos no existían como tales en el derecho internacional».

36. El Sr. MANSFIELD sugiere que se suprima lisa y llanamente el resto de la frase, que en ese caso terminaría con las palabras «actos unilaterales».

37. El Sr. KAMTO, apoyado por el Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), estima preferible que se conserve la frase en cuestión, pues refleja fielmente el tenor del debate.

38. Tras un intercambio de pareceres en el que participan el Sr. TOMKA, el Sr. KOSKENNIEMI, el Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) y el PRESIDENTE, se acuerda conservar íntegramente la segunda frase del párrafo, enmendándola en los sentidos propuestos por el Sr. Tomka y la Sra. Escarameia.

Queda aprobado el párrafo 1, en su forma enmendada.

Párrafos 2 a 20

Quedan aprobados los párrafos 2 a 20.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo VI del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad en su forma enmendada.

CAPÍTULO VIII.—La responsabilidad de las organizaciones internacionales (A/CN.4/L.624)

39. El PRESIDENTE, respondiendo a una pregunta del Sr. Pellet, precisa que, en principio, no se puede introducir ningún cambio en este documento, que contiene el informe de un grupo de trabajo que fue ya normalmente aprobado por la Comisión. Así pues, propone que se examinen en bloque, por un lado, las secciones A y B y, por otro, la sección C.

A.—Introducción; B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Quedan aprobadas las secciones A y B.

C.—Informe del Grupo de Trabajo

Queda aprobada la sección C.

Queda aprobado el capítulo VIII en su totalidad.

CAPÍTULO IX.—Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional (A/CN.4/L.625)

40. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que examinen el capítulo IX de la misma forma que el capítulo VIII.

A.—Introducción

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafo 5

41. El Sr. SIMMA recuerda que en la nota de pie de página correspondiente debe agregarse el nombre del Sr. Mansfield entre los miembros del Grupo de Estudio.

Queda aprobado el párrafo 5 en su forma enmendada.

Párrafo 6

42. El PRESIDENTE observa que, como el informe del Grupo de Estudio ha sufrido cambios, debe indicarse este

extremo, agregando después de «Grupo de Estudio» las palabras «en su forma enmendada».

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Queda aprobada la sección B, en su forma enmendada.

C.—Informe del Grupo de Estudio

Párrafos 7 a 9

Quedan aprobados los párrafos 7 a 9.

Párrafo 10

43. El Sr. SIMMA observa que deben suprimirse en la versión inglesa los corchetes en torno a la sexta frase.

Queda aprobado el párrafo 10, en su forma enmendada en la versión inglesa.

Párrafos 11 a 25

Quedan aprobados los párrafos 11 a 25.

Queda aprobada la sección C, en su forma enmendada.

Queda aprobado el capítulo IX del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, en su forma enmendada.

CAPÍTULO VII.—Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) (A/CN.4/L.621)

A.—Introducción

Párrafos 1 a 11

Quedan aprobados los párrafos 1 a 11.

Queda aprobada la sección A.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

Párrafo 12

Queda aprobado el párrafo 12.

Queda aprobada la sección B.

C.—Informe del Grupo de Trabajo

Párrafos 13 a 28

Quedan aprobados los párrafos 13 a 28.

Queda aprobada la sección C.

Queda aprobado el capítulo VII del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad.

CAPÍTULO X.—Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (A/CN.4/L.626 y Add.1)

A.—Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación (A/CN.4/L.626 y Add.1)

Párrafos 1 y 2 (A/CN.4/L.626)

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2.

Párrafo 3

Queda aprobado el párrafo 3, en la inteligencia de que será completado por la secretaria.

44. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a que prosigan el examen de la sección A del capítulo X que figura en el documento A/CN.4/L.626/Add.1.

1. NUEVOS TEMAS

Párrafos 1 a 3

Quedan aprobados los párrafos 1 a 3.

2. PROGRAMA DE TRABAJO DE LA COMISIÓN PARA EL RESTO DEL QUINQUENIO

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Párrafo 5

45. El Sr. TOMKA, hablando del programa de trabajo para 2005, observa que, a propósito de los actos unilaterales de los Estados, alude al «octavo informe del Relator Especial sobre las normas aplicables a los actos unilaterales no mencionados en la segunda parte». Sin embargo, del octavo informe se trata también en la segunda parte, de manera que habría que sustituir «la segunda parte» por «el séptimo informe».

Queda aprobado el párrafo 5, en su forma enmendada.

3. PROGRAMA DE TRABAJO A LARGO PLAZO

Párrafo 6

Queda aprobado el párrafo 6.

4. PROCEDIMIENTOS Y MÉTODOS DE TRABAJO

Párrafos 7 y 8

Quedan aprobados los párrafos 7 y 8.

5. MEDIDAS DE AHORRO

Párrafo 9

Queda aprobado el párrafo 9.

6. HONORARIOS

Párrafos 10 a 14

Quedan aprobados los párrafos 10 a 14.

Párrafo 15

46. Tras un debate en el que participan el Sr. SIMMA, el Sr. PELLET y el Sr. CANDIOTI acerca de si convendría

poner el término «honorarios» en singular, para mostrar hasta qué punto estos honorarios simbólicos son desusados, o dejarlo en plural, se acuerda conservar el término en plural y sustituir, por consiguiente, en la versión inglesa las palabras *collect it* por *collect them*.

Queda aprobado el párrafo 15, en su forma enmendada.

Párrafo 16

Queda aprobado el párrafo 16.

Queda aprobada la sección A, en su forma enmendada.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2750.ª SESIÓN

Viernes 16 de agosto de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Opertti Badan, Sr. Pellet, Sr. Sepúlveda, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones (conclusión)

CAPÍTULO X.—*Otras decisiones y conclusiones de la Comisión (conclusión)* (A/CN.4/L.626 y Add.1)

B.—*Fecha y lugar de celebración del 55.º período de sesiones* (A/CN.4/L.626)

Párrafo 4

Queda aprobado el párrafo 4.

Queda aprobada la sección B.

C.—*Cooperación con otros organismos*

Párrafos 5 a 9

Quedan aprobados los párrafos 5 a 9.

Queda aprobada la sección C.

D.—*Representación en el quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General*

Párrafo 10

Queda aprobado el párrafo 10.

Párrafo 11

1. El PRESIDENTE informa de que la Mesa recomienda que el Sr. Dugard, quien ha elaborado una serie de artículos que espera sean examinados con cierto detenimiento, represente a la Comisión, juntamente con su Presidente, en el quincuagésimo séptimo período de sesiones de la Asamblea General.

Así queda acordado.

Queda aprobado el párrafo 11.

Queda aprobada la sección D.

E.—*Seminario de derecho internacional*

Párrafos 12 a 24

Quedan aprobados los párrafos 12 a 24.

Queda aprobada la sección E.

Queda aprobado el capítulo X del proyecto de informe de la Comisión en su totalidad, en su forma enmendada.

CAPÍTULO II.—*Resumen de la labor de la Comisión en su 54.º período de sesiones* (A/CN.4/L.616)

Párrafos 1 a 5

Quedan aprobados los párrafos 1 a 5.

Párrafo 6

2. El Sr. TOMKA entiende que en el título del tema referente a los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional deberían insertarse las palabras «y expansión».

3. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que el título debería citarse en la primera frase del párrafo 6, de acuerdo con la redacción original, así como en la segunda, en la forma enmendada en el actual período de sesiones. En la segunda frase, propone una modificación que no concierne a la versión española.

Queda aprobado el párrafo 6, en su forma enmendada.

Párrafos 7 a 11

Quedan aprobados los párrafos 7 a 11.

Queda aprobado el capítulo II del proyecto de informe de la Comisión, en su forma enmendada.

CAPÍTULO III.—*Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión* (A/CN.4/L.617 y Add.1)

A/CN.4/L.617

Párrafo 1

Queda aprobado el párrafo 1, con una corrección editorial.

Protección diplomática

Párrafo 2

4. El Sr. KAMTO propone que se suprima en la primera frase el término «diplomática». Hay acuerdo general en que en el asunto del *Saiga* no se planteaba la protección diplomática, sino otro tipo de protección.

5. El Sr. BROWNLIE está de acuerdo, pero cree que esa no es la solución apropiada. La sentencia del TIDM en el asunto del *Saiga* giraba en torno a la lesión directa, pero el párrafo 2 plantea un problema diferente.

6. La Sra. ESCARAMEIA señala que en las deliberaciones oficiosas sobre este particular, algunos miembros de la Comisión indicaron que la protección a la que se aludía en el asunto del *Saiga* era una forma de protección diplomática. Debe conservarse en la primera frase la palabra «diplomática» y, en la segunda, debe invitarse a los Estados a que manifiesten su parecer acerca de si se trataba o no de protección diplomática.

7. El Sr. CANDIOTI está de acuerdo en que la primera frase debe redactarse en términos neutros y aludir a la protección, no a la «protección diplomática». La segunda frase plantea la cuestión de saber si la protección aludida es o no protección diplomática.

8. El Sr. DUGARD (Relator Especial) acepta la sugerencia del Sr. Kamto, que deja abierta la cuestión para que los Estados respondan.

9. El Sr. BROWNLIE dice que en la primera frase se atribuye incorrectamente al TIDM la indicación de que el asunto del *Saiga* planteaba la protección diplomática. Ello es inexacto, pues consideró que se trataba de un asunto de daños directos de acuerdo con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

10. El Sr. KAMTO sugiere que la Comisión recabe del TIDM que aclare su fallo en el asunto del *Saiga*. Esa sería la manera más eficaz de determinar si dicho Tribunal entendió que el asunto planteaba la protección diplomática u otro tipo de protección.

11. El Sr. GAJA sugiere que encargue a la Secretaría que incluya el tenor literal de la sentencia en el párrafo 2.

12. El Sr. TOMKA recuerda que dicha sentencia fue examinada en detalle en el curso de las consultas oficiosas, tras de las cuales el Relator Especial interpretó que, según el sentir del TIDM, no se planteaba un problema de protección diplomática y que la cuestión estaba regulada por las normas pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Propone, a título de transacción, que las dos primeras frases del párrafo 2 queden redactadas como sigue: «Algunos magistrados del TIDM sugirieron en el asunto del *Saiga* que el Estado de nacionalidad de un buque podría ofrecer protección diplomática a los miembros de la tripulación que sean nacionales de un tercer Estado. La Comisión recaba el parecer de los gobiernos acerca de si la protección en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es suficiente, o si es necesario reconocer en tales casos al Estado de nacionalidad del buque un derecho de protección diplomática».

13. El Sr. PELLET estima que, en vista de que la Comisión no está segura de que en el fallo en el asunto del *Saiga* se empleara realmente la expresión «protección diplomática», la propuesta del Sr. Gaja parece representar la mejor solución. No está de acuerdo con la idea del Sr. Kamto de solicitar del TIDM que aclare su fallo; al fin y al cabo, es función de la Comisión interpretar decisiones judiciales.

14. El Sr. KAMTO está absolutamente seguro de que el TIDM no alude en su sentencia a la protección diplomática. Precisamente Guinea sostenía que se trataba de protección diplomática, pero su argumento fue desestimado por el Tribunal. La propuesta del Sr. Tomka supone un alejamiento de la práctica, ya que antepone la opinión de «algunos magistrados» del Tribunal a las de éste en su totalidad, con lo que da preferencia a las opiniones disidentes o particulares. Sugiere que se solicite del Tribunal una interpretación de su fallo de acuerdo con la práctica de la interpretación auténtica en derecho internacional, sin que ello implique en modo alguno menosprecio de la Comisión.

15. El Sr. DUGARD (Relator Especial) cree que la mejor solución sería adoptar la propuesta del Sr. Gaja y emplear las mismas palabras que el Tribunal.

16. El Sr. PELLET indica que, según los párrafos 103 a 105 del fallo, el TIDM desestimó el argumento de Guinea y basó su decisión en consideraciones distintas de la protección diplomática.

17. La Sra. ESCARAMEIA manifiesta que, después del párrafo 105, la sentencia alude detalladamente al razonamiento del TIDM, y muestra que éste no basó exclusivamente su fallo en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sigue siendo contraria a que se suprima el término «diplomática» pues podría inducir a pensar que el fallo decía algo diferente de su tenor real porque no podría cuestionarse que el Tribunal consideró que había «protección».

18. El Sr. CHEE dice que del asunto del *Saiga* se infiere que el Estado de matrícula puede ofrecer protección diplomática a los miembros de la tripulación con independencia de su nacionalidad. El Estado del puerto es responsable de todo delito cometido frente a sus costas.

19. El Sr. BROWNLIE dice que, en su actual redacción, el párrafo da la impresión de que la mayoría de la Comisión no es capaz de distinguir entre la lesión directa y las hipótesis de protección diplomática, lo cual sería sumamente desafortunado. El texto de la sentencia del TIDM es perfectamente claro: no se trataba de protección diplomática, y el Tribunal se limitó a aplicar la idea de la lesión directa sobre la base de las disposiciones específicas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. La circunstancia de que agregara una o dos afirmaciones de principio en apoyo de su criterio general no afecta al hecho de que la *ratio decidendi* no estaba manifiestamente fundada en la protección diplomática. De poco servirá suprimir el término «diplomática», ya que la Comisión no se ocupa de asuntos de fondo, sino de la propia protección diplomática.

20. El Sr. KAMTO dice que lo que hay que hacer realmente es atender al fallo en su totalidad, con todas las alegaciones de las partes, pero a estas alturas ya no queda

tiempo. El Sr. Brownlie tiene, sin embargo, razón: el fallo del TIDM está claramente de acuerdo con el artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que se refiere a las obligaciones del Estado del pabellón. La sentencia no ofrece ningún indicio en el sentido de que el Tribunal contemplara la protección diplomática. Confía que, en el futuro, cuando se cite un asunto, los miembros de la Comisión puedan dar la referencia exacta.

21. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que la Comisión se está lanzando a una discusión que requeriría varios días en el próximo período de sesiones. Sin embargo, en este momento, la cuestión es cómo redactar la frase de manera que los gobiernos se vean alentados a formular su parecer. El fallo del TIDM no está ni mucho menos tan claro como pretenden el Sr. Brownlie y otros; los debates de la Comisión y la doctrina sobre el tema prueban que hay división de opiniones. Sugiere que la primera frase quede redactada como sigue: «Se ha interpretado el asunto del *Saiga* en el sentido de que ofrece la protección diplomática a los miembros de la tripulación que son nacionales de un tercer Estado».

22. El PRESIDENTE sugiere que, en la frase modificada, se inserte después de la palabra «protección» el texto siguiente: «(aunque cabe sostener que no es necesaria en este caso)», a fin de dejar a salvo la posición de quienes, como el Sr. Brownlie, son de opinión contraria.

23. El Sr. CANDIOTI dice que no es necesario encubrir una cuestión esencial con una referencia controvertida a la jurisprudencia. Con objeto de evitar un largo debate, sugiere que se suprima pura y simplemente la primera frase del párrafo, que en tal caso quedaría como sigue: «La Comisión desearía conocer la opinión de los gobiernos acerca de si la protección otorgada por el Estado de nacionalidad de un buque a los miembros de la tripulación que son nacionales de un tercer Estado ya está debidamente regulada en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar [...]».

24. El PRESIDENTE estima que la frase podría contener también una alusión al asunto del *Saiga*, como referencia para los gobiernos.

Queda aprobado el párrafo 2 en su forma enmendada por el Sr. Candiotti y el Presidente.

Párrafo 3

25. El Sr. GAJA dice que, con objeto de reflejar fielmente el fallo en el asunto de la *Barcelona Traction*, después de «constituido una sociedad» debería insertarse «y en que se hallare establecido su domicilio social». También se prestan a discusión algunas de las excepciones enumeradas en la segunda frase, por lo cual sería partidario de insertar después de «salvo» la palabra «quizás», a fin de dejar claro que la Comisión no hace suya una interpretación determinada del fallo.

Queda aprobado el párrafo 3, en su forma enmendada.

Actos unilaterales de los Estados

Párrafo 4

26. El Sr. PELLET lamenta tener que decir, en ausencia del Relator Especial, que no le sorprende la escasez de

respuestas en dicho párrafo. Sin duda, muchos gobiernos no han respondido al cuestionario de la Comisión, pero también las preguntas tendrían que haber sido más concretas.

Queda aprobado el párrafo 4.

Responsabilidad de las organizaciones internacionales

Párrafo 5

Queda aprobado el párrafo 5.

Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional

Párrafo 6

27. El Sr. MANSFIELD dice que este párrafo le suscita los mismos sentimientos que al Sr. Pellet el párrafo 4: la solicitud de comentarios y observaciones está concebida en términos demasiado amplios, casi como si reclamara extensas digresiones. Es probable que los Estados suministren comentarios sustantivos si pueden pronunciarse a la vista de un texto escrito.

28. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) se declara de acuerdo por sorprendente que ello pueda parecer. Sin duda, los Estados pueden consignar sus dudas acerca de todo el ejercicio si se les invita en términos tan vagos. Por su parte, elaboraría un primer análisis y ofrecería a los Estados una información que éstos podrían valorar. Así pues, propone que se suprima totalmente la sección.

29. El Sr. PELLET estima que podría conservarse la parte más concreta del párrafo: podría preguntarse a los Estados si están de acuerdo con el concepto de «régimen autónomo» y si lo encuentran aceptable en el marco del derecho internacional. Señala que la equivalencia francesa *régime autonome* no quiere decir nada.

30. El Sr. KATEKA dice que los gobiernos tienen ya suficiente con dar respuesta a las preguntas de la Comisión, por lo que no habría que sobrecargarlos. Sería prudente suprimir la sección.

31. El Sr. TOMKA está de acuerdo. Además, la Comisión debería empezar por definir qué se entiende por «régimen autónomo». No debe pedirse a los gobiernos que hagan el trabajo que corresponde a la propia Comisión.

32. El Sr. SIMMA (Presidente del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional) dice que la expresión «régimen autónomo» fue utilizada por la CIJ en el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, de manera que debe existir una equivalencia en francés. Ahora bien, la forma en que la Corte empleó la expresión plantea problemas. Observa también que el aspecto temporal podría igualmente suscitar problemas si los gobiernos responden a la invitación, pues tendría que presentar en breve su informe; por ello, no quisiera recibir respuestas que no sean congruentes con el contenido de su documento.

Queda suprimido el párrafo 6.

Queda suprimida la sección.

Reservas a los tratados (A/CN.4/L.617/Add.1)

Párrafos 1 y 2

33. El Sr. TOMKA prefiere que la primera frase comience con las palabras siguientes: «La Comisión agradecería recibir [...] observaciones en relación con...».

34. El Sr. PELLET señala que debe corregirse la numeración de los párrafos 1 y 2. El párrafo 1 estaría constituido por el actual apartado *a* del párrafo 1, y el párrafo 2 estaría constituido por el apartado *b* del párrafo 1 y el actual párrafo 2.

Quedan aprobados los párrafos 1 y 2, en su forma enmendada.

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

Queda aprobada la sección.

Queda aprobado el capítulo III del proyecto de informe de la Comisión, en su forma enmendada.

CAPÍTULO I.—Organización del período de sesiones (A/CN.4/L.615 y Corr.1)

Párrafos 1 a 11

Quedan aprobados los párrafos 1 a 11.

Párrafo 3 bis

35. El Sr. PELLET dice que, en la versión francesa, deberían sustituirse las palabras *s'est félicitée* por *s'est déclarée satisfaite*.

36. El Sr. SEPÚLVEDA dice que en la versión en español, y tal vez también en inglés, no se insiste suficientemente en el hecho de que entre los nuevos miembros electos figuren algunas mujeres. Quedaría mejor en español: «[...] hecho de que hubiera mujeres entre los nuevos miembros elegidos [...]».

37. El PRESIDENTE dice que habría que efectuar una modificación análoga en la versión inglesa: [...] *that elections for the new quinquennium had included women as members*.

Queda aprobado el párrafo 3 bis, en su forma enmendada.

Párrafo 12

38. El PRESIDENTE dice que se ha omitido por inadvertencia en el proyecto de programa el tema «Recursos naturales compartidos».

Queda aprobado el párrafo 12, a reserva de incluir el tema omitido.

Queda aprobado el capítulo I, en su forma enmendada.

Queda aprobado el proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones en su conjunto, en su forma enmendada.

Clausura del período de sesiones

39. El PRESIDENTE cree que el nuevo quinquenio va a comenzar con buen pie y un programa coherente. Exhorta a los relatores especiales a que, además de seguir ofreciendo excelentes informes y propuestas, inspirados en el ejemplo del Sr. Dugard los presenten a su debido tiempo. La secretaria ha sobrepasado sus esperanzas. El Secretario, Sr. Mikulka, ha dado prueba de un conocimiento sólido de todos los aspectos del trabajo de la Comisión y ha dispuesto del apoyo de un excelente equipo que ha contribuido enormemente al éxito del período de sesiones. Declara, pues, clausurado el período de sesiones.

Se levanta la sesión a las 11.10 horas.