A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2006

Volumen II
Segunda parte

Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones

NACIONES UNIDAS



A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2006

Volumen II
Segunda parte

Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo octavo período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2013

ADVERTENCIA

Las signaturas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas signaturas 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… 2005*).

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.

A/CN.4/SER.A/2006/Add.l (Part 2)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

***Documento A/61/10*. Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones (1.º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)** **1**

Lista de documentos del 58.º período de sesiones **263**

DOCUMENTO A/61/10*

Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones (1.º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006)

ÍNDICE

			Página
Abreviaturas y siglas			7
Nota referida a las citas			7
Instrumentos multilaterales citados en el presente volumen			8
Capítulo		*Párrafos*	
I.	Organización del período de sesiones	1-12	17
	A. Composición de la Comisión	2-3	17
	B. Mesa y Mesa Ampliada	4-6	17
	C. Comité de Redacción	7-8	18
	D. Grupos de trabajo	9-10	18
	E. Secretaría	11	18
	F. Programa	12	18
II.	Resumen de la labor de la Comisión en su 58.º período de sesiones	13-25	20
III.	Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión	26-33	22
	A. Recursos naturales compartidos	26	22
	B. Responsabilidad de las organizaciones internacionales	27-28	22
	C. Las reservas a los tratados	29	22
	D. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)	30-31	22
	E. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	32-33	23
IV.	Protección diplomática	34-50	24
	A. Introducción	34-40	24
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	41-45	24
	C. Recomendación de la Comisión	46	25
	D. Homenaje al Relator Especial	47-48	25
	E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática	49-50	25
	1. Texto del proyecto de artículos	49	25
	2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios	50	27
	Protección Diplomática		27
	Primera Parte.—Disposiciones generales		28
	Artículo 1. Definición y alcance		28
	Comentario		28
	Artículo 2. Derecho a ejercer la protección diplomática		30
	Comentario		30
	Segunda Parte.—Nacionalidad		30
	Capítulo I. Principios generales		30
	Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad		30
	Comentario		30
	Capítulo II. Personas naturales		31
	Artículo 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural		31
	Comentario		31
	Artículo 5. Continuidad de la nacionalidad de una persona natural		32
	Comentario		33

* Distribuido inicialmente como *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 10*.

Capítulo *Página*

Artículo 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado ... 35
Comentario ... 35
Artículo 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad ... 36
Comentario ... 36
Artículo 8. Apátridas y refugiados ... 38
Comentario ... 38
CAPÍTULO III. PERSONAS JURÍDICAS ... 40
Artículo 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad ... 40
Comentario ... 40
Artículo 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad ... 41
Comentario ... 41
Artículo 11. Protección de los accionistas ... 42
Comentario ... 43
Artículo 12. Perjuicio directo a los accionistas ... 46
Comentario ... 46
Artículo 13. Otras personas jurídicas ... 47
Comentario ... 47
TERCERA PARTE.— RECURSOS INTERNOS ... 48
Artículo 14. Agotamiento de los recursos internos ... 48
Comentario ... 48
Artículo 15. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos ... 50
Comentario ... 50
CUARTA PARTE.— DISPOSICIONES DIVERSAS ... 55
Artículo 16. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática ... 55
Comentario ... 55
Artículo 17. Normas especiales de derecho internacional ... 56
Comentario ... 56
Artículo 18. Protección de la tripulación de un buque ... 57
Comentario ... 57
Artículo 19. Práctica recomendada ... 58
Comentario ... 58

Párrafos

V. 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) ... 51-67 62
A. Introducción ... 51-58 62
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 59-62 63
C. Recomendación de la Comisión ... 63 63
D. Homenaje al Relator Especial ... 64-65 64
E. Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas ... 66-67 64
1. Texto del proyecto de principios ... 66 64
2. Texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes ... 67 65
Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas ... 67 65
Comentario general ... 67 65
Preámbulo ... 67
Comentario ... 67
Principio 1. Ámbito de aplicación ... 68
Comentario ... 68
Principio 2. Términos empleados ... 71
Comentario ... 71
Principio 3. Propósitos ... 80
Comentario ... 80
Principio 4. Pronta y adecuada indemnización ... 85
Comentario ... 85
Principio 5. Medidas de respuesta ... 92
Comentario ... 93
Principio 6. Recursos internacionales y recursos internos ... 95
Comentario ... 95
Principio 7. Elaboración de regímenes internacionales específicos ... 99
Comentario ... 99

Capítulo *Página*

Principio 8. Aplicación ... 100
Comentario ... 100

Párrafos

VI. Recursos naturales compartidos ... 68-76 101
A. Introducción ... 68-69 101
B. Examen del tema en el presente período de sesiones ... 70-74 101
C. Texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión en primera lectura ... 75-76 101
1. Texto del proyecto de artículos ... 75 101
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios ... 76 104
El derecho de los acuíferos transfronterizos ... 104
Comentario general ... 104
Parte I.— Introducción ... 105
Artículo 1. Ámbito de aplicación ... 105
Comentario ... 105
Artículo 2. Términos empleados ... 106
Comentario ... 107
Parte II.— Principios generales ... 108
Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero ... 108
Comentario ... 108
Artículo 4. Utilización equitativa y razonable ... 109
Comentario ... 109
Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable ... 110
Comentario ... 110
Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero ... 112
Comentario ... 112
Artículo 7. Obligación general de cooperar ... 113
Comentario ... 113
Artículo 8. Intercambio regular de datos e información ... 114
Comentario ... 114
Parte III.— Protección, preservación y gestión ... 115
Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas ... 115
Comentario ... 115
Artículo 10. Zonas de recarga y descarga ... 116
Comentario ... 116
Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación ... 117
Comentario ... 117
Artículo 12. Vigilancia ... 118
Comentario ... 118
Artículo 13. Gestión ... 119
Comentario ... 119
Parte IV.— Actividades que afecten a otros Estados ... 120
Artículo 14. Actividades proyectadas ... 120
Comentario ... 121
Parte V.— Disposiciones diversas ... 122
Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo ... 122
Comentario ... 122
Artículo 16. Situaciones de emergencia ... 124
Comentario ... 124
Artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado ... 126
Comentario ... 126
Artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales ... 127
Comentario ... 127
Artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales ... 127
Comentario ... 127
VII. Responsabilidad de las organizaciones internacionales ... 77-91 129
A. Introducción ... 77-79 129
B. Examen del tema en el actual período de sesiones ... 80-89 129
C. Texto de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión ... 90-91 131
1. Texto de los proyectos de artículo ... 90 131

Capítulo			*Párrafos*	*Página*
	2.	Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones	91	134
	Capítulo V.	Circunstancias que excluyen la ilicitud		134
		Comentario general		134
	Artículo 17.	Consentimiento		135
		Comentario		135
	Artículo 18.	Legítima defensa		135
		Comentario		135
	Artículo 19.	Contramedidas		136
	Artículo 20.	Fuerza mayor		136
		Comentario		136
	Artículo 21.	Peligro extremo		137
		Comentario		137
	Artículo 22.	Estado de necesidad		138
		Comentario		138
	Artículo 23.	Cumplimiento de normas imperativas		139
		Comentario		139
	Artículo 24.	Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud		140
		Comentario		140
	Capítulo (x).	Responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional		140
		Comentario general		140
	Artículo 25.	Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional		141
		Comentario		141
	Artículo 26.	Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional		141
		Comentario		141
	Artículo 27.	Coacción ejercida sobre una organización internacional por un Estado		142
		Comentario		142
	Artículo 28.	Responsabilidad internacional en caso de atribución de competencia a una organización internacional		142
		Comentario		142
	Artículo 29.	Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización		144
		Comentario		144
	Artículo 30.	Efecto del presente capítulo		146
		Comentario		146
VIII.	Las reservas a los tratados		92-159	147
	A.	Introducción	92-100	147
	B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	101-157	148
	1.	Presentación por el Relator Especial de la segunda parte de su décimo informe	108-118	148
	2.	Resumen del debate	119-143	150
	3.	Conclusiones del Relator Especial	144-157	151
	C.	Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión	158-159	152
	1.	Texto de los proyectos de directriz	158	152
	2.	Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 58.º período de sesiones	159	158
	3.	Validez de las reservas y declaraciones interpretativas		158
		Comentario general		158
	3.1	Validez material de una reserva		159
		Comentario		159
	3.1.1	Reservas expresamente prohibidas por el tratado		162
		Comentario		162
	3.1.2	Definición de determinadas reservas		165
		Comentario		165
	3.1.3	Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado		169
		Comentario		169
	3.1.4	Validez de determinadas reservas		171
		Comentario		171
	1.6	Alcance de las definiciones		172
		Comentario		172

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	2.1.8 [2.1.7 *bis*] Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas		173
	Comentario		173
IX.	Actos unilaterales de los Estados	160-177	175
A.	Introducción	160-166	175
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	167-170	175
C.	Homenaje al Relator Especial	171-172	176
D.	Texto de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas aprobado por la Comisión	173-177	176
	Nota introductoria	173-175	176
	1. Texto de los principios rectores	176	177
	2. Texto de los principios rectores y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones	177	178
	Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas		178
	Principio 1		178
	Comentario		178
	Principio 2		178
	Comentario		178
	Principio 3		178
	Comentario		179
	Principio 4		179
	Comentario		179
	Principio 5		180
	Comentario		180
	Principio 6		181
	Comentario		181
	Principio 7		181
	Comentario		181
	Principio 8		182
	Comentario		182
	Principio 9		182
	Comentario		182
	Principio 10		182
	Comentario		183
X.	Efectos de los conflictos armados en los tratados	178-211	184
A.	Introducción	178-180	184
B.	Examen del tema en el actual período de sesiones	181	184
1.	Observaciones generales sobre el tema	182-185	184
	a) Presentación por el Relator Especial	182-183	184
	b) Resumen del debate	184	184
	c) Observaciones finales del Relator Especial	185	184
2.	Artículo 1. Alcance	186-188	185
	a) Presentación por el Relator Especial	186	185
	b) Resumen del debate	187	185
	c) Observaciones finales del Relator Especial	188	185
3.	Artículo 2. Términos empleados	189-198	185
	a) Presentación por el Relator Especial	189-190	185
	b) Resumen del debate	191-196	185
	c) Observaciones finales del Relator Especial	197-198	186
4.	Artículo 3. terminación o suspensión de la aplicación *ipso facto*	199-200	186
	a) Presentación por el Relator Especial	199	186
	b) Resumen del debate	200	186
5.	Artículo 4. Los indicios de la posibilidad de terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado	201-204	186
	a) Presentación por el Relator Especial	201-202	186
	b) Resumen del debate	203	187
	c) Observaciones finales del Relator Especial	204	187
6.	Artículo 5. Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados	205-206	187
	a) Presentación por el Relator Especial	205	187
	b) Resumen del debate	206	187
7.	Artículo 6. Tratados relativos al motivo para recurrir al conflicto armado	207-208	187
	a) Presentación por el Relator Especial	207	187
	b) Resumen del debate	208	187

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
	8. Artículo 7. Aplicación de los tratados que por su objeto y fin son necesariamente aplicables	209-211	187
	a) Presentación por el Relator Especial	209	188
	b) Resumen del debate	210	188
	c) Observaciones finales del Relator Especial	211	188
XI.	La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)	212-232	189
	A. Introducción	212-213	189
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	214-232	189
	1. Presentación por el Relator Especial	215-219	189
	2. Resumen del debate	220-229	189
	3. Conclusiones del Relator Especial	230-239	190
XII.	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional	233-251	192
	A. Introducción	233-236	192
	B. Examen del tema en el actual período de sesiones	237-239	193
	C. Homenaje al Grupo de Estudio y a su Presidente	240	193
	D. Informe del Grupo de Estudio	241	193
	1. Antecedentes	241-250	193
	2. Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio	251	195
	a) Generalidades		195
	b) La máxima *lex specialis derogat legi generali*		195
	c) Regímenes especiales («autónomos»)		196
	d) Apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados		197
	e) Conflictos entre normas sucesivas		199
	f) La jerarquía normativa en el derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas		200
XIII.	Otras decisiones y conclusiones de la Comisión	252-291	203
	A. Expulsión de extranjeros	252	203
	B. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación	253-269	203
	1. Programa de trabajo a largo plazo	256-261	203
	2. Documentación y publicaciones	262-267	205
	3. Reunión con expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas	268	205
	4. Honorarios	269	205
	C. Fecha y lugar de celebración del 59.º período de sesiones de la Comisión	270	205
	D. Cooperación con otros organismos	271-274	205
	E. Representación en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General	275-276	206
	F. Seminario de derecho internacional	277-291	206
Anexos			
I.	Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado		209
II.	Inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales		219
III.	Protección de las personas en casos de desastre		224
IV.	La protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información		236
V.	La jurisdicción extraterritorial		250

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
ACNUR	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
CEPE	Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
CERN	Organización Europea de Investigaciones Nucleares
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
FICR	Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja
FIDAC	Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos
IAH	Asociación Internacional de Hidrogeólogos
IGRAC	Centro Internacional de Evaluación de los Recursos de Aguas Subterráneas
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
OUA	Organización de la Unidad Africana
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
TANU	Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas
TIDM	Tribunal Internacional del Derecho del Mar
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales – Unión Mundial para la Naturaleza
UIT	Unión Internacional de Comunicaciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNMIK	Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo

*

* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n.os 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n.os 40 a 80, a partir de 1931)

*

* *

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 la Internet de la Comisión de Derecho Internacional es la siguiente: **www.un.org/law/ilc/index.htm**.

INSTRUMENTOS MULTILATERALES CITADOS EN EL PRESENTE VOLUMEN

	Fuente
Arreglo pacífico de conflictos internacionales	
Pacto de la Sociedad de las Naciones (Versalles, 28 de abril de 1919)	Sociedad de las Naciones, *Official Journal*, n.º 1, febrero de 1920, pág. 3.
Acta General de Arbitraje (Arreglo pacífico de desacuerdos internacionales) (Ginebra, 26 de septiembre de 1928)	Ibíd., *Recueil des Traités*, vol. XCIII, n.º 2123.
Protocolo relativo al mecanismo de prevención, gestión, solución de conflictos, mantenimiento de la paz y seguridad (Lomé, 10 de diciembre de 1999)	*Cooperating for Peace in West Africa. An Agenda for the 21st Century*, A. Ayissi (ed.), Ginebra, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme, 2001.
Privilegios e inmunidades, relaciones diplomáticas y consulares	
Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de febrero de 1946)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1, n.º 4, pág. 15, y vol. 90, pág. 327.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., 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.
Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 8 de diciembre de 1969)	Ibíd., vol. 1400, n.º 23431, pág. 231.
Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Nueva York, 14 de diciembre de 1973)	Ibíd., vol. 1035, n.º 15410, pág. 167.
Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal (Viena, 14 de marzo de 1975)	Ibíd., *Anuario Jurídico 1975* (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2 de diciembre de 2004)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/59/49), vol. I, resolución 59/38, anexo.
Derechos humanos	
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités,* 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, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte (Estrasburgo, 28 de abril de 1983)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1496, n.º 2889, pág. 280.
Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Ibíd., vol. 2061, n.º 2889, pág. 7. En español véanse España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 152-1998, 26 de junio de 1998, y n.º 223-1998, 17 de septiembre de 1998.
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 193, n.º 2613, pág. 135.
Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956)	Ibíd., vol. 266, n.º 3822, pág. 3.
Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (París, 15 de diciembre de 1960)	Ibíd., vol. 429, n.º 6193, pág. 93.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965). Abierta a la firma en Nueva York, el 7 de marzo de 1966.	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 993, n.º 14531, pág. 3.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.

Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Convenio europeo sobre adopción (Estrasburgo, 24 de abril de 1967)	Ibíd., vol. 634, n.º 9067, pág. 255.
Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 1144, n.º 17955, pág. 123.
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.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 6 de octubre de 1999)	Ibíd., vol. 2131, pág. 83.
Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Estrasburgo, 28 de enero de 1981)	Ibíd., vol. 1496, n.º 25702, pág. 65.
Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos (Estrasburgo, 8 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2297, n.º 25702, pág. 195.
Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 27 de junio de 1981)	Ibíd., vol. 1520, n.º 26363, pág. 217.
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984)	Ibíd., vol. 1465, n.º 24841, pág. 85.
Convención Europea sobre la prevención de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 de noviembre de 1987)	Ibíd., vol. 1561, n.º 27161, pág. 363.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (Addis Abeba, 11 de julio de 1990)	OUA, documento CAB/LEG/24.9/49 (1990).
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)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, 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.

Nacionalidad y apatridia

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 (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 asilo territorial (Caracas, 28 de marzo de 1954)	Ibíd., vol. 1438, n.º 24378, pág. 127.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5158, pág. 117.
Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada (Nueva York, 20 de febrero de 1957)	Ibíd., vol. 309, n.º 4468, pág. 65.
Convención para reducir los casos de apatridia (Nueva York, 30 de agosto de 1961)	Ibíd., vol. 989, n.º 14458, pág. 175.
Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África (Addis Abeba, 10 de septiembre de 1969)	Ibíd., vol. 1001, n.º 14691, pág. 45.
Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Ibíd., vol. 2135, n.º 37248, pág. 213.

Comercio internacional y desarrollo

Acuerdo para la importación temporal en régimen de franquicia aduanera, a título de préstamo gratuito y con fines diagnósticos o terapéuticos, de material medicoquirúrgico y de laboratorio destinado a los establecimientos sanitarios (Estrasburgo, 28 de abril de 1960)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 376, n.º 5377, pág. 111.
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 21 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 484, n.º 7041, pág. 349.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibíd., vol. 575, n.º 8359, pág. 159.
Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (revisado) (Kyoto, 18 de mayo de 1973; Protocolo de enmienda, Bruselas, 26 de junio de 1999)	Ibíd., vol. 950, n.º 13561, pág. 269, y vol. 2370, pág. 27.
Convenio Internacional del Azúcar, 1977 (Ginebra, 7 de octubre de 1977)	Ibíd., vol. 1064, n.º 16200, pág. 219.
Convenio relativo a la admisión temporal (Estambul, 26 de junio de 1990)	Ibíd., vol. 1762, n.º 30667, pág. 121.
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio) (Marrakech, 15 de abril de 1994)	Ibíd., vols. 1867 a 1869, n.º 31874.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 23 de noviembre de 2005)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/60/49), resolución 60/21, anexo.
Transportes y comunicaciones	
Convenio sobre el Transporte Internacional por Ferrocarril (Berna, 9 de mayo de 1980)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1397, n.º 23353, pág. 2.
Asuntos jurídicos	
Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 19 de marzo de 1940)	OEA, *Serie sobre Tratados*, n.º 34, pág. 71.
Convenio europeo de extradición (París, 13 de diciembre de 1957)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 359, n.º 5146, pág. 273.
Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de septiembre de 1968)	Ibíd., vol. 1262, n.º 20747, pág. 153. Véase la versión enmendada en *International Legal Materials*, vol. 29 (1990), pág. 1413.
Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1977)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1299, n.º 21537, pág. 3. En español véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 236, de 2 de octubre de 1987.
Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 8 de mayo de 1979)	*International Legal Materials*, vol. 18 (1979), pág. 1224.
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.
Convencion Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extrajeras (La Paz, 24 de mayo de 1984)	*International Legal Materials*, vol. 24 (1985), pág. 468.
Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Lugano, 16 de septiembre de 1988)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1659, n.º 28551, pág. 13.
Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 9 de diciembre de 1994)	Ibíd., vol. 2051, n.º 35457, pág. 363.
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (Nueva York, 8 de diciembre de 2005)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 49* (A/60/49), resolución 60/42, anexo.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n.º 38544, pág. 3.
Convenio sobre cibercriminalidad (Budapest, 23 de noviembre de 2001)	Ibíd., vol. 2296, n.º 40916, pág. 167.
Navegación	
Convenio para asegurar a todas las Potencias y en todo tiempo el libre uso del Canal de Suez (Constantinopla, 29 de octubre de 1888)	*Colección de los tratados, convenios y documentos internacionales celebrados por nuestros Gobiernos con los Estados extranjeros desde el reinado de Doña Isabel II hasta nuestros días*, Marqués de Olivart (ed.), vol. 9, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1899, pág. 353.
Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a la Competencia Penal en Materia de Abordajes u Otros Accidentes de Navegación (Bruselas, 10 de mayo de 1952)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 439, n.º 6332, pág. 233.
Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (Londres, 9 de abril de 1965)	Ibíd., vol. 591, n.º 8564, pág. 265.
Convenio internacional sobre la seguridad de los contenedores (CSC) (Ginebra, 2 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1064, n.º 16198, pág. 3.
Derecho del mar	
Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 516, n.º 7477, pág. 241.
Convención sobre la plataforma continental	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.

Convención sobre la alta mar	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 11.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 3.
Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (Nueva York, 4 de agosto de 1995)	Ibíd., vol. 2167, n.º 37924, pág. 3.
Derecho aplicable a los conflictos armados	
Convenciones de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre: Convención II (La Haya, 29 de julio de 1899), Convención IV (La Haya, 18 de octubre de 1907) y Convención IX relativa al bombardeo por las fuerzas navales en tiempo de guerra (La Haya, 18 de octubre de 1907)	*Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1916 (Convenciones II y IV); D.Schindler y J. Toman, *The Laws of Armed Conflicts*, La Haya, Martinus Nihjoff, 1988 (Convención IX).
Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (anexo a las Convenciones II y IV de La Haya de 1899 y 1907)	*Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907*, J. B. Scott (ed.), Nueva York, Oxford University Press, 1916. Véase también CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, pág. 326.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 3.ª serie, vol. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Hungría (Tratado de Paz de Trianón) (Trianón, 4 de junio de 1920)	Ibíd., vol. XII, pág. 423.
Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra (Ginebra, 12 de agosto de 1949)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 75, n.os 970 a 973, págs. 31 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12.ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º 970, pág. 31. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12. ª ed., Ginebra, 1983, págs. 23 y ss.
Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º 971, págs. 85 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12. ª ed., Ginebra, 1983, págs. 47 y ss.
Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º 972, págs. 135 y ss. En español véase CICR, *Manual de la Cruz Roja Internacional*, 12. ª ed., Ginebra, 1983, págs. 68 y ss.
Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, n.º 973, págs. 287 y ss. En español véase CICR, Manual de la Cruz R*oja Internacional*, 12. ª ed., Ginebra, 1983, págs. 138 y ss.
Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Ginebra, 8 de junio de 1977)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n.os 17512 y 17513, págs. 3 y 609.
Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954)	Ibíd., vol. 249, n.º 3511, pág. 215.
Desarme	
Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares (Londres, Moscú y Washington D.C., 1.º de julio de 1968)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 729, n.º 10485, pág. 161.

Derecho de los tratados

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibíd., vol 1946, n.º 33356, pág. 3.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.

Responsabilidad

Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 956, n.º 13706, pág. 251.
Protocolo adicional al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 28 de enero de 1964)	Ibíd.
Protocolo de enmienda a la Convención acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear tal y como había sido enmendada por su Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 (París, 16 de noviembre de 1982)	Ibíd., vol. 1519, anexo A, n.º 13706, pág. 329.
Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 (París, 12 de febrero de 2004)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 97, de 1.º de abril de 2004, pág. 55.
Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (Bruselas, 25 de mayo de 1962)	OIEA, *Convenciones internacionales sobre responsabilidad civil por daños nucleares*, Colección jurídica n.º 4 (ed. revisada), Viena, 1976, pág. 236.
Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1063, n.º 16197, pág. 265.
Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 12 de septiembre de 1997)	Ibíd., vol. 2241, pág. 270.
Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Bruselas, 29 de noviembre de 1969)	Ibíd., vol. 973, n.º 14097, pág. 3.
Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (Londres, 27 de noviembre de 1992)	Ibíd., vol. 1956, n.º 14097, pág. 255.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington D.C., 29 de marzo de 1972)	Ibíd., vol. 961, n.º 13810, pág. 187.
Convenio europeo sobre responsabilidad civil nacida de daños causados por vehículos automóviles (Estrasburgo, 14 de mayo de 1973)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 79.
Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos (Londres, 1.º de mayo de 1977)	PNUMA, *Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Serie referencias 3, Nairobi, 1982, pág. 44. Véase también *International Legal Materials*, vol. 16 (1977), pág. 1451.
Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT) (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicación de las Naciones Unidas (n.º de venta: F.90.II.E.39).
Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (Lugano, 21 de junio de 1993)	Consejo de Europa, *Série des traités européens*, n.º 150.
Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) (Londres, 3 de mayo de 1996)	*HNS Convention*, publicación de la Organización Marítima Internacional (n.º de venta: IMO-479E).
Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 10 de diciembre de 1999)	UNEP/CHW.5/29, anexo III.
Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques (Londres, 23 de marzo de 2001)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 2001* (n.º de venta: S.04.V.12), pág. 390.

Espacio ultraterrestre

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Moscú, Londres y Washington D.C., 27 de enero de 1967)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 610, n.º 8843, pág. 205.

Terrorismo	
Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1316, n.º 21931, pág. 205.
Aviación civil	
Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 7 de diciembre de 1944)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 15, n.º 102, pág. 295.
Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 7 de octubre de 1952)	Ibíd., vol. 310, n.º 4493, pág. 181.
Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio, 14 de septiembre de 1963)	Ibíd., vol. 704, n.º 10106, pág. 219.
Telecomunicaciones	
Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza (Estrasburgo, 5 de mayo de 1989)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1966, n.º 33611, pág. 265.
Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe (Tampere, 18 de junio de 1998)	Ibíd., vol. 2296, n.º 40906, pág. 5.
Medio ambiente	
Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 18 de diciembre de 1971)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1110, n.º 17146, pág. 57.
Protocolo de 1992 que enmienda del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Londres, 27 de noviembre de 1992)	Ibíd., vol. 1953, pág. 330.
Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Londres, México, Moscú y Washington D.C., 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, n.º 15749, pág. 122.
Protocolo de 1996 del Convenio de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Londres, 7 de noviembre de 1996)	*International Legal Materials*, vol. 36 (1997), pág. 7.
Convención sobre la protección del medio ambiente (con protocolo) (Estocolmo, 19 de febrero de 1974)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1092, n.º 16770, pág. 279.
Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros (Bonn, 3 de diciembre de 1976)	Ibíd., vol. 1404, n.º 23469, pág. 59.
Protocolo adicional al Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros (Bruselas, 25 de septiembre de 1991)	Ibíd., vol. 1840, pág. 372.
Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, n.º 26164, pág. 293.
Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (Kuala Lumpur, 9 de julio de 1985)	UICN, *Droit international de l'environnement - Traités multilatéraux,* t. VI, Erich Schmidt Verlag, Berlín, pág. 985.
Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1439, n.º 24404, pág. 275.
Convención para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en la región del Pacífico sur (Numea, 25 de noviembre de 1986)	*Revue générale de droit international public*, vol. 92 (1988), pág. 776.
Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	Ibíd., vol. 93 (1989/1), pág. 182. Véase también *International Legal Materials*, vol. 27 (1988), pág. 859.
Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Basilea, 22 de marzo de 1989)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1673, n.º 28911, pág. 57.
Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990 (Londres, 30 de noviembre de 1990)	Ibíd., vol. 1891, n.º 32194, pág. 51.
Convención de Bamako relativa a la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos (Bamako, 30 de enero de 1991)	Ibíd., vol. 2101, n.º 36508, pág. 177.
Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Ibíd., vol. 1989, n.º 34028, pág. 309. En español véase *Repertorio Cronológico de Legislación 1997*, Pamplona, Aranzadi, marginal 1562.
Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2105, n.º 36605, pág. 457.
Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (Kiev, 21 de mayo de 2003)	ECE/MP.WAT/11.

Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1936, n.º 33207, pág. 269.
Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (Londres, 17 de junio de 1999)	Ibíd., vol. 2331, pág. 202.
Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico (Helsinki, 9 de abril de 1992)	Ibíd., vol 2099, n.º 36495, pág 195.
Convenio sobre la protección del mar Negro contra la contaminación (Bucarest, 21 de abril de 1992)	Ibíd., vol. 1764, n.º 30674, pág. 3.
Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 9 de mayo de 1992)	Ibíd., vol. 1771, n.º 30822, pág. 107.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 79.
Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de enero de 2000)	Ibíd., vol. 2226, pág. 208.
Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR) (París, 22 de septiembre 1992)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 104, de 3 de abril de 1998, pág. 2.
Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (Sofía, 29 de junio de 1994)	Ibíd., n.º L 342, de 12 de diciembre de 1997, pág. 19.
Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (París, 14 de octubre de 1994)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1954, n.º 33480, pág. 3.
Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (Barcelona, 10 de junio de 1995)	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente/Plan de Acción para el Mediterráneo, *Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean and its Protocols*, Atenas, 2005, pág. 1.
Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Nueva York, 21 de mayo de 1997)	*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 49*, vol. III, resolución 51/229, anexo.
Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares (Viena, 12 de septiembre de 1997)	OIEA, doc. GOV/INF/822-GC(41)/INF/13 y Corr. (N5-52 Circ. [Depositary Notification]). Véase también *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), pág. 1473.
Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2161, n.º. 37770, pág. 447.
Convenio sobre la protección del Rin (Berna, 12 de abril de 1999)	*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 289, de 16 de noviembre de 2000, pág. 31.
Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (Windhoek, 7 de agosto de 2000)	S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in international law. Compilation of treaties and other legal instruments*, Roma, FAO/UNESCO, 2005, pág. 102. Véase también *International Legal Materials*, vol. 40, n.º 2 (marzo de 2001), pág. 321.
Programa para la formulación de una estrategia regional de utilización del sistema del acuífero de arenisca nubio - Marco general para la vigilancia y el intercambio de datos del sistema del acuífero de arenisca nubio (Trípoli, 5 de octubre de 2000)	S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in international law. Compilation of treaties and other legal instruments*, Roma, FAO/UNESCO, 2005, pág. 4.
Acuerdo Tripartito Provisional entre la República de Mozambique, la República de Sudáfrica y el Reino de Swazilandia para la cooperación en la protección y utilización sostenible de los recursos hídricos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo (Johanesburgo, 29 de agosto de 2002)	Ibíd., pág. 158.
Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava (Kranjska Gora, 3 de diciembre de 2002)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2366, n.º 42662.
Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos (Kiev, 22 de mayo de 2003)	S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in international law. Compilation of treaties and other legal instruments*, Roma, FAO/UNESCO, 2005, pág. 119.
Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (Dar es Salaam, 12 de junio de 2003)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2338, n.º 41902, pág. 43.

Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (Maputo, 11 de julio de 2003)	*International Environmental Law – Multilateral Treaties*, W. E. Burhenne (ed.), La Haya, Kluwer Law International, vol. IX, pág. 52.
Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del lago Victoria (Arusha, 29 de noviembre de 2003)	S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in international law. Compilation of treaties and other legal instruments*, Roma, FAO/UNESCO, 2005, pág. 198.

Derecho internacional general

Convención y estatutos constitutivos de la Unión Internacional de Socorros (Ginebra, 12 de julio de 1927)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CXXXV (1932-1933), n.º 3115, pág. 247.
Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional (Washington D.C., 27 de diciembre de 1945)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2, n.º 20, pág. 39.
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957)	Ibíd., vol. 294, n.º 4300, pág. 3. Véase también la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 340, 10 de noviembre de 1997, pág. 173.
Tratado Antártico (Washington D.C., 1.º de diciembre de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 402, n.º 5778, pág. 71.
Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991, y Estocolmo, 17 de junio de 2005 (Anexo VI))	UICN, *Droit international de l'environnement – Traités multilatéraux*, t. VII, Erich Schmidt, Berlín, pág. 991. Véase también *International Legal Materials*, vol. 45, n.º 1 (enero de 2006), pág. 5 (Anexo VI).
Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (París, 14 de noviembre de 1970)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 823, n.º 11806, pág. 231.
Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (París, 16 de noviembre de 1972)	Ibíd., vol. 1037, n.º 15511, pág. 151.
Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (Viena, 26 de septiembre de 1986)	Ibíd., vol. 1457, n.º 24643, pág. 133.
Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (Santiago, 7 de junio de 1991)	OEA, *Documentos Oficiales*, OEA/Ser.A/49 (SEPF).
Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París, 17 de octubre de 2003)	UNESCO, documento MISC/2003/CLT/CH/14.
Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia (Ventiane, 26 de julio de 2005)	*ASEAN agreement on disaster management and emergency response*, Jakartha, ASEAN Secretariat, 2006.

Capítulo I

ORGANIZACIÓN DEL PERÍODO DE SESIONES

1. La Comisión de Derecho Internacional celebró en su sede de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra la primera parte de su 58.º período de sesiones del 1.º de mayo al 9 de junio de 2006 y la segunda parte del 3 de julio al 11 de agosto de 2006. Declaró abierto el período de sesiones el Sr. Djamchid Momtaz, Presidente de la Comisión en su 57.º período de sesiones.

A. Composición de la Comisión

2. La Comisión está integrada por los siguientes miembros:

Sr. Emmanuel Akwei Addo (Ghana);

Sr. Husain Al-Baharna (Bahrein);

Sr. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar);

Sr. João Clemente Baena Soares (Brasil);

Sr. Ian Brownlie (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte);

Sr. Enrique Candioti (Argentina);

Sr. Choung Il Chee (República de Corea);

Sr. Pedro Comissário Afonso (Mozambique);

Sr. Riad Daoudi (República Árabe Siria);

Sr. Christopher John Robert Dugard (Sudáfrica);

Sr. Constantin Economides (Grecia);

Sra. Paula Escarameia (Portugal);

Sr. Salifou Fomba (Malí);

Sr. Giorgio Gaja (Italia);

Sr. Zdzislaw Galicki (Polonia);

Sr. Peter Kabatsi (Uganda);

Sr. Maurice Kamto (Camerún);

Sr. James Lutabanzibwa Kateka (República Unida de Tanzanía);

Sr. Fathi Kemicha (Túnez);

Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Federación de Rusia);

Sr. Martti Koskenniemi (Finlandia);

Sr. William Mansfield (Nueva Zelandia);

Sr. Michael Matheson (Estados Unidos de América);

Sr. Teodor Viorel Melescanu (Rumania);

Sr. Djamchid Momtaz (República Islámica del Irán);

Sr. Bernd Niehaus (Costa Rica);

Sr. Didier Opertti Badan (Uruguay);

Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabón);

Sr. Alain Pellet (Francia);

Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (India);

Sr. Víctor Rodríguez Cedeño (Venezuela);

Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia) (véase párr. 3 *infra*);

Sra. Hanqin Xue (China);

Sr. Chusei Yamada (Japón).

3. En su 2867.ª sesión, celebrada el 1.º de mayo de 2006, la Comisión eligió al Sr. Eduardo Valencia-Ospina (Colombia) para llenar la vacante imprevista creada por la elección del Sr. Bernardo Sepúlveda a la CIJ.

B. Mesa y Mesa Ampliada

4. En su 2867.ª sesión, celebrada el 1.º de mayo de 2006, la Comisión eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda

Primer Vicepresidente: Sr. Giorgio Gaja

Segundo Vicepresidente: Sr. Víctor Rodríguez Cedeño

Presidente del Comité de Redacción: Sr. Roman A. Kolodkin

Relatora: Sra. Hanqin Xue.

5. La Mesa Ampliada de la Comisión estuvo integrada por los miembros de la Mesa del actual período de sesiones, los anteriores Presidentes de la Comisión[1] y los Relatores Especiales[2].

6. Por recomendación de la Mesa Ampliada, la Comisión estableció un Grupo de Planificación integrado por los miembros siguientes: Sr. Giorgio Gaja (Presidente), Sr. Emmanuel Akwei Addo, Sr. Enrique Candioti, Sr. Pedro Comissário Afonso, Sr. Riad Daoudi, Sra. Paula Escarameia, Sr. Salifou Fomba, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Maurice Kamto, Sr. James

[1] Sr. João Clemente Baena Soares, Sr. Enrique Candioti, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Peter Kabatsi, Sr. Djamchid Momtaz, Sr. Alain Pellet, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao y Sr. Chusei Yamada.

[2] Sr. Ian Brownlie, Sr. Christopher John Robert Dugard, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Maurice Kamto, Sr. Alain Pellet, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Víctor Rodríguez Cedeño y Sr. Chusei Yamada.

Lutabanzibwa Kateka, Sr. Fathi Kemicha, Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin, Sr. Teodor Viorel Melescanu, Sr. Djamchid Momtaz, Sr. Bernd Niehaus, Sr. Alain Pellet, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Chusei Yamada y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

C. Comité de Redacción

7. En sus sesiones 2871.ª, 2874.ª, 2880.ª y 2881.ª, celebradas respectivamente los días 5, 11, 23 y 30 de mayo de 2006, la Comisión estableció un Comité de Redacción integrado por los siguientes miembros para los temas que se indican a continuación:

a) Protección diplomática: Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Presidente), Sr. Christopher John Robert Dugard (Relator Especial), Sr. Ian Brownlie, Sr. Enrique C andioti, Sr. Choung Il Chee, Sr. Constantin Economides, Sra. Paula Escarameia, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Fathi Kemicha, Sr. William Mansfield, Sr. Michael Matheson, Sr. Djamchid Momtaz, Sr. Chusei Yamada y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

b) 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): Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Presidente), Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Relator Especial), Sr. João Clemente Baena Soares, Sr. Enrique Candioti, Sr. Choung Il Chee, Sr. Riad Daoudi, Sra. Paula Escarameia, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Martti Koskenniemi, Sr. William Mansfield, Sr. Michael Matheson, Sr. Chusei Yamada y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

c) Las reservas a los tratados: Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Presidente), Sr. Alain Pellet (Relator Especial), Sra. Paula Escarameia, Sr. Salifou Fomba, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Michael Matheson, Sr. Chusei Yamada y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

d) Responsabilidad de las organizaciones internacionales: Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Presidente), Sr. Giorgio Gaja (Relator Especial), Sr. Constantin Economides, Sra. Paula Escarameia, Sr. William Mansfield, Sr. Michael Matheson, Sr. Djamchid Momtaz, Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Sr. Chusei Yamada y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

e) Recursos naturales compartidos: Sr. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Presidente), Sr. Chusei Yamada (Relator Especial), Sr. Enrique Candioti, Sr. Pedro Comissário Afonso, Sr. Riad Daoudi, Sra. Paula Escarameia, Sr. Salifou Fomba, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. William Mansfield, Sr. Michael Matheson, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

8. El Comité de Redacción celebró un total de 28 sesiones sobre los cinco temas indicados.

D. Grupos de trabajo

9. En sus sesiones 2868.ª, 2877.ª y 2888.ª, celebradas respectivamente los días 2 y 17 de mayo y 5 de julio de 2006, la Comisión también volvió a establecer los siguientes Grupos de Trabajo y Grupo de Estudio:

a) *Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos.* Sr. Enrique Candioti (Presidente), Sr. Chusei Yamada (Relator Especial), Sr. João Clemente Baena Soares, Sr. Pedro Comissário Afonso, Sr. Riad Daoudi, Sra. Paula Escarameia, Sr. Salifou Fomba, Sr. Giorgio Gaja, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Peter Kabatsi, Sr. William Mansfield, Sr. Michael Matheson, Sr. Didier Opertti Badan, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

b) *Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional*: *dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (de composición abierta). Sr. Martti Koskenniemi (Presidente).

c) *Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados* (de composición abierta). Sr. Alain Pellet (Presidente).

10. Se reconstituyó el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, que estuvo integrado por los siguientes miembros: Sr. Alain Pellet (Presidente), Sr. João Clemente Baena Soares, Sr. Zdzislaw Galicki, Sr. Maurice Kamto, Sr. Martti Koskenniemi y Sra. Hanqin Xue (*ex officio*).

E. Secretaría

11. El Sr. Nicolas Michel, Subsecretario General, Asesor Jurídico, representó al Secretario General. El Sr. Václav Mikulka, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos, hizo las veces de Secretario de la Comisión y, en ausencia del Asesor Jurídico, representó al Secretario General. La Sra. Mahnoush H. Arsanjani, Directora Adjunta de la División de Codificación, desempeñó la función de Secretaria Adjunta de la Comisión. El Sr. George Korontzis, oficial jurídico principal, desempeñó la función de Secretario Auxiliar Principal de la Comisión; el Sr. Trevor Chimimba, oficial jurídico superior, desempeñó las funciones de Secretario Auxiliar Superior. El Sr. Arnold Pronto, oficial jurídico, el Sr. Michele Ameri y el Sr. Gionata Buzzini, oficiales jurídicos asociados, actuaron en calidad de Secretarios Auxiliares de la Comisión.

F. Programa

12. En su 2867.ª sesión, la Comisión aprobó el programa de su 58.º período de sesiones, que comprendía los siguientes temas:

1. Organización de los trabajos del período de sesiones.
2. Protección diplomática.
3. Respo nsabilidad 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).
4. Responsabilidad de las organizaciones internacionales.
5. Recursos naturales compartidos.
6. Actos unilaterales de los Estados.
7. Las reservas a los tratados.

8. Expulsión de extranjeros.

9. Efectos de los conflictos armados en los tratados.

10. La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*).

11. Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional.

12. Programa, procedimientos, métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación.

13. Cooperación con otros organismos.

14. Fecha y lugar de celebración del 59.° período de sesiones.

15. Otros asuntos.

Capítulo II

RESUMEN DE LA LABOR DE LA COMISIÓN EN SU 58.º PERÍODO DE SESIONES

13. Con respecto al tema «Protección diplomática», la Comisión examinó el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/567). Posteriormente la Comisión concluyó la segunda lectura del tema. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática (véase cap. IV).

14. En lo relativo al tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)», la Comisión examinó el tercer informe del Relator Especial (A/CN.4/566). Posteriormente la Comisión concluyó la segunda lectura del tema. De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que apruebe el proyecto de principios mediante una resolución e inste a los Estados a que adopten en los ámbitos interno e internacional disposiciones para llevarlos a efecto (véase cap. V).

15. En cuanto al tema «Recursos naturales compartidos», la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre las aguas subterráneas transfronterizas para que terminara el examen del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial en su tercer informe[3]; remitió 19 proyectos de artículo revisados al Comité de Redacción; y posteriormente aprobó en primera lectura una serie de proyectos de artículo sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, con sus comentarios (véase cap. VI).

16. En lo que se refiere al tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales», la Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/564 y Add.1 y 2) y aprobó 14 proyectos de artículo, con sus comentarios, sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud y sobre la responsabilidad de un Estado en relación con un hecho de una organización internacional (véase cap. VII).

17. Con respecto al tema «Las reservas a los tratados», la Comisión examinó la segunda parte del décimo informe del Relator Especial[4] y remitió al Comité de Redacción 16 proyectos de directriz sobre la definición del objeto y el fin del tratado y la determinación de la validez de las reservas. La Comisión aprobó también cinco proyectos de directriz sobre la validez de las reservas, con sus comentarios. Además, la Comisión volvió a examinar, con arreglo a una nueva terminología, dos proyectos de directriz sobre el alcance de las definiciones y el procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas, que ya habían sido aprobados (véase cap. VIII).

18. En lo que concierne al tema «Actos unilaterales de los Estados», la Comisión examinó el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/569 y Add.1), que contenía 11 proyectos de principio, y volvió a constituir el Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados con el mandato de preparar conclusiones y principios sobre el tema. La Comisión aprobó un total de 10 principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y señaló los principios rectores a la atención de la Asamblea General (véase cap. IX).

19. En lo que se refiere al tema «Efectos de los conflictos armados en los tratados», la Comisión examinó el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/570) (véase cap. X).

20. En cuanto al tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», la Comisión examinó el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/571) (véase cap. XI).

21. Con respecto al tema «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», la Comisión examinó el informe del Grupo de Estudio (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1) y tomó nota de sus 42 conclusiones (véase cap. XII), que señaló a la atención de la Asamblea General. El informe y sus conclusiones se prepararon sobre la base de un estudio analítico elaborado por el Presidente del Grupo de Estudio, en el que se resumía y analizaba el fenómeno de la fragmentación teniendo en cuenta los estudios preparados por diversos miembros del Grupo de Estudio y el debate que había tenido lugar en el propio Grupo. La Comisión pidió que el estudio analítico se colocara en su sitio web y se publicara en su *Anuario*.

22. La Comisión estableció un Grupo de Planificación para que examinara su programa, sus procedimientos y sus métodos de trabajo (véase cap. XIII, secc. B.2). La Comisión reiteró su opinión de que no podía imponerse una limitación a priori a la longitud de sus documentos; recomendó que la División de Codificación preparase la séptima edición de «La Comisión de Derecho Internacional y su obra» y también decidió incluir en su programa de trabajo a largo plazo los temas siguientes: «Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del

---

[3] *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/551 y Add.1.

[4] Ibíd., documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2.

Estado», «Inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales», «Protección de las personas en casos de desastre», «La protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información» y «Jurisdicción extraterritorial» (véase cap. XIII, secc. B.1).

23. La Comisión prosiguió el tradicional intercambio de información con la Corte Internacional de Justicia, el Comité Jurídico Interamericano, la Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre el Derecho Internacional Público del Consejo de Europa. Los miembros de la Comisión también celebraron sesiones oficiosas con otros órganos y asociaciones sobre cuestiones de interés común (véase cap. XIII, secc. D).

24. Se celebró un seminario de capacitación en el que participaron 25 personas de diferentes nacionalidades (véase cap. XIII, secc. F).

25. La Comisión decidió que su próximo período de sesiones se celebrase en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, en dos partes, del 7 de mayo al 8 de junio y del 9 de julio al 10 de agosto de 2007 (véase cap. XIII, secc. C).

Capítulo III

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

A. Recursos naturales compartidos

26. Habiendo completado la primera lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, la Comisión agradecería que los gobiernos le transmitieran:

a) sus comentarios y observaciones sobre todos los aspectos del proyecto de artículos;

b) sus comentarios y observaciones sobre los comentarios al proyecto de artículos;

c) sus opiniones sobre la forma definitiva del proyecto de artículos.

B. Responsabilidad de las organizaciones internacionales

27. La Comisión agradecería que los gobiernos y las organizaciones internacionales hicieran comentarios y observaciones sobre los proyectos de artículo 17 a 30, en particular los relativos a la responsabilidad en caso de atribución de competencia a una organización internacional (proyecto de artículo 28) y a la responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización (proyecto de artículo 29).

28. La Comisión también agradecería recibir las opiniones de los gobiernos y las organizaciones internacionales acerca de las dos cuestiones siguientes, que se tratarán en el próximo informe:

a) ¿Están obligados los miembros de una organización internacional que no son responsables de un hecho internacionalmente ilícito de esa organización a indemnizar a la parte perjudicada si la organización no está en condiciones de hacerlo?

b) Con arreglo al párrafo 1 del artículo 41 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[5], si un Estado comete una violación grave de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general, los demás Estados están obligados a cooperar para poner fin, por medios lícitos, a esa violación. Si una organización internacional cometiera una violación de esta índole, ¿están obligados los Estados y también otras organizaciones internacionales a cooperar para poner fin a la violación?

C. Las reservas a los tratados

29. La Comisión recomendó que la Secretaría, en consulta con el Relator Especial del tema de las reservas a los tratados, organizase en el 59.º período de sesiones de la Comisión una reunión con expertos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular representantes de órganos de vigilancia de los derechos humanos, para celebrar un debate sobre las cuestiones relativas a las reservas a los tratados de derechos humanos. Con esa perspectiva, la Comisión recibiría con interés las opiniones de los gobiernos sobre las modificaciones que consideren necesario o útil introducir en las conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas por la Comisión en su 49.º período de sesiones[6].

D. La obligación de extraditar o juzgar *(aut dedere aut judicare)*

30. La Comisión agradecería cualquier información que deseen proporcionar los gobiernos acerca de su legislación y su práctica en esta materia, especialmente las más recientes. A ser posible, esa información debería versar sobre los siguientes aspectos:

a) los tratados internacionales por los que un Estado está obligado que enuncien la obligación de extraditar o juzgar, y las reservas hechas por ese Estado para limitar la aplicación de esta obligación;

b) la normativa legal interna adoptada y aplicada por un Estado, en particular las disposiciones constitucionales y los códigos penales o códigos de procedimiento penal, concernientes a la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*);

c) la práctica judicial de un Estado que refleje la aplicación de la obligación *aut dedere aut judicare*;

d) los crímenes o delitos a los que se aplica el principio de la obligación *aut dedere aut judicare* en la legislación o la práctica de un Estado.

31. La Comisión también agradecería cualquier otra información que los gobiernos consideren pertinente en relación con el tema.

---

[5] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 121.

[6] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58, párr. 157.

E. Otras decisiones y conclusiones de la Comisión

32. Por lo que respecta al programa de trabajo a largo plazo, la Comisión recibiría con interés las opiniones de los gobiernos sobre lo siguiente (párr. 33).

33. En 1978, la Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida[7]. En vista de las circunstancias del momento, la Asamblea General no adoptó ninguna medida con respecto a este proyecto, que en la actualidad está en muchos aspectos claramente desfasado. Algunos miembros de la Comisión opinan que no habría que reabrir ahora el tema en la Comisión porque las diferencias políticas básicas que hicieron que la Asamblea General no adoptase ninguna medida con respecto al proyecto de artículos de la Comisión no se han resuelto todavía, y que debería tratarse primero en foros internacionales que poseen la competencia técnica y el mandato político necesarios. Otros miembros consideran que, dado los cambios que ha experimentado la situación internacional y la durable importancia de la cláusula de la nación más favorecida en tratados recientes, en particular en la esfera del derecho mercantil y las inversiones internacionales, ha llegado el momento de reanudar los trabajos sobre esta cuestión y, por consiguiente, de incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.

[7] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 17 a 72, párr. 74.

Capítulo IV

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A. Introducción

34. En su 47.º período de sesiones, celebrado en 1995, la Comisión hizo suya la recomendación del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo a favor del tema y decidió, con sujeción a la aprobación de la Asamblea General, incluirlo en su programa[8]. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[9]. Ulteriormente, la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que siguiera examinando el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones y los comentarios formulados en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito[10].

35. En su 2510ª sesión, el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Mohamed Bennouna[11].

36. En su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema «Protección diplomática».

37. En su 50.º período de sesiones, en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial[12].

38. En su 51.º período de sesiones, en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial del tema[13], después de que el Sr. Bennouna fuese elegido magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

39. Ulteriormente, desde el 52.º período de sesiones de la Comisión, en 2000, hasta el 56.º período de sesiones, en 2004, el Relator Especial presentó cinco informes[14]. En su 56.º período de sesiones, en 2004, la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 19 proyectos de artículo sobre la protección diplomática junto con sus comentarios[15]. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos, por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que tales comentarios y observaciones se presentasen al Secretario General antes del 1.º de enero de 2006[16].

40. En su 57.º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión tuvo ante sí el sexto informe del Relator Especial, relativo a la doctrina de las manos limpias[17].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

41. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2004 (A/CN.4/561 y Add.1 y 2)[18],

---

[8] *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 113, párr. 501. La Asamblea General, en su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, tomó nota de la propuesta de la Comisión de incluir el tema en su programa.

[9] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, pág. 107, párr. 248 y anexo II, adición 1, pág. 151.

[10] Véase A/51/358 y Add. 1. De conformidad con la resolución 51/160 de la Asamblea General, la Comisión estableció, en su 49.º período de sesiones, en 1997, un Grupo de Trabajo sobre el tema (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169). En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión (ibíd., párr. 171). El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar (ibíd., pág. 63, párrs. 189 y 190).

[11] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 63, párr. 190.

[12] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484, pág. 333. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema (véanse las conclusiones del Grupo de Trabajo, ibíd., vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 108).

[13] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, pág. 19, párr. 19.

[14] Primer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1. (proyectos de artículo 1 a 9); segundo informe: *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514 (proyectos de artículo 10 a 13); tercer informe: *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/523 y Add.1 (proyectos de artículo 14 a 16); cuarto informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/530 y Add.1 (proyectos de artículo 17 a 22), y quinto informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/538 (proyectos de artículo 23 a 27). Durante ese período, la Comisión estableció tres consultas oficiosas: sobre los artículos 1, 3 y 6 (en su 52.º período de sesiones, en 2000) (véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 495); sobre el proyecto de artículo 9 (en su 53.º período de sesiones, en 2001) (véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 209, párr. 166), y sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones, así como la de las sociedades y sus accionistas (en su 54.º período de sesiones, en 2002) (*Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 52, párr. 113). La Comisión estableció además un Grupo de Trabajo en su 55.º período de sesiones, en 2003, a fin de examinar el proyecto de artículo 17, párr. 2 (véase *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), págs. 30 y 31, párrs. 90 a 92).

[15] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 59 y 60.

[16] Ibíd., párr. 57.

[17] *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/546. La Comisión examinó además otras varias cuestiones relacionadas con el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2004 (ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 237 a 241).

[18] Kuwait también remitió, el 1.º de agosto de 2006, una serie de comentarios y observaciones. La comisión no tuvo ocasión de examinar esos comentarios y observaciones porque se recibieron después de la aprobación del proyecto de artículos en segunda lectura. Dichos comentarios y observaciones figuran en el documento A/CN.4/575.

así como el séptimo informe del Relator Especial (A/CN.4/567), en el que figuraban propuestas para el examen de los proyectos de artículo 1 a 19 en segunda lectura, así como una propuesta de un proyecto de artículo adicional, a la luz de los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos. La Comisión examinó el informe del Relator Especial en sus sesiones 2867.ª a 2871.ª, celebradas del 1.º al 5 de mayo de 2006.

42. En su 2871.ª sesión, la Comisión dio instrucciones al Comité de Redacción para que iniciara la segunda lectura del proyecto de artículos teniendo en cuenta los comentarios de los gobiernos, las propuestas del Relator Especial y el debate en sesión plenaria sobre el séptimo informe del Relator Especial. La Comisión decidió además remitir al Comité de Redacción la propuesta del Relator Especial de un proyecto de artículo adicional.

43. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.684 y Corr.1 y 2) en su 2881.ª sesión, celebrada el 30 de mayo de 2006, y aprobó íntegramente el conjunto de proyectos de artículo sobre la protección diplomática, en segunda lectura, en la misma sesión.

44. En sus sesiones 2906.ª a 2909.ª, celebradas los días 4, 7 y 8 de agosto de 2006, la Comisión aprobó los comentarios del proyecto de artículos antes mencionado.

45. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta a la Asamblea General el proyecto de artículos, junto con la recomendación que figura a continuación.

C. Recomendación de la Comisión

46. En su 2909.ª sesión, la Comisión, de conformidad con el artículo 23 de su estatuto, decidió recomendar a la Asamblea General la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

D. Homenaje al Relator Especial

47. También en su 2909.ª sesión, la Comisión, tras aprobar el proyecto de artículos sobre la protección diplomática, adoptó la siguiente resolución por aclamación:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado el proyecto de artículos sobre la protección diplomática,

Expresa al Relator Especial, Sr. Christopher John Robert Dugard, su profundo reconocimiento y calurosas felicitaciones por la destacada contribución que ha hecho a la preparación del proyecto de artículos mediante sus infatigables esfuerzos y dedicada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de artículos sobre la protección diplomática.

48. La Comisión expresó también su profundo reconocimiento al anterior Relator Especial, Sr. Mohammed Bennouna, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

E. Texto del proyecto de artículos sobre la protección diplomática

1. Texto del proyecto de artículos

49. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en su 58.º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definición y alcance

A los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

Artículo 2. Derecho a ejercer la protección diplomática

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

Segunda parte

NACIONALIDAD

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad

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

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que no sea nacional del mismo de conformidad con el proyecto de artículo 8.

Capítulo II

PERSONAS NATURALES

Artículo 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural

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

Artículo 5. Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido nacional suyo de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que se produjo el perjuicio, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

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

4. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se haya presentado la reclamación después de la fecha de la presentación oficial de ésta.

Artículo 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional.

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

Artículo 7 . Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Artículo 8. Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado.

Capítulo III

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad.

Artículo 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor, de modo continuo desde la fecha en la que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiera después de la presentación de la reclamación la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación del Estado en el que se constituyó.

Artículo 11. Protección de los accionistas

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

***a*) la sociedad haya dejado de existir, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o**

***b*) la sociedad haya tenido, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado haya sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado.**

Artículo 12. Perjuicio directo a los accionistas

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

Artículo 13. Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en el presente capítulo serán aplicables, según proceda, a la protección diplomática de otras personas jurídicas que no sean sociedades.

Tercera parte

RECURSOS INTERNOS

Artículo 14. Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 15.

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

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8.

Artículo 15. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

***a*) no haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;**

***b*) en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;**

***c*) no existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;**

***d*) la persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o**

***e*) el Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.**

CUARTA PARTE

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 16. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos.

Artículo 17. Normas especiales de derecho internacional

El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

Artículo 18. Protección de la tripulación de un buque

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

Artículo 19. Práctica recomendada

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:

***a*) considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;**

***b*) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y**

***c*) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables.**

2. TEXTO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS CON SUS COMENTARIOS

50. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

1) La redacción de los artículos sobre la protección diplomática se consideró inicialmente como parte del estudio sobre la responsabilidad de los Estados. En efecto, el primer Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, el Sr. F. V. García-Amador, incluyó una serie de proyectos de artículo sobre el particular en los informes que presentó entre 1956 y 1961[19]. En la codificación posterior de la responsabilidad de los Estados se prestó poca atención a la protección diplomática y en el texto definitivo del proyecto de artículos sobre el tema se afirma expresamente que los dos elementos centrales de la protección diplomática —la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos— serían examinados en detalle por la Comisión en otro marco[20]. No obstante, hay una estrecha conexión entre los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el presente proyecto de artículos. Muchos de los principios enunciados en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos guardan relación con la protección diplomática y, por consiguiente, no se repetirán en esta ocasión. Esto se aplica en particular a las disposiciones que tratan de las consecuencias jurídicas de un hecho internacionalmente ilícito. El Estado responsable del daño causado a un nacional extranjero está obligado a poner fin al comportamiento ilícito y a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. Esta reparación puede adoptar la forma de restitución, de indemnización o de satisfacción, de un modo separado o conjuntamente. Todas estas cuestiones se tratan en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[21].

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

La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada:

a) si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones;

b) si la reclamación está sujeta a la norma del agotamiento de los recursos internos y no se han agotado todas las vías de recurso internas disponibles y efectivas[22].

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

3) El presente proyecto de artículos no se ocupa de la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes, generalmente denominada «protección funcional». Si bien hay semejanzas entre la protección funcional y la protección diplomática, existen

[19] Primer informe: *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 171 a 227; segundo informe: *Anuario… 1957*, vol. II, documento A/CN.4/106, págs. 113 a 140; tercer informe: *Anuario… 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, págs. 51 a 79; cuarto informe: *Anuario... 1959*, vol. II, documento A/CN.4/119, págs. 1 a 39; quinto informe: *Anuario…1960*, vol. II, documento A/CN.4/125, págs. 40 a 66, y sexto informe: *Anuario... 1961*, vol. II, documento A/CN.4/134 y Add.1, págs. 1 a 60.

[20] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 129 y 130 (comentario al artículo 44, notas a pie de página 683 y 687).

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

[22] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 29, párr. 76.

también importantes diferencias. La protección diplomática tradicionalmente es un mecanismo concebido para obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, sobre la base en buena parte del principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado. La protección funcional, en cambio, es una institución destinada a favorecer el buen funcionamiento de una organización internacional garantizando el respeto a sus agentes y su independencia. Esas diferencias, han hecho que la Comisión llegara a la conclusión de que la protección ejercida por una organización internacional en favor de uno de sus agentes no debe formar parte de un proyecto de artículos sobre la protección diplomática. La cuestión de si un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que es agente de una organización internacional fue resuelta por la CIJ en el asunto *Réparation*:

> En ese caso, no existe una norma jurídica que asigne prioridad a una reclamación o a la otra, o que obligue al Estado o a la organización a abstenerse de entablar una reclamación internacional. La Corte no ve por qué razón las partes interesadas no podrían hallar soluciones inspiradas por la buena voluntad y el sentido común[23].

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Definición y alcance

A los efectos del presente proyecto de artículos, la protección diplomática consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

Comentario

1) En el proyecto de artículo 1 no se pretende en absoluto dar una definición completa y general de la protección diplomática. En cambio, esa disposición describe las características principales de la protección diplomática en el sentido en que se emplea la expresión en el presente proyecto de artículos.

2) En derecho internacional, un Estado es responsable del daño que cause a un extranjero por una acción o una omisión ilícitas. La protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada para garantizar la protección de esa persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. El presente proyecto de artículos se ocupa sólo de las normas que regulan las circunstancias en que puede ejercerse la protección diplomática y las condiciones que deben darse para ejercerla. No trata de definir ni describir los hechos internacionalmente ilícitos que dan origen a la responsabilidad del Estado por un perjuicio causado a un extranjero. El proyecto de artículos, lo mismo que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, mantiene la distinción entre normas primarias y secundarias y trata sólo de estas últimas[24].

3) La protección diplomática se ha considerado tradicionalmente como un derecho exclusivo del Estado, en el sentido de que un Estado ejerce la protección diplomática por derecho propio por estimarse que el daño causado a uno de sus nacionales es un daño causado al Estado mismo. Este planteamiento se deriva, en primer lugar, de la afirmación hecha en 1758 por el jurista suizo Emmerich de Vattel según la cual «quien maltrate a un ciudadano perjudica indirectamente al Estado, el cual debe protegerlo»[25] y, en segundo lugar, de un pronunciamiento jurisdiccional emitido por la CPJI en 1924 en el asunto *Mavrommatis*, según el cual «al asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el derecho internacional»[26]. Obviamente es una ficción —y una exageración[27]— afirmar que un daño causado a un nacional es un daño causado al Estado mismo. Muchas de las normas de la protección diplomática contradicen la exactitud de esa ficción, en especial la regla de la continuidad de la nacionalidad que exige que un Estado pruebe que el nacional perjudicado sigue siendo su nacional después del perjuicio mismo y hasta la fecha de la presentación de la reclamación. «En realidad» —para citar el asunto *Mavrommatis*—, el Estado no hace valer sólo su propio derecho. «En realidad» hace valer también el derecho de su nacional perjudicado.

4) En los primeros años del derecho internacional el individuo no tenía cabida ni derechos en el orden jurídico internacional. Por consiguiente, el único modo de proteger a un nacional perjudicado en el extranjero era sólo mediante una ficción, la ficción de que un perjuicio causado al nacional era un perjuicio al Estado mismo. Sin embargo, esa ficción no era más que un medio para alcanzar un fin, el fin de la protección de los derechos de un nacional perjudicado. En la actualidad, la situación ha cambiado radicalmente. El individuo, es sujeto de muchas normas primarias de derecho internacional, de carácter tanto consuetudinario como convencional, que lo protegen en su país contra su propio gobierno y en el extranjero contra los gobiernos extranjeros. Así lo reconoció la CIJ en los asuntos *LaGrand*[28] y *Avena*[29]. Esta protección no se limita a los derechos personales. Los tratados bilaterales

---

[23] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas), opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174, en págs. 185 y 186.

[24] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 31 (comentario general, párrs. 1 a 3).

[25] E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. I, libro II, cap. VI, pág. 309.

[26] *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Concesiones Mavrommatis en Palestina), fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I., série A, n.º 2*, pág. 12. La CPJI reiteró ese pronunciamiento jurisdiccional en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939, C.P.J.I., série A/B, n.º 76*, pág. 4, en pág. 16.

[27] Véase J. L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6.ª ed. preparada por Sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, en particular págs. 276 y 277.

[28] *LaGrand* (Alemania *c*. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 466, especialmente págs. 493 y 494, párrs. 76 y 77.

[29] *Avena et autres ressortissants mexicains* (Avena y otros nacionales mexicanos) (México *c*. Estados Unidos de América), fallo de 31 de marzo de 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 12, especialmente págs. 35 y 36, párr. 40.

sobre inversiones confieren derechos y protección a las personas tanto naturales como jurídicas con respecto a sus derechos patrimoniales. El individuo es titular de derechos en virtud del derecho internacional, pero las vías de recurso son pocas. La protección diplomática ejercida por un Estado en el plano interestatal sigue siendo una importante vía de recurso para la protección de las personas cuyos derechos humanos han sido violados en el extranjero.

5) El proyecto de artículo 1 está redactado de manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace por derecho propio o en virtud del de su nacional, o ambas cosas. Considera la protección diplomática desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado y subraya que es un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad del Estado por el perjuicio causado al nacional de resultas de un hecho internacionalmente ilícito.

6) El proyecto de artículo 1 se ajusta deliberadamente a la terminología de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[30]. Describe la protección diplomática como la invocación de la responsabilidad de un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito con respecto a un nacional de otro Estado por el Estado del que esa persona es nacional, con miras a hacer efectiva la responsabilidad. En cuanto reclamación presentada en relación con la responsabilidad del Estado, es una reclamación interestatal aunque pueda tener como resultado hacer valer los derechos de que goza el nacional perjudicado en virtud del derecho internacional.

7) Como el proyecto de artículo 1 tiene, por naturaleza, carácter definitorio, no comprende excepciones. Por consiguiente, esta disposición no menciona los apátridas y refugiados, a los que se refiere el proyecto de artículo 8. No obstante, el proyecto de artículo 3 deja bien sentado que la protección diplomática se puede ejercer con respecto a esas personas.

8) La protección diplomática debe ejercerse por medios lícitos y pacíficos. Varias resoluciones judiciales distinguen entre la «acción diplomática» y la «acción judicial» al describir las medidas que puede adoptar un Estado que recurre a la protección diplomática[31]. El proyecto de artículo 1 mantiene esa distinción, pero va más allá al subsumir la acción judicial en «otros medios de solución pacífica». La «acción diplomática» comprende todos los procedimientos lícitos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de controversias. «Otros medios de solución pacífica» abarcan todos los modos lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial. El uso de la fuerza, prohibido por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, no es un método permisible para hacer valer el derecho de protección diplomática. La protección diplomática no comprende las gestiones u otra acción diplomática que no impliquen la invocación de la responsabilidad jurídica de otro Estado, como las peticiones informales de medidas correctivas.

9) La protección diplomática se puede ejercer mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica. Se distingue de la asistencia consular en que es ejercida por los representantes del Estado que actúan en interés del Estado conforme a una norma de derecho internacional general, mientras que, en la mayoría de los casos, la asistencia consular es prestada por funcionarios consulares que velan por los intereses de particulares, conforme a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. La protección diplomática es fundamentalmente compensatoria y tiene por objeto reparar el hecho internacionalmente ilícito cometido, mientras que la asistencia consular es en gran parte preventiva y tiene como fin principal impedir que el nacional sea víctima de un hecho internacionalmente ilícito.

10) Aunque es posible en teoría distinguir entre protección diplomática y asistencia consular, en la práctica ello resulta difícil. El requisito del agotamiento de los recursos internos lo pone claramente de manifiesto. Es evidente que no hay necesidad de agotar los recursos internos en el caso de la asistencia consular, puesto que esa asistencia tiene lugar antes de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Lógicamente, como la protección diplomática se plantea sólo después de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, parecería que es necesario agotar siempre los recursos internos, sin perjuicio de las excepciones enumeradas en el proyecto de artículo 15.

11) En vista de lo que antecede, el proyecto de artículo 1 no trata de distinguir entre protección diplomática y asistencia consular. El proyecto de artículos establece las condiciones del ejercicio de la protección diplomática que no son aplicables a la asistencia consular. Esto quiere decir que deben considerarse las circunstancias de cada caso para determinar si se trata de la protección diplomática o de asistencia consular.

12) El proyecto de artículo 1 deja en claro la cuestión, ya planteada en el comentario general[32], de que el presente proyecto de artículos se ocupa sólo del ejercicio de la protección diplomática por un Estado y no de la protección dada a su agente por una organización internacional[33].

13) La protección diplomática comprende principalmente la protección de los nacionales que no se ocupan de asuntos internacionales oficiales en nombre del Estado. Esos funcionarios están protegidos por otras normas e instrumentos de derecho internacional, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963. Ahora bien, las normas relativas

[30] Véase el capítulo I de la tercera parte, titulado «Invocación de la responsabilidad del Estado» (arts. 42 a 48), *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 124 a 137. La tercera parte se titula «Modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado».

[31] *Concessions Mavrommatis en Palestine* (véase la nota 26 *supra*); *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (ibíd.); *Nottebohm*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4, especialmente pág. 24.

[32] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario general.

[33] Asunto *Réparation* (véase la nota 23 *supra*).

a la protección diplomática se aplican a los agentes diplomáticos o a los funcionarios consulares que sufran un daño en relación con actividades realizadas fuera de sus funciones oficiales, como, por ejemplo, en el caso de la expropiación sin indemnización de bienes que son de propiedad privada de un agente diplomático en el país ante el que está acreditado.

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

Artículo 2. Derecho a ejercer la protección diplomática

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 2 se basa en la idea de que la protección diplomática supone la invocación —en el plano interestatal— por un Estado de la responsabilidad de otro Estado por un perjuicio causado a uno de sus nacionales por un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado. Reconoce que es el Estado el que inicia y ejerce la protección diplomática, y que el Estado es la entidad a la que corresponde el derecho a presentar la reclamación. Ello sin perjuicio de quien sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, bien su propio derecho, o bien los derechos del nacional perjudicado en cuyo nombre actúa. Como el proyecto de artículo 1[34], es neutral a este respecto.

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

> [...] dentro de los límites establecidos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado está haciendo valer. Si las personas naturales o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no están suficientemente protegidos, no existe recurso en el derecho internacional. Todo lo que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para ello, con objeto de promover su causa y obtener desagravio. [...] El Estado debe ser considerado como único juez para decidir si otorgará su protección, en qué medida lo hará y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede estar determinado por consideraciones políticas o de otra índole, que no guardan relación con el caso en particular[35].

3) La opinión según la cual incumbe al Estado, en virtud del derecho interno o el derecho internacional, algún tipo de obligación, por limitada que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación grave de sus derechos humanos encuentra cierto apoyo en las leyes nacionales[36] y en las resoluciones judiciales[37]. Por consiguiente, el proyecto de artículo 19 establece que un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática *«debería**: [...] considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave». Así pues, el derecho discrecional de un Estado a ejercer la protección diplomática debería interpretarse en relación con el proyecto de artículo 19, que recomienda a los Estados que ejerzan ese derecho cuando proceda.

4) El proyecto de artículo 2 versa sobre el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática. No pretende describir la correspondiente obligación del Estado demandado a examinar el ejercicio de la protección diplomática por un Estado de conformidad con los presentes artículos. Sin embargo, esto se debe considerar implícito.

Segunda parte

NACIONALIDAD

Capítulo I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Protección por el Estado de la nacionalidad

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

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que no sea nacional del mismo de conformidad con el proyecto de artículo 8.

Comentario

1) Mientras que el proyecto de artículo 2 afirma el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática, el proyecto de artículo 3 deja bien sentado el principio de que el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada tiene derecho, aunque no está obligado, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. El acento en este proyecto de artículo se carga en el vínculo de nacionalidad entre el Estado y el nacional, que da derecho al Estado a ejercer la protección diplomática. Este vínculo difiere según se trate de personas naturales o personas jurídicas. Por consiguiente, se dedican capítulos distintos a estos diferentes tipos de personas.

---

[34] Véanse *supra* los párrafos 3 a 5 del comentario al artículo 1.

[35] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3, en pág. 44.

[36] Véase el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1, párrs. 80 a 87.

[37] Asuntos *Rudolf Hess*, *International Law Reports*, vol. 90 (1992), pág. 387; *Abbasi* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, vol. 42 (marzo de 2003), pág. 358), y *Samuel Kaunda and Others* v. *President of the Republic of South Africa and Others*, *The South African Law Reports*, 2005 (4), pág. 235 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, vol. 44 (enero de 2005), pág. 173).

2) El párrafo 2 se refiere a la excepción enunciada en el proyecto de artículo 8, que prevé la protección diplomática en el caso de los apátridas y los refugiados.

Capítulo II

PERSONAS NATURALES

Artículo 4. Estado de la nacionalidad de una persona natural

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

Comentario

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

2) El principio de que incumbe a cada Estado decidir quiénes son nacionales suyos ha sido respaldado por la jurisprudencia y la práctica convencional. En 1923, la CPJI declaró en el asunto *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*: «en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad corresponden [...], en principio, a la esfera de competencia exclusiva»[38]. Ese principio fue confirmado por el artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad: «Incumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes serán nacionales suyos». En fecha más reciente, el principio ha sido respaldado por el Convenio europeo sobre la nacionalidad (art. 3), de 1997.

3) Los elementos de conexión para conferir la nacionalidad que se enumeran en el proyecto de artículo 4 son ilustrativos pero no exhaustivos. No obstante, incluyen los elementos de conexión que los Estados aplican más comúnmente para conceder la nacionalidad: el nacimiento (*jus soli*), la filiación (*jus sanguinis*) y la naturalización. No se incluye el matrimonio con un nacional ya que, en la mayoría de los casos, el matrimonio es insuficiente *per se* para la concesión de la nacionalidad; requiere además un período de residencia, después del cual se confiere la nacionalidad por naturalización. Cuando el matrimonio con un nacional se traduce automáticamente en la adquisición por un cónyuge de la nacionalidad del otro cónyuge pueden surgir problemas con respecto a la compatibilidad de esa adquisición con el derecho internacional[39]. La nacionalidad también puede adquirirse como consecuencia de la sucesión de Estados[40].

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

5) El proyecto de artículo 4 no exige al Estado que pruebe la existencia de un vínculo efectivo o auténtico entre él y su nacional, en el sentido indicado en el asunto *Nottebohm*[41], como factor adicional para ejercer la protección diplomática, incluso cuando el nacional sólo posea una nacionalidad. A pesar de la división de opiniones en cuanto a la interpretación de ese asunto, la Comisión estimó que había determinados factores que limitaban la posición adoptada en el asunto *Nottebohm* a los supuestos de hecho de ese asunto, especialmente el de que los vínculos entre el Sr. Nottebohm y Liechtenstein (el Estado demandante) eran «extremadamente tenues»[42], en comparación con los estrechos vínculos entre el Sr. Nottebohm y Guatemala (el Estado demandado) durante un período de más de 34 años, lo que llevó a la CIJ a afirmar reiteradamente que Liechtenstein «no estaba legitimado para dispensar a Nottebohm protección contra Guatemala»[43]. Esto indica que la Corte no tenía intención de enunciar una norma general[44] aplicable a todos los Estados sino sólo una norma según la cual un Estado en

[38] *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos), opinión consultiva, *1923, C.P.J.I. série B, n.º 4*, pág. 6, en pág. 24.

[39] Véanse, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 1 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, que prohíbe la adquisición de la nacionalidad en esos casos. Véase también el párrafo 6 de este mismo comentario *infra.*

[40] Véanse los proyectos de artículo sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 22, párr. 47.

[41] En el asunto *Nottebohm*, la CIJ declaró: «Según la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y las decisiones judiciales y las opiniones de los tratadistas, la nacionalidad es un lazo jurídico que tiene como fundamento un hecho social que constituye un vínculo, una comunidad auténtica de vida, intereses y sentimientos, así como la existencia de derechos y deberes mutuos. Cabe decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que la persona a quien se le otorga, bien directamente por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está, en la práctica, ligada más estrechamente con la población del Estado otorgante de la nacionalidad que con la de cualquier otro Estado. Al ser otorgada por un Estado, sólo legitima a éste para ejercer la protección frente a otro Estado si constituye la traducción, en términos jurídicos, de la conexión que tiene con aquél la persona y que lo convierte en nacional suyo» (véase la nota 31 *supra*), pág. 23.

[42] Ibíd., pág. 25.

[43] Ibíd., pág. 26.

[44] Esta interpretación fue la que dio al asunto *Nottebohm* la Comisión de conciliación ítalo-americana en el asunto *Flegenheimer*, decisión n.º 182, de 20 de septiembre de 1958, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (n.º de venta: 65.V.4), pág. 327, en pág. 376; o *International Law Reports* (1958-I), vol. 25 (1963), pág. 91, en pág. 148.

la situación de Liechtenstein debía demostrar la existencia de un vínculo auténtico entre él y el Sr. *Nottebohm* para poder hacer suya su causa frente a Guatemala, con la que el Sr. *Nottebohm* tenía lazos sumamente estrechos. Además, es necesario tener en cuenta el hecho de que si el requisito del vínculo auténtico propuesto en el *asunto Nottebohm* se aplicara estrictamente, excluiría a millones de personas de los beneficios de la protección diplomática, ya que en el mundo de hoy, de mundialización económica y migración, hay millones de personas que han dejado sus Estados de nacionalidad para rehacer su vida en Estados cuya nacionalidad nunca adquieren, o bien que han adquirido la nacionalidad, por nacimiento o filiación, de Estados con los que tienen una conexión tenue.

6) Al final del proyecto de artículo 4 se subraya que la adquisición de la nacionalidad no debe estar en contradicción con el derecho internacional. Aunque un Estado tiene derecho a decidir quiénes son sus nacionales, ese derecho no es absoluto. El artículo 1 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, de 1930, lo confirmó así, matizando la disposición de que «[i]ncumbirá a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento jurídico quiénes serán nacionales suyos» con la salvedad de que «[o]tros Estados reconocerán ese ordenamiento en la medida en que sea compatible con los convenios internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad»[45]. Hoy en día, en los convenios, y sobre todo en materia de derechos humanos, se exige a los Estados que observen las normas internacionales al conceder la nacionalidad[46]. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 9 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que:

> Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge[47].

7) El proyecto de artículo 4 reconoce que un Estado contra el que se formule una reclamación en nombre de un nacional extranjero perjudicado puede impugnar la nacionalidad de esa persona cuando ésta haya adquirido la nacionalidad en contra del derecho internacional. El proyecto de artículo 4 requiere que la nacionalidad se adquiera de un modo que «no esté en contradicción con el derecho internacional». Esa afirmación subraya que la carga de probar que la nacionalidad se ha adquirido en violación del derecho internacional recaerá sobre el Estado que impugne la nacionalidad de la persona perjudicada. El hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre el Estado que impugne la nacionalidad es consecuencia del reconocimiento de que debe darse al Estado que confiere la nacionalidad un «margen de apreciación» al decidir la concesión de la nacionalidad[48] y de que existe una presunción a favor de la validez de la concesión de la nacionalidad por el Estado[49].

8) Cuando una persona adquiere la nacionalidad involuntariamente de una manera que esté en contradicción con el derecho internacional, como en el supuesto de una mujer que al contraer matrimonio adquiere automáticamente la nacionalidad de su marido, en principio debería permitirse que esa persona sea protegida diplomáticamente por su anterior Estado de nacionalidad[50]. No obstante, si la adquisición de la nacionalidad en ese supuesto da lugar a la pérdida de la nacionalidad anterior de la persona, razones de equidad exigen que el nuevo Estado de la nacionalidad tenga derecho a ejercer la protección diplomática. Esto estaría de acuerdo con la resolución dictada por la CIJ en su opinión consultiva de 1971 sobre *Namibie*[51] según la cual los derechos personales no deberían resultar afectados por un hecho ilícito cometido por el Estado del que depende la persona.

Artículo 5. Continuidad de la nacionalidad de una persona natural

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que haya sido nacional suyo de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que sea nacional suyo en la fecha de la presentación oficial de la reclamación pero que no lo era en la fecha en la que produjo el perjuicio, siempre que esa persona haya tenido la nacionalidad de un Estado predecesor o haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

---

[45] Véase también el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

[46] La Corte Interamericana de Derechos Humanos insistió en ello en la opinión consultiva emitida en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, en la que dijo que era necesario conjugar armoniosamente, por un lado, la consideración de que la determinación y regulaciones de la nacionalidad eran competencia de cada Estado y, por el otro, que «las disposiciones de derecho internacional limitan, en alguna forma, esta facultad de los Estados en razón de exigencias de la protección internacional de los derechos humanos» (opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, n.º 4, párr. 38).

[47] Véanse también el artículo 20 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica», el artículo 5 *d* iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.

[48] Véase la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de la *Propuesta de modificación a la Constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (nota 46 *supra*), párrs. 62 y 63.

[49] Véase *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Y. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 856.

[50] Véase el artículo 2 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada.

[51] *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* (Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sudoccidental) no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad), opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1971*, pág. 16, especialmente pág. 56, párr. 125.

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

4. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se haya presentado la reclamación después de la fecha de la presentación oficial de ésta.

Comentario

1) Aunque la norma sobre la continuidad de la nacionalidad es una norma bien arraigada[52], ha sido objeto de abundantes críticas[53] por el motivo de que puede plantear grandes dificultades en los casos en que una persona cambie de nacionalidad por razones que no guarden relación con la presentación de una reclamación diplomática. No se han atendido las sugerencias de que se abandonara esa norma, por temor a que se produjeran abusos y a que ello condujera a la búsqueda de la nacionalidad más favorable o conveniente a los efectos de la protección diplomática (*nationality shopping*)[54]. Por eso, el proyecto de artículo 5 mantiene la norma de la continuidad de la nacionalidad, aunque prevé excepciones para los casos en que el resultado de su aplicación sería contrario a la equidad.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era su nacional en la fecha en que se produjo el perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. La práctica de los Estados y la doctrina no indican claramente que el nacional debe conservar la nacionalidad del Estado demandante entre esas dos fechas, en gran parte porque en la práctica rara vez se plantea el problema[55]. Por esas razones el Instituto de Derecho Internacional no se pronunció en 1965 sobre la cuestión de si la continuidad de la nacionalidad era necesaria entre esas dos fechas[56]. Ahora bien, exigir que se pruebe que se tiene la misma nacionalidad en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación sin exigir que esa nacionalidad continúe entre esas dos fechas constituiría una incongruencia. Por eso, como cuestión de desarrollo progresivo del derecho internacional, se ha elaborado la norma según la cual la persona perjudicada debe ser nacional de modo continuo desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Dada la dificultad de aportar pruebas de la continuidad, se presume que la nacionalidad existía en esas dos fechas. Esta presunción, por supuesto, admite pruebas en contrario.

3) El primer requisito es que el nacional perjudicado sea nacional del Estado reclamante en la fecha en que se produjo el perjuicio. No es necesario que la fecha en que se produjo el perjuicio sea una fecha concreta, sino que puede abarcar un lapso de tiempo si el perjuicio consiste en varios actos o en un acto continuo cometido durante un período de tiempo.

4) El segundo requisito temporal que figura en el párrafo 1 es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Hay cierto desacuerdo en la jurisprudencia sobre la fecha hasta la cual se requiere la continuidad de la nacionalidad de la reclamación. Esta incertidumbre procede en gran parte del hecho de que las convenciones que establecieron comisiones mixtas de reclamaciones han utilizado diferente terminología para designar la fecha de la reclamación[57]. La expresión «presentación de la reclamación» es la que se usa con más frecuencia en los tratados, las resoluciones judiciales y la doctrina para indicar el último día del plazo o *dies ad quem* requerido para el ejercicio de la protección diplomática. Se ha añadido a esa expresión el término «oficial» para indicar que la fecha de la presentación de la reclamación es la fecha en que se haga la primera solicitud oficial o formal por el Estado que ejerce la protección diplomática, en contraposición a los contactos diplomáticos oficiosos y las peticiones informales de información a este respecto.

5) El *dies ad quem* para el ejercicio de la protección diplomática es la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, la opinión según la cual la persona deja de ser nacional a los efectos de la protección diplomática si cambia de nacionalidad entre esa fecha y aquella en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia judicial no carece de apoyo[58]. En 2003, un tribunal arbitral del CIADI resolvió en el asunto *Loewen* que «debe haber una continuidad de la identidad nacional desde la fecha de los hechos que dieron lugar a la reclamación, que es la fecha denominada *dies a quo*, hasta la fecha de resolución de la reclamación inclusive, que es la fecha denominada *dies ad quem*»[59]. En cuanto a los hechos,

---

[52] Véase, por ejemplo, la decisión de la Comisión Internacional de Reclamaciones de los Estados Unidos 1951-1954 en la reclamación *Kren*, *International Law Reports* (1953), vol. 20 (1957), págs. 233 y ss., en particular pág. 234.

[53] Véase la opinión separada del magistrado Sir Gerald Fitzmaurice en el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), págs. 101 y 102; véase también E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses universitaires de France, 1990.

[54] Véase el pronunciamiento del árbitro Parker en el asunto *Décision administrative n.º V*: «Cualquier otra norma abriría la puerta de par en par a los abusos y quizás convertiría a una nación poderosa en una agencia de reclamaciones en beneficio de quienes, tras haber sufrido un perjuicio, cedieran sus reclamaciones a los nacionales de ese Estado o se aprovecharan de sus leyes de naturalización para lograr que se hiciera cargo de sus reclamaciones» (Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Alemania, decisión de 31 de octubre de 1924, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (n.º de venta: 1956.V.5), pág. 119, en pág. 141).

[55] Véase H. W. Briggs, «La protection diplomatique des individus en droit international: la nationalité des réclamations», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tomo I, págs. 5 y ss., en particular págs. 72 y 73.

[56] Período de sesiones de Varsovia, septiembre de 1965, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 51 (1965), tomo II, págs. 260 a 262.

[57] Véase la observación incidental del árbitro Parker en el asunto *Décision administrative n.º V* (nota 54 *supra*), pág. 143.

[58] Véase *Oppenheim's International Law* (nota 49 *supra*), pág. 512. Véase también el asunto *Minnie Stevens Eschauzier* (*Great Britain*) v. *United Mexican States*, decisión de 24 de junio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 207.

[59] *Loewen Group* v. *United States*, decisión de 26 de junio de 2003, *ICSID Reports*, vol. 7 (2005), págs. 442 y ss., especialmente pág. 485, párr. 225.

el asunto *Loewen* versaba sobre la situación en que la persona que había pedido la protección cambió de nacionalidad después de la presentación de la reclamación para adquirir la del Estado demandado, supuesto en el cual evidentemente no es posible admitir una petición de protección diplomática, como se establece claramente en el párrafo 4 del proyecto de artículo 5. Sin embargo, la Comisión no estaba dispuesta a seguir el criterio del tribunal del asunto *Loewen* y adoptar una norma genérica según la cual la nacionalidad debiera mantenerse hasta la fecha en que se resolviese la reclamación[60]. Cabe que una norma de esa índole fuera contraria a los intereses de la persona, puesto que podrían pasar muchos años entre la presentación de la reclamación y su resolución definitiva y quizás fuera injusto penalizar a la persona por el cambio de nacionalidad, por matrimonio o naturalización, durante este período. Al contrario, se da preferencia a la fecha de la presentación oficial de la reclamación como *dies ad quem*. Esta fecha es significativa por ser la fecha en que el Estado de la nacionalidad manifiesta claramente su intención de ejercer la protección diplomática, un hecho que hasta ese momento era incierto. Además, es la fecha en que debe determinarse la admisibilidad de la reclamación. Esa determinación no podría dejarse hasta la fecha posterior de la resolución de la reclamación, la del pronunciamiento del laudo.

6) El término «reclamación», que figura en los párrafos 1, 2 y 4, comprende tanto una reclamación presentada por conducto diplomático como una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación. Esta cuestión se trata más detenidamente en el artículo 43 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de 2001, y en su comentario[61].

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

8) El párrafo 2 versa sobre los supuestos en que la persona perjudicada ha perdido su nacionalidad anterior, voluntaria o involuntariamente. En el caso de la sucesión de Estados y, posiblemente, de la adopción y el matrimonio cuando el cambio de nacionalidad sea obligatorio, la nacionalidad se perderá involuntariamente. En el de otros cambios de nacionalidad, el elemento de la voluntad no resulta tan claro. Por razones de esta índole, el párrafo 2 no requiere que la pérdida de la nacionalidad haya sido involuntaria.

9) En el caso de la sucesión de Estados, este párrafo se limita a la cuestión de la continuidad de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. No pretende regular la sucesión en materia de nacionalidad, cuestión a la que se refieren los artículos de la Comisión relativos a la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[62].

10) Como se ha indicado anteriormente[63], el temor de que una persona pueda cambiar deliberadamente de nacionalidad a fin de adquirir la de un Estado más dispuesto y capaz para interponer una reclamación diplomática en su nombre es la base de la norma sobre la continuidad de la nacionalidad. La segunda condición que figura en el párrafo 2 tiene en cuenta ese temor al determinar que la persona respecto de la cual se ejerza la protección diplomática debe haber adquirido su nueva nacionalidad por alguna razón no relacionada con la presentación de la reclamación. Esta condición tiene por objeto limitar las excepciones a la norma de la continuidad de la nacionalidad a los casos que implican la imposición forzosa de la nacionalidad, como los de que la persona haya adquirido la nueva nacionalidad como consecuencia necesaria de factores como el matrimonio, la adopción o la sucesión de Estados. La excepción que establece el párrafo 2 no se aplicará cuando la persona haya adquirido una nueva nacionalidad por razones comerciales relacionadas con la presentación de la reclamación.

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

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

13) El párrafo 4 dispone que si una persona respecto de la cual se presente una reclamación pasa a ser nacional del Estado demandado después de la presentación de la reclamación, el Estado demandante pierde su derecho a seguir adelante con la reclamación, ya que en tal caso se requeriría en realidad al Estado demandado que pagara una indemnización a su propio nacional. Esa

[60] Para una crítica del asunto *Loewen*, véase J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, págs. 183 y 184.

[61] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 127.

[62] Véase la nota 40 *supra*.

[63] Véase *supra* el párrafo 1 del comentario a este proyecto de artículo.

fue la situación en el asunto *Loewen* y en varios otros asuntos[64]; en los que se resolvió que un cambio de nacionalidad producido después de la presentación de la reclamación impedía su continuación. En la práctica, en la mayoría de casos de este tipo el Estado demandante retirará su reclamación, a pesar de que, con arreglo a la ficción proclamada en el asunto *Mavrommatis*, la reclamación es del Estado y el fin de la reclamación es obtener reparación por el perjuicio causado al Estado en la persona de su nacional[65]. El Estado demandante también puede decidir retirar su reclamación cuando la persona perjudicada llega a ser nacional de un tercer Estado después de la presentación de la reclamación. Si la persona perjudicada ha conservado de mala fe la nacionalidad del Estado reclamante hasta la fecha de la presentación de la reclamación y después adquiere la nacionalidad de un tercer Estado, será necesario por equidad dar por terminada la reclamación, pero la carga de la prueba recaerá en el Estado demandado.

14) El proyecto de artículo 5 deja abierta la cuestión si los herederos de un nacional perjudicado, que muera como consecuencia del perjuicio o a raíz del mismo, pero antes de la presentación oficial de la reclamación, pueden ser protegidos por el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada si tienen la nacionalidad de otro Estado. Las resoluciones judiciales sobre esta cuestión, aunque no son concluyentes puesto que la mayoría de ellas versan sobre la interpretación de tratados determinados, tienden a respaldar la posición según la cual el Estado de la nacionalidad de la persona fallecida no puede presentar una reclamación si el heredero tiene la nacionalidad de un tercer Estado[66]. Cuando el heredero tiene la nacionalidad del Estado demandado es evidente que no se puede presentar tal reclamación[67]. La opinión según la cual si el nacional perjudicado muere antes de la presentación oficial de la reclamación ésta puede continuar por haber adquirido carácter nacional cuenta con cierto apoyo[68]. Aunque podía parecer que razones de equidad apoyan esa posición, a veces ha sido rechazada[69]. La actitud poco concluyente de la doctrina hace que sea desaconsejable proponer una norma sobre este punto.

Artículo 6. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado

1. Todo Estado del que sea nacional una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que ésta no sea nacional.

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

Comentario

1) La doble o múltiple nacionalidad es un hecho de la vida internacional. Una persona puede adquirir más de una nacionalidad como consecuencia de la aplicación paralela de los principios del *jus soli* y del *jus sanguinis* o de la obtención de la nacionalidad mediante naturalización, o de cualquier otro modo previsto en el proyecto de artículo 4, que no implique la renuncia a la nacionalidad anterior. Aunque la legislación de algunos Estados no permite que sus nacionales sean nacionales de otros Estados, el derecho internacional no prohíbe la doble o múltiple nacionalidad: de hecho, ese fenómeno tiene el respaldo del artículo 3 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad, que dispone que: «...una persona que tenga dos o más nacionalidades podrá ser considerada nacional por cada uno de los Estados cuya nacionalidad posea». Por consiguiente, es necesario abordar la cuestión del ejercicio de la protección diplomática por el Estado de la nacionalidad respecto de la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad. El proyecto de artículo 6 se limita al ejercicio de la protección diplomática por uno o por todos los Estados del que la persona perjudicada es nacional frente a un Estado del que esa persona no es nacional. El ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad frente a otro Estado de la nacionalidad se rige por el proyecto de artículo 7.

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

3) Aunque existe apoyo a la exigencia de un vínculo auténtico o efectivo entre el Estado de la nacionalidad y la persona que tenga doble o múltiple nacionalidad en el caso del ejercicio de la protección diplomática frente a un Estado del que la persona perjudicada no sea nacional, ni las decisiones arbitrales[70] ni las

[64] Asunto *Ebenezer Barstow*, G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943, pág. 805; asunto *Executors of F. Lederer (deceased)* v. *German Government*, *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol. 3, pág. 762; asunto *Hawaiian Claims*, F. K. Nielsen, *American and British Claims Arbitration*, Washington D.C., Government Printing Office, 1926, pág. 30; asunto *Chopin, French and American Claims Commission, 1880-1884*, vol. 60, Records of Claims; asunto *Gribble*, *Papers relating to the Treaty of Washington*, vol. V (*Report of Robert S. Hale Esq.*), Washington D.C., Government Printing Office, 1874, pág. 14.

[65] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario al artículo 1.

[66] Asunto *Eschauzier* (véase la nota 58 *supra*); asunto *Kren* (véase la nota 52 *supra*); asunto *Captain W. H. Gleadell (Great Britain)* v. *United Mexican States*, decisión de 19 de noviembre de 1929, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 44; pero véase en sentido contrario el asunto *Straub*, *International Law Reports*, vol. 20, pág. 228.

[67] Asunto *Stevenson*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), pág. 494; asunto *Bogovic*, *International Law Reports*, vol. 21, pág. 156; asunto *Executors of F. Lederer* (véase la nota 64 *supra*).

[68] Véase E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Nueva York, The Banks Law Publishing, 1922, pág. 628; véase también el asunto *Straub* (nota 66 *supra*).

[69] Asunto *Eschauzier* (véase la nota 58 *supra*), especialmente pág. 209.

[70] Véase la decisión adoptada por el Tribunal arbitral mixto yugoslavo-húngaro en el asunto *de Born*, caso n.º 205, de 12 de julio de 1926, *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1929, págs. 277 y 278.

codificaciones[71] exigen en general tal condición. En el asunto *Salem*, un tribunal arbitral sostuvo que Egipto no podía aducir el hecho de que la persona perjudicada tuviese efectivamente la nacionalidad persa frente a una reclamación de los Estados Unidos, otro Estado de la nacionalidad. El tribunal afirmó que:

> La norma de derecho internacional [es] que, en caso de doble nacionalidad, una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las Potencias de las que el interesado sea nacional invocando la nacionalidad de la otra Potencia[72].

Esta norma se ha seguido en otros casos[73] y ha sido reafirmada en época más reciente por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[74]. La decisión de la Comisión de no exigir un vínculo auténtico o efectivo en esas circunstancias es razonable. A diferencia de la situación en la que un Estado de la nacionalidad formula una reclamación contra otro Estado de la nacionalidad respecto de una persona que tenga doble nacionalidad, no hay un conflicto de nacionalidades cuando un Estado de la nacionalidad trata de proteger a una persona que tenga doble nacionalidad frente a un tercer Estado.

4) En principio, no hay motivo para que dos Estados de la nacionalidad no puedan ejercer conjuntamente un derecho atribuido a cada uno de ellos. Por consiguiente, en el párrafo 2 se reconoce que dos o más Estados de la nacionalidad podrán ejercer conjuntamente la protección diplomática con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad frente a un Estado del que esa persona no sea nacional. Si bien el Estado responsable no puede oponerse a tal reclamación presentada por dos o más Estados que actúan simultáneamente y de concierto, puede suscitar objeciones cuando los Estados reclamantes formulan reclamaciones separadas bien ante el mismo foro o ante foros diferentes o cuando un Estado de la nacionalidad formula una reclamación después de que otro Estado de la nacionalidad haya recibido ya satisfacción respecto de esa reclamación. También pueden surgir problemas cuando un Estado de la nacionalidad renuncia al derecho a la protección diplomática mientras que otro Estado de la nacionalidad persevera en su reclamación. Es difícil codificar las normas que regulan diversas situaciones de este tipo. Dichas situaciones deben tratarse de conformidad con los principios generales del derecho reconocidos por los tribunales nacionales e internacionales concernientes a la satisfacción de las reclamaciones conjuntas.

Artículo 7. Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de la nacionalidad

Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 trata del ejercicio de la protección diplomática por un Estado de la nacionalidad ante otro Estado de la nacionalidad. Mientras que el proyecto de artículo 6, que se refiere a una reclamación con respecto a una persona que tenga doble o múltiple nacionalidad contra un Estado del que dicha persona no es nacional, no requiere que haya un vínculo efectivo entre el Estado reclamante y el nacional de ese Estado, el proyecto de artículo 7 exige que el Estado reclamante demuestre que su nacionalidad es predominante, tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2) Hubo un tiempo en que los partidarios de la norma de la no responsabilidad, según la cual un Estado de la nacionalidad no puede presentar una reclamación con respecto de una persona que tenga doble nacionalidad contra otro Estado de la nacionalidad, eran numerosos. En 1930, el Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad decía en su artículo 4: «Un Estado no podrá conceder protección diplomática a uno de sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad esa persona también posea»[75]. En posteriores propuestas de codificación se adoptó un enfoque similar[76] y también

---

[71] Véanse el artículo 5 del Convenio sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad; el artículo 4 *b* de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, París, Pedone, 1992, pág. 56, en pág. 58 (reproducida en *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 148); el párrafo 3 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (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*, vol. 55, n.º 3 (julio de 1961), pág. 548) y el párrafo 4 del artículo 21 del anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, incluido en el tercer informe sobre la responsabilidad internacional del Relator Especial García Amador, *Anuario... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, pág. 66.

[72] *Salem* (Egipto/Estados Unidos), laudo de 8 de junio de 1932, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1161, en pág. 1188.

[73] Véanse las decisiones de la Comisión de conciliación italo-americana en la reclamación *Mergé*, de 10 de junio de 1955, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 236, o *International Law Reports* (1955), vol. 22 (1958), pág. 443, en pág. 456; la reclamación *Vereano*, de 17 de mayo de 1957, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 321, o *International Law Reports* (1957), vol. 24 (1961), págs. 464 y 465, y la reclamación *Stankovic*, de 29 de julio de 1963, *International Law Reports*, vol. 40 (1970), pág. 153, en pág. 155.

[74] Véase el asunto *Dallal* v. *Iran* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 3, pág. 23.

[75] Véase también el artículo 16 *a* del proyecto de convención sobre la responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, *American Journal of International Law*, vol. 23, n.º especial (vol. 2) (abril de 1929), pág. 133, en pág. 200 (reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 9, pág. 225, en pág. 226).

[76] Véanse el párrafo 5 del artículo 23 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 71 *supra*) y el artículo 4 *a* de la resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por daños sufridos por un particular adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de Varsovia en 1965 (ibíd.).

se apoyó esa posición en laudos arbitrales[77]. En 1949, en su opinión consultiva acerca del asunto *Réparation*, la CIJ calificó de «práctica corriente» la seguida por los Estados de no proteger a sus nacionales contra otro Estado cuya nacionalidad también tuvieran[78].

3) Sin embargo, incluso antes de 1930 había laudos arbitrales que sostenían otra posición, a saber que el Estado de la nacionalidad dominante o efectiva podía emprender acciones legales con respecto a un nacional frente a otro Estado de la nacionalidad[79]. Esta jurisprudencia sirvió de base a la CIJ en otro contexto en el asunto *Nottebohm*[80] y recibió la aprobación explícita de la Comisión de conciliación ítalo-americana en el asunto *Mergé* en 1955. En este caso esa Comisión de conciliación afirmó lo siguiente:

> El principio basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en caso de doble nacionalidad, debe dar precedencia al principio de la nacionalidad efectiva siempre que esa nacionalidad sea la del Estado reclamante. Pero no se dará la precedencia cuando no se demuestre ese predominio, porque el primero de estos dos principios es generalmente reconocido y puede constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible incertidumbre[81].

En su opinión, la Comisión de conciliación sostuvo claramente que el principio de la nacionalidad efectiva y el concepto de la nacionalidad dominante eran simplemente dos caras de la misma moneda. La norma así adoptada fue aplicada por la Comisión de conciliación en más de 50 asuntos posteriores que afectaban a personas de doble nacionalidad[82]. Basándose en estos asuntos, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha aplicado el principio de la nacionalidad dominante y efectiva en varios asuntos[83]. En varias propuestas de codificación se ha aprobado este enfoque. En su tercer informe sobre la responsabilidad internacional presentado a la Comisión, el Relator Especial García Amador propuso lo siguiente:

> En los casos de doble o múltiple nacionalidad, el derecho a reclamar solamente podrá ejercitarlo el Estado con el cual el extranjero tenga mayores y más genuinos vínculos jurídicos y de otra índole[84].

Orrego Vicuña expuso una opinión análoga en su informe a la Asociación de Derecho Internacional de su 69.ª Conferencia[85].

4) Aunque los dos conceptos son diferentes, la doctrina utiliza los términos «efectivo» o «dominante» indistintamente para describir el vínculo necesario entre el Estado reclamante y su nacional en situaciones en las que un Estado de la nacionalidad presenta una reclamación frente a otro Estado de la nacionalidad. En el proyecto de artículo 7 no se utiliza ninguna de esas palabras para describir el vínculo necesario sino el término

---

[77] Véanse el asunto *Alexander* (1898) (Comisión de Reclamaciones Británico-estadounidense), J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. III, pág. 2529; el asunto *Oldenbourg*, decisión n.º 11, de 19 de diciembre de 1929, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 74, o *Decisions and Opinions of the Commissioners*, 5 de octubre de 1929 a 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1931, pág. 97; el asunto *Honey* (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana), decisión n.º 23, de 26 de marzo de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 133, o *Further Decisions and Opinions of the Commissioners*, posteriores al 15 de febrero de 1930, Londres, H. M. Stationery Office, 1933, pág. 13, y el asunto *Adams and Blackmore* (Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana), decisión n.º 69, de 3 de julio de 1931, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, págs. 216 y 217.

[78] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (véase la nota 23 *supra*), pág. 186.

[79] Asunto *Drummond*, 2 Knapp, Privy Council I, pág. 295, *The English Reports*, vol. 12, Edimburgo/Londres, William Green and Sons/Stevens and Sons, 1901, pág. 492; asuntos *Mathison*, *Stevenson* (Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-venezolana), *Brignone* y *Miliani* (Comisión Mixta de Reclamaciones Ítalo-venezolana), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (n.º de venta: 59.V.5), págs. 485 y 494, y vol. X (n.º de venta: 60.V.4), págs. 542 y 584, respectivamente, o *Venezuelan Arbitrations of 1903*, J. H. Ralston (ed.), Washington D.C., United States Government Printing Office, 1904, págs. 429 a 438, 438 a 455, 710 a 720 y 754 a 762, respectivamente; asunto *Canevaro* (Italia *c.* Perú) (Corte Permanente de Arbitraje), sentencia de 3 de mayo de 1912, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (n.º de venta: 61.V.4), pág. 397, o *The Hague Court Reports*, J. B. Scott (ed.), New York, Oxford University Press, 1916, pág. 284; asunto *Hein*, caso n.º 148 (1922) (Tribunal mixto de arbitraje anglo-alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1919 to 1922*, J. F. Williams y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longman, 1932, pág. 216; asunto *Blumenthal* (1923) (Tribunal mixto de arbitraje franco-alemán), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, tomo 3, París, Sirey, 1924, pág. 616; asunto *de Montfort*, caso n.º 206 (1926) (Tribunal mixto de arbitraje franco-alemán), *Annual Digest of Public International Law Cases 1925 and 1926* (nota 70 *supra*), pág. 279; asuntos *Pinson*, casos n.ºs 194 y 195 (1928) (Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-mexicana), ibíd. (1927-1928), págs. 297 a 301, o *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 327, y asunto *Tellech* (1928) (Comisión Tripartita de Reclamación de los Estados Unidos, Austria y Hungría), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), págs. 248 y 249.

[80] *Nottebohm* (nota 31 *supra*), págs. 22 y 23. El asunto *Nottebohm* no guardaba relación con la doble nacionalidad pero la Corte basó su conclusión de que el Sr. Nottebohm no tenía ningún vínculo efectivo con Liechtenstein en asuntos que se referían a la doble nacionalidad. Véanse también las resoluciones judiciales mencionadas en la nota 79 *supra*.

[81] *Mergé*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* (véase la nota 73 *supra*), pág. 247. Véase también el asunto *De Leon*, decisiones n.ºs 218 y 227, de 15 de mayo de 1962 y 8 de abril de 1963, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI (n.º de venta: E/F.69.V.1), pág. 239, y especialmente pág. 247.

[82] Véanse, por ejemplo, el asunto *Spaulding* (1956), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 292, o *International Law Reports* (1957), vol. 24 (1961), pág. 452; el asunto *Zangrilli* (1956), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 294, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Cestra* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 307, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Salvoni* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 311, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 455; el asunto *Ruspoli-Droutzkoy* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 314, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 457; el asunto *Puccini* (1957), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 323, o *International Law Reports*, vol. 24, pág. 454; el asunto *Turri* (1960), *International Law Reports*, vol. 30 (1966), pág. 371; el asunto *Graniero* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 393, o *International Law Reports*, vol. 30, pág. 351; el asunto *Ganapini* (1959), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV, pág. 400, o *International Law Reports*, vol. 30, pág. 366, y el asunto *Di Cicio* (1962), *International Law Reports*, vol. 40 (1970), pág. 148.

[83] Véanse, en particular, *Esphahanian* v. *Bank Tejarat* (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1984, vol. 2, pág 157, en pág. 166; asunto n.º A/18 (1984), ibíd., 1985, vol. 5, pág. 251, y *Ataollah Golpira* v. *Government of the Islamic Republic of Iran* (1983), ibíd., 1984, vol. 2, pág. 174, o *International Law Reports*, vol. 72, pág. 493.

[84] Anteproyecto sobre responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros (véase la nota 71 *supra*), art. 21, párr. 4.

[85] «The changing law of nationality of claims», informe provisional, *Report of the Sixty-ninth Conference*, Londres, 2000, pág. 646, párr. 11, confirmado en el informe definitivo aprobado en la Conferencia de Toronto de la Asociación de Derecho Internacional en 2006 (*Report of the Seventy-second Conference*, Londres, 2006).

«predominante», ya que da una idea de relatividad e indica que la persona mantiene vínculos más estrechos con un Estado que con otro. Los tribunales que examinen esta cuestión tendrán que ponderar la fuerza respectiva de las nacionalidades concurrentes y esa comparación se define con mayor precisión mediante el término «predominante» aplicado a la nacionalidad que con las palabras «efectiva» o «dominante». Además, es el término utilizado por la Comisión de conciliación ítalo-americana en el asunto *Mergé*[86], que puede considerarse el punto de partida para el desarrollo de la actual norma consuetudinaria.

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

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

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

[86] Véase la nota 73 *supra*.

Artículo 8. Apátridas y refugiados

1. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en la que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

3. El párrafo 2 no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por un hecho internacionalmente ilícito del Estado de la nacionalidad del refugiado.

Comentario

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

> Un Estado [...] no infringe las leyes internacionales cuando causa un perjuicio a una persona sin nacionalidad y, en consecuencia, ningún Estado está facultado para intervenir o presentar una denuncia en nombre de esa persona antes o después de que se haya causado el daño[87].

Este pronunciamiento ya no refleja exactamente la situación de los apátridas y los refugiados ante el derecho internacional. El derecho internacional contemporáneo recoge una preocupación por la condición jurídica de esas dos categorías de personas, como demuestra la existencia de convenios como la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961, y la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951.

2) El proyecto de artículo 8, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho[88], se aparta de la norma tradicional según la cual sólo los nacionales pueden beneficiarse del ejercicio de la protección diplomática y permite que un Estado ejerza esa protección con respecto a una persona que no sea nacional suyo, cuando esa persona sea apátrida o refugiado. El proyecto de artículo 8, aunque tiene que leerse en el contexto de las normas que rigen la condición de apátrida o de refugiado, no pretende pronunciarse sobre la condición de esas personas. Se ocupa sólo de la cuestión del ejercicio de la protección diplomática con respecto a ellas.

[87] *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.)* c. *United Mexican States*, sentencia de julio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 669, especialmente pág. 678.

[88] En el asunto *Al Rawi & Others, R (on the Application of)* v. *Secretary of State for Foreign Affairs &Another*, [2006] EWHC 972 (Admin), un tribunal inglés sostuvo que el proyecto de artículo 8 tenía que considerarse *lex ferenda* y «no formaba parte todavía del derecho internacional» (párr. 63).

3) El párrafo 1 se refiere a la protección diplomática de los apátridas, aunque sin definir a esa categoría de personas. Esa definición figura en el artículo 1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, en la que se define como apátrida «a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación». Cabe considerar sin duda que esa definición ha adquirido carácter consuetudinario. Un Estado puede ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona, independientemente de cómo haya llegado a ser apátrida, siempre que tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. A estos efectos se entiende por residencia habitual la residencia continuada.

4) La exigencia de la residencia tanto legal como habitual fija un umbral elevado[89]. Aunque este umbral sea alto y pueda llevar a que ciertas personas carezcan de protección efectiva, la combinación de la residencia legal con la residencia habitual está justificada en el caso de una medida excepcional introducida *de lege ferenda*.

5) Los criterios temporales para formular una reclamación figuran en el párrafo 1. La persona apátrida debe ser residente legal y habitual del Estado reclamante tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

6) El párrafo 2 trata de la protección diplomática de los refugiados por su Estado de residencia. La protección diplomática por parte del Estado de residencia es especialmente importante en el caso de los refugiados, ya que éstos no pueden o no quieren «acogerse a la protección [del Estado de la nacionalidad]»[90] y, si lo hacen, corren el peligro de perder su condición de refugiados en el Estado de residencia. El párrafo 2 es un reflejo del párrafo 1. Las importantes diferencias entre los apátridas y los refugiados, puestas de manifiesto en el párrafo 3, explican por qué se ha asignado un párrafo separado a cada categoría.

7) La residencia legal y la residencia habitual son condiciones necesarias para el ejercicio de la protección diplomática de los refugiados, como en el caso de los apátridas[91], pese a que el artículo 28 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados fija el umbral más bajo de que «se encuentren legalmente»[92] en lo que respecta a la expedición de documentos de viaje a los refugiados por los Estados Contratantes. Dos factores justifican esta posición. En primer lugar, el hecho de que la expedición de documentos de viaje, según los términos de la Convención, no da al titular derecho alguno a la protección diplomática[93]. En segundo lugar, la necesidad de fijar un umbral elevado al introducir una excepción *de lege ferenda* a una norma tradicional[94].

8) La palabra «refugiado», en el párrafo 2, no se refiere sólo a los refugiados según se definen en la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951, y su Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, de 1967, sino que abarca también a personas que no responden estrictamente a esa definición. La Comisión estudió la posibilidad de utilizar la expresión «refugiados reconocidos», que figura en el apartado *g* del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, de 1997, lo que habría ampliado el concepto para incluir en él a los refugiados reconocidos por instrumentos regionales, como la Convención de la OUA que regula los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África[95], que se considera en general como un modelo en materia de protección internacional de los refugiados[96], y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados[97]. Sin embargo, la Comisión prefirió no poner límites al término para que cualquier Estado pudiera otorgar la protección diplomática a cualquier persona a la que considerase y tratase como refugiado[98]. Ahora bien, ese reconocimiento debe basarse en las «normas internacionalmente aceptadas» relativas al reconocimiento de los refugiados. Esa expresión pone de relieve que serán aplicables las normas enunciadas en diferentes convenciones y otros instrumentos internacionales, así como las normas jurídicas enunciadas en la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951, y su Protocolo de 1967.

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

10) El párrafo 3 dispone que el Estado de refugio no podrá ejercer la protección diplomática respecto de un

---

[89] Los términos residencia «legal y habitual» se basan en el apartado *g* del párrafo 4 del artículo 6 del Convenio europeo sobre la nacionalidad, en el que se emplean en el contexto de la adquisición de la nacionalidad. Véase también el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 21 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros elaborado por la Facultad de Derecho de Harvard (nota 71 *supra*), en el que se incluye a efectos de la protección con arreglo a esa convención a «una persona apátrida que tenga su residencia habitual en ese Estado».

[90] Artículo 1.A.2 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados.

[91] En este contexto por residencia habitual se entiende residencia continuada.

[92] De los trabajos preparatorios de la Convención se desprende claramente que el criterio de la estancia (*stay*) es menos estricto que el de la residencia habitual.

[93] Véase el párrafo 16 del anexo a la Convención.

[94] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario al presente proyecto de artículo.

[95] Dicha Convención amplía la definición de refugiado para incluir «a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o de su país de nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o de su país de nacionalidad» (art. I.2).

[96] Véase la nota sobre protección internacional presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (A/AC.96/830), pág. 20, párr. 35.

[97] Adoptada en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena de Indias (Colombia) del 19 al 22 de noviembre de 1984; el texto de las conclusiones de la Declaración aparece reproducido en OEA/Ser.L/V/II.66 doc.10 rev.1. Asamblea General de la OEA, 15.º período ordinario de sesiones (1985), resolución aprobada por la Comisión General celebrada en su quinto período de sesiones, el 7 de diciembre de 1985.

[98] Por ejemplo, un Estado podría ejercer la protección diplomática en favor de una persona a la que se hubiera concedido asilo político a tenor de lo dispuesto en la Convención sobre asilo territorial, de 1954.

refugiado contra el Estado de la nacionalidad del refugiado. Haberlo permitido hubiere significado ir contra el criterio básico del presente proyecto de artículos, según el cual la nacionalidad es la base predominante para el ejercicio de la protección diplomática. Este párrafo responde también a consideraciones de orden práctico. La mayoría de los refugiados tienen serias quejas sobre la manera en que han sido tratados por su Estado de la nacionalidad, del que han huido para evitar la persecución. Si se autorizara la protección diplomática en esos casos, se abrirían las compuertas a la litigación internacional. Además, el temor a que los refugiados les exijan que ejerciten una acción de esa índole podría disuadir a los Estados de aceptar refugiados.

11) Tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 disponen que un Estado de refugio «*podrá* ejercer la protección diplomática». Esto pone de relieve el carácter discrecional del derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional[99]. *A fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado.

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

Capítulo III

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 9. Estado de la nacionalidad de una sociedad

A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 reconoce que la protección diplomática puede hacerse extensiva a las sociedades. La primera parte del artículo se inspira en la misma fórmula utilizada en el proyecto de artículo 4 con respecto a la protección diplomática de las personas naturales. La disposición deja en claro que, para tener la condición de Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática de una sociedad, deben reunirse ciertos requisitos, lo mismo que en el caso de la protección diplomática de las personas naturales.

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

3) Como en el caso de las personas naturales, la concesión de la nacionalidad a una sociedad pertenece al «dominio reservado» o esfera de competencia exclusiva de un Estado[100]. Como declaró la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*:

> [...] el derecho internacional ha debido reconocer la sociedad anónima como institución creada por los Estados en una esfera que pertenece esencialmente a su jurisdicción interna. Ello a su vez exige que el derecho internacional se remita a las normas pertinentes del derecho interno cada vez que se plantean problemas jurídicos relativos a los derechos de los Estados que conciernen al tratamiento de las sociedades y los accionistas, y respecto de los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas[101].

Aunque el derecho internacional no tiene normas propias sobre la creación, administración y disolución de una sociedad o sobre los derechos de los accionistas y su relación con la sociedad, y, por consiguiente, debe acudir al derecho interno para obtener orientación a este respecto, incumbe al derecho internacional determinar las circunstancias en que un Estado puede ejercer la protección diplomática en favor de una sociedad o de sus accionistas. La Corte abordó esta cuestión en el asunto de la *Barcelona Traction* cuando manifestó que el derecho internacional «atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado con arreglo a cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su domicilio social»[102]. En su resolución la Corte estableció dos condiciones para la adquisición de la nacionalidad por una sociedad a los efectos de la protección diplomática: constitución de la sociedad y presencia de su domicilio social en el Estado en que se ha constituido. Como las leyes de la mayoría de los Estados exigen que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga un domicilio social en su territorio, aunque sea mera ficción, la constitución de la sociedad es el criterio más importante a los efectos de la protección diplomática. Sin embargo, la constitución como único criterio para el ejercicio de la protección diplomática no satisfizo a la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. Aunque no reiteró el requisito de una «relación auténtica» o vínculo efectivo como el aplicado en el asunto *Nottebohm*[103], y

[99] Véanse los proyectos de artículo 2 y 19 y los comentarios correspondientes.

[100] Véase el asunto *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (nota 38 *supra*).

[101] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), págs. 33 y 34, párr. 38.

[102] Ibíd., pág. 42, párr. 70.

[103] Ibíd. Respecto al asunto *Nottebohm*, véase la nota 31 *supra*.

reconoció que «en lo que concierne concretamente a la protección diplomática de las personas jurídicas, ningún criterio absoluto aplicable al vínculo efectivo ha sido aceptado de una manera general»[104], sugirió que, además de la constitución y un domicilio social, era necesario algún «vínculo estrecho y permanente» entre el Estado que ejercía la protección diplomática y la sociedad[105]. En el asunto de que se trata, la Corte declaró que tal vínculo existía en virtud de la constitución de la sociedad en el Canadá y su permanencia en el país durante más de 50 años, la celebración allí durante muchos años de las reuniones del Consejo de Administración, su inclusión en los registros de las autoridades fiscales del Canadá y el reconocimiento general por otros Estados de la nacionalidad canadiense de la sociedad[106]. Todo ello significaba, dijo la Corte, que «[l]as relaciones entre la *Barcelona Traction* y el Canadá son, pues, múltiples»[107]. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte no se encontraba ante una situación en la que una sociedad se hubiera constituido en un Estado pero mantuviera un «vínculo estrecho y permanente» con otro Estado. Sólo se puede especular acerca de lo que podría haber resuelto la Corte en una situación de esa índole. Sin embargo, el proyecto de artículo 9 tiene en cuenta esos supuestos.

4) El proyecto de artículo 9 acepta el postulado básico del asunto de la *Barcelona Traction*, es decir, que es la constitución de la sociedad la que confiere a ésta la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. No obstante, prevé una excepción en un supuesto determinado, es decir, cuando no existe otro vínculo o relación significativa entre la sociedad misma y el Estado en que ésta se ha constituido, y cuando existen ciertas relaciones significativas con otro Estado, en cuyo caso se ha de considerar a ese otro Estado como Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática. Esta solución viene dictada por razones prácticas y de equidad. Es erróneo hacer que el derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática corresponda a un Estado con el cual la sociedad mantiene la relación más tenue, ya que, en la práctica, pocas veces ese Estado estará preparado para proteger a dicha sociedad.

5) El proyecto de artículo 9 dispone en primer lugar que el Estado en que se ha constituido la sociedad es el Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática. Sin embargo, cuando las circunstancias indiquen que la sociedad mantiene un vínculo más estrecho con otro Estado, un Estado en el que estén situados la sede de la administración y el control financiero de la sociedad, se considerará a ese Estado como Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática. Ahora bien, para que esto ocurra es preciso que se cumplan algunas condiciones. En primer lugar, la sociedad debe estar controlada por nacionales de otro Estado. En segundo lugar, no debe desarrollar negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó. En tercer lugar, tanto la sede de su administración como el control financiero de la sociedad deben estar situados en otro Estado. Sólo cuando se han cumplido esas condiciones acumulativas puede considerarse al Estado en el que la sociedad tenga la sede de su administración y en el que esté controlado financieramente como el Estado de la nacionalidad a los efectos de la protección diplomática.

6) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ advirtió que la concesión del derecho de protección diplomática a los Estados de la nacionalidad de los accionistas podría dar lugar a una multiplicidad de acciones que «podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales»[108]. La misma confusión podría resultar de la concesión del derecho a ejercer la protección diplomática a varios Estados con los que la sociedad goce de un vínculo o relación. El proyecto de artículo 9 no permite esa multiplicidad de acciones. El Estado de la nacionalidad con derecho a ejercer la protección diplomática es, *bien* el Estado en el que se constituyó la sociedad, *o bien*, si se reúnen las condiciones precisas, el Estado de la sede de la administración y el control financiero de la sociedad. Si la sede de la administración y el lugar de control financiero están situados en Estados diferentes, el Estado en el que se constituyó la sociedad sigue siendo el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática.

Artículo 10. Continuidad de la nacionalidad de una sociedad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad, o la de su Estado predecesor, de modo continuo desde la fecha en la que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Se presume la continuidad si esa nacionalidad existía en ambas fechas.

2. Un Estado deja de tener derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiera después de la presentación de la reclamación la nacionalidad del Estado frente al cual se presentó dicha reclamación.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado seguirá teniendo derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenía su nacionalidad en la fecha en la que se produjo el perjuicio y que, como consecuencia de ese perjuicio, haya dejado de existir según la legislación del Estado en el que se constituyó.

Comentario

1) Los principios generales relativos al requisito de la continuidad de la nacionalidad se examinan en el comentario al proyecto de artículo 5. En la práctica se plantean menos problemas de continuidad de la nacionalidad en el caso de las sociedades que en el de las personas naturales. Mientras que las personas naturales cambian fácilmente de nacionalidad como consecuencia de naturalización, matrimonio o adopción y de sucesión de Estados, las sociedades generalmente sólo cambian de nacionalidad si se fundan o constituyen de nuevo en otro

[104] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 42, párr. 70.

[105] Ibíd., párr. 71.

[106] Ibíd., págs. 42 a 44, párrs. 71 a 76.

[107] Ibíd., pág. 42, párr. 71.

[108] Ibíd., pág. 49, párr. 96.

Estado, en cuyo caso asumen una nueva personalidad, con lo que se rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad[109]. El supuesto más frecuente en que una sociedad puede cambiar de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica es el de la sucesión de Estados.

2) El párrafo 1 afirma el principio tradicional de que un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que tenga su nacionalidad tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Requiere asimismo la continuidad de la nacionalidad entre la fecha en la que se produjo el perjuicio y la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Esos requisitos, que también se aplican a las personas naturales, se examinan en el comentario al proyecto de artículo 5. La fecha de la presentación oficial de la reclamación se prefiere a la de la fecha del laudo por las razones expuestas en el comentario al proyecto de artículo 5. No obstante, en el párrafo 2 se incluye una excepción para abarcar los supuestos en que la sociedad adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se reclame después de la presentación de la reclamación.

3) El requisito de la continuidad de la nacionalidad se cumple cuando una sociedad cambia de nacionalidad como resultado de la sucesión de Estados[110]. Se trata, en efecto, de una excepción a la regla de la continuidad de la nacionalidad. Este aspecto se regula mediante la referencia al «Estado predecesor» que figura en el párrafo 1.

4) La palabra «reclamación» del párrafo 1 comprende tanto la presentada por cauces diplomáticos como la interpuesta ante un órgano judicial. Esa reclamación puede especificar el comportamiento que deberá observar el Estado responsable para poner fin al hecho ilícito, si es de carácter continuado, y la forma que deberá adoptar la reparación[111].

5) A tenor de lo dispuesto en el párrafo 2, un Estado no tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que adquiera la nacionalidad del Estado contra el cual se reclame después de la presentación de la reclamación. Este párrafo tiene por objeto tener en cuenta el tipo de situación que surgió en el asunto *Loewen*[112] en el que una sociedad había dejado de existir en el Estado en el que se entabló la reclamación (el Canadá) y fue reorganizada en el Estado demandado (los Estados Unidos). Este aspecto se examina con más detalle en el comentario al proyecto de artículo 5[113].

6) Surgen dificultades cuando se trata del ejercicio de la protección diplomática de una sociedad que ha dejado de existir según el derecho del Estado en el que se constituyó y del que era nacional. Si se adopta la postura de que el Estado de la nacionalidad de esa sociedad no podrá interponer una reclamación, ya que la sociedad ya no existe en el momento de la presentación de la reclamación, ningún Estado podrá ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a esa sociedad. El Estado no podrá hacer valer la nacionalidad de los accionistas con objeto de entablar esa reclamación, ya que no podrá demostrar que tenía el interés necesario en el momento en que se produjo el perjuicio a la sociedad. Esta cuestión preocupó a varios magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*[114] y ha preocupado a ciertos tribunales judiciales y arbitrales[115] y a los tratadistas[116]. El párrafo 3 adopta un enfoque pragmático y permite al Estado de la nacionalidad de una sociedad ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por la sociedad cuando tenía su nacionalidad, aunque haya cesado de existir —y por consiguiente haya dejado de tener esa nacionalidad— como resultado del perjuicio. A fin de poder hacerlo, el Estado demandante deberá probar que fue el perjuicio en razón del cual se formula la reclamación el que hizo que la sociedad dejara de existir. El párrafo 3 debe leerse juntamente con el apartado *a* del proyecto de artículo 11, que deja en claro que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no tendrá derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad que llevó a su desaparición.

Artículo 11. Protección de los accionistas

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

---

[109] Véase el asunto *Orinoco Steamship Company*, Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pág. 180. En este caso, una sociedad constituida en el Reino Unido transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación en nombre de su nacional en esas circunstancias, se admitió la reclamación. Sin embargo, el superárbitro Barge dejó en claro que, de no haber sido por ese tratado, la reclamación no se habría admitido (ibíd., especialmente pág. 192). Véase también el asunto *Loewen* (nota 59 *supra*), especialmente págs. 484 y 485, párr. 220.

[110] Véase asimismo sobre esta cuestión el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 26 *supra*), especialmente pág. 18. Véase también el cuarto informe del Relator Especial Václav Mikulka sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, que subraya las dificultades que se plantean en relación con la nacionalidad de las personas jurídicas en materia de sucesión de Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/489, pág. 325.

[111] Véanse, además, el artículo 43 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y el comentario correspondiente, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 127 a 129.

[112] *Loewen* (véase la nota 59 *supra*), especialmente párr. 220.

[113] Párrs. 5 y 13.

[114] Los magistrados Jessup (véase la nota 35 *supra*, especialmente pág. 193), Gross (ibíd., especialmente pág. 277) y Fitzmaurice (ibíd., especialmente págs. 101 y 102) y el juez *ad hoc* Riphagen (ibíd., especialmente pág. 345).

[115] Véase el asunto *Kunhardt* (los votos particulares emitidos en la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos-Venezuela, constituida en virtud del Protocolo de 17 de febrero de 1903), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, pág. 171, y en especial el voto particular disconforme del Comisionado de Venezuela, Sr. Paúl, especialmente pág. 180; véase también el asunto *F.W. Flack, on behalf of the Estate of the Late D. L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States*, decisión n.º 10, de 6 de diciembre de 1929, ibíd., vol. V, pág. 61, y especialmente pág. 63.

[116] Véanse L. Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1969, págs. 206 y 207; W. E. Beckett, «Diplomatic claims in respect of injuries to companies», en *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, Londres, Sweet and Maxwell, 1932, págs. 175 y ss., especialmente pág. 191, y E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, París, Presses universitaires de France, 1990, págs. 197 a 202.

***a*) la sociedad haya dejado de existir, de conformidad con la legislación del Estado en el que se constituyó, por algún motivo no relacionado con el perjuicio; o**

***b*) la sociedad tenga, en la fecha en la que se produjo el perjuicio, la nacionalidad del Estado cuya responsabilidad por el perjuicio se invoca y la constitución de la sociedad en ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar negocios en dicho Estado.**

Comentario

1) El principio más fundamental de la protección diplomática de las sociedades es que una sociedad debe ser protegida por el Estado de su nacionalidad y *no* por el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad. Este principio fue ratificado con firmeza por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. En este caso, la Corte subrayó desde el principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los accionistas de «una sociedad anónima, cuyo capital está dividido en acciones»[117]. Este tipo de sociedades se caracteriza por una clara distinción entre la sociedad y los accionistas[118]. Cuando los intereses de un accionista resultan lesionados por un perjuicio causado a la sociedad, es a la sociedad a la que el accionista debe dirigirse para que ésta ejercite la acción correspondiente, dado que «aunque dos entidades distintas puedan sufrir el mismo perjuicio, sólo una de ellas ha visto vulnerados sus derechos»[119]. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación vulnere directamente los derechos de los accionistas tiene un accionista un derecho de accionar independiente[120]. Los principios que rigen la distinción entre la sociedad y los accionistas, dijo la Corte, se derivan del derecho interno y no del derecho internacional[121].

2) Para llegar a la decisión de que corresponde al Estado de constitución de la sociedad ejercer la protección diplomática en caso de perjuicio causado a una sociedad, y no al Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas, la Corte se guió, en el asunto de la *Barcelona Traction*, por una serie de consideraciones de orden práctico. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que realiza negocios en el extranjero, asumen riesgos, incluido el de que el Estado de la nacionalidad de la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, ejercer la protección diplomática con respecto a ellos[122]. En segundo lugar, si se permitiese al Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercer la protección diplomática, ello podría llevar a una multiplicidad de reclamaciones por diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades[123]. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de la nacionalidad del accionista tenía competencia para actuar por cuenta de éste, no había razón para que cada accionista no gozara de ese derecho[124]. En tercer lugar, la Corte se mostró renuente a aplicar por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad a las sociedades y a los accionistas y a permitir que los Estados de la nacionalidad de ambos ejerciesen la protección diplomática[125].

3) En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte aceptó la posibilidad de que el Estado o los Estados de la nacionalidad de los accionistas pudieran ejercer la protección diplomática en favor de éstos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad hubiera dejado de existir en su lugar de constitución[126] (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de los perjuicios causados a la sociedad y el único medio de defensa de que dispusieran los accionistas extranjeros en el plano internacional fuera recurrir a su Estado o Estados de la nacionalidad[127] (lo que no era el caso de la *Barcelona Traction*). Esas dos excepciones, que no fueron detenidamente examinadas por la Corte en el asunto de *la Barcelona Traction* porque no eran pertinentes, se reconocen en los apartados *a* y *b* del proyecto de artículo 11. Como los accionistas de una sociedad pueden ser nacionales de Estados diferentes, varios Estados de la nacionalidad pueden ejercer la protección diplomática de acuerdo con esas excepciones. En la práctica, sin embargo, los Estados coordinarán, y deberían coordinar, sus reclamaciones y se asegurarán de que los Estados cuyos nacionales son titulares de la mayor parte del capital social formen parte de los reclamantes.

4) El proyecto de artículo 11 sólo se refiere a los intereses de los accionistas de una sociedad porque las decisiones judiciales sobre la materia, en particular la dictada en el asunto *Barcelona Traction*, han tratado principalmente de la cuestión de los accionistas. La doctrina no es clara en lo que concierne al derecho del Estado de la nacionalidad de proteger a inversionistas distintos de los accionistas, como los obligacionistas, los mandatarios y los administradores fiduciarios. En principio, sin embargo, no parece que haya ningún motivo válido para que el Estado de la nacionalidad no proteja a esas personas[128].

5) El apartado *a* del proyecto de artículo 11 requiere que la sociedad «haya dejado de existir» para que el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenga derecho a intervenir en favor suyo. Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la mayor parte de la doctrina estaba a favor de un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera «prácticamente extinta»[129]. En el asunto de la *Barcelona*

---

[117] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 34, párr. 40.

[118] Ibíd., pág. 34, párr. 41.

[119] Ibíd., pág. 35, párr. 44.

[120] Ibíd., pág. 36, párr. 47.

[121] Ibíd., pág. 37, párr. 50.

[122] Ibíd., pág. 35, párr. 43; pág. 46, párrs. 86 y 87, y pág. 50, párr. 99.

[123] Ibíd., págs. 48 y 49, párrs. 94 a 96.

[124] Ibíd., pág. 48, párrs. 94 y 95.

[125] Ibíd., pág. 38, párr. 53, y pág. 50, párr. 98.

[126] Ibíd., págs. 40 y 41, párrs. 65 a 68.

[127] Ibíd., pág. 48, párr. 92.

[128] Este es el planteamiento adoptado por el Reino Unido. Véanse los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre el proyecto aprobado por la Comisión en primera lectura, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/561 y Add.1 y 2, anexo (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: normas aplicables a las reclamaciones internacionales).

[129] Asunto *Delagoa Bay Railway*, J. B. Moore, *Digest of International Law*, vol. VI, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1906, pág. 648; reclamación *El Triunfo Company*, ibíd., pág. 649, y reclamación *Baasch and Römer*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pág. 713, especialmente pág. 723.

Traction, sin embargo, la Corte fijó un umbral más alto para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones «parálisis» o «situación financiera precaria» se desecharon por estimarlas inadecuadas[130]. El criterio de que la sociedad estuviera «prácticamente extinta» se rechazó igualmente por considerar que «carece de toda precisión jurídica»[131]. Considerando que «sólo la situación jurídica de la sociedad es pertinente», la Corte declaró que: «Sólo la desaparición jurídica de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad de un recurso por intermedio de la sociedad; únicamente cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido podría plantearse la cuestión de un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno»[132]. Ulteriormente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apoyado este criterio[133].

6) En el asunto de la *Barcelona Traction* la Corte no declaró expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir en el lugar de su constitución como requisito previo para la intervención de los accionistas. No obstante, parece deducirse claramente del asunto sometido a la Corte que, a su parecer, la sociedad debía haber dejado de existir en el Estado de constitución y no en el Estado en que la sociedad había resultado perjudicada. La Corte estaba dispuesta a aceptar que la sociedad había cesado de existir en España[134], pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución: «En el presente caso, la sociedad *Barcelona Traction* está sujeta a administración judicial (*receivership*) en el país en que ha sido constituida. Esta situación, lejos de significar que la persona jurídica o sus derechos se han extinguido denota más bien que esos derechos subsisten mientras no se produzca la liquidación. Aunque sujeta a administración judicial (*receivership*), la sociedad continúa existiendo»[135]. Una sociedad «nace» en el Estado de constitución cuando se funda o constituye allí. Por el contrario, «muere» cuando se disuelve en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio la existencia. En consecuencia, parece lógico que la cuestión de si una sociedad ha dejado de existir y ya no está en condiciones de funcionar como persona jurídica deba decidirse con arreglo al derecho del Estado en que la sociedad fue constituida.

7) Las palabras «por algún motivo no relacionado con el perjuicio» del apartado *a* del artículo 11 tienen por objeto asegurar que el Estado de la nacionalidad de los accionistas no pueda iniciar un procedimiento con respecto al perjuicio causado a la sociedad que sea la causa de la desaparición de ésta. Este derecho, de conformidad con el proyecto de artículo 10, sigue correspondiendo al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Por consiguiente, el Estado de la nacionalidad de los accionistas sólo podrá ejercer la protección diplomática con respecto a los accionistas que hayan sido lesionados de resultas de los daños sufridos por la sociedad sin relación con el perjuicio que pudiera haber dado lugar a la desaparición de ésta. La finalidad de esa puntualización es limitar los casos en que el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir a favor de éstos por un perjuicio causado a la sociedad.

8) El apartado *b* del proyecto de artículo 11 da efecto a la excepción que permite al Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad ejercer la protección diplomática en favor de éstos cuando sea el propio Estado de constitución el responsable del perjuicio causado a la sociedad. Sin embargo, la excepción se limita a los casos en que la constitución fuera exigida por el Estado que haya causado el perjuicio a la sociedad como condición previa para realizar negocios en ese Estado.

9) Una excepción de esta índole encuentra apoyo en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales[136] y la doctrina. Resulta significativo, que el apoyo más decidido en favor de la intervención del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en tres reclamaciones en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado autor del hecho lesivo: *Delagoa Bay Railway, Mexican Eagle* y *Salvador Comercial Company* («*El Triunfo Company*»). Aunque en el texto de esas reclamaciones no hay ninguna indicación de que la intervención haya de limitarse a esos casos, no cabe duda de que es en ellos cuando es más necesaria. Como respondió el Gobierno del Reino Unido al argumento de México en el asunto de la *Mexican Eagle* de que un Estado no podría intervenir en favor de sus accionistas en una sociedad mexicana:

> Si se aceptara la doctrina de que un gobierno puede decidir que una sociedad extranjera sólo puede realizar actividades en sus territorios si se constituye de conformidad con su derecho interno y alegar luego esa constitución para justificar que rechace la intervención diplomática extranjera, es evidente que jamás faltarían medios para impedir a los gobiernos extranjeros el ejercicio del indudable derecho que los asiste, con arreglo al derecho internacional, de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero[137].

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

---

[130] Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66.

[131] Ibíd., pág. 41, párr. 66.

[132] Ibíd.; véanse también los votos particulares de los magistrados Padilla Nervo (ibíd., pág. 256) y Ammoun (ibíd., págs. 319 y 320).

[133] Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Agrotexim et autres* c. *Grèce*, fallo de 24 de octubre de 1995, *Série A*, n.º 330-A, pág. 25, párr. 68.

[134] Véase el asunto *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), pág. 40, párr. 65. Véanse también los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice (ibíd., pág. 75) y Jessup (ibíd., pág. 194).

[135] Ibíd., pág. 41, párr. 67.

[136] Véanse los asuntos *Delagoa Bay Railway* (nota 129 *supra*); *Mexican Eagle*, M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), págs. 1272 a 1274; *Romano-Americano*, Hackworth, *op. cit.* (nota 64 *supra*), vol. V, pág. 841; *Salvador Commercial Company («El Triunfo Company»)*, sentencia de 8 de mayo de 1902, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), pág. 455, y en particular pág. 467, y *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers*, laudo de 5 de agosto de 1926, ibíd., vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 777, y especialmente pág. 790. Véase un amplio examen de la doctrina en Caflisch, *op. cit.* (nota 116 *supra*), y en J. M. Jones, «Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», *The British Year Book of International Law, 1949*, pág. 225. Véase también E. Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», en M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968, págs. 531 y ss., especialmente págs. 580 y 581.

[137] Whiteman, *op. cit.* (nota *supra*), págs. 1273 y 1274.

Es exacto que se ha sostenido que, por motivos de equidad, un Estado debería poder asumir en ciertos casos la protección de sus nacionales accionistas de una sociedad que hubiera sido víctima de una violación del derecho internacional. Es así como se ha desarrollado una teoría según la cual el Estado de los accionistas tiene derecho a ejercer su protección diplomática cuando el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad. Cualquiera que sea la validez de esta teoría, ciertamente no se aplica en el caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad Barcelona Traction[138].

En sus votos particulares relativos a la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los magistrados Fitzmaurice[139], Tanaka[140] y Jessup[141] se pronunciaron sin reserva a favor del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando el perjuicio a la sociedad es causado por el Estado de constitución[142]. Aunque tanto Fitzmaurice[143] como Jessup[144] reconocieron que la necesidad de esa norma era especialmente grande cuando la condición previa para que una sociedad desarrollara sus actividades en un Estado era que se hubiera constituido con arreglo a la legislación de ese Estado, ninguno de los dos estaba dispuesto a admitir que la norma se limitara a esos casos. En cambio, los magistrados Padilla Nervo[145], Morelli[146] y Ammoun[147] se opusieron enérgicamente a esa excepción.

11) En el período posterior al asunto de la *Barcelona Traction* se han producido algunos cambios en lo que concierne a la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados. De ellos no obstante se desprende una tendencia favorable a la idea de que los accionistas de una sociedad pueden intervenir frente al Estado en que se ha constituido la sociedad cuando éste es responsable del perjuicio causado a esa sociedad[148]. En el asunto *ELSI*[149], una Sala de la CIJ permitió a los Estados Unidos presentar una reclamación contra Italia por los daños sufridos por una sociedad italiana, la totalidad de cuyas acciones era de propiedad de dos sociedades estadounidenses. La Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del asunto de la Barcelona Traction, a pesar de que Italia opuso la objeción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado se había constituido en Italia y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de los accionistas de esa sociedad[150]. Ese silencio podría explicarse por el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación[151], en el que se preveía la protección de los accionistas estadounidenses en el extranjero. Por otra parte, es evidente que la excepción propuesta se había planteado ante la Sala[152]. Por consiguiente, puede inferirse un apoyo a la excepción en favor del derecho del Estado de los accionistas de una sociedad a intervenir frente al Estado de constitución si éste es responsable del perjuicio causado a la sociedad[153].

12) Antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la excepción propuesta gozaba de cierto apoyo, pero las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. Si bien las decisiones arbitrales afirmaban el principio enunciado en la excepción, esas decisiones a menudo se basaban en acuerdos especiales entre Estados en los que se reconocía a los accionistas el derecho a reclamar una indemnización y, por consiguiente, no eran necesariamente indicativas de una norma general de derecho internacional consuetudinario[154]. El *obiter dictum* emitido por la Corte en su sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* y los votos particulares de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka han conferido incontestablemente mayor peso a los argumentos a favor de la excepción. La evolución posterior, aunque sólo sea en el contexto de la interpretación de los tratados, han confirmado esta tendencia[155]. En esos casos sería posible defender una excepción general basada en la jurisprudencia. Sin embargo, el apartado *b* del proyecto de artículo 11 no va tan lejos. En lugar de ello, limita la excepción a la que se ha denominado una «sociedad Calvo», es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la «cláusula Calvo»[156], tiene por objeto preservarla de las normas de derecho internacional relativas a la

[138] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 48, párr. 92.

[139] Ibíd., págs. 72 a 75.

[140] Ibíd., pág. 134.

[141] Ibíd., págs. 191 a 193.

[142] El magistrado Wellington Koo apoyó igualmente esta posición en el asunto de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 6, en pág. 58, párr. 20.

[143] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), págs. 73 y 74, párrs. 15 y 16.

[144] Ibíd., págs. 191 y 192.

[145] Ibíd., págs. 257 a 259.

[146] Ibíd., págs. 240 y 241.

[147] Ibíd., pág. 318.

[148] Véanse los asuntos *SEDCO Inc.* v. *National Iranian Oil Company and the Islamic Republic of Iran*, asunto n.º 129, de 24 de octubre de 1985, *International Law Reports*, vol. 84 (1991), págs. 484 y 496 (interpretación del artículo VII(2) de la Declaración de Argel relativa a la solución de reclamaciones), y *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO)* v. *The Government of the Republic of Liberia*, *International Legal Materials*, vol. 26 (1987), págs. 647 y 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

[149] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15.

[150] Ibíd., págs. 64 (párr. 106) y 79 (párr. 132).

[151] Firmado en Roma el 2 de febrero de 1948 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 79, n.º 1040, pág. 171).

[152] Esto se deduce claramente del intercambio de opiniones al respecto en el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 149 *supra*) entre los magistrados Oda (págs. 87 y 88) y Schwebel (pág. 94).

[153] Opinión expresada por Yoram Dinstein en «Diplomatic protection of companies under international law», en K. Wellens (ed.), *International Law: Theory and Practice - Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 505 y ss., en particular pág. 512.

[154] Véase en ese sentido la comunicación de los Estados Unidos sobre el apartado *b* del proyecto de artículo 11 en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura, A/CN.4/561 y Add.1 y 2 (nota 128 *supra*).

[155] De conformidad con sus normas aplicables a las reclamaciones internacionales, aprobadas por el Reino Unido en 1985, «en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en otra calidad, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es, por consiguiente, nacional, y ese Estado cause un perjuicio a la sociedad, el Gobierno de Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido» (Regla VI), reimpresas en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37 (1988), pág. 1007 y reproducidas en anexo en los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos sobre el proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura, A/CN.4/561 y Add.1 y 2 (véase la nota 128 *supra*).

[156] Que lleva el nombre del distinguido jurista argentino Carlos Calvo (1824-1906). Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

protección diplomática. Limita la excepción al supuesto en que la sociedad, *en la fecha en la que se produjo el perjuicio* (otro criterio restrictivo) tenga la nacionalidad del Estado supuestamente responsable de haber causado el perjuicio y la constitución de la sociedad de conformidad con la legislación de ese Estado sea exigida por éste como condición previa para realizar negocios en él. No es necesario que la legislación de ese Estado exija la constitución. Otras formas de coerción también podrían tener como resultado que se «exija» a una sociedad que se constituya en ese Estado.

Artículo 12. Perjuicio directo a los accionistas

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

Comentario

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

> [...] un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo lesiona esos derechos no implica responsabilidad alguna hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados. [...] La situación es diferente si el acto objeto de reclamación está dirigido contra los derechos propios de los accionistas como tales. Es bien sabido que el derecho interno confiere a los accionistas derechos distintos de los de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho de asistir a las juntas generales y votar en ellas y el derecho a una parte del haber social existente en el momento de la liquidación. Si se vulnera uno de sus derechos propios, el accionista tiene un derecho de accionar independiente[157].

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

2) La cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó ante la Sala de la CIJ en el asunto de la sociedad *ELSI*[158]. Sin embargo, en este caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, figuraban en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación[159] que se pedía a la Sala que interpretara, y ésta no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre esta materia. En el asunto *Agrotexim*[160], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero falló que en el caso considerado no se había producido tal violación[161].

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

4) El proyecto de artículo 12 no especifica qué ordenamiento jurídico determinará cuáles son los derechos que corresponden a los accionistas distintos de los derechos de la sociedad. En la mayoría de los casos, la cuestión deberá decidirse por el derecho interno del Estado de constitución. Sin embargo, si la sociedad ha sido constituida en el Estado autor del hecho lesivo, tal vez se justifique invocar los principios generales del derecho de sociedades a fin de asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un trato discriminatorio[162].

Artículo 13. Otras personas jurídicas

Los principios enunciados en el presente capítulo serán aplicables, según proceda, a la protección diplomática de otras personas jurídicas que no sean sociedades.

Comentario

1) Las disposiciones de este capítulo han versado hasta ahora sobre un tipo particular de persona jurídica, la sociedad. Ello se explica por dos motivos. En primer lugar, las sociedades, a diferencia de otras personas jurídicas, tienen ciertas características comunes y uniformes: son empresas con un fin lucrativo cuyo capital generalmente está dividido en acciones y en las que se hace una clara distinción entre la sociedad como entidad separada y los accionistas, a quienes incumbe una responsabilidad limitada. En segundo lugar, es principalmente la sociedad, y no la empresa pública, la universidad, el municipio, la fundación y otras personas jurídicas del mismo género la que participa en el comercio exterior y las inversiones extranjeras y la que con sus actividades no sólo anima la economía internacional, sino también el mecanismo de solución de las controversias internacionales. La protección diplomática de las personas jurídicas atañe principalmente a la protección de las inversiones extranjeras. De ahí que la sociedad sea la persona jurídica de mayor importancia en el ámbito de la protección

---

[157] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 36, párrs. 46 y 47.

[158] Véase la nota 149 *supra*.

[159] Véase la nota 151 *supra*.

[160] *Agrotexim et autres* c. *Grèce* (véase la nota 133 *supra*).

[161] Ibíd., pág. 23, párr. 62.

[162] En su voto particular emitido en el asunto de la sociedad *ELSI*, el magistrado Oda habló de «los principios generales de derecho relativos a las sociedades» en el contexto de los derechos de los accionistas (véase la nota 149 *supra*), págs. 87 y 88.

diplomática y que sea —y deba ser— el principal objeto del presente proyecto de artículos.

2) En su sentido ordinario, la palabra «persona» denota un ser humano. Sin embargo, en un sentido jurídico, una «persona» es cualquier ente, objeto, asociación o institución a quien la ley otorga capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Un sistema jurídico puede conferir la personalidad jurídica a cualquier objeto o asociación que le plazca. No existe coherencia ni uniformidad entre los distintos sistemas jurídicos a la hora de conferir la personalidad jurídica.

3) Se debate entre los juristas la naturaleza de la personalidad jurídica y, en particular, la manera en que nace una persona jurídica. Según la teoría de la ficción, una persona jurídica sólo puede comenzar a existir mediante un acto formal de constitución dimanante del Estado. Esto quiere decir que un ente que no sea una persona física puede adquirir los atributos de la personalidad por un acto del Estado que lo asimile en virtud de una ficción jurídica a una persona física, con sujeción a las limitaciones que la ley imponga. Por otra parte, según la teoría realista, la existencia de la personalidad jurídica es un hecho y no depende del reconocimiento del Estado. Si una asociación o ente actúa de hecho como una entidad jurídica separada, se convierte en una persona jurídica con todos sus atributos, sin necesidad de que el Estado le otorgue la personalidad jurídica. Independientemente de los méritos de la teoría realista, está claro que, para poder existir, una persona jurídica debe gozar de cierto reconocimiento jurídico, es decir, por un ordenamiento jurídico nacional, como han subrayado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[163] y la Corte Internacional de Justicia[164].

4) Puesto que las personas jurídicas son creación del derecho interno, es lógico que hoy exista una gran variedad de personas jurídicas con características diferentes, entre ellas las sociedades, las empresas públicas, las universidades, las escuelas, las fundaciones, las iglesias, los municipios, las asociaciones sin ánimo de lucro, las organizaciones no gubernamentales e incluso (en algunos países) las sociedades personalistas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar rasgos comunes y uniformes en todas esas personas jurídicas explica que los estudiosos del derecho internacional público y privado, a la hora de examinar las personas jurídicas en el marco del derecho internacional, se limiten principalmente a la sociedad. No obstante, es necesario tener en cuenta las personas jurídicas distintas de las sociedades en el contexto de la protección diplomática. La jurisprudencia de la CPJI demuestra que en determinados casos un municipio[165] (comuna) o una universidad[166] pueden ser considerados como personas jurídicas y como nacionales de un Estado. No hay motivo para que dichas personas jurídicas no puedan acogerse a la protección diplomática si resultan lesionadas en el extranjero, a condición de que sean entidades autónomas que no formen parte del aparato del Estado protector[167]. Las fundaciones con fines no lucrativos, cuyos bienes han sido destinados por un donante o testador a un fin caritativo, constituyen personas jurídicas sin miembros. Actualmente muchas fundaciones financian proyectos en el exterior para promover la salud, el bienestar, los derechos de la mujer, los derechos humanos y el medio ambiente en los países en desarrollo. Si una persona jurídica de esa índole es víctima de un hecho internacionalmente ilícito por parte del Estado receptor, es probable que goce de protección diplomática por parte del Estado en virtud de cuyo ordenamiento jurídico ha sido creada. Podría parecer que las organizaciones no gubernamentales que realizan actividades en el exterior en favor de una buena causa pertenecen a la misma categoría que las fundaciones[168].

5) La diversidad de metas y estructuras de las distintas clases de personas jurídicas que no son sociedades hace imposible elaborar disposiciones separadas e independientes relativas a su protección. La única opción realista, y la más sensata, es elaborar una disposición que haga extensivos los principios de la protección diplomática adoptados para las sociedades a otras personas jurídicas, con sujeción a los cambios necesarios en función de las distintas características de cada persona jurídica. La disposición propuesta, que apunta a ello, establece que los principios que rigen el Estado de la nacionalidad de las sociedades y la aplicación a estas últimas del principio de la continuidad de la nacionalidad se aplicará, «según proceda», a la protección diplomática de las personas jurídicas que no sean sociedades. Para eso será necesario que las autoridades competentes o los tribunales de justicia examinen la naturaleza y las funciones de la persona jurídica de que se trate a fin de determinar si sería «procedente» aplicar con respecto a ello cualquiera de las disposiciones del presente capítulo. La mayoría de las personas jurídicas que no son sociedades no tienen

[163] *The Queen* c. *H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue,* ex parte *Daily Mail and General Trust PLC*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto 81/87, sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Recopilación de jurisprudencia*, 1988, pág. 5483, párr. 19.

[164] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), págs. 33 y 34, párr. 38.

[165] En el asunto *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca), la CPJI estatuyó que el municipio de Ratibor pertenecía a la categoría de «nacional alemán» en el sentido de la Convención germanopolaca relativa a la Alta Silesia (fondo, fallo n.º 7, *1926, C.P.J.I., série A, n.º 7*, pág. 19, y en particular, págs. 73 a 75). La Convención fue firmada en Ginebra el 15 de mayo de 1922 (véase G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, Londres, 1942, Oxford University Press, pág. 572).

[166] En el pronunciamiento emitido en el asunto *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)* (Apelación de una sentencia del tribunal arbitral mixto húngaro-checoslovaco), la CPJI declaró que la Universidad Peter Pázmány era de nacionalidad húngara, a tenor del artículo 250 del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Hungría (Tratado de Paz de Trianón) y que, por lo tanto, tenía derecho a la restitución de bienes de su propiedad (*1933, C.P.J.I., série A/B, n.º 61*, pág. 208, en especial págs. 227 a 232).

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

[168] Véase además K. Doehring, «Diplomatic protection of non-governmental organizations», en M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación*: liber amicorum *en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, págs. 571 a 580.

accionistas, de suerte que sólo será procedente aplicarles los proyectos de artículo 9 y 10. No obstante, si una persona jurídica de ese género tiene accionistas, también se le podrán aplicar los proyectos de artículo 11 y 12[169].

Tercera parte

RECURSOS INTERNOS

Artículo 14. Agotamiento de los recursos internos

1. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, salvo lo dispuesto en el proyecto de artículo 15.

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

3. Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8.

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para el ejercicio de la protección diplomática. Esta norma fue reconocida por la CIJ en el asunto *Interhandel* como «norma bien arraigada del derecho internacional consuetudinario»[170] y por una Sala de la CIJ en el asunto *ELSI* como «un importante principio del derecho internacional consuetudinario»[171]. El agotamiento de los recursos internos garantiza que «el Estado en que se causó el perjuicio pueda repararlo por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno»[172]. La Comisión ha examinado ya el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad del Estado, llegando a la conclusión de que es un «principio de derecho internacional general» apoyado por la jurisprudencia, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina[173].

2) Tanto las personas naturales como las personas jurídicas están obligadas a agotar los recursos internos. Una sociedad extranjera financiada en parte o principalmente con fondos públicos también debe agotar los recursos internos. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en los supuestos excepcionales previstos en el proyecto de artículo 8, deben agotar los recursos internos.

3) La expresión «todos los recursos internos» debe entenderse sin perjuicio del proyecto de artículo 15, que enuncia los supuestos excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos.

4) Los recursos disponibles para un extranjero, que deben ser agotados antes de que se ejercite la protección diplomática, varían inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse[174]. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a recurrir en las circunstancias del caso ante el más alto órgano jurisdiccional, habrá que interponer ese recurso a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. Aun si no existe el derecho a recurrir ante un tribunal superior, pero éste discrecionalmente puede admitir a trámite el recurso, el nacional extranjero deberá todavía solicitar la admisión a trámite del recurso ante ese tribunal[175]. A ese respecto, por tribunales se entiende tanto los ordinarios como los especiales, porque «la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente»[176].

5) Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero perjudicado sólo está obligado a agotar los recursos que pueden llevar a una decisión vinculante. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de su poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos «cuyo objeto es obtener un favor y no hacer

---

[169] Esto se aplicaría a la sociedad de responsabilidad limitada de los países de tradición jurídica romanista, que es un híbrido de sociedad de capitales (*corporation*) y sociedad personalista (*partnership*).

[170] *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 6, en pág. 27.

[171] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 149 *supra*), pág. 42, párr. 50.

[172] Asunto *Interhandel* (véase la nota 170 *supra*), pág. 27.

[173] Véanse el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D.1 (el proyecto de artículo 22 fue aprobado en primera lectura por la Comisión en su 29.º período de sesiones y su texto y el comentario correspondientes figuran en *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. B, págs. 32 a 53), y el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 129; el comentario a este artículo figura en las páginas 129 y 130.

[174] En el asunto *Ambatielos*, el tribunal arbitral declaró que «se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno» (sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 120). Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2004, págs. 182 a 192.

[175] Esto incluiría el recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

[176] Asunto *B. Schouw Nielsen* c. *Danemark*, demanda n.º 343/57, decisión de 2 de septiembre de 1959, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 438, en relación con las consideraciones expuestas por el Instituto de Derecho Internacional en su resolución de 1954 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 46 (1956), pág. 364). Véase también el asunto *Lawless* c. *Irlande*, demanda n.º 332/57, decisión de 30 de agosto de 1958, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, págs. 308 y ss., en particular págs. 318 a 322.

valer un derecho»[177], ni tampoco los recursos a título de gracia[178], a menos que constituyan un requisito previo esencial para la admisibilidad de una acción contenciosa posterior. Las peticiones de indulto y el recurso a un *ombudsman* generalmente pertenecen a esta categoría[179].

6) Para fundar convenientemente una reclamación internacional en el motivo de que se han agotado los recursos internos, el litigante extranjero debe plantear los argumentos básicos que se propone utilizar en el procedimiento internacional ante los órganos jurisdiccionales internos. En el asunto *ELSI*, la Sala de la CIJ declaró:

> para que una demanda internacional sea admisible, basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito[180].

Este criterio es preferible al criterio más estricto enunciado en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*, según el cual:

> todos los argumentos de hecho y de derecho aducidos por el Gobierno demandante [...] deben haber sido examinados por los tribunales internos, que deben haber estatuido al respecto [181].

7) Por consiguiente, el Estado reclamante debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo del fondo de su demanda durante el proceso de agotamiento de los recursos internos[182]. La vía de recurso internacional que le ofrece la protección diplomática no puede utilizarse para compensar la mala preparación o la mala presentación de la demanda en el ámbito interno[183].

8) El proyecto de artículo 14 no tiene en cuenta la «cláusula Calvo»[184], un medio utilizado principalmente por los Estados latinoamericanos a fines del siglo XIX y comienzos del XX para constreñir a un extranjero a las vías de recurso internas obligándole a renunciar a las vías de recurso internacionales con respecto a las controversias surgidas en relación con un contrato concertado con el Estado de acogida. La validez de esa cláusula ha sido cuestionada enérgicamente por los Estados exportadores de capitales[185] por el motivo de que el extranjero no tiene derecho, de conformidad con la regla establecida en el asunto *Mavrommatis*[186], a renunciar a un derecho que pertenece al Estado y no a su nacional. A pesar de ello, la «cláusula Calvo» se consideraba como una costumbre regional de América Latina y formaba parte de la identidad nacional de muchos Estados. Es difícil conciliar la «cláusula Calvo» con el derecho internacional si se interpreta como una renuncia completa al recurso a la protección diplomática con respecto a una acción del Estado de acogida que constituiría un hecho internacionalmente ilícito (como la denegación de justicia), o si el perjuicio causado al extranjero interesaba directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero[187]. La objeción a la validez de la «cláusula Calvo» con respecto al derecho internacional es ciertamente menos convincente si se acepta que los derechos protegidos en el marco de la protección diplomática son los de la persona protegida y no los del Estado protector[188].

9) El párrafo 3 dispone que el agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado demandante ha sido perjudicado "indirectamente", es decir, en la persona de su nacional. No se aplica cuando el Estado autor de la reclamación es perjudicado directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en ese caso el Estado tiene claramente una razón propia para presentar una reclamación internacional[189].

10) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es «directa» o «indirecta» cuando es «mixta», en el sentido de que contiene elementos tanto de perjuicio para el Estado como de perjuicio para los nacionales del Estado. Muchas controversias sometidas a la CIJ corresponden al fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[190] hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un perjuicio para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes; y en el asunto *Interhandel*[191] Suiza alegó haber sido lesionada directamente, por la violación de un tratado, y también indirectamente, por el perjuicio causado a una sociedad suiza. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Corte trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional; y en el asunto *Interhandel* decidió que la reclamación era principalmente indirecta y que Interhandel no había agotado los recursos internos. En el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la República Democrática del Congo y su nacional (el entonces Ministro de Relaciones Exteriores) habían sufrido un perjuicio directo, pero la Corte decidió que la demanda no se había presentado en relación con la protección de un nacional por lo que no era necesario que la República Democrática

---

[177] Asunto *De Becker* c. *Belgique*, demanda n.º 214/56, decisión de 9 de junio de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 238.

[178] Véase el asunto *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (*Arbitrage relatif aux navires finlandais*), sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1479.

[179] Véase el asunto *Avena et autres ressortissants mexicains* (nota 29 *supra*), en particular págs 63 a 66, párrs. 135 a 143.

[180] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 149 *supra*), pág. 46, párr. 59.

[181] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 178 *supra*), pág. 1502.

[182] Véase el asunto *Ambatielos* (nota 174 *supra*).

[183] Véase D. P. O'Connell, *International Law*, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970, vol. 2, pág. 1059.

[184] Véase la nota 156 *supra*.

[185] Véase, en general, D. R. Shea, *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.

[186] Véase la nota 26 *supra*.

[187] Véase el asunto *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.)* v.*United Mexican States*, decisión de 31 de marzo de 1926, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol IV, pág. 26.

[188] Véase *supra* el párrafo 5 del comentario al proyecto de artículo 1.

[189] A este respecto, véase en general C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (nota 174 *supra*), págs. 145 a 168.

[190] *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán), fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3.

[191] Véase la nota 170 *supra*.

del Congo agotara los recursos internos[192]. En el asunto *Avena*, México trató de proteger a sus nacionales condenados a muerte en los Estados Unidos amparándose en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, y adujo que «había sufrido él mismo, directamente y a través de sus nacionales» por cuanto los Estados Unidos de América no habían concedido el acceso consular a sus nacionales de conformidad con el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención. La Corte estimó ese argumento a causa de la «interdependencia de los derechos del Estado y los derechos individuales»[193].

11) En caso de una reclamación mixta, incumbe al tribunal examinar los diferentes elementos de la reclamación y decidir si es el elemento directo o el elemento indirecto el preponderante. En el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ rechazó el argumento de los Estados Unidos de que parte de su reclamación se basaba en la violación de un tratado y, por lo tanto, era innecesario agotar los recursos internos, sosteniendo que:

> la Sala no duda que la cuestión que tiñe e impregna la demanda de los Estados Unidos en su totalidad es el supuesto perjuicio que habrían sufrido Raytheon y Machlett [sociedades estadounidenses][194].

Muy próximo al criterio de la preponderancia, el criterio de la condición *sine qua non*, o «a falta de», según el cual hay que preguntarse si la reclamación que comprende elementos de perjuicio tanto directo como indirecto se habría presentado si no fuera por la demanda en favor del nacional perjudicado. Si la respuesta es negativa, la reclamación es indirecta y deben agotarse los recursos internos. No es mucho, sin embargo, lo que distingue el criterio de la preponderancia del criterio «a falta de». Si una reclamación se basa principalmente en el perjuicio sufrido por un nacional, ello indica que la reclamación no se habría presentado a falta de ese perjuicio. En vista de eso, el párrafo 3 establece un solo criterio, es decir, el de la preponderancia.

12) Los otros «criterios» invocados para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto criterios como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación se inclina predominantemente en el sentido de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado a falta del perjuicio causado al nacional. Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, la naturaleza de la reclamación y la reparación exigida. Así, cuando el objeto de la controversia sea un funcionario del Estado[195], un funcionario diplomático[196] o un bien del Estado[197], la reclamación será normalmente directa, y si el Estado trata de obtener una indemnización por cuenta de su nacional como persona particular, la reclamación será indirecta.

13) El párrafo 3 deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declarativa que se base predominantemente en un perjuicio causado a un nacional. Aunque se pueda considerar que si el Estado no pide una indemnización de daños y perjuicios para un nacional lesionado, sino simplemente una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado, no hay necesidad de agotar los recursos internos[198], hay casos en que se ha exigido a un Estado que agote los recursos internos cuando pedía una sentencia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional[199].

14) El proyecto de artículo 14 dispone que la propia persona perjudicada debe haber agotado todos los recursos internos. Ello no impide que el agotamiento de los recursos internos sea el resultado de que otra persona haya sometido el fondo de la misma reclamación a un tribunal del Estado demandado[200].

Artículo 15. Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

***a*) no haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación;**

***b*) en la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca;**

***c*) no existía en la fecha en la que se produjo el perjuicio vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca;**

***d*) la persona perjudicada esté manifiestamente impedida de ejercer los recursos internos; o**

***e*) el Estado cuya responsabilidad se invoca haya renunciado al requisito de que se agoten los recursos internos.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 versa sobre las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Los apartados *a* y *b*, que tratan de los supuestos en que

---

[192] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (Orden de detención de 11 de abril de 2000) (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 3, en págs. 17 y 18, párr. 40.

[193] *Avena et autres ressortissants mexicains* (véase la nota 29 *supra*), págs. 35 y 36, párr. 40.

[194] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 149 *supra*), pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel* (nota 170 *supra*), pág. 28.

[195] Véase el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 192 *supra*), en particular párr. 40.

[196] Véase el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 190 *supra*).

[197] Véase el asunto *Détroit de Corfou* (Estrecho de Corfú), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4.

[198] Véanse los asuntos *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (Acuerdo relativo a los Servicios aéreos), sentencia de 9 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 417, y *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1988*, pág. 12, y en particular pág. 29, párr. 41.

[199] Véanse los asuntos *Interhandel* (nota 170 *supra*), págs. 28 y 29, y *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 149 *supra*), pág. 43.

[200] Véase el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 149 *supra*), especialmente pág. 46, párr. 59.

los tribunales internos no ofrecen ninguna perspectiva de reparación, y los apartados *c* y *d*, que versan sobre los supuestos que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero perjudicado que agote los recursos internos como condición previa para la presentación de una reclamación, son claras excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. El apartado *e* trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado a exigir la observancia de esa regla.

Apartado *a*

2) El apartado a versa sobre la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que a veces se denomina, en términos generales, excepción de «inutilidad» o de «ineficacia». Hay que considerar tres opciones para la formulación de una regla que recoja las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos a causa de las deficiencias de la administración de justicia:

i) los recursos internos son manifiestamente inútiles;

ii) los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito;

iii) los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación efectiva.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre la doctrina.

3) El criterio de la «inutilidad manifiesta», expuesto por el árbitro Bagge en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*[201], fija un umbral demasiado alto. En cambio, el criterio de la «falta de perspectiva razonable de éxito», aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones[202], es demasiado generoso para el demandante. Esto deja la tercera opción, que evita los términos rigurosos de «inutilidad manifiesta», pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación efectiva. Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto *Emprunts norvégiens*[203] y es apoyado por una parte de la doctrina[204]. Sin embargo, el criterio no incluye el elemento de la disponibilidad de los recursos internos que apoyó la Comisión en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[205] y que los tribunales[206] y los tratadistas[207] consideran a veces parte integrante de esta regla. Por esta razón se ha ampliado el criterio del apartado *a* para exigir que no haya «razonablemente disponibles recursos internos» que provean una reparación efectiva o que los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación. De ese modo, el criterio encuentra apoyo en las resoluciones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate[208], cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no estén sujetos al control jurisdiccional de los tribunales internos[209], cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia[210], cuando una jurisprudencia constante y bien establecida sea contraria al extranjero[211], cuando los tribunales internos no ofrezcan al extranjero una vía

[201] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 178 *supra*), pág. 1504.

[202] Véanse el asunto *Retimag S. A.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 712/60, decisión de 16 de diciembre de 1961, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, págs. 385 y ss., en particular pág. 400, y el asunto *X, Y et Z* c. *Royaume-Uni*, demandas n.ºs 8022/77 y 8027/77, decisión de 8 de diciembre de 1979, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 18, págs. 66 y ss., en particular pág. 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura por la Comisión en su 29.º período de sesiones (nota 173 *supra*), pág. 52, párr. 60.

[203] Véase *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (Empréstitos noruegos) (Francia *c*. Noruega), fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 9, y en particular pág. 39.

[204] Véanse G. Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – The Scholar as Judge», *The British Year Book of International Law, 1961*, vol. 37, págs. 1 y ss., especialmente págs. 60 y 61, y M. Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», en G. Ress y T. Stein (eds.), *Der diplomatische Schutz im Völker-und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen* (1996), págs. 63 y ss., especialmente pág. 70.

[205] El artículo 44 dispone que las vías de recurso internas han de ser «disponibles y efectivas» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 129).

[206] En el asunto *Loewen* (véase la nota 59 *supra*), el tribunal estatuyó que la regla del agotamiento de los recursos internos obliga a la persona perjudicada «a agotar los recursos que sean efectivos y adecuados y estén razonablemente disponibles» (párr. 168).

[207] Véase C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (nota 174 *supra*), págs. 181 y 182, 203 y 204.

[208] Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 26 *supra*), pág. 18, y *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *American Journal of International Law*, vol. 28 (1934), pág. 760, y en particular pág. 789; las reclamaciones de *Rosa Gelbtrunk*, sentencia de 2 de mayo de 1902, págs. 463 a 466, y de la *Salvador Comercial Company («El Triunfo Company»)* (nota 136 *supra*), págs. 467 a 479; el asunto *The Lottie May Incident* (arbitraje entre Honduras y el Reino Unido), sentencia arbitral de 18 de abril de 1899, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV, pág. 29, y en particular pág. 31; el voto particular del magistrado Lauterpacht en el asunto *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (nota 203 *supra*), págs. 39 y 40, y el asunto *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 178 *supra*), pág. 1535.

[209] Véase el asunto *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (nota *supra*). Véanse también los asuntos *Forêts du Rhodope central*, fondo, sentencia de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1405; *Ambatielos* (nota 174 *supra*), pág. 119; e *Interhandel* (nota 170 *supra*), pág. 28.

[210] Véanse los asuntos *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, sentencia arbitral de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, pág. 120, y *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 4, párrs. 56 a 78 (para este asunto véase también *International Legal Materials*, vol. 28 (1989), págs. 291 y ss., en particular págs. 304 a 309).

[211] Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 26 *supra*); *Lisman*, sentencia de 5 de octubre de 1937, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* vol. III, pág. 1767, y en particular pág. 1773; *Seguranca*, sentencia de 27 de septiembre de 1939, Naciones Unidas, ibíd., pág. 1861, y en particular pág. 1868; *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 178 *supra*), pág. 1495; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 27/55, decisión de 31 de mayo de 1956, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, pág. 138; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 352/58, decisión de 4 de septiembre de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 342, y en particular pág. 344, y *X* c. *Austria*, demanda n.º 514/59, decisión de 5 de enero de 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, pág. 197, y en particular pág. 203.

de recurso apropiada y suficiente[212] o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de tutela judicial[213].

4) Para cumplir los requisitos del apartado *a* no es suficiente que la persona perjudicada pruebe que las posibilidades de éxito son escasas o que sería difícil o costoso recurrir en apelación. El criterio no es si son probables o posibles unos resultados positivos, sino si el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado es razonablemente capaz de ofrecer una reparación efectiva. Esto debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias existentes. Es una cuestión que decidirá el tribunal internacional competente encargado de examinar la cuestión de si se han agotado los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada[214].

Apartado *b*

5) La posibilidad de eximir del requisito del agotamiento de los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en los intentos de codificación[215], los instrumentos de derechos humanos y la práctica en esta materia[216], las decisiones judiciales[217] y la doctrina. Es difícil dar un contenido objetivo al significado de «dilación indebida», o de tratar de establecer un plazo fijo para hacer efectivos los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana en el asunto *El Oro Mining and Railway Company*:

> La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el plazo en que se supone que el tribunal dicte sentencia. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente del volumen de trabajo que implique un examen a fondo de asunto, o dicho de otro modo, de la magnitud de este último[218].

6) El apartado *b* deja en claro que la demora en la tramitación del recurso debe ser atribuible al Estado presuntamente responsable de un perjuicio causado a un extranjero. Se prefiere la expresión «tramitación del recurso» a «recursos internos» para incluir todo el proceso mediante el cual se ejercitan y hacen efectivos los recursos internos y a través del cual se encauzan esos recursos.

Apartado *c*

7) La excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que figura en el apartado *a* del proyecto de artículo 15, según la cual no es necesario agotar los recursos internos cuando no estén razonablemente disponibles o no «ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener [una] reparación [efectiva]», no incluye los supuestos en que esos recursos internos están disponibles y podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación efectiva, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan vías de recurso internas efectivas, sería poco razonable e injusto exigir a una persona perjudicada que agotase los recursos internos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada cuando sobrevolaba el territorio de otro Estado; o cuando el Estado demandado u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos no será necesario agotar los recursos internos, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo perjudicado y el Estado demandado.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con ese Estado[219]. Los que defienden este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática

---

[212] Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 178 *supra*), págs. 1496 y 1497; *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras* (nota 210 *supra*); *Yagci et Sargin* c. *Turquie*, sentencia de 8 de junio de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 319, pág. 3, y en particular pág. 17, párr. 42, y *Hornsby* c. *Grèce*, sentencia de 19 de marzo de 1997, ídem., *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n.º 33, pág. 495, y en particular pág. 509, párr. 37.

[213] Véase el asunto *Mushikiwabo and others* v. *Barayagwiza*, decisión de 9 de abril de 1996, *International Law Reports*, vol. 107 (1997), págs. 457 y ss., en particular pág. 460. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades intrínsecas de los procedimientos jurídicos de la justicia militar obviaban la necesidad de agotar los recursos internos (véase el caso 9755 (Chile), resolución 01a/88, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, documento 10 rev. 1, pág. 136).

[214] Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 178 *supra*), pág. 1504, y *Ambatielos* (nota 174 *supra*), págs. 119 y 120.

[215] Véanse el examen de los primeros intentos de codificación por el Relator Especial García Amador en su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 171 a 227, en particular págs. 219 a 222, y el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por la Facultad de Derecho de Harvard, en Sohn y Baxter, *loc. cit.* (nota 71 *supra*), pág. 577.

[216] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1 *c*); Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (art. 46, párr. 2 *c*); *Weinberger* c. *Uruguay*, comunicación n.º 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo* (2.º a 16.º períodos de sesiones) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.XIV.2), vol. 1, pág. 59, en pág. 61; *Las Palmeras*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, n.º 67, párr. 38; *Erdogan* c. *Turquie*, demanda n.º 19807/92, decisión de 16 de enero de 1996, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, págs. 5 y ss., en pág. 15.

[217] Véanse los asuntos *El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (Gran Bretaña) *c*. Estados Unidos Mexicanos, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 191, y en particular pág. 198, y *Administration du Prince von Pless*, providencia de 4 de febrero de 1933, *C.P.J.I., série A/B, n.º 52*, pág. 11, y en particular pág. 16.

[218] Véase la nota *supra*.

[219] Véanse C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (nota 174 *supra*), pág. 169, y T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law, 1959*, vol. 35, págs. 83 y ss., en particular pág. 94.

se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba negocios en un país extranjero era perjudicado por la actuación de ese Estado y, por consiguiente, cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que debe considerarse que el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular resulte perjudicado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernóbil, cerca de Kiev, en Ucrania, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y el hecho de derribar una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo[220]). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la jurisprudencia ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay pronunciamientos jurisdiccionales que se inclinan a favor de la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*[221] y *Salem*[222], en otros asuntos[223], los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado demandado. Tanto en el asunto *Emprunts norvégiens*[224] como en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*[225] se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la CIJ adoptó una decisión al respecto. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[226], relativo a una contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros[227], en que se prescindió de los recursos internos por no haber ningún vínculo voluntario, se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya una aceptación voluntaria de la jurisdicción como condición previa para que se aplique la regla del agotamiento de los recursos internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa regla en estos casos, sin embargo, puede explicarse con base en que constituyen ejemplos de daño directo, por lo que no es necesario que se agoten los recursos internos, o en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) En el apartado *c* no se emplea la expresión «vínculo voluntario» para describir esa excepción, pues esta expresión subraya la intención subjetiva de la persona perjudicada y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. En la práctica, sería difícil probar ese criterio subjetivo. De ahí que el apartado *c* exija la existencia de un «vínculo pertinente» entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Ese vínculo debe ser «pertinente» en el sentido de que debe referirse de algún modo al perjuicio sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular perjudicado estaba presente, residía o realizaba negocios en el territorio del Estado de acogida, sino también si, dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, había asumido el riesgo de que, de sufrir un perjuicio, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. La palabra «pertinente» es la que mejor permite a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero perjudicado y el Estado de acogida en el contexto del perjuicio, a fin de determinar si hubo una asunción del riesgo por parte de ese extranjero perjudicado. No tiene que haber «vínculo pertinente» entre la persona perjudicada y el Estado demandado en la fecha en que se produjo el perjuicio.

Apartado *d*

11) El apartado *d* tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir del requisito del agotamiento de los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, sería manifiestamente irrazonable esperar la observancia de esa regla. Este apartado, que corresponde a la esfera del desarrollo progresivo, debe interpretarse estrictamente, y recaerá en la persona lesionada la carga de probar, no sólo que existen obstáculos y dificultades graves para agotar los recursos internos, sino también que está «manifiestamente» impedida de ejercer tales recursos. No se intenta proporcionar una lista completa de factores que podrían justificar esa excepción. Las circunstancias que manifiestamente pueden impedir el agotamiento de los recursos internos incluyen posiblemente el supuesto en que el Estado demandado impida a la persona perjudicada la entrada en su territorio, sea por ley o mediante amenazas contra su seguridad personal, y deniegue de ese modo la posibilidad de entablar una acción judicial ante los tribunales internos. O cuando sindicatos del crimen del Estado demandado le impidan emprender esas acciones legales. Aunque se supone que la persona perjudicada debe sufragar los gastos del proceso instruido

[220] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Incidente aéreo) (Israel *c*. Bulgaria), fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 127.

[221] En este asunto, la CIJ declaró «...se ha considerado necesario que el *Estado en que tuvo lugar la infracción** tenga una oportunidad de subsanarla por sus propios medios» (véase la nota 170 *supra*), pág. 27.

[222] 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» (véase la nota 72 *supra*), pág. 1202.

[223] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 178 *supra*) y *Ambatielos* (véase la nota 174 *supra*).

[224] *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (Francia *c.* Noruega), fallo de 6 de julio de 1957, alegaciones orales de Francia, *C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents*, vol. I, pág. 408.

[225] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c*. Bulgaria), objeciones preliminares, alegaciones orales de Israel, *C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents*, págs. 531 y 532.

[226] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1905.

[227] Asunto *Virginius* (1873), recogido en J. B. Moore, *Digest of International Law* (nota 129 *supra*), vol. II, pág. 895, en pág. 903, y asunto *Jessie* (1921), recogido en *American Journal of International Law*, vol. 16 (1922), págs. 114 a 116.

ante los tribunales del Estado demandado, puede haber casos en que tales gastos sean prohibitivamente elevados e impidan «manifiestamente» el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos[228].

Apartado *e*

12) Un Estado puede estar dispuesto a renunciar a exigir el agotamiento de los recursos internos. Como la finalidad de esa regla es proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se deduce que el Estado puede renunciar a esa protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado:

> En este caso, según los principios del [d]erecho [i]nternacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y, como tal, renunciable, aun de modo tácito[229].

13) La renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos puede revestir muchas formas distintas. Puede aparecer en un tratado bilateral o multilateral concertado antes o después de que se suscite la controversia; puede aparecer en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado; puede ser expresa o tácita; o puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificado de *estoppel* (regla de los actos propios) o de caducidad o pérdida de derechos.

14) Se puede incluir una cláusula expresa de renuncia en un compromiso de arbitraje especialmente concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro se dirimirán mediante arbitraje o alguna otra forma de solución de controversias internacionales. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la renuncia expresa a la regla del agotamiento de los recursos internos es válida. La renuncia es común en la práctica estatal contemporánea y muchos convenios arbitrales contienen cláusulas de renuncia. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, según el cual:

> Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes en el procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento en ese arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento en el arbitraje conforme a este Convenio.

Se reconoce generalmente que la renuncia expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y un extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la legislación del Estado de acogida[230].

15) No se puede interpretar con demasiada facilidad que haya una renuncia tácita al agotamiento de los recursos internos. En el asunto de la sociedad *ELSI*, una Sala de la CIJ declaró a este respecto que no podía:

> aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla[231].

16) Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de renunciar al agotamiento de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión es corroborada tanto por la jurisprudencia[232] como por la doctrina[233]. No es posible enunciar una norma general que establezca los supuestos en que se puede inferir tácitamente la intención de renunciar al agotamiento de los recursos internos. Cada caso deberá resolverse conforme a los términos del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter al arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cabe considerar que ese acuerdo «no implica la renuncia a exigir el agotamiento de todos los recursos internos cuando uno de los Estados contratantes hace suya la demanda de su nacional»[234]. La Sala de la CIJ confirmó en el asunto de la sociedad *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o tácita en un caso de esa índole[235]. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de haber surgido la controversia. En tal caso, se puede sostener que la renuncia puede ser considerada implícita si el Estado demandado concertó un convenio arbitral con el Estado demandante para resolver las controversias relativas al trato de los nacionales después de haber causado al nacional el perjuicio que es objeto de la controversia, y si el convenio no dice nada acerca del mantenimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

17) Aunque la idea de que el comportamiento observado por el Estado demandado en un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado, en virtud de la regla de los actos propios, no pueda exigir que se

---

[228] Por lo que respecta a las consecuencias de los gastos del agotamiento de los recursos internos, véase el asunto *Loewen* (nota 59 *supra*), especialmente párr. 166.

[229] *Viviana Gallardo y otras*, sentencia de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º G 101/81, pág. 22, párr. 26 (véase también *International Law Reports*, vol. 67 (1984), pág. 587). Véanse asimismo el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 149 *supra*), pág. 42, párr. 50; y los asuntos *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos *«Vagabondage»*), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, *Série A, n.º 12* (para este asunto véase también *International Law Reports*, vol. 56 (1980), pág. 337, en pág. 370, párr. 55).

[230] Véanse los asuntos *Viviana Gallardo y otras* (nota *supra*) y *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos *«Vagabondage»*) (ibíd.).

[231] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 149 *supra*), pág. 42, párr. 50.

[232] Véanse, por ejemplo, los asuntos *Steiner and Gross* v. *Polish State*, caso n.º 322 (1928), *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longman, 1931, pág. 472, y *American International Group Inc.* v. *The Islamic Republic of Iran*, laudo n.º 93-2-3 (1983), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, pág. 96.

[233] Véase, por ejemplo, S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, Cambridge, Grotius, 1987, págs. 117 a 121.

[234] F. A. Mann, «State contracts and international arbitration», *The British Year Book of International Law, 1967*, vol. 42, pág. 32.

[235] Véase la nota 149 *supra*. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 26 *supra*), la CPJI sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa a tenor del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte no constituía una renuncia implícita a la regla del agotamiento de los recursos internos (como sostuvo el magistrado van Eysinga en su voto particular disconforme, ibíd., págs. 35 y 36).

agoten los recursos internos no carece de cierto apoyo[236], el apartado *e* no menciona el *estoppel* o regla de los actos propios en su formulación de la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a esa doctrina en derecho internacional. Es más prudente permitir que el comportamiento del que podría inferirse una renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos se trate como una renuncia implícita.

Cuarta parte

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 16. Acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática

El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el derecho internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) Las normas de derecho internacional consuetudinario sobre la protección diplomática y las normas que rigen la protección de los derechos humanos son complementarias. Por lo tanto, el presente proyecto de artículos no tiene por objeto excluir ni dejar sin efecto el derecho de los Estados, el del Estado de la nacionalidad de una persona perjudicada o el de otros Estados, de proteger a esa persona en virtud ya sea del derecho internacional consuetudinario o de un tratado multilateral o bilateral de derechos humanos o de cualquier otro tratado. Tampoco tienen por objeto obstaculizar el derecho de las personas naturales o jurídicas o de otras entidades, que intervienen en la protección de los derechos humanos, a recurrir de conformidad con el derecho internacional a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito.

2) Un Estado puede proteger a una persona que no es nacional suyo frente al Estado de la nacionalidad de una persona perjudicada o frente a un tercer Estado en el marco del procedimiento entre Estados establecido a tenor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 11), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 21), el Convenio europeo sobre derechos humanos (art. 24), la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica» (art. 45), y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (arts. 47 a 54). Las mismas convenciones permiten que un Estado proteja a sus propios nacionales en el marco de procedimientos interestatales. Además, el derecho internacional consuetudinario autoriza a los Estados a proteger los derechos de no nacionales mediante protesta, negociación y, si un instrumento jurisdiccional lo permite, en el marco de un proceso judicial. El parecer adoptado por la CIJ en los asuntos *Sud-Ouest africain*[237] de 1966, cuando falló que un Estado no podía entablar un proceso judicial para proteger los derechos de no nacionales, tiene que matizarse a la luz de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[238]. El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 48 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos autoriza a un Estado que no sea un Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto[239], aunque no se cumplan los requisitos para el ejercicio de la protección diplomática[240].

3) El individuo también puede ejercitar derechos y recursos para protegerse frente al Estado autor del hecho lesivo, sea su Estado de la nacionalidad u otro Estado, a tenor de lo dispuesto en las convenciones internacionales de derechos humanos. Ese ejercicio suele adoptar la forma de una petición dirigida a un órgano internacional de vigilancia de los derechos humanos[241].

4) En el derecho internacional, también pueden surgir derechos individuales fuera del marco de los derechos humanos. En el asunto *LaGrand*, la CIJ determinó que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares «crea derechos individuales que, en virtud del artículo I del Protocolo facultativo, pueden ser invocados ante esta Corte por el Estado nacional de la persona detenida»[242]; en el asunto *Avena* la Corte señaló además «que toda violación de los derechos de que es titular el individuo en virtud del artículo 36 puede dar lugar a una violación de los derechos del Estado que envía, y que toda violación de los derechos de éste puede dar lugar a

---

[236] Véanse los asuntos *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 149 *supra*), pág. 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges*, laudo de 30 de noviembre de 1992 (Tribunal arbitral), *International Law Reports*, vol. 102 (1996), págs. 216 y ss., en particular pág. 285, párr. 6.33, y *Foti and others*, fondo, sentencia de 10 de diciembre de 1982, ibíd., vol. 71 (1986), págs. 366 y ss., en particular pág. 380, párr. 46.

[237] *Sud-Ouest africain*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6.

[238] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 135 (comentario al artículo 48, nota de pie de página 725).

[239] Véase además el voto particular del magistrado Simma en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo* (Actividades armadas en el territorio del Congo) (República Democrática del Congo *c.* Uganda), fallo, *C.I.J. Recueil 2005*, pág. 168, y en particular págs. 347 a 350, párrs. 35 a 41.

[240] El apartado *b* del párrafo 1 del artículo 48 no está subordinado al artículo 44 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que exige que el Estado que invoque la responsabilidad de otro Estado cumpla las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones y agote los recursos internos. Tampoco está subordinado al presente proyecto de artículos (cf. E. Milano, «Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition?», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35 (2004), págs. 85 y ss., especialmente págs. 103 a 108).

[241] Véanse, por ejemplo, el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

[242] *LaGrand* (véase la nota 28 *supra*), en pág. 494, párr. 77.

una violación de los derechos del individuo»[243]. En los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se incluyó una cláusula de salvaguardia —el artículo 33— para tener en cuenta esta evolución del derecho internacional[244].

5) Entre las acciones o procedimientos a que se refiere el proyecto de artículo 16 se encuentran los que ofrecen tanto los tratados de derechos humanos de ámbito universal y regional como cualquier otro tipo de tratado pertinente. Sin embargo, el proyecto de artículo 16 no se refiere a las vías de recurso internas.

6) El derecho a ejercer recursos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito corresponderá normalmente a un Estado, una persona natural o una persona jurídica, expresión esta última que designa tanto a las sociedades como a otras personas jurídicas a las que se refiere el proyecto de artículo 13. Sin embargo, puede haber «otras entidades» que no gozan de personalidad jurídica y a las que se confiere el derecho a presentar reclamaciones por los perjuicios sufridos como resultado de un hecho internacionalmente ilícito. Las asociaciones de víctimas escasamente estructuradas son un ejemplo de «otra entidad» de esta naturaleza a las que alguna vez se ha reconocido legitimación procesal ante órganos internacionales encargados de la tutela de los derechos humanos. Ciertos organismos intergubernamentales también pueden, en determinados supuestos, entrar a formar parte de esta categoría de entidades, al igual que los movimientos de liberación nacional.

7) El proyecto de artículo 16 deja bien sentado que el presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho que tengan los Estados, las personas naturales y jurídicas u otras entidades a obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito mediante procedimientos distintos de la protección diplomática. No obstante, un Estado, cuando recurre a esos procedimientos, no abandona necesariamente su derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona si ésta tiene su nacionalidad o es una de las personas a las que se refiere el proyecto de artículo 8.

Artículo 17. Normas especiales de derecho internacional

El presente proyecto de artículos no se aplica en la medida en que sea incompatible con normas especiales de derecho internacional, tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

Comentario

1) Algunos tratados, en especial los relativos a la protección de las inversiones extranjeras, enuncian normas especiales sobre la solución de controversias que excluyen las reglas que se aplican a la protección diplomática o se apartan considerablemente de ellas. Esos tratados abandonan o atenúan las condiciones relativas al ejercicio de la protección diplomática, en particular las reglas sobre la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos. Los acuerdos bilaterales sobre inversiones y el Convenio multilateral sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados son los principales ejemplos de tales tratados.

2) En la actualidad las inversiones extranjeras se encuentran reguladas y protegidas por los acuerdos bilaterales sobre inversiones[245]. En los últimos años ha crecido considerablemente el número de esos acuerdos bilaterales y hoy se estima que hay en vigor cerca de 2.000 acuerdos de ese tipo. Una característica importante de esos acuerdos es el procedimiento de solución de las controversias en materia de inversiones. Algunos de ellos permiten dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre el inversor y el Estado receptor sometiéndola, bien a un tribunal especial, o bien a un tribunal establecido por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a tenor del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Otros prevén resolver las controversias sobre inversiones por medio de un arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (sociedad o accionista) y el Estado receptor acerca de la interpretación o la aplicación de la disposición pertinente del acuerdo bilateral sobre inversiones de que se trate. Los procedimientos de solución de controversias establecidos en los acuerdos bilaterales sobre inversiones y en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el sistema de la protección diplomática regido por el derecho internacional consuetudinario, ya que le proporcionan acceso directo al arbitraje internacional, permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática y eximen de las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática[246].

3) El proyecto de artículo 17 indica claramente que el presente proyecto de artículos no se aplica al régimen especial alternativo de protección de los inversores extranjeros establecido en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones. El texto de la disposición dice que el proyecto de artículos no se aplica «*en la medida en que*» sea incompatible con las disposiciones de un tratado bilateral sobre inversiones. En la medida en que el proyecto de artículos sea compatible con el tratado de que se trate, continúa aplicándose.

---

[243] *Avena et autres ressortissants mexicains* (véase la nota 29 *supra*), pág. 36, párr. 40.

[244] El párrafo 2 de este artículo dice: «La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76).

[245] Así lo reconoció la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 47, párr. 90.

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

4) El proyecto de artículo 17 se refiere a las «disposiciones de tratados» y no a los «tratados» porque tratados distintos de los destinados específicamente a la protección de las inversiones pueden regular la protección de inversiones, como los tratados de amistad, comercio y navegación.

Artículo 18. Protección de la tripulación de un buque

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

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 tiene por objeto afirmar el derecho del Estado o los Estados de la nacionalidad de los miembros de la tripulación de un buque a ejercer la protección diplomática, y reconocer al mismo tiempo que el Estado de la nacionalidad del buque tiene también derecho a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación, independientemente de su nacionalidad, cuando hayan sufrido un daño como consecuencia de un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito. Ha sido necesario afirmar el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática en favor de los miembros de la tripulación de un buque para excluir totalmente la idea de que ese derecho quedaba sustituido por el del Estado de la nacionalidad del buque. Al mismo tiempo, es preciso reconocer el derecho del Estado de la nacionalidad del buque a exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación. Aunque ello no se puede considerar protección diplomática a falta del vínculo de la nacionalidad entre el Estado del pabellón del buque y los miembros de su tripulación, existe con todo una gran semejanza entre ese tipo de protección y la protección diplomática.

2) La tesis de que el Estado de la nacionalidad de un buque (el Estado del pabellón) puede exigir reparación en favor de los miembros de la tripulación del buque que no tengan su nacionalidad encuentra apoyo en la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina[247]. También hay consideraciones de orden práctico a favor de esa tesis.

3) La temprana práctica de los Estados Unidos, en particular, viene a corroborar ese uso. Con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, la gente de mar extranjera tradicionalmente tenía derecho a la protección de los Estados Unidos durante su servicio a bordo de buques estadounidenses. Desde el punto de vista de los Estados Unidos, desde que un marinero se enrolaba en un buque, la única nacionalidad pertinente era la del Estado del pabellón[248]. Los Estados Unidos han reafirmado tradicionalmente este estatuto singular de los extranjeros que prestan servicio a bordo de buques estadounidenses en sus comunicaciones diplomáticas y sus reglamentos consulares[249]. No obstante, se ha puesto en duda, incluso en los Estados Unidos[250] que esta práctica constituya la prueba de la existencia de una norma consuetudinaria[251].

4) Los laudos arbitrales internacionales no son concluyentes en cuanto al derecho de un Estado a hacer extensiva su protección diplomática a la gente de mar que no tenga su nacionalidad, pero tienden a inclinarse más bien a favor que en contra. En el asunto *McCready*, el superárbitro Sir Edward Thornton sostuvo que «la gente de mar que preste sus servicios en la armada o la marina mercante bajo un pabellón que no sea el suyo tiene derecho, durante la duración de ese servicio, a la protección del pabellón bajo el que sirve»[252]. En el asunto *I'm Alone*[253], que tuvo su origen en el hundimiento de una nave canadiense por un buque guardacostas de los Estados Unidos, el Gobierno del Canadá reclamó con éxito indemnización en favor de tres miembros de la tripulación que no eran nacionales suyos, alegando que, cuando la reclamación se formulaba con respecto a un buque, había que considerar, a los efectos de la reclamación, que los miembros de la tripulación tenían la misma nacionalidad que el buque. En la opinión consultiva emitida en el asunto *Réparation*, dos magistrados, en sus votos particulares, reconocieron el derecho de un Estado a ejercer la protección en favor de miembros extranjeros de la tripulación[254].

5) En 1999, el TIDM dictó una resolución en el asunto del buque *Saiga*[255] que sostiene el derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de los miembros extranjeros de la tripulación. El litigio se había planteado en este caso por el apresamiento e inmovilización del *Saiga* por Guinea cuando el buque estaba abasteciendo de combustible a barcos de pesca frente a la costa de Guinea. El *Saiga* estaba matriculado en San Vicente y las Granadinas («San Vicente») y su capitán y tripulación eran nacionales de Ucrania. En el momento del apresamiento había también a bordo tres trabajadores senegaleses. Después del apresamiento del buque, Guinea lo inmovilizó y sometió a detención cautelar a su tripulación. En el procedimiento incoado ante el TIDM, Guinea impugnó la admisibilidad de la demanda de San Vicente aduciendo, entre otras cosas, que los miembros de la tripulación

[247] Véanse H. Meyers, *The Nationality of Ships*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1967, págs. 90 a 107; R. Dolzer, «Diplomatic protection of foreign nationals», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, pág. 1067; e I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2003, pág. 460.

[248] Véase el asunto *Ross*, *United States Reports*, vol. 140 (1911), pág. 453.

[249] Véase Hackworth, *op. cit.* (nota 64 *supra*), vol. III, pág. 418, y vol. IV, págs. 883 y 884.

[250] Comunicación de fecha 20 de mayo de 2003 a la Comisión de Derecho Internacional (puede consultarse en los archivos de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas).

[251] Véase A. Watts, «The protection of alien seamen», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7 (1958), pág. 691.

[252] *McCready (US)* v. *Mexico*, J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, pág. 2536.

[253] *I'm Alone*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, pág. 1609.

[254] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (véase la nota 23 *supra*), págs. 202 y 203 (magistrado Hackworth) y págs. 206 y 207 (magistrado Badawi Pasha).

[255] *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas *c.* Guinea), fallo, *TIDM Recueil 1999*, vol. 3, pág. 10.

perjudicados no eran nacionales de San Vicente. El Tribunal desestimó las excepciones de inadmisibilidad de la demanda y falló que Guinea había violado los derechos de San Vicente al apresar e inmovilizar el buque y al someter a la tripulación a detención cautelar. Ordenó a Guinea que pagara una indemnización a San Vicente en reparación de los daños causados al *Saiga* y del perjuicio sufrido por la tripulación.

6) Aunque el Tribunal consideró que el litigio versaba fundamentalmente sobre un perjuicio causado directamente a San Vicente[256], de su razonamiento se puede inferir que también trató la cuestión como un caso relativo a la protección de la tripulación, algo afín a la protección diplomática, pero distinto de ésta. Guinea se opuso claramente a la admisibilidad de la demanda respecto de la tripulación alegando que constituía un ejercicio de la protección diplomática con respecto a personas que no eran nacionales de San Vicente[257]. San Vicente, con igual claridad, sostuvo que le asistía el derecho de proteger a la tripulación de un buque que enarbolaba su pabellón, «independientemente de su nacionalidad»[258]. Al desestimar la excepción de Guinea, el Tribunal afirmó que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en varias disposiciones pertinentes, entre ellas el artículo 292, no distinguía entre nacionales y no nacionales del Estado del pabellón[259]. Subrayó que «el buque, todas las cosas que en él se encuentran y todas las personas implicadas o interesadas en su explotación son consideradas como una entidad vinculada al Estado del pabellón. La nacionalidad de esas personas no es pertinente»[260].

7) Hay razones prácticas que abogan de modo convincente por que se permita al Estado del pabellón exigir reparación en favor de la tripulación del buque. Así lo reconoció el TIDM en el asunto del Saiga cuando destacó «la composición cambiante y plurinacional de las tripulaciones de los buques» y dijo que los buques de gran tonelaje «podían tener una tripulación compuesta de personas de nacionalidades diversas. Si cada una de las personas que hubiera sufrido un perjuicio estuviera obligada a recabar la protección del Estado de su nacionalidad, ello daría lugar a dificultades injustificadas»[261]. No deben pasarse por alto las consideraciones prácticas relativas a la formulación de las reclamaciones. Es mucho más fácil y eficiente que un Estado exija reparación en favor de todos los miembros de la tripulación que obligar a los Estados de la nacionalidad de todos los miembros de la tripulación a formular por separado reclamaciones en favor de sus nacionales.

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

9) El derecho del Estado del pabellón a exigir reparación en favor de la tripulación del buque no se limita a la reparación de los daños sufridos durante el perjuicio causado al buque o con ocasión del mismo, sino que abarca también los daños sufridos en relación con un perjuicio causado al buque por un hecho internacionalmente ilícito, es decir, como consecuencia del perjuicio causado al buque. Nacería, pues, ese derecho cuando los miembros de la tripulación del buque son detenidos y sometidos ilegalmente a detención cautelar después del apresamiento ilegal del buque mismo.

Artículo 19. Práctica recomendada

Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería:

***a*) considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave;**

***b*) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y**

***c*) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables.**

Comentario

1) Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a ésta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera. En el proyecto de artículo 19 se recomienda a los Estados que tengan en cuenta esas prácticas en el ejercicio de la protección diplomática; esa disposición recomienda que los Estados «deberían» observar determinadas prácticas. El uso de un lenguaje de esa índole, de carácter recomendatorio y no imperativo, no es desconocido en materia de tratados, aunque no pueda decirse que sea frecuente en ellos[262].

[256] Ibíd., págs. 45 y 46, párr. 98.

[257] Ibíd., pág. 47, párr. 103.

[258] Ibíd., párr. 104.

[259] Ibíd., págs. 47 y 48, párr. 105.

[260] Ibíd., pág. 48, párr. 106.

[261] Ibíd., párr. 107.

[262] Por ejemplo, el párrafo 3 del Artículo 36 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que, al recomendar los procedimientos de solución de controversias que sean apropiados, «el Consejo de Seguridad *deberá** [*should* en la versión inglesa] tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, *deben** [*should* en la versión inglesa] ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con las disposiciones

2) En el apartado *a* se recomienda a los Estados que consideren debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática en favor de un nacional que sufre un perjuicio grave. La protección de los seres humanos por medio del derecho internacional constituye hoy uno de los principales objetivos del orden jurídico internacional, como reafirmó la Asamblea General en su resolución 60/1 sobre el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 aprobada el 16 de septiembre de 2005[263]. Esta protección se puede conseguir de muchas maneras, entre otras, la protección consular, el recurso a los mecanismos internacionales de los tratados sobre derechos humanos, el ejercicio de la acción penal o la intervención del Consejo de Seguridad u otros órganos internacionales —y la protección diplomática. Qué procedimiento o recurso es más eficaz para lograr el objetivo de la protección efectiva dependerá, inevitablemente, de las circunstancias de cada caso. Cuando de lo que se trata es de la protección de nacionales extranjeros, la protección diplomática constituye un remedio jurídico evidente que los Estados deberían tomar seriamente en consideración. A fin de cuentas es el remedio jurídico más antiguo y su eficacia está más que demostrada. El apartado *a* del proyecto de artículo 19 tiene por objeto recordar a los Estados que deberían considerar la posibilidad de servirse de esa vía de recurso.

3) Un Estado no está obligado en derecho internacional a ejercer la protección diplomática en favor de un nacional que ha sufrido un perjuicio como resultado de un hecho internacionalmente ilícito atribuible a otro Estado. El carácter discrecional del derecho del Estado a ejercer la protección diplomática se enuncia en el proyecto de artículo 2 del presente proyecto de artículos y ha sido corroborado por la CIJ[264] y los tribunales internos[265], como se señala en el comentario al proyecto de artículo 2. A pesar de ello, la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, en virtud del derecho internacional o del derecho interno de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de los derechos humanos encuentra cada vez mayor apoyo. Muchos Estados reconocen en su constitución el derecho de la persona a recibir protección diplomática por los perjuicios sufridos en el extranjero[266], que debe entrañar la obligación correspondiente del Estado de ejercer la protección. Por otra parte, varias decisiones de los tribunales internos indican que, si bien un Estado puede decidir discrecionalmente si va a ejercer o no la protección diplomática, dicho Estado tiene la obligación, sujeta a control jurisdiccional, de hacer algo para ayudar a sus nacionales, lo que puede incluir la obligación de considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática[267]. En el asunto *Kaunda*, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dijo lo siguiente:

> El Estado, de conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional, puede estar obligado a tomar medidas para proteger a uno de sus ciudadanos contra una violación manifiesta de las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Sería difícil, y en casos extremos hasta imposible, rechazar una petición de ayuda al gobierno en circunstancias en que los hechos fueran indisputables. No es probable que una petición de esa naturaleza fuera nunca rechazada por el gobierno, pero si lo fuese, la decisión sería justiciable y un tribunal ordenaría al gobierno tomar las medidas apropiadas[268].

En vista de ello, es posible indicar seriamente que el derecho internacional reconoce ya la existencia de la obligación que incumbe hasta cierto punto al Estado de considerar la posibilidad de ejercer la protección diplomática con respecto a un nacional que ha sufrido un perjuicio grave en el extranjero. Si se entiende que el derecho internacional consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado *a* del proyecto de artículo 19 debe considerarse como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho.

4) El apartado *b* dispone que un Estado «debería», en el ejercicio de la protección diplomática, «[t]ener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener». En la práctica, los Estados que ejercen la protección diplomática tienen en cuenta las consecuencias morales y materiales de un daño causado a un extranjero al evaluar la indemnización de daños y perjuicios que debe reclamarse[269]. Para ello es necesario evidentemente consultar a la persona perjudicada. Lo mismo cabe decir de la decisión de si hay que pedir satisfacción, restitución o indemnización a título de reparación. Esto ha llevado a algunos tratadistas a sostener que la exhortación que figura en el apartado *b* del proyecto de artículo 19 constituye ya una norma de derecho internacional consuetudinario[270]. De no ser así, el apartado *b* del proyecto de artículo 19 debe considerarse también como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho.

---

del Estatuto de la Corte». Las Convenciones de Ginebra sobre el derecho del mar también emplean el condicional *should* en vez del futuro de mandato o de obligación *shall*. El artículo 3 de la Convención sobre la alta mar, de 1958, dispone que «[p]ara gozar de la libertad del mar en igualdad de condiciones con los Estados ribereños, los Estados sin litoral *deberán tener** [en nota de pie de página se señala que las palabras «deberán tener» equivalen a *should have* en inglés] libre acceso al mar». Véanse también los artículos 27, 28, 43 y 123 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.

[263] Párrafos 119 y 120 y 138 a 140.

[264] Asunto de la *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), especialmente pág. 44.

[265] Véanse, por ejemplo, los asuntos *Abbasi* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (nota 37 *supra*) y *Samuel Kaunda and Others* v. *President of the Republic of South Africa and Others* (ibíd.).

[266] Véase el primer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (nota 36 *supra*).

[267] Asuntos *Rudolf Hess* (nota 37 *supra*), especialmente págs. 392 y 396; y *Abbasi* v. *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (ibíd.), párrs. 69, 79, 80, 82, 83, 107 y 108. Véase, en general, A. Vermeer-Künzli, «Restricting discretion: Judicial review of diplomatic protection», *Nordic Journal of International Law*, vol. 75 (2006), pág. 279.

[268] *Kaunda and Others* v. *President of the Republic of South Africa and Others* (véase la nota 37 *supra*), párr. 69.

[269] Véase el asunto *Usine de Chorzów*, fondo, fallo n.º 13, *1928, C.P.J.I., série A, n.º 17*, en particular pág. 28; véase también el voto particular del magistrado Morelli en el asunto de la *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), pág. 223.

[270] Véanse B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, París, Pedone, 1973, en particular pág. 98, y L. Dubouis, «La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique», *Revue critique de droit international privé* (octubre-diciembre de 1978), págs. 615 y ss., en particular pág. 624.

5) El apartado *c* establece que los Estados deberían transferir toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio causado a un nacional al nacional perjudicado. Esta recomendación tiene por objeto alentar la idea muy extendida de que los Estados pueden actuar con total discrecionalidad en tales cuestiones y que no están obligados a transferir al nacional perjudicado las sumas recibidas en virtud de una reclamación basada en protección diplomática. Esta idea se deriva de la regla Mavrommatis y de una serie de resoluciones judiciales. A tenor del óbiter díctum del asunto *Mavrommatis*, el Estado hace valer su propio derecho al ejercer la protección diplomática y se convierte en «el único demandante»[271]. Por consiguiente, lo lógico es que no se imponga al Estado, en beneficio del individuo, ninguna limitación con respecto a la satisfacción de la demanda o el pago de la indemnización recibida. El asunto de la *Barcelona Traction* viene a corroborar que el Estado goza de «plena libertad de acción»[272] en el ejercicio de la protección diplomática. A pesar de que la lógica del asunto *Mavrommatis* resulta debilitada por la práctica de calcular la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios reclamada basándose en el perjuicio sufrido por el individuo[273], que se asegura que constituye una norma de derecho internacional consuetudinario[274], persiste la opinión de que el Estado puede actuar con total discrecionalidad para disponer de la indemnización recibida. Así lo pone de manifiesto el óbiter díctum del superárbitro Parker en la *Décision administrative n.º V* de la Comisión mixta de reclamaciones Estados Unidos-Alemania:

> Al ejercer ese control, [la nación] se rige no sólo por el interés del particular requirente sino también por los intereses más amplios de todo el pueblo de la nación y debe ejercer una potestad discrecional ilimitada al determinar cuándo y cómo se presentará y defenderá, o se retirará o será objeto de transacción, la reclamación, y el propietario privado quedará obligado por la acción ejercitada. *Incluso si se paga a la nación que ha hecho suya la reclamación una suma de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la nación conserva el dominio absoluto sobre los fondos que se le han pagado y tiene en su poder y podrá, para prevenir cualquier fraude, corregir un error o proteger el honor nacional, obtener o devolver los fondos a la nación que los ha pagado o disponer de ellos de otro modo**[275].

En varias decisiones judiciales inglesas se hacen declaraciones análogas[276], que algunos consideran una exposición fiel del derecho internacional[277].

6) No es evidente en absoluto que la práctica de los Estados concuerde con esta opinión. Por un lado, los Estados acuerdan fórmulas de indemnización global con respecto a reclamaciones individuales múltiples, lo que en la práctica redunda en que las distintas reclamaciones reciban cantidades considerablemente inferiores a las reclamadas[278]. Por otro lado, algunos Estados han promulgado disposiciones legales para garantizar que las indemnizaciones otorgadas se distribuyan equitativamente entre los distintos requirentes. Además, existen claros indicios de que, en la práctica, los Estados pagan las sumas recibidas en las reclamaciones diplomáticas a sus nacionales perjudicados. En la *Décision administrative n.º V*, el superárbitro Parker declaró:

> Pero cuando se presenta una demanda por cuenta de un nacional legitimado, y se dicta un laudo y se efectúa un pago con arreglo a esa demanda concreta, los fondos así pagados no son fondos nacionales en el sentido de que la titularidad pase a la nación que los recibe totalmente libre de cualquier obligación de informar al respecto al particular requirente, por cuenta del cual se hizo valer y pagó la reclamación y que es su propietario real. Se pueden encontrar declaraciones generales y engañosas susceptibles de ser interpretadas de ese modo en los asuntos en que se otorgó y pagó a la nación demandante una suma global que abarcaba múltiples reclamaciones presentadas por ella y en que el tribunal que dictó el laudo no decidió pronunciarse sobre cada una de las reclamaciones ni atribuir una suma determinada a cada reclamación. No se cree que exista ningún caso en el que, después del laudo dictado por un tribunal internacional a favor de una nación que había presentado una reclamación por cuenta de un nacional legitimado, la nación que recibió ese pago haya dudado, salvo fraude o error, en informar a dicho nacional o a sus derechohabientes del monto íntegro de la indemnización de daños y perjuicios percibida. En lo que concierne a los Estados Unidos, parece que el Congreso ha tratado los fondos pagados a la nación para satisfacer reclamaciones concretas como si estuvieran guardados «en depósito por cuenta de ciudadanos de los Estados Unidos o de otros países»[279].

La doctrina confirma que ésta es la práctica de los Estados[280]. Se encuentran otras pruebas de la erosión de la potestad discrecional del Estado en las decisiones de tribunales arbitrales, que establecen cómo debe repartirse la indemnización de daños y perjuicios[281]. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió en 1994, en el asunto *Beaumartin*[282], que un acuerdo internacional en el que se preveía una indemnización podía generar a favor de las personas perjudicadas un derecho a indemnización exigible ante los tribunales.

7) En el apartado *c* se reconoce que no estaría fuera de lugar que un Estado descontara de la indemnización transferida a las personas perjudicadas unas deducciones razonables. La justificación más obvia de

---

[271] *Concessions Mavrommatis en Palestine* (véase la nota 26 *supra*), pág. 12.

[272] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (véase la nota 35 *supra*), pág. 44, párr. 79.

[273] Véase el asunto *Usine de Chorzów* (nota 269 *supra*), especialmente pág. 28.

[274] Véanse Bollecker-Stern, *op. cit.* (nota 270 *supra*) y Dubouis, *loc. cit.* (ibíd.).

[275] *Décision administrative n.º V*, decisión de 31 de octubre de 1924, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 119, en pág. 152.

[276] *Civilian War Claimants Association* v. *R.*, Reino Unido, Cámara de los Lores, *The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting 1932*, pág. 14; *Lonrho Exports Ltd.* v. *Export Credits Guarantee Department*, *The All England Law Reports 1996*, vol. 4, pág 673, especialmente pág. 687.

[277] *Restatement of the Law Third, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, págs. 348 y 349; *Distribution of Alsop Award by the Secretary of State* (1912), opinión de J. Reuben Clark, Departamento de Estado (citado en G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. 5, pág. 766); Bollecker-Stern, *op. cit.* (nota 270 *supra*), pág. 108.

[278] Véanse W. K. Geck, «Diplomatic protection», en R. Bernhardt (ed.), *op. cit*. (nota 247 *supra*), especialmente pág. 1058; D. J. Bederman «Interim Report on 'Lump Sum Agreements and Diplomatic Protection'», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventieth Conference, New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, 2002, pág. 230; R. B. Lillich, «The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973», *American Journal of International Law*, vol. 69 (1975), pág. 534, y R. B. Lillich y B. H. Weston, *Internacional Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, Univesity Press of Virginia, 1975.

[279] *Décision administrative n.º V* (véase la nota 275 *supra*), pág. 152.

[280] Geck, *loc. cit.* (nota 278 *supra*), especialmente pág. 1057; F. V. García-Amador, L. B. Sohn y R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, Dobbs Ferry (Nueva York), Oceana, 1974, pág. 151.

[281] Véase Bollecker-Stern, *op. cit.* (nota 270 *supra*), pág. 109.

[282] *Beaumartin* c. *France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 296-B, demanda n.º 15287/89, fallo de 24 de noviembre de 1994.

tales deducciones sería resarcirse de los gastos en que hubiera incurrido el Estado en su intento de obtener una indemnización para sus nacionales o reintegrarse el costo de los bienes o servicios que el Estado les hubiera prestado.

8) Aunque la legislación interna, la jurisprudencia y la doctrina apoyan hasta cierto punto la limitación del derecho absoluto del Estado a negarse a pagar la indemnización recibida al nacional perjudicado, esto no constituye probablemente una práctica arraigada. Tampoco los Estados se sienten en absoluto obligados a limitar su libertad de disposición de las indemnizaciones otorgadas. Por otra parte, el orden público, la equidad y el respeto a los derechos humanos apoyan la restricción de la potestad discrecional del Estado en el desembolso de las indemnizaciones. El apartado c del proyecto de artículo 19 se ha aprobado teniendo en cuenta lo que antecede. Aunque corresponde a la esfera del desarrollo progresivo del derecho, no carece de apoyo en la práctica de los Estados y la equidad.

Capítulo V

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

51. La Comisión, en su 30.º período de sesiones (1978), incluyó el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[283].

52. Del 32.º período de sesiones (1980) al 36.º período de sesiones (1984), la Comisión recibió y examinó cinco informes del Relator Especial. En el quinto informe, el Relator Especial propuso cinco proyectos de artículo pero no se adoptó la decisión de remitirlos al Comité de Redacción[284].

53. En su 37.º período de sesiones (1985) la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza y del 37.º período de sesiones (1985) al 48.º período de sesiones (1996) recibió y examinó 12 informes del Relator Especial[285]. Durante este período, la Comisión estableció también dos grupos de trabajo, uno en 1992 para examinar las cuestiones generales relativas al alcance, el planteamiento que había de adoptarse y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[286] y otro en 1996 para examinar el tema en todos sus aspectos, a la luz de los informes del Relator Especial y de los debates celebrados a lo largo de los años en la Comisión, y para formular recomendaciones a ésta. El informe de este último Grupo de Trabajo ofrecía un panorama completo del tema, trataba del principio de prevención y de la obligación de otorgar una indemnización u otro tipo de reparación, y presentaba artículos y comentarios al respecto[287].

54. En su 49º período de sesiones (1997), la Comisión, sobre la base de las recomendaciones de un Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido para examinar la manera en que la Comisión debería proseguir sus trabajos sobre este tema[288], decidió examinar en primer lugar la cuestión de la prevención bajo el subtítulo «Prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas» y nombró Relator Especial del tema al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao[289]. Del 50.º período de sesiones (1998) al 52.º período de sesiones (2000), la Comisión recibió y examinó tres informes del Relator Especial[290].

---

[283] En ese período de sesiones la Comisión estableció un grupo de trabajo para que examinara, de forma preliminar, el alcance y la naturaleza del tema. Véase el informe del Grupo de Trabajo en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), págs. 147 a 149.

[284] Los cinco informes del Relator Especial figuran en: informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 259; segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, pág. 113; tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 61; cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/373, pág. 213, y quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/383 y Add.1, pág. 162. En esos informes, el Relator Especial trataba de elaborar la base teórica del tema, proponía un plan esquemático y presentaba cinco proyectos de artículo. El plan esquemático figuraba en el tercer informe del Relator Especial (1982). En 1984, la Comisión también tuvo ante sí las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había enviado en 1983 a 16 organizaciones internacionales seleccionadas para determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos, *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/378, pág. 135, y un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384, pág. 1. Véase también el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471, pág. 67.

[285] Los 12 informes del Relator Especial figuran en: informe preliminar: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/394, pág. 101; segundo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 153; tercer informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/405, pág. 49; cuarto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413, pág. 254; quinto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423, pág. 139; sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, pág. 89; séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437, pág. 3; octavo informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443, pág. 77; noveno informe: *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450, pág. 209; décimo informe: *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/459, pág. 141; undécimo informe: *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/468, pág. 55, y duodécimo informe: *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/475 y Add.1, pág. 29.

[286] Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párrs. 341 a 343. Sobre la base de la recomendación del Grupo de Trabajo, la Comisión, en su 2282.ª sesión, celebrada el 8 de julio de 1992, decidió continuar los trabajos sobre este tema en dos fases: terminar primero los trabajos sobre la prevención del daño transfronterizo y pasar después a las medidas correctivas. La Comisión decidió, en vista de la ambigüedad del título del tema, continuar con la hipótesis de trabajo de que el tema se refería a «actividades» y aplazar todo cambio oficial del título. Véanse las recomendaciones detalladas de la Comisión, ibíd., párrs. 344 a 349. Véase también *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), cap. V.

[287] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I.

[288] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 162 a 165.

[289] Ibíd., párr. 168. La Asamblea General tomó nota de esta decisión en el párrafo 7 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997.

[290] Los tres informes del Relator Especial figuran en: primer informe: *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y

55. En su 50.º período de sesiones (1998), la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de 17 proyectos de artículo sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas[291] y en su 53.º período de sesiones (2001) aprobó el texto definitivo de un proyecto de preámbulo y un total de 19 proyectos de artículo sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[292], concluyendo así su labor sobre la primera parte del tema. Además, la Comisión recomendó a la Asamblea General la elaboración de una convención basada en ese proyecto de artículos[293].

56. En su 54.º período de sesiones (2002), la Comisión reanudó el examen de la segunda parte del tema y, a recomendación del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido para examinar el plan esquemático del tema[294], nombró al Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao Relator Especial del tema subtitulado «Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas»[295].

57. Entre los períodos de sesiones 55.º (2003) y 56.º (2004), la Comisión recibió y examinó dos informes del Relator Especial[296]. Durante este período, la Comisión estableció también dos grupos de trabajo, uno en 2003 para ayudar al Relator Especial a considerar la futura orientación del tema a la luz de su informe y del debate sostenido en la Comisión, y el otro en 2004 para examinar las propuestas presentadas por el Relator Especial, teniendo en cuenta el debate en la Comisión, con miras a recomendar los proyectos de principio que estuvieran maduros para remitirlos al Comité de Redacción, pero continuando también el examen de otras cuestiones, en particular la forma que debería adoptar el producto de la labor sobre el tema. En su 2815.ª sesión, el 9 de julio de 2004, la Comisión escuchó el informe oral del Presidente del Grupo de Trabajo y decidió remitir al Comité de Redacción ocho proyectos de principio propuestos por el Grupo de Trabajo, con la petición de que prepara también el texto de un preámbulo.

58. También en el 56.º período de sesiones (2004), la Comisión aprobó en primera lectura un conjunto de ocho proyectos de principio sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[297] y decidió, de conformidad con los artículos 16 y 21 de su estatuto, transmitir los proyectos de principio, por conducto del Secretario General, a los gobiernos para que formularan comentarios y observaciones, con la solicitud de que esos comentarios y observaciones se remitieran al Secretario General el 1.º de enero de 2006 a más tardar.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

59. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el tercer informe del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (A/CN.4/566). La Comisión también tuvo ante sí los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos (A/CN.4/562 y Add.1). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2872.ª a 2875.ª, celebradas los días 9, 10, 11 y 12 de mayo de 2006, y en esta última sesión decidió remitir los proyectos de principio aprobados en 2004, en primera lectura, al Comité de Redacción para una segunda lectura, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en la Comisión y los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos.

60. En su 2882.ª sesión, el 2 de junio de 2006, la Comisión recibió y examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.686 y Corr.1) y aprobó en segunda lectura el texto del preámbulo y un total de ocho proyectos de principio sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

61. En sus sesiones 2909.ª y 2910.ª, celebradas el 8 de agosto de 2006, la Comisión aprobó los comentarios de los proyectos de principio antes mencionados.

62. De conformidad con su estatuto, la Comisión presenta el proyecto de preámbulo y el proyecto de principios a la Asamblea General, junto con la recomendación que figura a continuación.

C. Recomendación de la Comisión

63. En su 2910.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2006, la Comisión recordó que en su 49.º período de sesiones (1997) había decidido examinar el tema en dos partes[298] y que, en su 53.º período de sesiones (2001), había concluido el examen de la primera parte[299] y había recomendado a la Asamblea General la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[300]. La recomendación de la Comisión descansaba en la idea de que, teniendo presente la práctica actualmente seguida por los Estados, la primera parte del tema se prestaba a la codificación el desarrollo progresivo por medio de una convención. La aprobación

Add.1; segundo informe: *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, y tercer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510. La Comisión dispuso también de los comentarios y observaciones de los gobiernos: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/509, y *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/516 (recibido en 2001).

[291] *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), párr. 52.

[292] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97.

[293] Ibíd., párr. 94.

[294] La Asamblea General, en el párrafo 3 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, pidió a la Comisión que reanudara el examen de los aspectos del tema relacionados con la responsabilidad, teniendo presente la relación existente entre la prevención y la responsabilidad y teniendo en cuenta las tendencias en el derecho internacional y las observaciones de los gobiernos.

[295] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 441. En su informe, el Grupo de Trabajo exponía algunas ideas iniciales sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)» y presentaba sus opiniones sobre su alcance y el planteamiento que había que adoptar (ibíd., párrs. 442 a 457).

[296] Los dos informes del Relator Especial sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas figuran en: primer informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/531, y segundo informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/540.

[297] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 175.

[298] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 165.

[299] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 91.

[300] Ibíd., párrs. 94 y 97.

por la Comisión del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas completa la segunda parte, con lo que concluyen los trabajos sobre el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional». De conformidad con el artículo 23 de su estatuto, la Comisión recomienda, con respecto a esta segunda parte, que la Asamblea General haga suyo el proyecto de principios mediante una resolución e inste a los Estados a que adopten disposiciones en el ámbito interno y en el internacional para llevarlos a efecto.

D. Homenaje al Relator Especial

64. En su 2910.ª sesión, el 8 de agosto de 2006, la Comisión, tras adoptar el texto del preámbulo y del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobó la siguiente resolución por aclamación:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo adoptado el proyecto de preámbulo y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,

Expresa al Relator Especial, Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, su profundo reconocimiento y calurosas felicitaciones por la destacada contribución que ha hecho a la preparación del proyecto de preámbulo y el proyecto de principios mediante sus infatigables esfuerzos y dedicada labor, y por los resultados alcanzados en la elaboración del proyecto de preámbulo y el proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

65. La Comisión expresó también su profundo reconocimiento a los anteriores Relatores Especiales, Sr. Robert Q. Quentin-Baxter y Sr. Julio Barboza, por su valiosa contribución a la labor sobre el tema.

E. Texto del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas

1. Texto del proyecto de principios

66. El texto del proyecto de principios aprobado por la Comisión en su 58.º período de sesiones se reproduce a continuación.

PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

La Asamblea General,

***Reafirmando* los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,**

***Recordando* el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,**

***Consciente* de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,**

***Observando* que de resultas de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños o pérdida grave,**

***Recalcando* que deben ponerse en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daño o pérdida como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,**

***Preocupada* por la necesidad de adoptar medidas de respuesta prontas y eficaces para reducir al mínimo el daño o la pérdida que puedan producirse de resultas de tales incidentes,**

***Observando* que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,**

***Recordando* la significación de los acuerdos internacionales existentes que regulan categorías específicas de actividades peligrosas y destacando la importancia de que se concierten más acuerdos de este tipo,**

***Deseando* contribuir al desarrollo del derecho internacional en esta esfera,**

[...]

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

***a*) Se entiende por «daño» un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:**

i) la muerte o las lesiones corporales;

ii) la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;

iii) una pérdida o daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;

iv) los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;

v) los costos de las medidas razonables de respuesta;

***b*) el «medio ambiente» comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje;**

***c*) se entiende por «actividad peligrosa» una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles;**

***d*) se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se realiza la actividad peligrosa;**

***e*) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen;**

***f*) se entiende por «víctima» toda persona natural o jurídica, o todo Estado, que sufre un daño;**

***g*) se entiende por «explotador» toda persona que dirige o controla la actividad en el momento en que se produce el incidente causante del daño transfronterizo.**

Principio 3

Propósitos

Los propósitos del presente proyecto de principios son los siguientes:

***a*) garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo; y**

***b*) preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste.**

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Principio 5

Medidas de respuesta

Cuando sobrevenga un incidente con ocasión de una actividad peligrosa de resultas del cual se produzca, o es probable que se produzca, un daño transfronterizo:

***a*) el Estado de origen notificará sin demora a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, el incidente y los posibles efectos del daño transfronterizo;**

***b*) el Estado de origen, con la participación del explotador, según proceda, velará por que se adopten medidas de respuesta apropiadas y, con esta finalidad, debería recurrir a los mejores datos científicos y tecnologías disponibles;**

***c*) el Estado de origen, según proceda, debería también consultar a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, y recabar su cooperación para atenuar los efectos del daño transfronterizo y, si es posible, eliminarlos;**

***d*) los Estados afectados por el daño transfronterizo, o que es probable que lo sean, tomarán todas las medidas viables para atenuar y, si es posible, eliminar los efectos de ese daño;**

***e*) los Estados interesados deberían recabar, cuando proceda, la asistencia de organizaciones internacionales competentes y otros Estados en términos y condiciones mutuamente aceptables.**

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados conferirán a sus órganos judiciales y administrativos internos la jurisdicción y competencia necesarias y velarán por que estén disponibles vías de recurso rápidas, adecuadas y eficaces ante esos órganos en caso de daño transfronterizo causado por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control.

2. Las víctimas de daños transfronterizos deberían tener acceso, en el Estado de origen, a vías de recurso que no sean menos rápidas, adecuadas y eficaces que aquellas de que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en el territorio de dicho Estado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio del derecho de las víctimas a ejercer recursos distintos de los disponibles en el Estado de origen.

4. Los Estados podrán prever el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

5. Los Estados deberían garantizar el acceso adecuado a la información pertinente para el ejercicio de los recursos, incluidas las reclamaciones de indemnización.

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Cuando, en relación con determinadas categorías de actividades peligrosas, acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial permitan tomar disposiciones eficaces acerca de la indemnización, las medidas de respuesta y los recursos internacionales e internos, habría que hacer todo lo posible por concertar esos acuerdos específicos.

2. Estos acuerdos deberían incluir, según proceda, disposiciones para aportar una indemnización complementaria con fondos de la rama de actividad y/o del Estado en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas de resultas de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación se llevarán a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios.

2. Texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes

67. A continuación se transcribe el texto del proyecto de principios y los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en su 58.º período de sesiones.

PROYECTO DE PRINCIPIOS SOBRE LA ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA EN CASO DE DAÑO TRANSFRONTERIZO RESULTANTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

Comentario general

1) En el preámbulo se exponen brevemente los antecedentes de este proyecto de principios y el planteamiento en que se basan. El preámbulo sitúa el proyecto de principios en el contexto de las disposiciones correspondientes de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Declaración de Río)[301], aunque

[301] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.93.I.8 y correcciones), vol. I: *Resoluciones aprobadas por la Conferencia*, resolución 1, anexo I.

después recuerda explícitamente 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, en 2001[302].

2) Como punto de partida fundamental, establece en sustancia que, aun cuando el Estado involucrado cumpla fielmente las obligaciones de prevención que le incumben en virtud del derecho internacional, cabe sin embargo que se produzcan accidentes u otros incidentes y que éstos tengan consecuencias transfronterizas que causen daños y graves pérdidas a otros Estados y a sus nacionales.

3) Es importante, como indica el preámbulo, que quienes sufran daños o pérdidas como resultado de tales incidentes ocurridos con ocasión de actividades peligrosas no tengan que soportar esas pérdidas y puedan obtener una pronta y adecuada indemnización. Este proyecto de principios establece los medios por los cuales puede lograrse esa finalidad.

4) Como señala el preámbulo, las disposiciones necesarias sobre indemnización pueden figurar en acuerdos internacionales relativos a las diferentes categorías de actividades peligrosas, y el proyecto de principios promueve la elaboración de tales acuerdos en los planos bilateral, regional o internacional, según proceda.

5) Por consiguiente, el proyecto de principios tiene por objeto contribuir al proceso de desarrollo del derecho internacional en este campo proporcionando a los Estados la debida orientación con respecto a las actividades peligrosas no incluidas en acuerdos específicos e indicando las cuestiones que habría que regular en tales acuerdos.

6) El preámbulo también deja bien sentado que los Estados son responsables en derecho internacional del incumplimiento de sus obligaciones de prevención. Por ello, el proyecto de principios se entiende sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) y de cualquier pretensión aducida al amparo de esas normas en caso de violación de las obligaciones de prevención.

7) Para la preparación del proyecto de principios, la Comisión se ha basado en una serie de acuerdos básicos. En primer lugar, hay consenso en que: *a*) el régimen debería ser de carácter general y supletorio y *b*) ese régimen debería entenderse sin perjuicio de las normas pertinentes sobre la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) aprobadas por la Comisión en 2001[303]. En segundo lugar, hay consenso en que el alcance de los aspectos de la responsabilidad por el daño causado (*liability*) debería ser el mismo que el del proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, proyecto que la Comisión aprobó también en 2001[304]. En particular, el umbral de activación de la aplicación del régimen del daño transfronterizo (*transboundary damage*) es el mismo que en el caso del régimen de prevención del daño transfronterizo (*transboundary harm*), es decir, que el daño sea «sensible» (*significant*). La Comisión también estudió atentamente la conveniencia de examinar las cuestiones relativas a los espacios públicos internacionales (*global commons*). Tras observar que las cuestiones relacionadas con ese tema eran diferentes y tenían sus propias características particulares, la Comisión llegó a la conclusión de que había que tratarlas por separado[305]. En tercer lugar, los trabajos se desarrollaron sobre la base de determinadas consideraciones de principio: *a*) que, si bien las actividades que se prevé incluir en el tema que se examina son indispensables para el desarrollo económico y beneficiosas para la sociedad, el régimen debe prever una indemnización pronta y adecuada para las víctimas inocentes en caso de que tales actividades den lugar a daños transfronterizos; y *b*) que los planes para hacer frente a situaciones imprevistas y las medidas de respuesta que se establezcan deben ser superiores a los previstos en el proyecto de artículos sobre la prevención.

8) En cuarto lugar, los diversos modelos de responsabilidad e indemnización existentes han confirmado que la responsabilidad del Estado por el daño causado (*State liability*) se reconoce fundamentalmente en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre. La responsabilidad por las actividades comprendidas en el ámbito de los principios se asigna principalmente al explotador; y dicha responsabilidad existe sin el requisito de la prueba de culpa y puede ser limitada o estar sujeta a condiciones, limitaciones o excepciones. No obstante, se reconoce asimismo que tal responsabilidad no tiene que recaer siempre en el explotador de una actividad peligrosa o arriesgada y que, por acuerdo o por ley, se puede imponer igualmente a otras entidades. Lo importante es que la persona o entidad de que se trate dirija o controle la actividad o ejerza la supervisión general sobre ella, de modo que, como beneficiario de la actividad, pueda ser tenida por responsable.

9) En quinto lugar, cabe señalar que en muchos sistemas de asignación de la pérdida se prevé el establecimiento de una financiación complementaria, y que esa financiación sería particularmente importante en este caso si se adopta la idea de la responsabilidad limitada. Hay consenso en adoptar un régimen de asignación de la pérdida por el que ésta se distribuya entre varios sujetos, incluido, cuando proceda, el Estado. Dado el carácter general y supletorio de este régimen, no se considera necesario determinar de antemano la cuota correspondiente a los diferentes sujetos ni definir con exactitud la función que ha de atribuirse al Estado. Al mismo tiempo, se reconoce que, según el derecho internacional, el Estado tiene obligaciones de prevención y que esas obligaciones suponen ciertos estándares mínimos de diligencia[306].

---

[302] Véase la nota 292 *supra*.

[303] El texto y los comentarios de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos figuran en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 77.

[304] Ibíd., párr. 98.

[305] Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 447.

[306] Birnie y Boyle han señalado, con respecto al proyecto de artículos sobre la prevención, que «...existen abundantes precedentes en los tratados, la jurisprudencia y la práctica de los Estados que inducen a considerar que las disposiciones del proyecto de convención [sobre la prevención del daño transfronterizo] de la Comisión constituyen una codificación del derecho internacional existente. Dichas disposiciones representan el estándar mínimo exigido a los Estados al gestionar riesgos transfronterizos y dar efectividad al principio 2 de la Declaración

En virtud de esas obligaciones, los Estados no deben permitir actividades peligrosas que entrañen el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible más que previa autorización, basándose en la determinación de los efectos transfronterizos y ambientales y vigilando esos efectos, según proceda. En otras palabras, la atribución de la responsabilidad principal al explotador no dispensa al Estado de cumplir sus obligaciones de prevención de conformidad con el derecho internacional.

10) En sexto lugar, aunque se ha llegado a un amplio acuerdo sobre los elementos básicos que han de incorporarse al régimen aplicable al sistema de asignación de la pérdida en caso de daño resultante de actividades peligrosas, se entiende que, en la mayoría de los casos, la ley sustantiva o aplicable para la solución de las demandas de indemnización puede implicar otros aspectos tales como la responsabilidad civil, la responsabilidad penal o ambos tipos de responsabilidad, en función de una serie de variables. Según el contexto y la jurisdicción, los principios que rijan la determinación del foro o de la ley aplicable serán los principios de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, del derecho anglosajón (*common law*) o del derecho internacional privado. Por consiguiente, el régimen propuesto es no sólo general y supletorio sino también flexible, sin perjuicio de las reclamaciones que se presenten ni de las cuestiones que se planteen en relación con los procedimientos y la ley aplicables.

11) Como los proyectos de principio son de carácter general y supletorio, se presentan como una declaración no vinculante de proyectos de principio. Las características diferentes de cada actividad peligrosa quizás requieran la adopción de planteamientos distintos con respecto a disposiciones concretas. Además, las opciones o planteamientos que se adopten pueden variar según los distintos ordenamientos jurídicos. Asimismo, las opciones y planteamientos que se adopten y su aplicación pueden también verse influidos por las diferentes etapas de desarrollo económico de los países de que se trate.

12) En definitiva, la Comisión ha concluido que el proyecto de principios recomendado tendría la ventaja de no exigir una armonización de los sistemas jurídicos y los derechos nacionales, llena de dificultades. Además, se estima que será más fácil alcanzar el objetivo consistente en la aceptación general de las disposiciones sustantivas si éstas se formulan como principios. En esencia, disponen que se indemnice pronta y adecuadamente a las víctimas del daño, que los daños causados al medio ambiente en relación con los cuales los Estados presenten reclamaciones se atenúen mediante prontas medidas de respuesta y que, en lo posible, se restaure o restablezca el medio ambiente.

13) Los comentarios contienen una explicación del alcance y el contexto de cada proyecto de principio, así como un análisis de las tendencias pertinentes y de las opciones entre las que pueden elegir los Estados al adoptar las medidas nacionales de aplicación pertinentes y al elaborar regímenes internacionales específicos. La Comisión se centró especialmente en la formulación del fondo del proyecto de principios como conjunto coherente de normas de conducta y de práctica. No trató de determinar la situación actual de los diversos aspectos de los proyectos de principio en el derecho internacional consuetudinario, y la manera en que se han formulado los proyectos de principio es independiente de esa cuestión.

de Río» (P. W. Birnie y A. E. Boyle, *International Law and The Environnement*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2002, pág. 113).

Preámbulo

La Asamblea General,

Reafirmando **los principios 13 y 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,**

Recordando **el proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[307],**

Consciente **de que pueden producirse incidentes con ocasión de actividades peligrosas aun cuando el Estado involucrado cumpla sus obligaciones con respecto a la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas,**

Observando **que de resultas de esos incidentes otros Estados y/o sus nacionales pueden sufrir daños o pérdida grave,**

Recalcando **que deben ponerse en práctica medidas apropiadas y eficaces a fin de garantizar que las personas naturales y jurídicas, entre ellas los Estados, que sufran daño o pérdida como resultado de esos incidentes obtengan una pronta y adecuada indemnización,**

Preocupada **por la necesidad de adoptar medidas de respuesta prontas y eficaces para reducir al mínimo el daño o la pérdida que puedan producirse de resultas de tales incidentes,**

Observando **que los Estados son responsables del incumplimiento de sus obligaciones de prevención en virtud del derecho internacional,**

Recordando **la significación de los acuerdos internacionales existentes que regulan categorías específicas de actividades peligrosas y destacando la importancia de que se concierten más acuerdos de este tipo,**

Deseando **contribuir al desarrollo del derecho internacional en esta esfera,**

[...]

Comentario

1) Hasta ahora, la Comisión solía presentar a la Asamblea General series de proyectos de artículos sin proyecto de preámbulo, dejando a los Estados la tarea de elaborarlo. Sin embargo, también existen precedentes

[307] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 97.

de que la Comisión haya presentado un proyecto de preámbulo. Ese fue el caso del proyecto de convención sobre la eliminación de la apatridia en el porvenir y el proyecto de convención sobre la reducción de los casos de apatridia en el porvenir[308], el del proyecto de artículos sobre la nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados[309] y el del proyecto de artículos sobre la prevención[310]. Se considera que, como la Comisión presenta un proyecto de declaración de principios, un preámbulo es tanto más pertinente.

2) Como se ha señalado en la introducción, el *primer* párrafo del preámbulo comienza con una referencia a los principios 13 y 16 de la Declaración de Río[311]. En el principio 13 de la Declaración, que reitera el principio 22 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo)[312], se subraya la necesidad de desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y de otros daños ambientales. El principio 16 de la Declaración de Río se refiere al fomento de la internalización de los costos ambientales, teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga. La Comisión considera que el principio de que quien contamina paga es un elemento esencial en el que se basan los principios para lograr que las víctimas de un daño resultante de actividades peligrosas puedan obtener una pronta y adecuada indemnización.

3) El *segundo* párrafo del preámbulo no necesita explicación. Vincula este proyecto de principios al proyecto de artículos sobre la prevención. Los párrafos *tercero*, *cuarto*, *quinto* y *sexto* del preámbulo tratan de establecer las razones esenciales del proyecto de principios que se examina.

4) El *séptimo* párrafo del preámbulo subraya que el proyecto de principios no afecta a la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de prevención según el derecho internacional. Con ese párrafo se pretende que las reclamaciones resultantes de la aplicación de ese régimen queden fuera del ámbito de aplicación del proyecto de principios.

5) El *octavo* párrafo del preámbulo reconoce la existencia de acuerdos internacionales relativos a categorías específicas de actividades peligrosas, así como la importancia de concertar otros acuerdos de esa índole. El *último* párrafo del preámbulo refleja el deseo de contribuir al desarrollo del derecho internacional en este campo.

[308] *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, documento A/2693, pág. 143.

[309] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, párr. 47.

[310] Véase la nota 292 *supra*.

[311] Véase la nota 301 *supra*.

[312] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.73.II.A.14), primera parte, cap. I.

Principio 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de principios se aplicará a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional.

Comentario

1) El proyecto de principio relativo al ámbito de aplicación tiene por finalidad situar en su contexto el proyecto de principios y reflejar el entendimiento de que éste tendría el mismo ámbito de aplicación que el proyecto de artículos de 2001 sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[313]. La interrelación existente entre los conceptos de «prevención» y de «responsabilidad» no necesita ser especialmente subrayada en relación con los trabajos de la Comisión[314]. El proyecto de principio 1 determina que la materia objeto de estos proyectos de principio son los daños transfronterizos (*transboundary damage*). El concepto de «daño transfronterizo» (tanto si se refiere al *transboundary damage* como si se refiere al *transboundary harm*) gira en torno a los daños causados en la jurisdicción de un Estado por actividades realizadas en otro Estado.

2) En el primer caso, las actividades peligrosas comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios son las que no están prohibidas por el derecho internacional pero entrañan «el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Dentro de esta categoría caben diferentes tipos de actividad. Como se desprende del título del proyecto de principios, abarca cualquier actividad peligrosa o, implícitamente, extremadamente peligrosa que entrañe, como mínimo, el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Se trata de actividades que tienen muchas probabilidades de causar un daño transfronterizo sensible o pocas probabilidades de causar un daño transfronterizo catastrófico. El efecto combinado de la probabilidad de que se produzca un accidente y de la magnitud de sus efectos dañosos separan tales actividades de cualesquiera otras actividades[315].

3) Siguiendo el enfoque adoptado en el caso del proyecto de artículos sobre la prevención, la Comisión optó por prescindir de una enumeración de actividades en una lista. Tal enumeración no deja de presentar problemas y, desde el punto de vista funcional, no se considera esencial. Es probable que una lista de ese tipo sea incompleta y que rápidamente tuviera que ser revisada a la luz de la constante evolución de la tecnología. Además, con excepción de ciertas actividades extremadamente peligrosas que en su mayoría son objeto de reglamentación especial, por ejemplo las relacionadas con la tecnología nuclear o con el espacio ultraterrestre, el riesgo que entraña una actividad depende principalmente de la aplicación de

[313] Véase la nota 292 *supra*.

[314] Véase la recomendación del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional establecido por la Comisión en su 54.º período de sesiones, en 2002, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 447 y 448.

[315] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 162 (párrafo 1 del comentario al artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención).

una tecnología determinada, del contexto específico en que se realiza y de la manera en que se lleva a cabo. Se estima que una lista genérica no podría abarcar esos elementos. No obstante, las actividades comprendidas en el ámbito del proyecto de principios son las mismas que están sujetas al requisito de autorización previa en virtud del proyecto de artículos sobre la prevención. Por otra parte, los Estados siempre tienen la posibilidad de indicar, mediante acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales o en su legislación nacional, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios[316].

4) Las palabras «daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho internacional» tienen el mismo alcance que las palabras, que figuran en el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención, «actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible». Esas palabras tienen un significado particular, que se entiende que abarca cuatro elementos: *a*) que las actividades no están prohibidas por el derecho internacional, *b*) que las actividades entrañan el riesgo de causar un daño sensible, *c*) que ese daño ha de ser transfronterizo y *d*) que el daño transfronterizo debe ser causado por esas actividades por sus consecuencias físicas[317].

5) Al igual que en el proyecto de artículos sobre la prevención, las actividades comprendidas en el ámbito del presente proyecto de principios tiene un elemento de causalidad humana y se califican de «actividades no prohibidas por el derecho internacional». Esas palabras se han incluido fundamentalmente para distinguir la aplicación del presente proyecto de principios de la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). La Comisión reconoció la importancia, no sólo de las cuestiones relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, sino también de las cuestiones concernientes a la obligación de indemnizar por las consecuencias perjudiciales dimanantes de determinadas actividades, especialmente aquellas que, a causa de su naturaleza, presentan ciertos riesgos. Ahora bien, teniendo en cuenta el fundamento totalmente diferente de la responsabilidad por riesgo y la naturaleza distinta de las normas que la rigen, así como su contenido y las formas que puede revestir, la Comisión decidió abordar las dos materias por separado[318]. En otras palabras, a los efectos del proyecto de principios se centra la atención en las consecuencias de las actividades y no en la licitud de las actividades mismas.

6) El presente proyecto de principios, como el proyecto de artículos sobre la prevención, versan sobre normas primarias. Por consiguiente, el incumplimiento de la obligación de prevención que establece el proyecto de artículos sobre la prevención podría dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*) sin que ello implique necesariamente que la actividad misma esté prohibida[319]. En tal caso, se podría invocar la responsabilidad del Estado (*State responsibility*) para hacer efectivas, no sólo las obligaciones del Estado mismo, sino también la responsabilidad civil u obligación del explotador[320]. De hecho, así quedó entendido con

---

[316] Por ejemplo, varios regímenes de responsabilidad regulan el tipo de actividades comprendidas dentro de su ámbito de aplicación: el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el anexo I del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el anexo II del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en el que se han identificado como actividades peligrosas las realizadas en las instalaciones o lugares para la eliminación total o parcial de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante incineración en tierra o en el mar, las instalaciones o lugares para la degradación térmica de desechos sólidos, líquidos o gaseosos mediante la reducción de oxígeno, etc.; en el anexo I de este Convenio figura también una lista de sustancias peligrosas. Véase también la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 143, de 30 de abril de 2004, pág. 56.

[317] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 159 a 162 (comentario al proyecto de artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención).

[318] Véase *Anuario... 1973*, vol. II, documento A/9010/Rev.1, pág. 172, párr. 38.

[319] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 160 (párrafo 6 del comentario al artículo 1). Véanse también M. B. Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), págs. 3 a 16; A. E. Boyle, «State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), págs. 1 a 26; K. Zemanek, «State responsibility and liability», en W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (eds.), *Environmental Protection and International Law*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1991, pág. 197; el segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas) del Relator Especial Pemmaraju Sreenivasa Rao, *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/501, párrs. 35 a 37; J. Barboza, «La responsabilité “causale” à la Commission du droit international», *Annuaire français de droit international*, vol. 34 (1988), págs. 513 a 522; Ph. Cahier, «Le problème de la responsabilité pour risque en droit international», en *Les relations internationales dans un monde en mutation*, Sijthoff, Leyden, 1977, págs. 409 a 434; C. G. Caubet, «Le droit international en quête d’une responsabilité pour les dommages résultant d’activités qu’il n’interdit pas», *Annuaire français de droit international*, vol. 29 (1983), págs. 99 a 120; D. Lévy, «La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public», *Revue générale de droit international public*, vol. 32, n.º 1 (1961), págs. 744 a 764, y P. Sturma, «La responsabilité en dehors de l’illicite en droit international économique», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 20 (1993), págs. 91 a 112.

[320] Véanse P. -M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d’origine technologique et industrielle*, París, Pedone, 1976; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pág. 50; A. Rosas, «State responsibility and liability under civil liability regimes», en O. Bring y S. Mahmoudi (eds.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, pág. 161, y F. Bitar, *Les mouvements transfrontières de déchets dangereux selon la Convention de Bâle. Étude des régimes de responsabilité*, París, Pedone, 1997, págs. 79 a 138. Sin embargo, los estándares relativos a la obligación de reparar, la carga de la prueba y las vías de recurso son diferentes según se trate de la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*responsibility*) o por el daño causado (*liability*). Véanse también P. -M. Dupuy, «Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle?», *Revue générale de droit international public*, vol. 101, n.º 4 (1997), págs. 873 a 903; T. A. Berwick, «Responsibility and liability for environmental damage: a roadmap for international environmental regimes», *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 10, n.º 2 (1998), págs. 257 a 267, y P.-M. Dupuy, «À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l´environnement», en *Les hommes et l’environnement: quels droits pour le vingt et unième siècle? Études en hommage à Alexandre Kiss*, París, Frison-Roche, 1998, págs. 269 a 282.

ocasión de los trabajos relativos al proyecto de artículos sobre la prevención[321].

7) Se reconoció que podía producirse un daño a pesar del fiel cumplimiento de las obligaciones de prevención. El daño transfronterizo podía producirse por otras razones que no entrañaban la responsabilidad del Estado por hecho ilícito (*State responsibility*). Por ejemplo, podía haber situaciones en las que se hubieran adoptado medidas preventivas que, llegado el momento, resultasen insuficientes, o en las que el riesgo concreto que causase el daño transfronterizo no se hubiera identificado en el momento de la autorización inicial, por lo que no se hubiesen adoptado las medidas preventivas apropiadas[322]. En otras palabras, el daño transfronterizo podía producirse accidentalmente o podía tener lugar en circunstancias no previstas originalmente. Además, el daño podía producirse por haberse acumulado gradualmente efectos perjudiciales durante cierto período. Esta distinción ha de tenerse presente a los efectos de la indemnización. A causa de los problemas que implica probar el nexo causal entre la actividad peligrosa y el daño sufrido, las demandas en este último caso no son corrientes[323].

8) A los efectos del presente proyecto de principios, se supone que se han cumplido las obligaciones de diligencia debida relacionadas con la prevención. En consecuencia, el presente proyecto de principios se centra en el daño causado, independientemente del cumplimiento de tales obligaciones.

9) El segundo criterio, implícito en esta disposición sobre el ámbito de aplicación, es que las actividades a las que se refieren los principios son las que originalmente entrañaban el «riesgo» de causar un daño transfronterizo sensible. Como se señala en el párrafo 2 *supra*, ese elemento de riesgo abarca actividades que tienen pocas probabilidades de causar un daño transfronterizo catastrófico o muchas probabilidades de causar un daño transfronterizo sensible[324].

10) El tercer criterio es que las actividades han de causar un daño «transfronterizo». Así pues, el elemento (extra)territorial comprende tres conceptos. La expresión daño «transfronterizo» abarca cuestiones relacionadas con el «territorio», la «jurisdicción» y el «control»[325]. Las actividades deben realizarse en el territorio o, si no, en lugares que se hallen bajo la jurisdicción o el control de un Estado, y deben tener repercusiones en el territorio o en lugares que se hallen bajo la jurisdicción o el control de otro Estado.

11) Se debe observar que el proyecto de principios trata de los «daños transfronterizos causados» (*transboundary damage caused*) por actividades peligrosas. En el presente contexto, la mención en el texto inglés del concepto más amplio de *transboundary harm* se ha mantenido cuando se hace referencia solamente al riesgo de daño, y no a la fase ulterior en que el daño se ha producido efectivamente. En este último caso se emplea el término *damage*. En inglés se introduce el término *damage* («daño») para designar la especificidad del daño (*harm*) transfronterizo que se ha producido efectivamente. Ese vocablo también tiene la ventaja de ser de uso común en inglés. Es el término empleado habitualmente en los regímenes de responsabilidad civil[326]. La palabra «transfronterizo»

---

[321] Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 443.

[322] Ibíd., párr. 444.

[323] Véase P. Wetterstein «A proprietary or possessory interest: A *Conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?», en P. Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 29 a 54, en particular pág. 30. Véase también H. Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, págs. 19 a 105 y 113 a 182.

[324] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 162 (párrafo 1 del comentario al artículo 2).

[325] Ibíd., págs. 160 y 161 (párrafos 7 a 12 del comentario al artículo 1).

[326] El término «daño» (*damage*) se define en el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; en el apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas; en el párrafo 7 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente; en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP) y en el párrafo 10 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT). Véanse asimismo el párrafo 2 del artículo 2 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 316 *supra*) y el apartado *a* del artículo I del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.

Los daños causados por la contaminación (*pollution damage*) se definen en el párrafo 6 del artículo I del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos; en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos (véase también P. W. Birnie y A. E. Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1995, págs. 91 a 106); en el párrafo 9 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques y en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos.

Véase la definición de daños nucleares (*nuclear damage*), en el apartado *k* del párrafo 1 del artículo I de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención tal y como fue enmendada por el artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares; el artículo I.B.vii) del Protocolo de 2004 que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

Véanse además el párrafo 15 del artículo 1 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, en el que se definen los daños (*damage*) al medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados, y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que en el artículo 7 trata de «impedir que se cause un daño sensible». En el apartado *b* del artículo 2 del Anexo VI del Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico, relativo a la responsabilidad dimanante de emergencias ambientales, se define la «emergencia ambiental» como «todo suceso accidental que ha ocurrido [...] y que resulta, o inminentemente amenaza con resultar, en cualquier impacto importante y perjudicial en el medio ambiente antártico».

califica a «daño» para poner de relieve la orientación transfronteriza del ámbito de aplicación del presente proyecto de principios.

12) Otra importante consideración que delimita el ámbito de aplicación es que el daño transfronterizo causado por las políticas del Estado en las esferas monetaria o socioeconómica o en otras esferas similares queda excluido del ámbito del presente proyecto de principios[327]. Así pues, el daño transfronterizo sensible debe haber sido causado por las «consecuencias físicas» de las actividades realizadas.

Principio 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de principios:

***a*) Se entiende por «daño» un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente; el daño comprende:**

i) la muerte o las lesiones corporales;

ii) la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural;

iii) una pérdida o daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente;

iv) los costos de las medidas razonables de restablecimiento del bien o del medio ambiente, incluidos los recursos naturales;

v) los costos de las medidas razonables de respuesta;

***b*) el «medio ambiente» comprende los recursos naturales, tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre estos factores, y los aspectos característicos del paisaje;**

***c*) se entiende por «actividad peligrosa» una actividad que entraña un riesgo de causar daños sensibles;**

***d*) se entiende por «Estado de origen» el Estado en cuyo territorio, o de otro modo bajo su jurisdicción o control, se realiza la actividad peligrosa;**

***e*) se entiende por «daño transfronterizo» el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente que se encuentran en el territorio o de otro modo bajo la jurisdicción o el control de un Estado que no es el Estado de origen;**

***f*) se entiende por «víctima» toda persona natural o jurídica, o todo Estado, que sufre un daño;**

***g*) se entiende por «explotador» toda persona que dirige o controla la actividad en el momento en que se produce el incidente causante del daño transfronterizo.**

Comentario

1) El proyecto de principio relativo a los «Términos empleados» trata de definir y exponer el significado de los términos o conceptos utilizados en el presente proyecto de principios. La definición de daño (*damage*) es esencial a los efectos del proyecto de principios. Se distinguen los elementos del daño, en parte para explicitar el fundamento de las demandas de indemnización de daños y perjuicios. Antes de determinar los elementos del daño, es importante señalar que el daño, para poder ser indemnizado, debería alcanzar cierto umbral o límite. Por ejemplo, el laudo dictado en el arbitraje de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) concernía sólo a los daños causados por humos cuando tenían «consecuencias graves» (*serious consequences*) y había quedado probada la existencia de los daños de un modo claro y convincente[328]. El laudo dictado en el asunto *Lac Lanoux* hacía referencia a un perjuicio grave (*serious injury*)[329]. Algunas convenciones se han referido también a un daño (*harm* o *damage*) «sensible» (*significant*), «grave» (*serious*) o «sustancial» (*substantial*) como el umbral o límite más allá del cual pueden nacer pretensiones jurídicas[330]. El vocablo «sensible» (*significant*) se ha utilizado asimismo en otros instrumentos jurídicos y leyes nacionales[331]. El umbral tiene por finalidad impedir las demandas abusivas o temerarias.

---

[327] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 161 y 162 (párrafos 16 y 17 del comentario al artículo 1 del proyecto de artículos sobre la prevención).

[328] *Fonderie de Trail* (Trail Smelter) (véase la nota 226 *supra*), pág. 1965.

[329] *Lac Lanoux*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pág. 281.

[330] Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos; los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Convenio sobre la evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo; el apartado *d* del artículo 1 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales y el artículo 7 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Véanse también P. N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford University Press, 2000, pág. 176, y R. Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, La Haya, Kluwer Law International, 1996, págs. 86 a 89, que señala que se percibe la necesidad de un umbral y examina los motivos del umbral del «daño sensible» (*significant harm*) y las posibles formas de explicar su significado. Véanse asimismo J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, págs. 346 y 347; y R. Wolfrum, «Purposes and principles of international environmental law», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), págs. 308 a 330, especialmente pág. 311. Como regla general, señalando la importancia de establecer un umbral o límite de daño para que se pueda reclamar la restauración y una indemnización, al tiempo que se consideran los daños causados al medio ambiente, se afirma que «cuanto más se desvíen los efectos con respecto a la situación que se juzgaría sostenible y cuanto menos previsibles y limitadas sean las pérdidas consecuentes, más se aproximarán los efectos al umbral del daño sensible» (R. Wolfrum, Ch. Langenfeld y P. Minnerop, *Environmental Liability in International Law - Towards a Coherent Conception*, Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2005, pág. 501). Esto habrá de determinarse con respecto a una «situación inicial» que los Estados generalmente definen o deben definir.

[331] Véanse, por ejemplo, el artículo 5 del proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales,

(Continuación en la página siguiente.)

2) Se entiende que «sensible» es algo más que «detectable», pero sin necesidad de alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial»[332]. El daño debe producir un efecto perjudicial real en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura en otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse mediante criterios fácticos y objetivos. La unidad ecológica del planeta no corresponde a sus fronteras políticas. Las actividades lícitas que los Estados realizan en su territorio tienen repercusiones en los demás Estados. Esos efectos mutuos, mientras no puedan ser calificados de «sensibles», se consideran tolerables y no están comprendidos en el ámbito de aplicación de este proyecto de principios.

3) La determinación del «daño sensible» (*significant damage*) supone tanto unos criterios fácticos y objetivos como un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se forme ese juicio. Por ejemplo, una pérdida que se considere sensible en una región puede no juzgarse necesariamente sensible en otra. Una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse «sensible» porque, en ese momento preciso, los conocimientos científicos o la valoración hecha por el hombre tal vez hayan juzgado tolerable esa pérdida. Sin embargo, algún tiempo más tarde esa opinión podría cambiar y la misma pérdida ser considerada entonces como un «daño sensible». La sensibilidad de la comunidad internacional a los niveles de contaminación del aire y el agua experimenta continuos cambios.

4) El *apartado* a define el «daño» (*damage*) como un daño sensible causado a las personas, los bienes o el medio ambiente. Los incisos i y ii versan sobre los daños personales y materiales, incluyendo algunos aspectos de pérdidas económicas indirectas, así como sobre los bienes que forman parte del patrimonio cultural nacional, que pueden ser patrimonio del Estado.

5) El daño no se produce aisladamente ni en el vacío, sino que se irroga a alguien o a algo, a una persona o a unos bienes. En el *inciso i*), el daño a las personas comprende los supuestos de muerte o de lesiones corporales, de lo que hay ejemplos en el derecho interno[333] y en la práctica convencional[334]. Incluso los regímenes de responsabilidad que excluyen los daños causados a las personas reconocen que se aplicarían otras normas[335]. Los regímenes que hacen caso omiso de esta cuestión tampoco parecen excluir totalmente la posible presentación de una demanda en relación con esta clase de daño[336].

(Continuación de la nota 331.)

preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 (OEA, *Ríos y lagos internacionales (utilización para fines agrícolas e industriales*), 4.ª ed. rev. (OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 Rev.2), Washington D.C., 1971, pág. 132); los Principios rectores de la responsabilidad y la obligación de proceder a reparación en caso de contaminación de las aguas transfronterizas, elaborados por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas en 1990 (ENVWA/R.45, anexo); el artículo X de las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales (Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-Second Conference*, *Helsinki, 1966*, Londres, 1967, pág. 496); el artículo 16 de las Normas de Berlín sobre los recursos hídricos (ibíd., *Report of the Seventy-First Conference, Berlin, 16-21 August 2004*, Londres, 2004, pág. 334); los párrafos 1 y 2 de la resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; el párrafo 6 del anexo de la recomendación C(74)224 del Consejo de la OCDE de 14 de noviembre de 1974 sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, París, 1986, pág. 163, reproducida en *International Legal Materials*, vol. 14, n.º 1 (enero de 1975), pág. 246); el Memorando de intenciones entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 5 de agosto de 1980 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1274, n.º 21009, pág. 235), y el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación para la Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente en la Zona Fronteriza, firmado el 14 de agosto de 1983 entre México y los Estados Unidos de América (ibíd., vol. 1352, n.º 22805, pág. 67, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 22, n.º 5 (septiembre de 1983), pág. 1025). Los Estados Unidos han utilizado asimismo el término *significant* («sensible») en su derecho interno sobre cuestiones ambientales; véase *Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, págs. 111 y 112.

[332] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 162 (párrafos 4 y 5 del comentario al artículo 2 del proyecto de artículos sobre la prevención).

[333] La Ley de responsabilidad ambiental de Alemania, por ejemplo, se aplica a todas las personas en caso de muerte o lesión corporal. La Ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Finlandia, el Código Ambiental de Suecia, la Ley de indemnización de daños y perjuicios ambientales de Dinamarca comprenden las lesiones corporales. Véase en general P. Wetterstein, «Environmental damage in the legal systems of the Nordic Countries and Germany», en M. Bowman y A. Boyle (eds.), *Environmental Damage in International Law and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University Press, 2002, págs. 223 a 242.

[334] Algunos regímenes de responsabilidad disponen lo siguiente: en el apartado *k* del párrafo 1 del artículo I de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se define la expresión «daños nucleares» de modo que incluye «i) la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales...»; el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se refiere también, en relación con el apartado *k* del párrafo 1 del artículo I de la Convención, a «i) la pérdida de vidas humanas o las lesiones corporales; ii) los daños o perjuicios materiales»; el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, define el daño nuclear como: «1. muerte o daño físico a las personas; 2. pérdida o daño de los bienes [...]»; el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT) define el concepto de «daño» en el párrafo 10 del artículo 1 como: «*a*) muerte o lesiones corporales [...]; *b*) pérdidas o daños sufridos por los bienes...»; el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación define el daño en el apartado *c* del párrafo 2 del artículo 2 como: «i) Muerte o lesiones corporales; ii) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el presente Protocolo»; el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas define el daño en el apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 como: «i) La pérdida de vidas humanas o todo perjuicio corporal; ii) La pérdida de bienes o los daños causados a bienes distintos de los bienes pertenecientes a la persona responsable de conformidad con el Protocolo», y el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente define el daño en el párrafo 7 del artículo 2 como: «*a*. La muerte o las lesiones corporales; *b*. Toda pérdida o todo daño causado a bienes distintos de la instalación misma o de los bienes que se hallen en el lugar de la actividad peligrosa y estén bajo el control del explotador».

[335] La directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (véase la nota 316 *supra*) no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños.

[336] Los daños de contaminación se definen en el párrafo 6 del artículo 1 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos y en el párrafo 3 del artículo 2 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.

6) En el *inciso ii*), el daño a los bienes comprende las pérdidas o daños sufridos por los bienes. Éstos incluyen tanto los bienes muebles como los inmuebles. Hay ejemplos en el derecho interno[337] y en la práctica convencional[338]. Algunos regímenes de responsabilidad excluyen las demandas relativas a los daños causados a bienes de la persona responsable, basándose en la consideración de principio de que se debe privar al autor de un hecho ilícito de la oportunidad de beneficiarse de su propio hecho. Contienen disposiciones a tal efecto el inciso ii) del apartado *c* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, el apartado *b* del párrafo 7 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y el inciso ii) del apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas.

7) Tradicionalmente, los derechos reales guardan una relación más estrecha con los derechos privados de la persona que con los derechos públicos. Un particular no tendría dificultad para interponer una demanda relativa a sus derechos personales o reales. Se trata de demandas relacionadas con la posesión o la propiedad en caso de muerte o lesiones corporales, o de pérdida de bienes o daños causados a los bienes. Además, la legislación sobre los actos ilícitos civiles suele aplicarse también a los daños que pueden tener relación con pérdidas económicas. A este respecto, con frecuencia se distingue entre las pérdidas consecuentes y las puramente económicas[339].

8) A los efectos del presente proyecto de principios, las pérdidas económicas consecuentes están comprendidas en los incisos i) y ii). Tales pérdidas son resultado de muerte o lesiones corporales o de daños causados a los bienes, e incluyen la pérdida de ingresos debida a lesiones corporales. La reparación de esos daños está admitida en la práctica convencional[340] y en el derecho interno, aunque se siguen enfoques diferentes, incluso con respecto a la indemnización por lucro cesante[341]. Puede surgir otra pérdida económica que no se vincule a las lesiones corporales ni a los daños causados a los bienes. A falta de una disposición legal específica sobre las reclamaciones por pérdida de ingresos, sería razonable esperar que, si un incidente relacionado con una actividad que entrañe riesgo causa directamente una pérdida de ingresos, se trate de lograr que la víctima no quede sin indemnizar.

9) El *inciso ii*) comprende también los bienes que formen parte del patrimonio cultural. Los bienes del Estado pueden estar incluidos en el patrimonio cultural nacional. Éste abarca elementos muy diversos, entre ellos monumentos, edificios y lugares, mientras que el patrimonio natural denota accidentes y lugares naturales y formaciones geológicas y físicas. Su valor no puede cuantificarse fácilmente en términos monetarios, sino que estriba en su importancia histórica, artística, científica, estética, etnológica o antropológica, o en su estado de conservación o belleza natural. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural da una amplia definición de patrimonio cultural[342].

---

[337] Por ejemplo, la Ley finlandesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente comprende los causados a los bienes; el capítulo 32 del Código sueco del medio ambiente prevé también la indemnización de los daños causados a los bienes, y la Ley danesa de indemnización de los daños causados al medio ambiente comprende los causados a los bienes.

[338] Véanse los ejemplos mencionados en la nota 334 *supra*.

[339] Véase B. Sandvik y S. Suikkari, «Harm and reparation in international treaty regimes: An overview», en P. Wetterstein (ed.), *op. cit.* (nota 323 *supra*), pág. 57. Véase en general E. H. P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources: Standing, Damage and Damage Assessment*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, págs. 9 a 63. Véase también el undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Relator Especial Julio Barboza (nota 285 *supra*).

[340] Véase, por ejemplo, el apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice que se entenderá por «daños nucleares» «...cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del Tribunal competente: iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dicha pérdida o daños; [...] vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente». Véase también el apartado *f* del artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «...iii) la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la sufriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dichas pérdidas o daños; [...] vii) cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente». El artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982 dice que daño nuclear significa: «...cada una de las siguientes categorías de daños en la media que determine la legislación del Tribunal competente. 3. Toda pérdida económica que se derive de un daño incluido en los apartados 1 y 2 anteriores, siempre que no esté comprendida en dichos apartados, si dicha pérdida ha sido sufrida por una persona que legalmente esté facultada para demandar la reparación de los daños citados».

[341] Por ejemplo, con arreglo a la subsección 2702 *b* de la Ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos (*Oil Pollution Act*), cualquier persona puede exigir reparación por todo daño causado a bienes reales o personales, o por la pérdida económica resultante de la destrucción de tales bienes, reparación que podrá obtener el demandante que sea propietario o arrendatario de esos bienes. Ese apartado dispone igualmente que cualquier persona podrá obtener «una indemnización de daños y perjuicios equivalente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos** debido al daño, a la destrucción o a la pérdida de bienes reales, bienes personales...» (*United States Code 2000 Edition containing the general and permanent laws of the United States, in force on January 2, 2001*, vol. 18, Washington D.C., United States Government Printing Office, 2001, pág. 694). De igual modo, el artículo 252 del Código Civil alemán prevé la indemnización de toda pérdida de ganancias.

[342] El artículo 1 dice que, a los efectos de la Convención, «se considerará "patrimonio cultural":

– los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

– los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un

(Continuación en la página siguiente.)

Sin embargo, no todos los regímenes de responsabilidad civil incluyen los aspectos relativos al patrimonio cultural bajo este epígrafe. Por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente incluye en su definición de «medio ambiente» los bienes que forman parte del patrimonio cultural; en consecuencia, el patrimonio cultural puede también quedar comprendido en una definición amplia de medio ambiente[343].

10) Respetar y salvaguardar el patrimonio cultural son consideraciones primordiales tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado. Este principio se afirma en la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado. Además, el derecho internacional humanitario prohíbe las hostilidades contra monumentos históricos y obras de arte que constituyan el patrimonio cultural de los pueblos[344].

11) Los *incisos iii*) a *v*) tratan de las reclamaciones que normalmente guardan relación con los daños ambientales. Puede considerarse que todas esas disposiciones forman parte de un concepto único. En conjunto, constituyen los elementos esenciales de una definición de daños causados al medio ambiente. Esos *incisos* tratan de cuestiones relativas al daño al medio ambiente *per se*. Se trata de daños causados por la actividad peligrosa al medio ambiente mismo, se causen o no simultáneamente daños a personas o a bienes; por consiguiente, son independientes de cualquier daño que se cause a esas personas o bienes. Así pues, las referencias más amplias que se hacen en los incisos iii) a v) a las reclamaciones concernientes al medio ambiente no sólo constituyen una prolongación de tendencias que ya se han puesto de relieve en regímenes de responsabilidad internacional recientemente concertados[345], sino que abren posibilidades de proseguir el desarrollo del derecho para la protección del medio ambiente *per se*[346].

12) Un derrame de petróleo frente a la costa puede entrañar inmediatamente una pérdida comercial para la industria del turismo y la industria pesquera dentro de la zona del incidente. Esos siniestros han dado pie a demandas por pérdidas puramente económicas que no han tenido mucho éxito. Sin embargo, algunos regímenes de responsabilidad reconocen hoy que esos daños son indemnizables[347]. El inciso iii) del apartado *d* del artículo 2 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el inciso iii) del apartado *d* del párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación comprenden las pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en

(Continuación de la nota 342.)

valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia,

– los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico».

Véase también la definición de bienes culturales del artículo 1 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, que comprende esencialmente los bienes muebles e inmuebles de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos. Véase asimismo la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales. Véase además la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

[343] Véase también el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales.

[344] Véanse el artículo 53 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el artículo 16 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Véanse también las Convenciones de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, en particular la Convención IV (artículos 27 y 56 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a las Convenciones II y IV de 1899 y 1907) y la Convención IX relativa al bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra (artículo 5).

[345] Para un análisis de esta evolución, véase L. de la Fayette, «The concept of environmental damage in international liability regimes», en Bowman y Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 333 *supra*), págs. 149 a 189. Véase también Brans, *op. cit.* (nota 339 *supra*), cap. 7, relativo a la responsabilidad civil internacional por daños a los recursos naturales.

[346] El derecho italiano parece ir más lejos al reconocer los daños al medio ambiente en sí, e Italia es asimismo país signatario del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. En el asunto del *Patmos*, Italia pidió a los tribunales de Messina (Italia) una indemnización de 5.000 millones de liras por los daños ecológicos causados a sus aguas territoriales al haberse vertido en el mar 1.000 toneladas de petróleo tras una colisión entre el petrolero griego Patmos y el petrolero español Castillo de Monte Aragón el 21 de marzo de 1985. Aunque el Tribunal Inferior rechazó la demanda, el Tribunal Superior, en apelación, la aceptó en el asunto *Patmos II*. Según el Tribunal:

«aunque la noción de daño ambiental no puede comprenderse con ningún método matemático o contable, ese daño puede evaluarse en función de la importancia económica que la destrucción, el deterioro o la alteración del medio ambiente tengan en sí y para la comunidad, que se beneficia de los recursos ambientales y, en particular, de los recursos marinos de diversas maneras (alimentos, salud, turismo, investigación, estudios biológicos)» (A. Bianchi, «Harm to the environment in Italian practice: the interaction of international law and domestic law»; en P. Wetterstein (ed.), *op. cit*. (véase la nota 323 *supra*), pág. 116).

Señalando que esos beneficios son objeto de la protección del Estado, se sostuvo que éste puede reclamar, como fideicomisario de la comunidad, una indemnización por la disminución del valor económico del medio ambiente. El Tribunal observó también que, dado que no se podía atribuir ningún valor de mercado a la pérdida sufrida, la indemnización sólo podía basarse en una evaluación equitativa. El Tribunal, tras rechazar el informe de los expertos sobre la cuantificación de los daños en el que se trataba de determinar éstos basándose en el necton (organismos acuáticos de desplazamiento autónomo) que la biomasa habría producido si no hubiera sido contaminada, procedió a una evaluación equitativa y concedió una indemnización de 2.100 millones de liras. Cabe añadir que esa sentencia estaba dentro de los límites de responsabilidad del propietario, fijados por el FIDAC, y no fue objeto de apelación ni de impugnación. Véase en general Bianchi, *loc. cit*. (*supra*), págs. 113 a 129, especialmente pág. 103. Véase también M. C. Maffei, «The compensation for ecological damage in the "Patmos" case», en F. Francioni y T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham and Trotman, 1991.

[347] Véase Wetterstein, «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 323 *supra*), pág. 37. Sobre la necesidad de limitar el concepto de «pura pérdida económica» «directamente relacionada» para no abrir las compuertas ni entrar en una «lotería de daños» que aliente una responsabilidad indeterminada que después funcionará como desincentivo que impedirá tener una perspectiva adecuada desde el punto de vista de los seguros o de la economía, véase L. Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, págs. 346 a 350. También se señala que ese enfoque ilimitado puede limitar «la aceptación de la definición de daño y, por consiguiente, el problema tiene que resolverse en el plano nacional» (Wolfrum, Langenfeld y Minnerop, *op. cit.* (nota 330 *supra*), pág. 503). La directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo trata de los daños ambientales en su artículo 2 (véase la nota 316 *supra*).

cualquier uso del medio ambiente en las que se incurra como resultado de un deterioro ambiental, teniendo en cuenta los ahorros y los costos[348]. En el caso del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas, tal interés debe ser un «interés legalmente protegido». También existen ejemplos en el plano nacional[349].

13) El *inciso iii*) se refiere a la forma que podría adoptar el daño sufrido por el medio ambiente. Esa forma comprende «[u]na pérdida o un daño resultante del deterioro». Por deterioro se entiende un perjuicio, una modificación, una alteración, un menoscabo, una destrucción o una pérdida. Todo ello implica una disminución perjudicial de la calidad, del valor o de la excelencia. Pueden quedar comprendidas en este epígrafe las reclamaciones por lucro cesante directamente derivado de un interés económico en cualquier uso del medio ambiente, irrogado como resultado de un deterioro ambiental.

14) En otros casos de daños causados al medio ambiente *per se* no es fácil determinar la legitimación. Algunos aspectos del medio ambiente no pertenecen a nadie, y en general se consideran bien común (*res communis omnium*) no susceptible de posesión privada, en contraposición a *res nullius*, es decir, un bien que no pertenece a nadie pero que es susceptible de posesión privada. Una persona no tiene un derecho individual sobre esos bienes comunes y normalmente no tendría legitimación para interponer una demanda con respecto a los daños causados a esos bienes[350]. Además, no siempre resulta fácil determinar quién puede resultar lesionado por la pérdida de valores ecológicos o estéticos, a los efectos de presentar una demanda. Por el contrario, los Estados tienen esos bienes en fideicomiso y, normalmente, se ha reconocido legitimación para interponer este tipo de demandas a los poderes públicos o, más recientemente, a los grupos de interés[351].

15) Cabe señalar que el concepto de los «costos de las medidas razonables de restablecimiento» del inciso iv), así como el de los costos razonables de «limpieza» relacionados con «los costos de medidas razonables de respuesta» del inciso v), son conceptos recientes. Esos elementos del daño han sido reconocidos porque, como señala un especialista, «hay un claro desplazamiento de la atención hacia el daño al medio ambiente en sí mismo, en lugar de centrarse principalmente en el daño a las personas y a los bienes»[352]. El *inciso iv*) incluye en el concepto de daño un elemento del tipo de indemnización que se puede reclamar, a saber, los costos de las medidas razonables de restablecimiento. La práctica convencional[353] y el derecho

[348] Véase también el apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice que se entenderá entre ellos cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «[...] v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no está incluido en el apartado ii)». Véase asimismo el artículo 1 de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que comprende cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: «[...] v) el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el inciso ii)». El artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, dice que daño nuclear significa «[...] cada una de las siguientes categorías de daños en la medida que determine la legislación del Tribunal competente: 5. el lucro cesante directamente relacionado con un uso o disfrute del medio ambiente que resulte de una degradación significativa del mismo, siempre que no esté incluido en el apartado 2 anterior». Véanse asimismo, por ejemplo, el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 2, párr. 7 *d*); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales (art. 1 *c*); el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (arts. 1 y 2); la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos (art. 8, párr. 2 *a, b* y *d*); el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT) (art. 10 *c*).

[349] La subsección 2702 *b* de la Ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos dispone que cualquier persona podrá obtener «una indemnización de daños y perjuicios equivalente *al lucro cesante o a la disminución de su capacidad para obtener ingresos** debido al daño, la destrucción o la pérdida de [...] recursos naturales» (véase la nota 341 *supra*). La Ley de indemnización de daños ambientales de Finlandia comprende también las pérdidas puramente económicas, salvo cuando éstas sean insignificantes. El capítulo 32 del Código del Medio Ambiente de Suecia dispone asimismo que las pérdidas puramente económicas, si no se deben a un comportamiento delictivo, sólo son indemnizables en la medida en que sean importantes. La Ley de indemnización de daños ambientales de Dinamarca comprende las pérdidas económicas y los costos razonables de las medidas preventivas o de restauración del medio ambiente. Véase en general Wetterstein, «Environmental damage in the legal systems...», *loc. cit.* (nota 333 *supra*), págs. 222 a 242.

[350] En el asunto *Burgess* v. *M/V Tamano*, el Tribunal señaló lo siguiente: «Resulta también indiscutible que el derecho de criar o recoger almejas [...] no es un derecho privado de ninguna persona individual, sino un derecho público que corresponde al Estado "en beneficio común de la población"» (opinión de 27 de julio de 1973, US District Court, Maine, *Federal Supplement*, vol. 370 (1973), pág. 247).

[351] En virtud de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (Ley general de los Estados Unidos de América sobre la intervención, indemnización y la responsabilidad sobre el medio ambiente) de 1980, United States Code Annotated, título 42, cap. 103, secc. 9601 y ss.; la *Clean Water Act* (Ley sobre la salubridad del agua) de 1977, ibíd., título 33, cap. 26, secc. 1251, y de la *Oil Pollution Act* (Ley de contaminación por hidrocarburos de los Estados Unidos) de 1990 (véase la nota 341 *supra*), secc. 2701 y ss., el Congreso de los Estados Unidos «autorizó a ciertos organismos estatales encargados de gestionar los recursos naturales para actuar como fideicomisarios (*trustees*) para evaluar los daños y obtener su indemnización [...]. El fideicomiso público (*public trust*) se define en forma amplia y versa sobre los "recursos naturales" del Estado federal, de los Estados, de gobiernos locales o de tribus indias, bien sean de su propiedad, o bien sean administrados o mantenidos en fideicomiso (*trust*) por ellos, o dependan de ellos o estén bajo su control».

[352] De la Fayette, *loc. cit.* (nota 345 *supra*), pág. 167.

[353] Véanse, por ejemplo, el inciso iv) del apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice: «el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, a menos que el deterioro sea insignificante, siempre que esas medidas realmente se hayan adoptado o hayan de adoptarse, y en la medida en que no esté incluido en el apartado ii)», y el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, que dice: «el coste de las medidas de restauración del medio ambiente degradado, excepto si dicha degradación es insignificante, si tales medidas han sido efectivamente adoptadas o deban serlo y en tanto dicho coste no esté incluido en el apartado 2 anterior». El párrafo 6 del artículo 1 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos se refiere al deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios

(Continuación en la página siguiente.)

interno[354] recientes suelen reconocer la importancia de esas medidas, pero dejan al derecho interno la tarea de determinar quién puede estar facultado para adoptarlas. Estas medidas se han descrito como toda medida razonable orientada a evaluar, restablecer o rehabilitar los elementos dañados o destruidos del medio ambiente o, cuando no sea posible, introducir en el medio ambiente, si resulta adecuado, el equivalente de esos elementos[355].

16) El adjetivo «razonable» tiene por objeto indicar que los costos de esas medidas no deberían ser excesivamente desproporcionados con respecto a la utilidad resultante. En el asunto *Zoe Colocotroni*, el Tribunal de Apelación del Primer Circuito de los Estados Unidos manifestó:

> [Los costos resarcibles son costos] en que se ha incurrido razonablemente [...] para restaurar o rehabilitar el medio ambiente en la zona afectada hasta que recupere su estado anterior o el estado más cercano posible al anterior, sin que se efectúen unos gastos considerablemente desproporcionados. Al determinar ese remedio se deben tener en cuenta las medidas que un soberano u organismo razonable y prudente tomaría para mitigar el daño causado por la contaminación, prestando atención a factores como la viabilidad técnica, los efectos secundarios nocivos, la compatibilidad con esa regeneración o la duplicación de esa regeneración que se prevea naturalmente, y el grado en que los esfuerzos más allá de cierto punto resultarían redundantes o desproporcionadamente caros[356].

17) El *inciso v)* incluye en el concepto de daño los costos de las medidas razonables de respuesta como elemento de la reparación que se puede obtener. La práctica convencional reciente tiende a reconocer la importancia de esas medidas, pero deja al derecho interno la determinación de quién tendrá derecho a adoptarlas[357]. Esas medidas comprenden todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, incluidos los poderes públicos, tras haberse producido un daño transfronterizo, para prevenir, minimizar o mitigar las posibles pérdidas o daños o para realizar una limpieza ambiental. Las medidas de respuesta deben ser razonables.

18) Las tendencias recientes son también alentadoras, por cuanto admiten la indemnización por la pérdida del «valor no de uso» del medio ambiente. Tal reivindicación encontró algún apoyo en la propia Comisión cuando ésta aprobó el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aunque se reconoce que es difícil cuantificar esos daños[358]. Las decisiones tomadas recientemente por la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas al optar por una interpretación amplia de la expresión «daños al medio ambiente» constituyen una indicación de cómo evolucionará la situación. En el caso de la categoría «F4» de reclamaciones relacionadas con el medio ambiente y la salud pública, el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización que las examina aceptó reclamaciones de indemnización por daños causados a recursos naturales carentes de valor comercial (los denominados daños ambientales «puros») y también reclamaciones por incidentes en que sólo se había producido una pérdida

(Continuación de la nota 353.)

resultante de dicho deterioro, y dice que estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse. Véanse también el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 2, párr. 2 *c* iv) y *d*), el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (arts. 2, 7 *c* y 8), y el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 2, párr. 2 *d* iv) y *g*).

[354] El derecho alemán permite reembolsar los costos razonables del restablecimiento y restauración del daño causado al medio ambiente reparando las pérdidas sufridas por las personas, pero ello puede entrañar también el restablecimiento del *statu quo* del medio ambiente. El artículo 16 de la Ley de responsabilidad ambiental y el artículo 32 de la Ley de ingeniería genérica disponen que, en caso de deterioro de un complejo natural, se aplicará el apartado 2 del artículo 251 del Código Civil, en el entendimiento de que los gastos de restablecimiento del *statu quo* no se considerarán irrazonables por el mero hecho de que excedan del valor del bien de que se trate. Véase Wolfrum, Langenfeld y Minnerop, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 223 a 303 («Part 5: Environmental Liability Law in Germany (Grote/Renke)»), especialmente pág. 278.

[355] Cabe señalar que, en el contexto de los trabajos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, por una decisión reciente se aprobó la concesión de indemnizaciones con respecto a tres proyectos: por pérdida de pastizales y de hábitat, Jordania obtuvo 160 millones de dólares; para reservas en el litoral, Kuwait recibió 8 millones de dólares, y para la sustitución de servicios ecológicos que quedaron irremisiblemente perdidos tras la guerra del Golfo de 1991, Arabia Saudita obtuvo 46 millones de dólares. Véase el informe y recomendaciones del Grupo de comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones «F4» (S/AC.26/2005/10), anexos técnicos I a III. Véase también P. H. Sand, «Compensation for environmental damage from the 1991 Gulf War», *Environmental Policy and Law*, vol. 35, n.º 6 (diciembre de 2005), págs. 244 a 249, especialmente pág. 247.

[356] *Commonwealth of Puerto Rico*, et al. v. *Zoe Colocotroni*, et al., 628 F. 2d, pág. 652, Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, Primer Circuito, 1980. Texto citado en C. M. de la Rue, «Environmental damage assessment», en R. P. Kröner (ed.), *Transnational Environmental Liability and Insurance*, Londres, Graham and Trotman, 1993, pág. 72.

[357] Véanse, por ejemplo, el inciso vi) del apartado *k* del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares tal y como fue modificada por el párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención, que dice: «los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas»; el inciso vi) del apartado *f* del artículo I de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares, que dice: «los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas», y el artículo I.B.vii) del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982, que dice: «el coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas, tratándose de los apartados 1 a 5 anteriores, en la medida en que la pérdida o daño se derive o resulte de radiaciones ionizantes emitidas por una fuente de radiaciones que se encuentre en el interior de una instalación nuclear, o emitidas por combustibles nucleares o productos de desechos radiactivos». El párrafo 6 del artículo 1 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos se refiere al costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas. Véanse también el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 2, párr. 2 *c* v) y *d*), el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 2, párrs. 7 *d* y 9) y el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 2, párr. 2 *d* v) y *h*). En el apartado *f* del artículo 2 del anexo VI al Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, concerniente a la responsabilidad dimanante de situaciones de emergencia relativas al medio ambiente, se define la «acción de respuesta» como las medidas razonables tomadas después de haberse producido una situación de emergencia ambiental para evitar, minimizar o contener las repercusiones de esa situación; a tal efecto pueden incluir actividades de limpieza en las circunstancias pertinentes y comprenden la determinación del alcance de la situación de emergencia y sus repercusiones.

[358] «[L]os daños al medio ambiente a menudo no se limitan a los que pueden cuantificarse fácilmente como gastos de limpieza o de pérdida de valor de un bien. Los daños causados a esos valores ecológicos (biodiversidad, esparcimiento, etc., denominados a veces "valores no de uso") no son, en principio, menos reales e indemnizables que los daños a los bienes, aunque pueda resultar más difícil cuantificarlos» (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 108 (párrafo 15 del comentario al artículo 36)).

temporal del uso de recursos durante el período previo a su plena restauración[359].

19) El *apartado b* define el «medio ambiente». El medio ambiente puede definirse de diferentes formas para fines diferentes, y conviene tener presente que no existe ninguna definición universalmente aceptada. No obstante, a los efectos del presente proyecto de principios, se considera útil dar una definición práctica del medio ambiente, lo que servirá para situar en perspectiva el ámbito de las medidas correctivas necesarias con respecto a los daños ambientales[360].

20) El medio ambiente podría definirse de una forma restringida, limitada exclusivamente a los recursos naturales, como el aire, el suelo, el agua, la fauna y la flora, y su interacción. Una definición más amplia podría abarcar también los valores ambientales. La Comisión ha optado por incluir en la definición estos últimos, incluidos los que no tienen una utilidad práctica, como los aspectos estéticos del paisaje[361]. Ello incluye el disfrute de la naturaleza por su belleza natural y los atributos y oportunidades de recreo que la acompañan. Este enfoque más amplio se justifica por el carácter general y supletorio del presente proyecto de principios[362].

21) Además, al adoptar ese enfoque holístico, la Comisión, citando las palabras utilizadas por la CIJ en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

> hay que tener en cuenta que, en materia de protección ambiental, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter con frecuencia irreversible de los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo mismo de la reparación de ese tipo de daños[363].

22) Por otra parte, una definición más amplia atenuaría toda limitación impuesta por las medidas correctivas aceptables en los diversos regímenes de responsabilidad, como se indica en el comentario relativo a los incisos iv) y v) *supra*.

23) Así, la referencia hecha en el apartado b) a «los recursos naturales [...] y la interacción» entre esos factores remite a la idea de un concepto restringido del medio ambiente dentro de un ecosistema protegido[364], mientras que la referencia a «los aspectos característicos del paisaje» denota un concepto más amplio del medio ambiente[365]. La definición de recursos naturales comprende los recursos naturales vivos y no vivos, incluidos sus ecosistemas.

24) El *apartado* c define la expresión «actividad peligrosa» como una actividad que entraña un riesgo de causar un daño transfronterizo. Se entiende que tal riesgo de daño debe limitarse a sus consecuencias físicas, excluyendo, por consiguiente, los efectos que puedan deberse a las políticas comerciales, monetarias, socioeconómicas o fiscales. En el comentario relativo al ámbito de aplicación del presente proyecto de principios se han explicado el sentido y el alcance de esas expresiones.

25) En el *apartado* d se define el Estado de origen. Por «Estado de origen» se entiende el Estado en cuyo territorio, o de otro modo bajo su jurisdicción o control, se realiza la actividad peligrosa. Los términos «territorio», «jurisdicción» y «control» se entienden de la misma forma que en el proyecto de artículos sobre la prevención[366]. A los efectos de estos principios se utilizan también otras expresiones. Entre ellas figuran expresiones definidas en el proyecto de artículos sobre prevención, como «Estado que pueda resultar afectado» (el Estado en cuyo territorio

---

[359] Véase el informe y recomendaciones del Grupo de comisionados acerca de la quinta serie de reclamaciones «F4» (nota 355 *supra*). Véase también Sand, «Compensation for environmental damage...», *loc. cit.* (ibíd.), pág. 247. Expuestas en cinco series de informes, las indemnizaciones recomendadas por el Grupo F4 y aprobadas sin cambios por el Consejo de Administración ascienden a 5.260 millones de dólares, «las mayores de la historia del derecho ambiental internacional» (Sand, «Compensation for environmental damage...», *loc. cit.* (ibíd.), pág. 245). Véanse también las directrices sobre el programa de seguimiento para las indemnizaciones por daños al medio ambiente de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (ibíd.), págs. 276 a 281.

[360] Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social: Libro Verde sobre reparación del daño ecológico, COM (93) 47, de 14 de mayo de 1993, pág. 10.

[361] Véase un análisis de los principios que inspiran los regímenes de reparación de los daños causados a la biodiversidad en M. Bowman, «Biodiversity, intrinsic value, and the definition and valuation of environmental harm», en Bowman y Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 333 *supra*), págs. 41 a 61. El artículo 2 de la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural dice que «se considerarán "patrimonio natural": los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o los grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animales y vegetales amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural».

[362] Véase un examen conciso de los diferentes enfoques de la definición de daños ambientales en Ph. Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2.ª ed., Cambridge University Press, 2003, págs. 876 a 878.

[363] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría/Eslovaquia), fallo, *C.I.J. Recueil 1997*, pág. 7, en pág. 78, párr. 140. A este respecto, la Corte mencionó también la necesidad de tener presentes los intereses intergeneracionales e intrageneracionales y la exigencia contemporánea de promover el concepto de desarrollo sostenible.

[364] Con arreglo al artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica, «por "ecosistema" se entiende un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional». De conformidad con el párrafo 15 del artículo 1 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos:

> «Daño al medio ambiente antártico o ecosistemas dependientes o asociados» significa cualquier impacto sobre los componentes vivos o no vivos de ese medio ambiente o de esos ecosistemas, incluyendo el perjuicio a la vida marina, terrestre o de la atmósfera que exceda de lo desestimable o que haya sido evaluado y juzgado como aceptable en virtud de esta Convención.

[365] El párrafo 10 del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente contiene una lista no exhaustiva de componentes del medio ambiente que incluye: «los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y flora, y la interacción entre esos factores; los bienes que forman parte del patrimonio cultural, y los aspectos característicos del paisaje»; el apartado *c* del artículo 1 de la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales se refiere a las consecuencias nocivas de los accidentes industriales sobre: «i) los seres humanos, la flora y la fauna; ii) el suelo, el agua, el aire y el paisaje; iii) la interacción entre los factores a que se refieren los puntos i) y ii); iv) los bienes materiales y el patrimonio cultural, incluidos los monumentos históricos»; el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales dice que «entre los efectos sobre el medio ambiente figuran los que afectan a la salud y seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, la atmósfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o a la interacción entre dichos factores; también comprenden los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas derivadas de las alteraciones de dichos factores».

[366] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 160 y 161 (párrafos 7 a 10 del comentario al artículo 1).

existe el riesgo de daño transfronterizo sensible o que tiene jurisdicción o control sobre cualquier otro lugar en que existe ese riesgo); cabe que haya más de un Estado que pueda resultar afectado en relación con una situación dada de daño transfronterizo. En el proyecto de principios se utiliza también la expresión «Estados interesados» (el Estado de origen, cualquier Estado afectado y cualquier Estado que pueda resultar afectado). En el proyecto de artículos sobre la prevención no se define el «Estado afectado». A los efectos del presente proyecto de principios, serían los Estados en cuyo territorio, de otro modo bajo su jurisdicción o control, se produce el daño como resultado de un incidente relacionado con una actividad peligrosa realizada en el Estado de origen. Puede verse afectado así más de un Estado. Estas expresiones no se han definido, por razones de equilibrio y de economía, entre los «términos empleados».

26) El *apartado* e define el «daño transfronterizo». Se refiere a los daños causados en un Estado como consecuencia de un accidente o incidente relacionado con una actividad peligrosa realizada en otro Estado. Este concepto se basa en las nociones bien establecidas de territorio, jurisdicción y control de un Estado. En ese sentido, se refiere a los daños causados en el territorio o en otros lugares situados fuera del territorio pero bajo la jurisdicción o control de un Estado distinto del Estado en cuyo territorio o de otro modo bajo su jurisdicción o control se realicen las actividades peligrosas. Es indiferente que los Estados interesados compartan o no una frontera. La definición incluye, por ejemplo, las actividades realizadas bajo la jurisdicción o el control de un Estado en sus buques o plataformas en alta mar que produzcan efectos en el territorio de otro Estado o en lugares bajo su jurisdicción o control. No obstante, innecesario es decir que podría haber otras posibilidades que no son fácilmente previsibles.

27) Se pretende que la definición identifique y distinga claramente el Estado bajo cuya jurisdicción o control se realice una actividad comprendida en el ámbito de estos principios del Estado que haya sufrido los efectos nocivos.

28) Como ocurre con frecuencia, los incidentes comprendidos en el ámbito del presente proyecto de principios pueden producir víctimas tanto en el Estado de origen como en los demás Estados en los que se hayan causado daños. Con respecto a la indemnización, especialmente en lo que se refiere a los fondos que hay que crear en beneficio de las víctimas, de conformidad con el proyecto de principio 4 *infra*, cabría prever una indemnización por los daños sufridos en el Estado de origen. En el artículo XI de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares se prevé ese sistema.

29) En el *apartado* f se define el término «víctima». La definición comprende las personas naturales o jurídicas, e incluye al Estado como custodio de los bienes públicos[367]. Esta definición está relacionada con la definición de «daño» que figura en el apartado *a*, que incluye el daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente[368], y puede deducirse de ella. Toda persona que sufra lesiones corporales, la pérdida de un bien o un daño causado a un bien sería víctima a los efectos del proyecto de principios. También podría ser víctima un grupo de personas o de municipios (*communes*). En el asunto relativo a la población de *Enewetak*, sustanciado ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, establecido con arreglo a la Ley del Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall de 1987, el Tribunal examinó las cuestiones de la indemnización a los habitantes de Enewetak con respecto a: la privación pasada y futura del uso del atolón de Enewetak; la restauración de Enewetak hasta devolverlo a un estado seguro y productivo, y las dificultades que había padecido la población de Enewetak como resultado de su reubicación a causa de la privación de uso ocasionada por los ensayos nucleares realizados en el atolón[369]. En el litigio relativo al *Amoco Cadiz*, después del naufragio del superpetrolero Amoco Cadiz frente a las costas de Bretaña, los departamentos administrativos de Côtes du Nord y Finistère y muchos municipios (*communes*), así como varias empresas, asociaciones y particulares franceses, demandaron al propietario del Amoco Cadiz y a su sociedad matriz en los Estados Unidos. Las demandas comprendían el lucro cesante. El propio Gobierno francés presentó demandas para el resarcimiento de los daños causados por la contaminación y del costo de la limpieza de las costas[370].

30) Así pues, la definición de víctima está relacionada con la cuestión de la legitimación. Algunos regímenes de responsabilidad, como el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales atribuyen legitimación a las organizaciones no

---

[367] En cuanto a la contribución de Edith Brown Weiss al desarrollo del concepto de *steewardship* o *trusteeskip* (administración fiduciaria o fideicomiso), acogido muy favorablemente por las tradiciones islámica, judeocristiana y africana, entre otras, y en cuanto a la idea de que «en la mayoría de los ordenamientos jurídicos», en particular los del Reino Unido y la India, «está incorporada alguna forma de fideicomiso público», véase R. Mushkat, *International Environmental Law and Asian Values: Legal Norms and Cultural Influences*, Vancouver, UBC Press, 2004, pág. 18. Véase también J. Razzaque, *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, La Haya, Kluwer Law International, 2004, pág. 424, en lo que concierne a la función de la doctrina del fideicomiso público en la India, el Pakistán y Bangladesh.

[368] Con respecto al derecho penal internacional, véase la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder, resolución 40/34 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985. Véase también el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 79).

[369] Véase *In the Matter of the people of Enewetak*, *International Legal Materials*, vol. 39, n.º 5 (septiembre de 2000), págs. 1214 y ss. En diciembre de 1947, la población fue trasladada del atolón de Enewetak al atolón de Ujelang. En el momento del traslado, el atolón tenía una superficie de 1.919,49 acres. A la fecha del regreso, el 1.º de octubre de 1980, se habían efectuado 43 ensayos de dispositivos atómicos y en ese momento se devolvieron al uso 815,33 acres, no estaban disponibles para el uso otros 949,8 acres y se habían evaporado los 154,36 acres restantes (ibíd., pág. 1214).

[370] Véase *Re Oil Spill by the Amoco Cadiz off the coast of France on 16 March 1978* (con respecto a la cuestión del vertimiento de petróleo por el Amoco Cadiz frente a las costas de Francia el 16 de marzo de 1978), United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 954 F.2d 1279. Véase también Maffei, *loc. cit.* (nota 346 *supra*), pág. 381.

gubernamentales[371]. La Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, de 1998, también otorga legitimación activa de las organizaciones no gubernamentales para actuar en defensa de los intereses medioambientales públicos. Asimismo pueden ser víctimas las personas que han sido designadas por la legislación nacional para actuar como fideicomisarios públicos a fin de salvaguardar esos recursos y que, por lo tanto, tienen legitimación activa. El concepto de fideicomiso público (*public trust*) ha permitido, en muchos países, conferir a diferentes personas especificadas la legitimación necesaria para obtener la rehabilitación y limpieza en caso de daño transfronterizo[372]. Por ejemplo, conforme a la *Oil Pollution Act*, se confiere ese derecho al Gobierno de los Estados Unidos, a los Estados federados, a las tribus indígenas y a los gobiernos extranjeros. En virtud de la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de los Estados Unidos, de 1980, enmendada en 1986 por la *Superfund Amendments and Reauthorization Act*, se ha concedido *locus standi* únicamente al Gobierno federal, a los representantes autorizados de los Estados federados, en su calidad de fideicomisarios (*trustees*) de los recursos naturales, o a los fideicomisarios (*trustees*) designados por las tribus indias. En algunos otros países se ha concedido el mismo derecho de accionar a la legitimación activa de las organizaciones y sociedades privadas para ejercitar acciones de resarcimiento de los costos de rehabilitación. En Francia, se ha dado a algunas asociaciones que se ocupan del medio ambiente el derecho a pedir indemnización en asuntos penales relativos a la violación de ciertas leyes sobre el medio ambiente. El Tribunal Supremo de la India ha aceptado las demandas presentadas por particulares o grupos de personas en el marco de su jurisprudencia bien arraigada de las acciones de interés general (*public interest litigation* (PIL)) o acciones de grupo para proteger contra daños al medio ambiente, y ha concedido indemnizaciones a las víctimas de contaminación industrial o química[373].

31) En el *apartado* g se define al «explotador». No existe una definición general de «explotador» en derecho internacional. El término, no obstante, se emplea en el derecho interno[374] y en la práctica convencional. En ésta, los regímenes de reparación de los daños nucleares prevén que la responsabilidad incumbe al explotador[375]. Sin embargo, la definición de explotador varía según la naturaleza de la actividad. La atribución de la responsabilidad a una sola entidad, el propietario o el explotador, es lo que caracteriza a los regímenes de responsabilidad causal. Por ello, puede señalarse expresamente como responsable a una persona distinta del explotador, en función de los intereses que estén en juego en una actividad peligrosa determinada. Por ejemplo, en la Conferencia de 1969 que condujo a la adopción del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, existía la posibilidad de imputar la responsabilidad al propietario del buque, al propietario de la carga o a ambos[376]. Sin embargo, en virtud de un acuerdo de transacción, se convino en optar por la responsabilidad causal del propietario del buque[377].

---

[371] Véase el artículo 18 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Véase también el artículo 12 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental (nota 316 *supra*).

[372] Véase Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 323 *supra*), págs. 50 y 51.

[373] Véase Comisión de Asuntos Jurídicos de la India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts*, septiembre de 2003, pág. 31 (disponible en http//lawcommissionofindia.nic.in/reports). Los artículos 32 y 226 de la Constitución de la India establecen a este respecto la jurisdicción del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de la India sobre la legislación vigente. Los tribunales también han aplicado el artículo 21 de la Constitución de la India y han ampliado el sentido del término «vida» para que abarque el «derecho a un medio ambiente sano». Véase también Razzaque, *op. cit.* (nota 367 *supra*), págs. 314, 315, 429 y 443, donde la autora hace referencia a argumentos en el sentido de que la liberalidad con la que los tribunales de la India, del Pakistán y de Bangladesh se ha reconducido la legitimación activa para plantear cuestiones relativas al medio ambiente ha llevado a la inmovilidad y a la ineficiencia de la Administración, así como a la congestión de los tribunales. Esa contribución es digna de atención por su evaluación general de los progresos hechos y de las reformas que se necesitan en el subcontinente para promover la protección del medio ambiente.

[374] En cuanto al derecho interno, véase, por ejemplo, la *Oil Pollution Act*, de 1990 (nota 341 *supra*), con arreglo a la cual se puede considerar responsables a las personas siguientes: *a*) las partes responsables, como el propietario o el explotador de un buque, de una instalación costera o en alta mar, de un puerto de aguas profundas o de unas tuberías; *b*) el «garante», la «persona distinta de la parte responsable que aporta pruebas de responsabilidad financiera a favor de una parte responsable», y *c*) los terceros (personas distintas de las mencionadas en las dos primeras categorías, sus agentes o empleados o sus contratistas independientes, cuya conducta sea la causa única de los perjuicios). Véase también la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (nota 351 *supra*).

[375] Véanse, por ejemplo, el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y el Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982: «explotador» con respecto a una instalación nuclear significa «la persona designada o reconocida por la autoridad pública competente como explotador de dicha instalación nuclear» (art. 1 común, inciso vi)). Véanse también la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (explotador) (art. IV); el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares («explotador») (art. 1 *c*) y la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares (explotador de buques nucleares) (art. II).

[376] Véase *Official Records of the International Legal Conference on Maritime Pollution Damage, 1969*, Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, 1973 (LEG/CONF/C.2/SR.2 a 13), citado en D. W. Abecassis y R. L. Jarashow, *Oil Pollution from Ships - International, United Kingdom and United States Law and Practice*, 2.ª ed., Londres, Stevens and Sons, 1985, pág. 253. Algunos regímenes que atribuyen la responsabilidad al propietario del buque son el Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (art. III, párr. 1); el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques (art. 3) y el Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas**,** 1996 (Convenio SNP) (art. 7, párr. 1).

[377] Véanse el Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT), que define al transportista en relación con los buques de navegación interior como «la persona que en el momento del incidente controle la utilización del vehículo a bordo del cual se transportan las mercancías peligrosas» (art. 1, párr. 8); el Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos, que define al explotador de una instalación en la plataforma continental de forma que incluye, a falta de una designación por una de las partes contratantes, a «la persona que ejerza el control general de las actividades realizadas en la instalación» (art. 1, párr. 3), y la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 316 *supra*), que atribuye la responsabilidad al *operador*, este término incluye a cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle la actividad profesional.

32) En el proyecto de principios se enfoca la definición de «explotador» desde el punto de vista funcional, basándola en la determinación fáctica de quién tiene el uso, el control y la dirección del objeto de que se trate en el momento pertinente. Esa definición responde generalmente a las ideas que prevalecen en los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista[378]. Más en general, aunque no se ha formulado ninguna definición básica de «explotador», «se ha reconocido la idea de que por explotador se entiende la persona que tiene el control efectivo, jurídico o económico de la actividad contaminante»[379].

33) Las palabras «que dirige» connotan la capacidad para utilizar o controlar algún medio. Puede incluir a la persona que utilice una aeronave en el momento del daño, o al propietario de la aeronave si ha conservado los derechos de navegación[380]. Debe quedar claro, no obstante, que el término «explotador» no incluye a los empleados que realicen o controlen la actividad en el momento pertinente[381]. El término «control» denota la facultad o la autoridad para gestionar, dirigir, regular, administrar o supervisar[382]. Puede incluir a la persona que ostente, por delegación, un poder determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización a tal efecto, o la persona que registre o notifique esa actividad[383]. Puede incluir también a una empresa matriz u otra entidad conexa, persona jurídica o no, en particular si esa entidad dirige realmente la explotación[384]. El explotador puede ser una entidad pública o privada. Se prevé que el Estado pueda ser explotador a los efectos de esta definición.

34) Las palabras «en el momento en que se produce el incidente» tiene por objeto establecer una conexión entre el explotador y el daño transfronterizo. Cuanto más tenue y menos concreto sea el vínculo entre el incidente en cuestión y los bienes que se afirme han sido dañados, menos seguro será el derecho a obtener una indemnización.

Principio 3

Propósitos

Los propósitos del presente proyecto de principios son los siguientes:

***a*) garantizar una indemnización pronta y adecuada de las víctimas de un daño transfronterizo; y**

***b*) preservar y proteger el medio ambiente en caso de que se produzca un daño transfronterizo, teniendo en cuenta especialmente la atenuación del daño causado al medio ambiente y la restauración o restablecimiento de éste.**

Comentario

1) El presente proyecto de principios tiene por doble finalidad asegurar la protección de las víctimas que sufran pérdidas causadas por un daño transfronterizo y preservar y proteger el medio ambiente en sí como recurso común de la comunidad.

2) El propósito de garantizar la protección de las víctimas que sufran pérdidas causadas por un daño transfronterizo ha sido un elemento esencial desde el comienzo del estudio de este tema por la Comisión. En su plan esquemático, el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter hizo hincapié en la necesidad de proteger a las víctimas, lo que exigía «medidas de prevención para evitar en lo posible un riesgo de pérdida o daño, y, cuando ello no sea posible, medidas de reparación», así como en que «no se debe hacer soportar a una víctima inocente las consecuencias de la pérdida o el daño que se le hayan causado»[385]. El proyecto de artículos sobre la prevención[386] ya ha atendido la primera de esas consideraciones.

3) En el *apartado* a, la noción de una pronta y adecuada indemnización corresponde a la idea y a la voluntad de que las víctimas de daños transfronterizos no tengan que esperar largo tiempo para ser indemnizadas. La importancia de garantizar una pronta y adecuada indemnización a las víctimas de daños transfronterizos se funda en el principio enunciado en el laudo arbitral relativo a la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[387] y en

---

[378] Véase E. Reid, «Liability for dangerous activities: a comparative analysis», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (octubre de 1999), págs. 731 a 756, especialmente pág. 755.

[379] M. -L. Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*, La Haya, Kluwer Law International, 1999, pág. 401.

[380] Véase el Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (art. 12).

[381] Véase el apartado *c* del artículo 2 del anexo VI al Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico, relativo a la responsabilidad dimanante de emergencias ambientales: «"operador" significa toda persona natural o jurídica, sea estatal o no estatal, que organiza actividades a ser realizadas en la zona del Tratado Antártico. Un operador no incluye una persona natural que sea empleada, contratista, subcontratista o agente o que esté al servicio de una persona natural o jurídica, sea estatal o no estatal, que organiza actividades a ser realizadas en la zona del Tratado Antártico, y no incluye una persona jurídica que sea contratista o subcontratista que trabaje por cuenta y orden de un operador estatal».

[382] La definición de «propietario del buque» dada en el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques es amplia: incluye al propietario inscrito, al fletador a casco desnudo, al armador gerente y al explotador del buque (art. 1, párr. 3).

[383] Véase la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 316 *supra*), art. 2, párr. 6.

[384] En virtud del artículo 8 de la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, la responsabilidad principal corresponde al *explotador*, que se define en el párrafo 11 del artículo 1 como una parte o agencia o instrumento de una parte, o una persona jurídica establecida en virtud del derecho de una parte, o una empresa mixta compuesta exclusivamente de cualquier combinación de esos elementos. De conformidad con la sección 16.1 de las Cláusulas uniformes del contrato para la exploración anexo al Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona aprobado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos el 13 de julio de 2000, el *contratista* «será responsable del monto efectivo de los daños y perjuicios, incluidos los causados al medio marino, derivados de actos u omisiones ilícitos cometidos por él o por su empleados, subcontratistas, agentes y personas que trabajen para ellos o actúen en su nombre» (ISBA/6/A/18, anexo 4, cláusula 16).

[385] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 76 (plan esquemático, secc. 5, párrs. 2 y 3).

[386] Véase la nota 292 *supra*.

[387] «[S]egún los principios del derecho internacional [...] ningún Estado tiene derecho a utilizar ni a permitir que se utilice su territorio de tal forma que emisiones de humos puedan causar daños en el territorio o al territorio de otro Estado o a los bienes o las personas que se encuentren en él, cuando la consecuencias que se produzcan sean graves y la existencia del daño quede probada de modo claro y convincente» (*Fonderie de Trail* (Trail Smelter) (véase la nota 226 *supra*), pág. 1965).

el asunto Détroit de *Corfou*[388], tal como se desarrolló e incorporó después en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de la manera siguiente:

> De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional[389].

4) El concepto de responsabilidad y de indemnización de las víctimas se refleja también en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo, en el que se expresa la convicción común de que:

> Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción[390].

5) La cuestión se aborda con más amplitud en el principio 13 de la Declaración de Río:

> Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción[391].

Los principios enunciados en esas Declaraciones, aunque no se pretende que establezcan obligaciones jurídicamente vinculantes, demuestran las aspiraciones y preferencias de la comunidad internacional[392].

6) El *apartado* b coloca en un lugar prominente la preservación y protección del medio ambiente y las obligaciones conexas de atenuar el daño y de restaurar o restablecer el medio ambiente a su situación original en la medida de lo posible. Así, pone de relieve la preocupación más reciente de la comunidad internacional de reconocer la protección del medio ambiente *per se* como un valor en sí mismo, sin tener que enfocarla solamente en el contexto de los daños a las personas o a los bienes. Refleja la política de preservar el medio ambiente como recurso valioso en beneficio no sólo de la generación actual sino también de las generaciones futuras. Habida cuenta de su novedad y del interés común en su protección, es importante subrayar que los daños al medio ambiente en sí pueden constituir daños que tengan que ser objeto de una indemnización pronta y adecuada, que incluye el reembolso de los costos de las medidas razonables de respuesta y de restauración o restablecimiento adoptadas.

7) El objetivo no es restaurar el medio ambiente ni devolverlo a su estado original, sino permitir que se mantengan sus funciones permanentes. En este proceso no está previsto hacer gastos que no guarden proporción con los resultados perseguidos; además, tales gastos deberían ser razonables. Cuando la restauración o restablecimiento del medio ambiente no es posible, es razonable introducir el equivalente de esos elementos en el medio ambiente[393].

8) En términos generales, como se señala más arriba en relación con los incisos iii) a v) en el comentario sobre los «Términos empleados», la renuencia que había a aceptar la responsabilidad por daños al medio ambiente *per se*, a menos que esos daños afecten a personas o a bienes[394], está desapareciendo gradualmente[395]. En el caso del daño

---

[388] En este asunto la Corte declaró «la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que se utilice su territorio para actos contrarios a los derechos de otros Estados» (*Détroit de Corfou* (véase la nota 197 *supra*), pág. 22).

[389] Véase la nota 312 *supra*.

[390] Ídem.

[391] Véase la nota 301 *supra*.

[392] Birnie y Boyle observan que «[t]odos estos principios reflejan la evolución más reciente del derecho internacional y la práctica de los Estados; su rango actual de principios de derecho internacional general es más dudoso, pero la evidencia del apoyo consensual que representa la Declaración de Río es un indicio importante de su nueva importancia jurídica» (Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), pág. 105).

[393] Con respecto al análisis de la definición de medio ambiente y de los elementos del daño al medio ambiente que son indemnizables, véase el undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Relator Especial Julio Barboza (nota 285 *supra*), especialmente pág. 62, párr. 28. Para una interesante descripción del problema del daño, su definición, los efectos adversos y la evaluación del daño, véase M. A. Fitzmaurice, «International protection of the environment», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2001*, vol. 293 (2002), págs. 9 y ss., en particular págs. 225 a 233.

[394] Pueden verse resultados contrapuestos en los asuntos *Blue Circle Industries plc.* v. *Ministry of Defence*, *The All England Law Reports 1998*, vol. 3, pág. 385, y *Merlin and another* v. *British Nuclear Fuels plc.*, *The All England Law Reports 1990*, vol. 3, pág.711.

[395] Por lo que respecta a las dificultades relativas a las demandas por daños y posibles consecuencias para el medio ambiente, véanse los asuntos *Patmos* y *Haven*. Véase, en general: A. Bianchi, «Harm to the environment in italian practice: the interaction of international law and domestic law», en P. Wetterstein (ed.), *op. cit*. (nota 323 *supra*), pág. 103, y especialmente págs. 113 a 129. Véanse también Maffei, *loc. cit*. (nota 346 *supra*), pág. 381, y especialmente págs. 383 a 390, y D. Ong, «The relationship between environmental damage and pollution: marine oil pollution laws in Malaysia and Singapore», en Bowman y Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 333 *supra*), pág. 191, y especialmente págs. 201 a 204. Véase asimismo Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), págs. 918 a 922. Véanse también el incidente *Antonio Gramsci* de 1979 y el incidente *Antonio Gramsci* de 1987 (FIDAC, *Report on the activities of the International Oil Pollution Compensation Fund during 1980*; ibíd., *Annual Report 1989*, pág. 26, e ibíd., *Annual Report 1990*, pág. 27). Véase, en general: W. Chao, *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: Liability and Compensation*, Londres, Kluwer Law International, 1996, págs. 361 a 366: La resolución n.º 3 del FIDAC, de 10 de octubre de 1980, no permitió al tribunal evaluar la indemnización que había de pagar el Fondo «sobre la base de una cuantificación abstracta del daño calculado de acuerdo con modelos teóricos» (FUND/A/ES.1/13, anexo I). En el caso del *Amoco Cadiz* (véase la nota 370 *supra*), el Tribunal del Distrito Norte de Illinois ordenó a la Amoco Oil Corporation el pago de 85,2 millones de dólares en multas: 45 millones de dólares por los costos del derrame y 39 millones de intereses. Denegó la indemnización de los daños no económicos. Así pues, rechazó las demandas por daños a la imagen y daños ecológicos. El Tribunal observó: «Es verdad que durante un tiempo el municipio no pudo ofrecer playas limpias a sus ciudadanos y que no se pudo preservar la paz, la quietud y la libertad normales debido al denso tráfico, condiciones que habrían existido en el municipio en ausencia de las actividades de limpieza», pero llegó a la conclusión de que la «reclamación por pérdida del disfrute por parte de los municipios no es sostenible según el derecho francés» (Maffei, *loc. cit*. (nota 346 *supra*), pág. 393). Con respecto al daño a la imagen, el Tribunal señaló que la reclamación de los demandantes puede indemnizarse tratándose de un daño cuantificable en la medida en que pueda demostrarse que ese daño a la imagen se tradujo en un daño consecuente específico para el municipio por el hecho de que los turistas y visitantes que en otras

(Continuación en la página siguiente.)

a los recursos naturales o al medio ambiente, existe el derecho a indemnización o a reembolso de los gastos que se hubiesen hecho para la aplicación de medidas de prevención, restauración o restablecimiento razonables. En el caso de algunos instrumentos internacionales, esto se limita aún más a las medidas realmente adoptadas, lo que excluye el lucro cesante por deterioro del medio ambiente[396].

9) El Estado o cualquier otro organismo público que intervenga en la adopción de medidas de respuesta o restauración puede repetir más tarde contra el explotador para recuperar los costos de tales operaciones. Por ejemplo, tal es el caso de *la Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (Ley general de respuesta, indemnización y responsabilidad ambientales de los Estados Unidos), de 1980. La Ley crea el «superfondo» con dólares procedentes de los impuestos; el superfondo deberá reponerse con el reembolso de los gastos que han de sufragar las partes responsables para pagar la limpieza, si es necesario. El Organismo de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos administra el superfondo y tiene amplios poderes para investigar la contaminación, elegir las medidas correctivas adecuadas y, bien ordenar a las partes responsables que realicen trabajos de limpieza, bien efectuar esos trabajos directamente y recuperar luego los costos[397].

10) Además de estos propósitos, el proyecto de principios contribuye a la consecución de otros objetivos o implica tal contribución. Entre esos objetivos figuran los siguientes: *a*) dar incentivos al explotador y a otras personas o entidades pertinentes para evitar los daños transfronterizos resultantes de actividades peligrosas; *b*) resolver las controversias entre los Estados sobre daños transfronterizos de una manera pacífica que promueva las relaciones de amistad entre los Estados; *c*) preservar y promover la viabilidad de actividades económicas que sean importantes para el bienestar de los Estados y de los pueblos, y *d*) establecer una indemnización de manera previsible, equitativa, rápida y eficaz en comparación con los costos. Siempre que sea posible, el proyecto de principios debe interpretarse y aplicarse de forma que coadyuve a la consecución de todos estos objetivos[398].

11) En particular, el principio de garantizar una «pronta y adecuada indemnización» por el explotador debe percibirse desde el punto de vista de la consecución de la «internalización del costo», que constituye el núcleo original del principio «quien contamina paga». Ese principio representa un argumento a favor de la incorporación de los costos económicos reales de la lucha contra la contaminación, de la limpieza y de las medidas de protección en los costos del ejercicio de la actividad misma. De ese modo, se ha intentado que los gobiernos no distorsionen los costos del comercio y la inversión internacionales mediante la concesión de subsidios para esos costos ambientales. La política de la OCDE y de la Unión Europea respalda esta posición. Sin embargo, en su aplicación, el principio así respaldado presenta diversas variaciones en los distintos contextos.

12) En cierto modo, el principio trata de dar un incentivo para que el explotador y otras personas o entidades pertinentes impidan que una actividad peligrosa cause daños transfronterizos. En diversos instrumentos internacionales se hace referencia al principio «quien contamina, paga». En términos muy generales, aparece como principio 16 de la Declaración de Río:

> Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales[399].

13) En la práctica de los tratados, el principio ha servido de base para construir regímenes de responsabilidad causal. Así sucede con el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en cuyo preámbulo se afirma «la conveniencia de que exista una responsabilidad objetiva en esta esfera teniendo en cuenta el principio de quien contamina paga». El Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas se refiere en el preámbulo al principio de «quien contamina paga» calificándolo de «principio general del derecho medioambiental internacional aceptado también por las Partes» en el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y en la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales[400]. Las jurisdicciones nacionales

(Continuación de la nota 395.)

circunstancias pudieran haber venido, dejaron de acudir. Sin embargo, ese es precisamente el fondo de las demandas individuales por daños presentadas por hoteles, restaurantes, campamentos de vacaciones y otros negocios de los municipios. Con respecto al daño ecológico, el Tribunal tuvo el problema de evaluar «las especies muertas en las aguas costeras a causa del derrame de petróleo» y observó que «este daño que se alega está sujeto al principio de la *res nullius* y no es indemnizable por falta de capacidad procesal de las personas o entidades para formular la reclamación» (ibíd., págs. 393 y 394). Véase también el asunto *In the Matter of the people of Enewetak* (nota 369 *supra*) ante el Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, asunto en que el Tribunal tuvo la oportunidad de estudiar la cuestión de si la rehabilitación era una solución apropiada para las pérdidas padecidas por la población del atolón de Enewetak de resultas de los ensayos nucleares realizados por los Estados Unidos. Su fallo condenó al pago de los costos de limpieza y rehabilitación según el siguiente detalle: 22 millones de dólares para la remoción de tierra; 15,5 millones de dólares para el tratamiento con potasio; 31,5 millones de dólares para la construcción de terraplenes; 10 millones de dólares para limpieza de plutonio; 4,51 millones de dólares para estudios; 17,7 millones de dólares para rehabilitación del suelo y reposición de la vegetación (págs. 1222 y 1223).

[396] Véase en general el comentario al proyecto de principio 2 *supra*.

[397] Un análisis de la *United States Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* figura en W. D. Brighton y D. F. Askman, «The role of government trustees in recovering compensation for injury to natural resources», en P. Wetterstein (ed.), *op. cit.* (nota 323 *supra*), págs. 177 a 206, en págs. 183 y 184.

[398] Véase también Bergkamp, *op. cit.* (nota 347 *supra*), pág. 70, nota 19, que ha identificado, en relación con un régimen de responsabilidad, siete funciones: compensación, distribución de las pérdidas, asignación de los riesgos, sanciones, justicia correctiva, vindicación o satisfacción, y disuasión y prevención.

[399] Véase la nota 301 *supra*.

[400] También se hace referencia a dicho principio, por ejemplo, en los siguientes instrumentos: el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, 1990; el Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR); el Convenio sobre la protección del medio marino en la zona del mar Báltico; el Convenio

también se han apoyado en ese principio porque desempeña una función correctiva y compensatoria[401].

14) El principio tiene sus limitaciones. Así, se ha señalado lo siguiente:

> La medida en que el contaminador, debido a su responsabilidad civil, debe pagar por el daño medioambiental depende de diversos factores. Si la responsabilidad se basa en negligencia, no sólo es preciso probar tal negligencia, sino que el daño que no sea razonablemente previsible ni razonablemente evitable no se indemnizará y la pérdida correrá a cargo de la víctima o del contribuyente, no del contaminador. La responsabilidad causal es una aproximación más adecuada al principio de «quien contamina paga», pero no en los casos en que la cuantía se encuentre limitada, como sucede en los sistemas aprobados internacionalmente con respecto a los buques petroleros o las instalaciones nucleares. Además, una definición estrecha del daño puede excluir las pérdidas medioambientales que no se puedan cuantificar fácilmente en términos monetarios, como es el caso de las especies silvestres, o que afecten a la calidad del medio ambiente sin causar daño físico real[402].

15) Además, se ha afirmado que no se puede considerar el principio como una «norma rígida de aplicación universal y que los medios que se utilicen para ponerlo en práctica no serán los mismos en todos los casos»[403]. Así pues, «será inevitable una gran flexibilidad, teniendo plenamente en cuenta las diferencias de naturaleza del riesgo y la viabilidad económica de una plena internalización de los costos medioambientales por industrias cuya capacidad para sufragarlos variará según los casos»[404]. Algunos comentaristas dudan que el principio de que quien contamina paga «haya alcanzado el rango de norma de derecho internacional consuetudinario generalmente aplicable, excepto tal vez en relación con los Estados de la CE, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa y de la OCDE»[405].

---

sobre la protección del mar Negro contra la contaminación; el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 316 *supra*).

[401] En su informe sobre la ejecución del Programa 21, las Naciones Unidas señalaron:

> «Se ha logrado avanzar en la incorporación en diversos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales de los principios que figuran en la Declaración de Río [...] especialmente [...] el principio de que quien contamina paga [...]. Aunque se ha avanzado algo en el cumplimiento de los compromisos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo mediante diversos instrumentos jurídicos internacionales, aún queda mucho por hacer para incorporar más decididamente los Principios de Río al derecho y a la práctica» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, decimonoveno período extraordinario de sesiones, Suplemento n.º 2* (A/S-19/33), párr. 14).

Sin embargo, el principio de que quien contamina paga ha sido reconocido o está siendo reconocido en diferentes jurisdicciones nacionales. El Tribunal Supremo de la India, en el asunto *Vellore Citizens Welfare Forum* v. *Union of India and others* (véase *All India Reporter 1996*, vol. 83, pág. 2715), señaló que el principio de precaución, así como el principio de que quien contamina paga y las nuevas normas aplicables a la carga de la prueba, respaldados por los artículos 21, 47, 48A y 51A(g) de la Constitución de la India, han pasado a formar «parte del derecho ambiental del país» (Comisión de Asuntos Jurídicos de la India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts* (véase la nota 373 *supra*), pág. 36). El acceso a la justicia, particularmente en cuestiones ambientales, es una faceta esencial del artículo 21 de la Constitución de la India. Nueva Zelandia y Australia ya tienen tribunales para el medio ambiente. El principio en cuestión está reconocido en la legislación de varias provincias del Canadá sobre los daños al medio ambiente y las medidas correctivas subsiguientes. En España, los tribunales se han basado en el principio *cuius est commodum, eius est incommodum*, conforme al cual la persona que se beneficia de una actividad tiene también que indemnizar los daños resultantes de ella, para declarar la responsabilidad de las personas por los daños causados por minas, desechos, pérdidas de agua y gases tóxicos. En el Japón, en caso de contaminación causada por actividades marítimas o de contaminación del mar, el contaminador tiene que pagar la limpieza de los bienes comunes y la restauración de los bienes de la víctima al estado en que se encontraban antes de sufrir los daños. En el ordenamiento jurídico francés se refrenda de diversas formas el principio de que quien contamina paga. En el asunto *Époux Vullion* c. *Société immobilière Vernet-Saint Christophe et autres*, la Cour de Cassation de Francia resolvió que «el derecho del propietario a disfrutar de sus bienes de la manera más absoluta no prohibida por la ley o por los reglamentos está supeditado a su obligación de no causar a los bienes de ninguna otra persona daños que excedan de las incomodidades normales inherentes a la vecindad» (*Juris-Classeur périodique (La semaine juridique)*, 1971, II.16781). En el Código Ambiental de Suecia de 1998, que entró en vigor el 1.º de enero de 1999, se impone a la persona responsable de la contaminación, en la medida de lo razonable, la obligación de pagar las investigaciones sobre la posible contaminación, la limpieza y la atenuación de los daños. La determinación de la naturaleza razonable se hace teniendo en cuenta: *a*) el tiempo transcurrido desde que se produjo la contaminación, *b*) el riesgo creado para el medio ambiente y *c*) la contribución hecha por el explotador. Irlanda ha promulgado disposiciones legislativas para incorporar en el derecho interno los tratados internacionales que imponen la responsabilidad objetiva y el principio de que quien contamina paga en caso de derrame de petróleo o de desechos peligrosos por los buques. Los tribunales irlandeses ya han empezado a basarse en el principio de que quien contamina paga. En el Brasil, la responsabilidad objetiva está pasando a ser la norma en caso de daño causado por actividades peligrosas o por actividades que dañen el medio ambiente o que entrañen el riesgo de dañarlo. No es necesario probar la intención. En virtud de la Ley de ordenación del medio ambiente de Sudáfrica, de 1998, se impone la responsabilidad objetiva a los explotadores que puedan causar o hayan causado o estén causando una contaminación o un deterio-ro sensibles del medio ambiente. Singapur establece la responsabilidad objetiva en caso de infracción penal e impone a los contaminadores la obligación de proceder a la limpieza, sin necesidad de que haya dolo o negligencia. Véase también el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/543, párrs. 272 a 286.

[402] Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), págs. 93 y 94.

[403] Ibíd., págs. 94 y 95. Véase también el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), cap. II.

[404] Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), pág. 95. Los autores señalan: «la referencia al interés público en el principio 16 de la Declaración de Río deja amplio campo para las excepciones [...]. En la forma en que se aprobó en Río, el principio de "quien contamina paga" no es ni absoluto ni obligatorio» (pág. 93). También señalan que en el caso de las instalaciones nucleares de Europa oriental, «los gobiernos de Europa occidental, que representan a un amplio grupo de víctimas potenciales [...], han financiado los trabajos necesarios para elevar los niveles de seguridad» (pág. 94).

[405] Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), pág. 280, un ejemplo de la forma flexible en que el principio se aplica en el contexto de la OCDE y la Unión Europea. Rüdiger Wolfrumseñala que, «aunque tanto el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos, de 1990, como la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales afirman en sus preámbulos que el principio de que quien contamina paga es un "principio general del derecho ambiental internacional", esa opinión no está sustentada por la práctica de los Estados Unidos, y tampoco si se tienen en cuenta las incertidumbres acerca de su alcance y de sus consecuencias» (R. Wolfrum, «International environmental law: purposes, principles and means of ensuring compliance», en F. L. Morrison y R. Wolfrum (eds.), *International, Regional and National Environmental Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, pág. 19). Véase en general N. de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, págs. 21 a 60.

(Continuación en la página siguiente.)

16) El aspecto concerniente a la prontitud y la adecuación de la indemnización está relacionado con el cálculo de la indemnización. El derecho internacional general no detalla «principios, criterios o métodos para determinar *a priori* la forma en que ha de tener lugar la reparación del daño causado por actos u omisiones ilícitos»[406]. Con arreglo al derecho internacional, la reparación es consecuencia de la violación de una obligación primaria. La obligación general de indemnizar íntegramente se reafirma en el artículo 31 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[407]. El contenido de esta obligación fue detallado por la CPJI en el asunto *Usine de Chorzów*, cuando declaró en una observación incidental:

> El principio esencial que se desprende del concepto mismo de acto ilícito y que parece derivarse de la práctica internacional en particular de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido dicho acto. La restitución en especie o, si ésta no es posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie; la concesión, de ser necesario, de una indemnización de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas que no estuvieran comprendidas en la restitución en especie o el pago efectuado en su lugar: tales son los principios en que hay que inspirarse para determinar el monto de la indemnización debida a causa de un hecho contrario al derecho internacional[408].

17) La norma del asunto *Usine de Chorzów* se aplica respecto de los hechos internacionalmente ilícitos, a los que no se refiere el presente proyecto de principios. Ahora bien, es útil para apreciar los límites y el paralelismo que conviene establecer con respecto a las actividades comprendidas en el presente proyecto de principios. Cabe preguntarse con arreglo a qué principios se puede conceder la indemnización: ¿debería otorgarse sólo respecto de la pérdida efectivamente sufrida por la víctima, en la medida en que se pueda cuantificar esa pérdida? ¿O debe la indemnización ir más allá y reflejar la capacidad de pago del explotador? Parecen pertinentes dos principios rectores. El primero es que la indemnización concedida no debe tener una función punitiva[409]. El segundo es que la víctima sólo puede recibir una indemnización por la pérdida sufrida, pero no puede obtener beneficios económicos por el daño causado[410]. Aun teniendo en cuenta esos dos principios básicos, se puede afirmar que la equidad, así como el principio quien contamina paga, exigen que no se permita que el explotador busque lugares seguros para realizar actividades peligrosas sin exponerse a tener que indemnizar por los daños causados, a fin de que haya un incentivo para que ante todo se actúe con el máximo cuidado y con la debida diligencia a fin de evitar daños[411].

18) En el curso del tiempo han surgido algunos principios generales concernientes al pago de indemnizaciones, principios que han sido refrendados por la CIJ y otros tribunales internacionales. Esos principios pueden resumirse como sigue[412]: *a*) todo daño susceptible de evaluación financiera, es decir, todo daño que pueda ser evaluado pecuniariamente, es indemnizable; *b*) esos daños comprenden tanto los daños sufridos por el Estado, daños a sus bienes o a su personal, o gastos razonablemente realizados para remediar o aminorar los daños, como los daños sufridos por personas naturales o jurídicas, tanto si son nacionales como si son residentes y han sufrido daños en el territorio del Estado; y *c*) las circunstancias particulares del caso, el contenido de la obligación violada, la apreciación del carácter razonable de las medidas tomadas por las partes con respecto al daño causado y, finalmente, consideraciones de equidad y de concesiones mutuas. Estos factores determinarán las condiciones o las partidas con arreglo a las cuales serían pagaderas sumas concretas en concepto de indemnización. Por consiguiente, se pueden mencionar las siguientes directrices basadas en las resoluciones dictadas por los

---

(Continuación de la nota 405.)

En el arbitraje entre Francia y los Países Bajos acerca de la aplicación del Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros, de 1976, y de su Protocolo adicional contra la contaminación por cloruros, de 1991, se había pedido al Tribunal Arbitral que, al interpretar el Convenio, tomase en consideración el principio de que quien contamina paga, aunque en ese instrumento no se hacía referencia expresa al principio. El Tribunal, en su laudo de 2004, concluyó que el principio de que quien contamina paga, pese a su importancia en el derecho convencional, no formaba parte del derecho internacional general y, en consecuencia, no era pertinente para la interpretación del Convenio. El Tribunal declaró en el pasaje pertinente lo siguiente: «El Tribunal toma nota de que los Países Bajos han hecho referencia, en apoyo de su demanda, al principio de "quien contamina paga". [...] El Tribunal observa que ese principio figura en algunos instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, y que tiene grados de eficacia variables. Sin negar la importancia del principio en el derecho convencional, el Tribunal no considera que tal principio forme parte del derecho internacional general» (*Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, sentencia arbitral de 12 de marzo de 2004, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV (n.º de venta: E/F.05.V.5), pág. 312, párrs. 102 y 103). El texto de la sentencia puede consultarse también en www.pca-cpa.org.

[406] F. V. García-Amador, L. B. Sohn y R. R. Baxter, *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (véase la nota 280 *supra*), pág. 89. Véase también A. Boyle, «Reparation for environmental damage in international law: some preliminary problems», en Bowman y Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 333 *supra*), págs. 17 a 26. Véase asimismo el undécimo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, del Relator Especial Julio Barboza (nota 285 *supra*).

[407] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 96 a 100 (art. 31 y su comentario).

[408] *Usine de Chorzów* (véase la nota 269 *supra*), pág. 47.

[409] Véase B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-II*, vol. 185 (1985), págs. 9 a 150, especialmente págs. 100 a 102. Véase también el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 105 a 112 (art. 36 y su comentario).

[410] Para los principios enunciados en el asunto del *Lusitania*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, pág. 32, y en el asunto *Usine de Chorzów* (véase la nota 269 *supra*) sobre la función de la indemnización, véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 105 a 112 (art. 36 y su comentario).

[411] El Tribunal Supremo de la India, en el asunto *M. C. Mehta* v. *Union of India* (el caso de los escapes de gas de óleum) subrayó que, «cuanto más grande y más próspera sea la empresa, mayor habrá de ser el importe de la indemnización pagadera por los daños causados como consecuencia de un accidente ocurrido al realizar la actividad peligrosa o intrínsecamente peligrosa de la empresa» (Comisión de Asuntos Jurídicos de la India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts* (véase la nota 373 *supra*), pág. 31).

[412] Véase el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 105 a 112 (art. 36, su comentario y los asuntos citados en él).

tribunales judiciales y arbitrales internacionales[413]: podrá exigirse una indemnización por un daño personal y las pérdidas materiales directamente relacionadas con él, como el lucro cesante y la disminución de la capacidad de obtener ingresos, los gastos médicos, incluido el costo de una rehabilitación plena; también se puede exigir una indemnización por el daño inmaterial o no patrimonial sufrido, como «la pérdida de seres queridos, el dolor y el sufrimiento, así como cualquier atentado contra la persona, su domicilio o su vida privada»[414].

19) En el caso de daños causados a los bienes, la pérdida se suele evaluar en función del valor de capital, del lucro cesante y de los gastos accesorios. En este contexto, se han utilizado diferentes técnicas y conceptos de evaluación, como el «valor normal de mercado», el «valor contable neto», el «valor de liquidación o de disolución» y el «flujo de efectivo actualizado», teniendo en cuenta elementos de riesgo y de probabilidad. Hay abundante documentación sobre estas y otras cuestiones relacionadas con la cuantificación de la indemnización, particularmente en el contexto de los daños causados a extranjeros o a sus bienes a causa de la nacionalización de sus empresas o de sus bienes[415].

20) Los principios elaborados en el contexto de las controversias sobre inversiones extranjeras no se pueden hacer extensivos automáticamente a las cuestiones concernientes a las indemnizaciones por daños transfronterizos. Pueden plantearse cuestiones difíciles en relación con las demandas que pueden dar derecho a indemnización, como la pérdida financiera, el *pretium doloris*, la incapacidad permanente, los perjuicios de disfrute, la pérdida de relaciones maritales y la evaluación del daño. De forma similar, el daño causado a un bien que pueda ser reparado o sustituido puede ser indemnizado teniendo en cuenta el valor de reparación o de sustitución. En cambio, es difícil indemnizar los daños causados a objetos de valor histórico o cultural si no es sobre la base de una evaluación arbitraria adaptada a cada caso. Por otra parte, cuanto más débil y menos concreto sea el vínculo entre el incidente en cuestión y el bien dañado, menor será la certeza de que existe el derecho a obtener indemnización. En el comentario al proyecto de principio 2 se revela la medida en que se han resuelto algunos de estos problemas.

Principio 4

Pronta y adecuada indemnización

1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización.

2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto de principio 3.

3. Estas medidas deberían incluir también el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización.

4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad.

5. En el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales.

Comentario

1) Este proyecto de principio refleja la importante función que desempeñaría el Estado de origen en el establecimiento de un sistema viable para respetar el principio de una «pronta y adecuada indemnización». La expresión «cada Estado» remite en el presente contexto al Estado de origen. El principio comprende cuatro elementos relacionados entre sí: *a*) el Estado debería velar por una indemnización pronta y adecuada y con ese fin debería establecer un régimen de responsabilidad apropiado; *b*) cualquier régimen de responsabilidad así establecido puede hacer recaer la responsabilidad principal en el explotador y no debería exigir prueba de culpa; *c*) las condiciones, limitaciones o excepciones que puedan imponerse a esa responsabilidad no deberían frustrar el propósito del principio de una pronta y adecuada indemnización, y *d*) diversas formas de fianza, de seguro y de financiación por la rama de actividad deberían permitir ofrecer garantías financieras suficientes de indemnización. En los cinco párrafos del proyecto de principio 4 se expresan esas cuatro ideas.

2) Conviene recordar que la hipótesis en la que se basa el presente proyecto de principios es que el Estado de origen habrá cumplido plenamente todas las obligaciones que le incumben en materia de prevención en virtud del derecho internacional. Por consiguiente, sin perjuicio de otras reclamaciones que puedan presentarse con arreglo al derecho internacional, en el presente proyecto de principios no se prevé la responsabilidad (*responsibility*) del Estado por los daños causados.

3) Así, el *párrafo 1* se centra en el principio de que el Estado debe garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización. El Estado mismo no está obligado necesariamente a pagar tal indemnización. En su forma

---

[413] Ibíd.

[414] Ibíd., pág. 108 (párrafo 16 del comentario al artículo 36). Véase también V. S. Mishra, «Emerging right to compensation in Indian environmental law», *Delhi Law Review*, vol. 23 (2001), págs. 58 a 79.

[415] Véase R. D. Bishop, J. Crawford y W. M. Reisman, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, págs. 1331 a 1372 (sobre los métodos de evaluación de las pérdidas). Véase también C. F. Amerasinghe, «Issues of compensation for the taking of an alien property in the light of recent cases and practice», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), págs. 22 a 65.

actual, el principio responde y obedece a una demanda creciente y un consenso cada vez más amplio en el seno de la comunidad internacional. Se supone de manera general que los Estados, en el marco de las disposiciones adoptadas para permitir la realización de actividades peligrosas bajo su jurisdicción y su control, se asegurarán de que existen mecanismos adecuados para responder a las demandas de indemnización en caso de daño.

4) El párrafo 1 hace hincapié en las «medidas necesarias» y concede a cada Estado la suficiente flexibilidad para alcanzar el objetivo consistente en garantizar el pago de una pronta y adecuada indemnización. Ello se pone de relieve sin perjuicio de los pagos graciables que puedan efectuarse o de las medidas de socorro o para casos de emergencia que los Estados u otras entidades responsables puedan prever en favor de las víctimas.

5) Como se ha señalado en el comentario relativo a los «Propósitos» del presente proyecto de principios, la necesidad de establecer regímenes de responsabilidad en un contexto internacional se ha reconocido y se expresa, por ejemplo, en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y en el principio 13 de la Declaración de Río de 1992[416].

6) El principio básico de que el Estado debe velar por el pago de una pronta y adecuada indemnización en caso de daño resultante de actividades peligrosas tiene su origen ya en el bando arbitral dictado en el asunto de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[417], en el que se dispuso de pruebas claras y convincentes de las graves consecuencias y daños causados a bienes situados en un Estado por una fundición de mineral de hierro situada en otro Estado. Desde entonces, muchos tratados, algunas importantes decisiones y gran número de leyes y prácticas nacionales han conferido un peso considerable a las demandas de indemnización por contaminación y daños transfronterizos. Algunos tratadistas consideran esa obligación como una obligación de derecho consuetudinario[418].

7) El criterio de prontitud y adecuación formulado en el párrafo 1 es un criterio que encontró apoyo en el arbitraje sobre el asunto de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[419]. La noción de «prontitud» se refiere a los procedimientos que rigen el acceso a la justicia y que influirían en el lapso de tiempo necesario para la adopción de decisiones sobre la indemnización pagadera en un caso dado. Este es también un criterio necesario que hay que subrayar teniendo en cuenta que un contencioso planteado en los tribunales nacionales en el que se reclame una indemnización puede ser costoso y prolongarse durante varios años, como ocurrió en el asunto del *Amoco Cadiz*, que duró 13 años[420]. A fin de que el acceso a la justicia sea más amplio, eficiente y ágil, se ha sugerido que se establezcan tribunales especiales nacionales o internacionales sobre el medio ambiente[421].

---

[416] Véanse *supra* las notas 312 y 301, respectivamente. Véanse también la Declaración Ministerial de Malmö, aprobada por el Consejo de Administración del PNUMA en su sexto período extraordinario de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 25* (A/55/25), anexo I, decisión SS.VI/1, de 31 de mayo de 2000, anexo; el Programa de desarrollo y examen periódico del derecho ambiental para el primer decenio del siglo XXI (Programa de Montevideo III), aprobado por el Consejo de Administración del PNUMA en su 21.º período extraordinario de sesiones, UNEP-E-GC21, decisión 21/23, de 9 de febrero de 2001 y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, A/CONF.199/20, resolución 2, de 4 de septiembre de 2002, anexo.

[417] Véase la nota 226 *supra*.

[418] Para la indicación de las diferentes fuentes que permiten llegar a esta conclusión, véase P.-T. Stoll, «Transboundary pollution», en Morrison y Wolfrum (eds.), *op. cit.* (nota 405 *supra*), págs. 169 a 200, especialmente págs. 169 a 174. Stoll dice asimismo:

«Hay que recordar, no obstante, que el principio de la prohibición se basa en el derecho soberano de los Estados sobre su territorio. No hay ninguna indicación de que al formular una reclamación por contaminación transfronteriza sea necesario hacer referencia a un derecho específico basado en un único componente. Así pues, cabe llegar a la conclusión de que la prohibición de la contaminación transfronteriza se basa en el interés del Estado por la integridad ambiental de su territorio. El derecho convencional refleja esa noción [...]. La soberanía, al crear un derecho a la integridad ambiental de un territorio o de una zona, por una parte, es la base misma de la responsabilidad de los Estados por la contaminación que se origina dentro de su territorio, por otra» (ibíd., págs. 174 y 175).

Además, se afirma que los principios del abuso de derecho y de la buena vecindad constituyen la base de la prohibición del daño transfronterizo. Véase J. G. Lammers, «Centre for Studies and Research (1985). The present state of research carried out by the English-speaking Section of the Centre for Studies and Research», *Transfrontier Pollution and International Law*, La Haya, Kluwer Law International, 1986, págs. 89 a 133, en particular pág. 100.

[419] Véase la nota 226 *supra*. Véanse también el principio 10 de la Declaración de Río (nota 301 *supra*); el párrafo 2 del artículo 235 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el párrafo 1 del artículo 2 de los artículos de Helsinki sobre los cursos de agua internacionales, de 1996 (K. W. Cuperus y A. E. Boyle, «Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», en Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-Seventh Conference, Helsinki, 12-17 August 1996*, Londres, 1996, págs. 403 y ss.), así como los precedentes existentes en la legislación sobre los derechos humanos. Véase asimismo A. E. Boyle, «Globalising environmental liability: the interplay of national and international law», *Journal of Environmental Law*, vol. 17, n.º 1 (2005), págs. 3 a 26, especialmente pág. 18.

[420] Véase la nota 370 *supra*. Véase también E. Fontaine, «The French experience: *Tanio* and *Amoco Cadiz* incidents compared», en C. M. de la Rue (ed.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, Londres, Lloyds of London Press, 1993, págs. 101 a 108, especialmente pág. 105. Análogamente, en el asunto de la tragedia causada por un gas en Bhopal, se afirmó que, para cuando se planteó ante el Tribunal Supremo de la India la cuestión de si era apropiada la reparación provisional impuesta a la Union Carbide en favor de las víctimas, el litigio duraba ya en la India más de cinco años sin que ni siquiera se hubiera llegado a iniciar la instrucción; véase K. F. McCallion y H. R. Sharma, «International resolution of environmental disputes and Bhopal catastrophe», en Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje (ed.), *International Investments and Protection of the Environment*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, págs. 239 a 270, especialmente pág. 249. También se señala que en el arbitraje sobre el asunto de la *Fonderie de Trail* se tardó alrededor de 14 años en resolver sobre las pretensiones de las partes privadas. Véase Ph. McNamara, *The Availability of Civil Remedies to Protect Persons and Property from Transfrontier Pollution Injury*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1981, pág. 70.

[421] Véase A. Rest, «Need for an international court for the environment? Underdeveloped legal protection for the individual in transnational litigation», *Environmental Policy and Law*, vol. 24, n.º 4 (junio de 1994), págs. 173 a 187. En cuanto a la idea de que el establecimiento de un tribunal internacional sobre el medio ambiente puede no ser la respuesta correcta a la «necesidad de reforzar el principio de legalidad mediante el acceso a la justicia y la representación de los intereses de la comunidad», véase E. Hey, «Reflections on an international environmental court», en Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje (ed.), *International Investments...*, *op. cit.* (nota *supra*), págs. 271 a 301, especialmente páginas 299 y 300. A nivel nacional, la Comisión de Asuntos Jurídicos de la India presentó un argumento muy convincente a favor del establecimiento en la India de tribunales nacionales para el medio ambiente (véase Comisión de Asuntos Jurídicos de la India, *One Hundred Eighty Sixth Report on Proposal to Constitute Environment Courts* (nota 373 *supra*)). Nueva Zelandia y Australia ya tienen tribunales para el medio ambiente. Véase el sitio web, http://lawcommissionofindia.nic.in/reports.

8) Por otra parte, la noción de la «adecuación» de la indemnización puede referirse a muchas cosas distintas[422]. Por ejemplo, una suma global acordada en concepto de indemnización como resultado de negociaciones entre el explotador o el Estado de origen, por una parte, y las víctimas u otros Estados afectados, por otra, después de acumular las demandas de todas las víctimas de un daño puede considerarse como una indemnización adecuada. También puede considerarse adecuada la indemnización otorgada por un tribunal como consecuencia de un contencioso planteado en su jurisdicción, sin perjuicio de la confirmación por los tribunales superiores, cuando sea necesario. Esa indemnización es *ipso facto* adecuada siempre que se cumplan todos los requisitos relativos a las garantías procesales. Siempre que la indemnización concedida no sea arbitraria y gravemente desproporcionada al daño sufrido realmente, aun cuando no represente una compensación completa, podrá considerarse adecuada. Dicho de otro modo, con la palabra «adecuada» no se quiere dar a entender «suficiente».

9) Las palabras «en su territorio o sujetas [...] a su jurisdicción o control» tienen el mismo significado que los términos empleados en el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 6 del proyecto de artículos sobre la prevención[423].

10) En el *párrafo 2* se enuncia la primera medida importante que cada Estado debería adoptar, a saber, la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad. La definición de «explotador» que figura en el proyecto de principios es una definición funcional basada en la determinación fáctica de quién tiene el uso, el control y la dirección de la instalación en el momento pertinente. Conviene destacar que, en caso de daño sensible, la responsabilidad incumbe al explotador de la instalación[424]. Sin embargo, hay otras posibilidades. En el caso de los buques, la responsabilidad corresponde al propietario, no al explotador. Eso significa que los fletadores, que pueden ser los explotadores efectivos, no son responsables en virtud del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos. En otros casos, la responsabilidad se asigna a más de una entidad. Según el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, los generadores, los exportadores, los importadores y los eliminadores de desechos pueden ser responsables en las diversas fases del tránsito de los desechos. El principio real subyacente no es que los «explotadores» sean siempre responsables, sino que la responsabilidad primordial incumbe a la parte que tiene un control más efectivo del riesgo en el momento del accidente o que dispone de la capacidad de proporcionar una indemnización.

11) La responsabilidad del explotador ha ganado terreno por varias razones, principalmente la creencia de que quien crea grandes riesgos para obtener beneficios económicos tiene que soportar la carga de cualquier consecuencia adversa de la actividad que controla[425]. La imposición de la responsabilidad primordial al explotador ha sido ampliamente aceptada en los regímenes convencionales internacionales y en la legislación y la práctica nacionales[426].

12) La *segunda frase del párrafo 2* dispone que la responsabilidad no debe basarse en la prueba de culpa. Para describir la doctrina contemporánea que impone la responsabilidad causal se han utilizado varias expresiones, entre otras: «responsabilidad sin culpa» (*liability without fault, responsabilité sans faute*), «negligencia sin culpa» (*negligence without fault, négligence sans faute*), «responsabilidad presunta» (*presumed responsibility, responsabilité présumée*), «negligencia objetiva» (*fault* per se, *négligence objective*) o «responsabilidad por el riesgo creado» (*risk liability, responsabilité pour risque créé*)[427]. Las palabras «[e]sta responsabilidad no debería requerir la prueba de la culpa» tratan de abarcar esa amplia variedad de expresiones.

13) Las actividades peligrosas y extremadamente peligrosas, que constituyen la materia objeto del presente proyecto de principios, entrañan operaciones complejas y conllevan ciertos riesgos inherentes de causar daños sensibles. En esta materia, se reconoce en general que sería injusto e improcedente imponer al demandante la pesada carga de probar la culpa o negligencia con respecto a actividades tecnológicas altamente complejas cuyos riesgos y procedimientos son mantenidos celosamente secretos por la industria interesada. En muchos países se reconoce la responsabilidad causal cuando se trata de la atribución de la responsabilidad por las actividades que entrañan un peligro o un riesgo inherente[428]. La imposición de la responsabilidad por las actividades que entrañan un peligro extremo o que son anormalmente peligrosas se ha considerado como el medio más apropiado, tanto en el

---

[422] Para una enumeración exhaustiva de la aplicación en la práctica del principio de la indemnización pronta, adecuada y efectiva, véase Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 229 a 312.

[423] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 167. Véanse también el artículo 1 y su comentario, en particular los párrafos 7 a 12 (ibíd., págs. 159 a 162).

[424] Según Goldie, los convenios sobre responsabilidad nuclear iniciaron la nueva tendencia de asignar la responsabilidad al explotador «por larga que fuera la cadena causal y por nuevos que fueran los factores implicados (excepto un número muy limitado de factores exculpatorios)» (L. F. E. Goldie, «Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (véase la nota 319 *supra*), pág. 196). Sobre esta cuestión véase también L. F. E. Goldie, «Liability for damage and the progressive development of international law», *The International and Comparative Law Quaterly*, vol. 14 (1965), págs. 1189 y ss., en particular págs. 1215 a 1218.

[425] Para una interesante exposición de los factores económicos, políticos y estratégicos que influyen en las decisiones que se toman sobre la atribución de la responsabilidad, véase G. Doeker y T. Gehring, «Private or international liability for transnational environmental damage – The precedent of conventional liability regimes», *Journal of Environmental Law*, vol. 2, n.º 1 (1990), págs. 1 a 16, especialmente pág. 7.

[426] Véase el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), párrs. 340 a 386.

[427] Véase F. F. Stone, «Liability for damage caused by things», en A. Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), primera parte, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, cap. 5, pág. 3, párr. 1.

[428] Véase el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), párrs. 29 a 260. El Tribunal Supremo de la India, en el asunto *M. C. Mehta* v. *Union of India* (véase la nota 411 *supra*), sostuvo que en caso de actividades peligrosas no se aplican las excepciones que podrían alegarse para evitar la responsabilidad absoluta o causal, como afirmar que el daño no era previsible y que el uso que entraña es natural.

ámbito del *common law* como en el de los ordenamientos jurídicos de inspiración romanista, para lograr que las víctimas de actividades peligrosas o extremadamente peligrosas obtengan una indemnización sin tener que realizar la prueba de la culpa basándose en elementos de prueba técnicos a menudo detallados[429] lo que, a su vez, les obligaría a poseer un conocimiento profundo de actividades u operaciones complejas. La imposición de la responsabilidad causal está tanto más justificada cuanto que el riesgo ha sido creado unilateralmente por la parte demandada[430].

14) En caso de daño resultante de actividades peligrosas, es justo prever la responsabilidad causal del explotador en el plano internacional[431]. La responsabilidad causal se ha adoptado como base del régimen de responsabilidad en varios instrumentos, entre los que figuran convenios negociados recientemente; por ejemplo, el Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas (art. 4), el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (art. 4) y el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (art. 8).

15) Cuando se trata de actividades que no son peligrosas pero conllevan sin embargo el riesgo de causar un daño sensible, quizás existan mejores argumentos para que la responsabilidad se vincule a la culpa o la negligencia. Además, como los beneficios que se espera obtener con la actividad de riesgo constituyen una de las motivaciones para que la industria emprenda esa actividad, en general se supone que los regímenes de responsabilidad causal proporcionan incentivos para una mejor gestión de los riesgos creados. Sin embargo, esta suposición puede no ser siempre válida. Dado que estas actividades se han aceptado sólo por su utilidad social y por el hecho de ser indispensables para el crecimiento económico, los Estados pueden, en el momento oportuno, estudiar la posibilidad de reexaminar su carácter indispensable y explorar alternativas más racionales desde el punto de vista ambiental que sean al mismo tiempo menos peligrosas.

16) La responsabilidad causal puede aliviar la carga que, de lo contrario, deberían soportar las víctimas para probar la culpa del explotador, pero no elimina las dificultades que entraña el establecimiento del nexo causal necesario entre el daño y el origen de la actividad. El principio de causalidad está ligado a las cuestiones de previsibilidad y proximidad o pérdida directa. Los tribunales de distintos países han aplicado los principios y las nociones de causa próxima, causalidad adecuada, previsibilidad y probabilidades del daño. Esta rama del derecho es muy discrecional e imprevisible. En distintos países se han aplicado esas nociones con resultados diversos. Cabe mencionar que el criterio de la proximidad parece haberse suavizado gradualmente en la doctrina moderna de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la teoría estricta de la condición *sine qua non*, pasando por el criterio de la previsibilidad, hasta un criterio de causalidad menos riguroso, que tan sólo requiere una «imputación razonable» del perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría ir perdiendo importancia con los avances en los campos de la medicina, la biología, la bioquímica, la estadística y otras disciplinas pertinentes. Teniendo en cuenta todas estas razones, no se han incluido esos criterios en un modelo analítico más general de la asignación de la pérdida[432].

17) Hay que señalar que, al trasladar el concepto de responsabilidad objetiva de un contexto interno, nacional (donde está bien establecido, aunque con todas las diferencias relativas a la forma en que se invoca y se aplica en distintas jurisdicciones) para convertirlo en una norma internacional, se deben definir cuidadosamente sus elementos, aunque sin perder de vista el objetivo básico, a saber, imputar a una persona, sin ninguna prueba de culpa, la responsabilidad por haber creado un riesgo al dedicarse a una actividad peligrosa. Esa definición es necesaria no sólo para captar los elementos más positivos del concepto de responsabilidad causal tal como se utilizan en los diferentes países, sino también para lograr que la norma adoptada promueva verdaderamente la causa de las víctimas expuestas a actividades peligrosas y facilite de ese modo un recurso rápido y eficaz.

18) Esa labor puede abordarse de diferentes maneras[433]. Se puede, por ejemplo, adoptar una definición apropiada del término daño, como se ha hecho en los «Términos empleados», donde el daño se define como un daño causado a las personas, los bienes o el medio ambiente. También podría hacerse designando la responsabilidad causal como criterio para invocar la responsabilidad, y especificando al mismo tiempo que se entiende que esa noción comprende todos los daños previsibles, en su sentido más general, y que el conocimiento del alcance del peligro potencial no es requisito previo de la responsabilidad. Por otra parte, se puede aclarar, en relación con la aplicación de la regla, es suficiente que la utilización entrañe un riesgo de daño a terceros y que, por consiguiente, el explotador no tiene la posibilidad de alegar la falta de responsabilidad por el motivo de que la utilización de que se trata es una utilización natural.

---

[429] Véase Reid, *loc. cit.* (nota 378 *supra*), pág. 756. Véase también el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), párr. 23.

[430] Véase el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría, ibíd.

[431] El Grupo de Trabajo de la Comisión sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional tuvo vacilaciones en 1996 al designar como sometidos a un régimen de responsabilidad causal los daños resultantes de todas las actividades abarcadas por el proyecto de principios. Se recordará que la Comisión señaló que los conceptos de responsabilidad «causal» o «absoluta», que son habituales en el derecho nacional de muchos Estados y en derecho internacional en relación con determinadas actividades (es decir, las que entrañan un peligro extremo), «aún no se han desarrollado plenamente en derecho internacional con respecto a un grupo más amplio de actividades como las comprendidas en el artículo 1» (*Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, pág. 141 (párrafo 1 del comentario general al capítulo III). Al llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo conocía el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» (véase la nota 284 *supra*).

[432] Véase Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 323 *supra*), especialmente pág. 40.

[433] Véanse las observaciones de Reid, *loc. cit.* (nota 378 *supra*), págs. 741 a 743.

19) La *tercera frase del párrafo 2* reconoce que es práctica de los Estados, tanto en el plano interno como en la práctica convencional, someter la responsabilidad a ciertas condiciones, limitaciones o excepciones. Sin embargo, hay que velar por que tales condiciones, limitaciones o excepciones no desvirtúen fundamentalmente el propósito de garantizar una indemnización pronta y adecuada. Se subraya, pues, que esas condiciones, limitaciones o excepciones han ser compatibles con los propósitos del presente proyecto de principios.

20) Es corriente asociar el concepto de responsabilidad causal al concepto de responsabilidad limitada. La limitación de la responsabilidad tiene varios objetivos prácticos. Se justifica por razones de conveniencia, para alentar al explotador a seguir realizando esa actividad, peligrosa pero social y económicamente benéfica. La responsabilidad causal, tiene asimismo por objeto permitir la obtención de una cobertura de seguro razonable para la actividad. Además, en un régimen de responsabilidad causal, la limitación de la responsabilidad puede considerarse como una contrapartida razonable de la supresión de la carga de la prueba para los demandantes. Ninguna de esas proposiciones constituye una verdad evidente por sí misma, pero suelen estimarse pertinentes[434].

21) Cabe aducir que el sistema de responsabilidad limitada es insatisfactorio, ya que no puede proporcionar incentivos suficientes al explotador para que adopte medidas de prevención más estrictas. Si los límites se fijan muy bajos, el sistema podría incluso convertirse en una licencia para contaminar o causar daños a otros y para externalizar los costos reales del explotador. Además, el sistema puede no estar en condiciones de satisfacer todas las demandas y reclamaciones legítimas de las víctimas inocentes para la reparación en caso de daños. Por tal razón, es importante fijar los límites de la responsabilidad financiera a un nivel suficientemente alto, teniendo presentes la magnitud del riesgo que entraña la actividad y la posibilidad razonable de que los seguros cubran una parte considerable de ese riesgo.

22) El artículo 9 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el artículo 12 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación prevén un régimen de responsabilidad causal pero limitada. En cambio, en el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente se ha optado por un régimen de responsabilidad causal (párrafo 1 del artículo 6 y párrafo 1 del artículo 7) sin ninguna disposición que limite la responsabilidad. Cuando se imponen límites a la responsabilidad financiera del explotador, por lo general tales límites no afectan a los intereses o costas fijados por el tribunal competente. Además, los límites de la responsabilidad están sujetos a revisión de manera regular.

[434] Véase R. R. Churchill, «Facilitating (transnational) civil liability litigation for environmental damage by means of treaties: progress, problems, and prospects», *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12 (2001), págs. 3 a 41, especialmente págs. 35 a 37.

23) La limitación financiera de la responsabilidad es corriente en los regímenes por los que se rigen la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos y los incidentes nucleares. Por ejemplo, en virtud del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, el límite máximo de la responsabilidad del propietario del buque es de 59,7 millones de derechos especiales de giro (DEG) (art. 6); luego, es el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos el que está obligado a indemnizar otros daños hasta un total de 135 millones de DEG (incluidas las cantidades recibidas del propietario) o, si se trata de daños resultantes de fenómenos naturales, de 200 millones de DEG[435]. De manera análoga, en el Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se prescribe también una limitación apropiada de la responsabilidad del explotador[436].

24) La mayoría de los regímenes de responsabilidad excluyen la limitación de la responsabilidad en caso de culpa. El explotador es responsable por el daño que ha causado o al que ha contribuido con sus actos u omisiones ilícitos, voluntarios, imprudentes o negligentes. El artículo 5 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y el artículo 5 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas contienen disposiciones concretas en ese sentido. En el caso de actividades que requieren procesos o tecnologías químicas o industriales de gran complejidad, la responsabilidad basada en la culpa podría entrañar una pesada carga de la prueba para las víctimas. No obstante, los derechos de éstas podrían salvaguardarse mejor de varias maneras. Por ejemplo, se podría invertir la carga de la prueba, exigiendo al explotador que pruebe que no ha habido negligencia ni conducta dolosa. Pueden sacarse

[435] Véanse el párrafo 1 del artículo V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992, el artículo 4 del Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos y el artículo 6 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos. Tras el hundimiento del *Erika* cerca de la costa francesa en diciembre de 1999, el límite máximo se elevó a 89,77 millones de DEG, con efecto a partir del 1.º de noviembre de 2003. En virtud de las enmiendas de 2000 al Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, que iban a entrar en vigor en noviembre de 2003, la suma se ha elevado de 135 millones a 203 millones de DEG. Si tres Estados contribuyentes al Fondo reciben más de 600 millones de toneladas de petróleo al año, la suma máxima se eleva de 200 millones de DEG a 300.740.000 DEG. Véase Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), págs. 915 a 917.

[436] El Estado donde está la instalación tiene que garantizar que el explotador se hace responsable por cualquier incidente que se produzca hasta una cantidad no inferior a 300 millones de DEG o por un período de transición de diez años; además dicho Estado debe garantizar una suma provisional de 150 millones de unidades de cuenta. En la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares se prevé una suma adicional que puede superar los 1.000 millones de dólares (véanse los artículos III y IV).

amplias inferencias del hecho de que se trata de una actividad intrínsecamente peligrosa. También podría imponerse al explotador la obligación legal de permitir que las víctimas o el público tengan acceso a la información relativa a las actividades correspondientes.

25) Una de las ventajas de un régimen de responsabilidad causal pero limitada, desde el punto de vista de la víctima, consiste en que la persona interesada no necesita probar que ha habido negligencia y también sabe precisamente contra quién dirigir su demanda. En los casos en que el perjuicio ha sido causado por más de una actividad y no puede razonablemente atribuirse a una de ellas o no puede efectuarse una separación con un grado de certidumbre suficiente, los países tienden a imponer una responsabilidad solidaria[437]. Los instrumentos internacionales existentes también prevén este tipo de responsabilidad[438].

26) Si, no obstante, la persona que ha sufrido el daño lo ha causado, o ha contribuido a él, por su propia culpa, puede denegarse o reducirse la indemnización teniendo en cuenta todas las circunstancias.

27) Es también usual que los regímenes de responsabilidad y el derecho interno que prevén la responsabilidad causal especifiquen un conjunto limitado de excepciones bastante uniformes a la responsabilidad del explotador. Pueden hallarse ejemplos típicos de las excepciones a la responsabilidad en los artículos 8 y 9 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, en el artículo 3 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación y en el artículo 4 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas. Se está exento de responsabilidad si, a pesar de haberse adoptado todas las medidas apropiadas, el daño es resultado de: *a*) un conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección; *b*) un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable, imprevisible e irresistible; *c*) exclusivamente del cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado en el que se haya producido el daño; o *d*) exclusivamente de la conducta ilícita internacional de un tercero[439].

28) El *párrafo 3* dispone que las «medidas» previstas en el párrafo 1 deberían incluir el requerimiento al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad, de constituir y mantener una garantía financiera en forma de seguro, fianza u otras garantías financieras para hacer frente a las demandas de indemnización. El objetivo en este caso es asegurar que el explotador tiene fondos suficientes a su disposición para poder hacer frente a las demandas

[437] Sobre la responsabilidad solidaria, véase Bergkamp, *op. cit.* (nota 347 *supra*), págs. 298 a 306.

[438] Como ejemplos de la práctica de los tratados, véanse, por ejemplo, el artículo IV del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos; el artículo 4 del Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, el artículo 8 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP); el artículo 5 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 4 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; el artículo 4 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el artículo 11 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente. Véanse también el artículo VII de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares; el artículo 2 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo II de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 3 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y el artículo 3 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982.

[439] Con arreglo a los párrafos 2 y 3 del artículo III del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992, *los actos de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irreversible* son elementos que exoneran de responsabilidad al propietario, independientemente de la negligencia de parte del demandante. Véanse también el artículo III del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos; el artículo 3 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques y el artículo 7 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP). El artículo 3 del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos se refiere en términos similares al *explotador de una instalación*. Véase asimismo el artículo 3 del Convenio sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRDT).

También se citan exenciones en el artículo 6 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares. Con arreglo a esa Convención no generan responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares que éste pruebe que se deben directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. Véanse también el párrafo 3 del artículo IV de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 9 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982; el párrafo 5 del artículo 3 del anexo de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares y el párrafo 1 del artículo 4 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales (nota 316 *supra*). La directiva tampoco se aplica a las actividades cuyo primer propósito sea servir a la defensa nacional o a la seguridad internacional. Con arreglo al párrafo 6 del artículo 4 tampoco se aplica a las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales. Los actos de terrorismo se incluyen en el instrumento más reciente sobre la responsabilidad: el párrafo 1 del artículo 8 del anexo VI al Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico, relativo a la responsabilidad dimanante de emergencias ambientales, dispone que «[u]n operador no será responsable de conformidad con el artículo 6 si demuestra que la emergencia ambiental fue causada por: *a*) un acto u omisión necesaria para proteger la vida o la seguridad humanas; *b*) un suceso que constituye en las circunstancias de la Antártida un desastre natural de índole excepcional, que no podría haberse previsto razonablemente, ya sea en general o en ese caso en particular, siempre que se hayan tomado todas las medidas preventivas razonables para reducir el riesgo de emergencias ambientales y el impacto adverso que pudieran tener; *c*) un acto de terrorismo; o *d*) un acto de beligerancia contra las actividades del operador». Se pueden ver ejemplos de legislación nacional en el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad (nota 401 *supra*), párrs. 434 a 476.

de indemnización en caso de accidente o incidente. Se entiende que la disponibilidad de un seguro o de otras garantías financieras para operaciones peligrosas depende de muchos factores y sobre todo de la capacidad del explotador de identificar el «riesgo» planteado lo más precisamente posible. La evaluación del «riesgo» con este fin debería no sólo considerar el riesgo inherente de que la actividad cause un daño sino también la probabilidad estadística del tipo y número de demandas a que ese daño pueda dar lugar, así como el número de demandantes que puedan estar involucrados.

29) En el caso de las actividades que entrañen un riesgo de causar un daño sensible transfronterizo, la cobertura de seguro debería abarcar el «riesgo de pérdida en el extranjero» además «del riesgo de pérdida en el ámbito interno». La moderna dinámica del derecho que rige la causalidad multiplica los factores que el explotador en primer lugar y los aseguradores en definitiva tendrían que tener en cuenta al evaluar el «riesgo» que es preciso cubrir. A este respecto, están en juego los criterios liberales que se invocan para probar un nexo causal, ampliando el alcance de los criterios «causa próxima» y «previsibilidad» e incluso sustituyéndolos por un criterio de «capacidad general»[440].

30) Pese a estas dificultades, resulta alentador que cada vez más se proporcione cobertura de seguro de los daños causados a las personas, los bienes o el medio ambiente por derrames de petróleo y otras actividades peligrosas[441]. Esto se debe a que el sector, los consumidores y los gobiernos reconocen cada vez más que los productos y servicios que puede proporcionar la industria que entraña riesgos merecen protección en interés público. A fin de mantener esos productos y servicios, las pérdidas que esas actividades generan deben asignarse y compartirse entre todos. Las instituciones financieras y de seguros son elementos indispensables en todo plan de asignación de esa naturaleza. Se trata de instituciones que tienen conocimientos técnicos para gestionar el riesgo y su rentabilidad estriba en poner en común los recursos financieros e invertir con prudencia en actividades que comportan riesgo[442]. No obstante, es inevitable que la prima de los seguros que cubre las actividades de riesgo crezca de modo directamente proporcional con el grado y la magnitud del riesgo que trata de cubrirse. La subida del costo de las primas está directamente relacionada con la creciente tendencia a considerar inexcusable la responsabilidad del explotador. Además, la tendencia a elevar los límites de la responsabilidad a niveles cada vez más elevados, aun cuando se mantenga un límite máximo a la responsabilidad del explotador, es también un factor causante del aumento del costo de las primas.

31) El Estado interesado puede fijar límites mínimos a las garantías financieras constituidas con ese propósito, teniendo en cuenta los recursos de capital de que se dispone a través de los bancos u otros organismos financieros. Incluso los planes de seguros pueden exigir un mínimo de solvencia financiera del explotador para otorgar cobertura. Con arreglo a la mayoría de los regímenes de responsabilidad, el explotador está obligado a contratar un seguro y constituir otras garantías financieras adecuadas[443]. Ello puede ser especialmente necesario para poder acogerse al régimen de responsabilidad financiera limitada, en los casos en que éste existe. Sin embargo, en vista de la diversidad de sistemas jurídicos y de las diferencias de situación económica, se podría dejar a los Estados cierta flexibilidad con respecto a los requisitos exigidos en materia de garantías financieras adecuadas y los medios para constituirlas[444]. Además, para que un sistema de seguros sea eficaz, puede ser necesaria una amplia participación de los Estados potencialmente interesados[445].

32) Nunca se insistirá bastante en la importancia de tales mecanismos. Se ha dicho que «[l]a garantía financiera de la responsabilidad ambiental es beneficiosa para todas las partes interesadas: para las autoridades públicas y el público en general, es una de las formas más eficaces, si no la única, de asegurarse de que efectivamente se reparen los daños causados en consonancia con el principio de que quien contamina paga; para los operadores industriales, es un medio de distribuir los riesgos y gestionar las incertidumbres; para el sector seguros, es un mercado considerable»[446]. También es posible contratar un seguro para cubrir los costos de limpieza[447].

---

[440] H. D. Sellschopp, «Multiple tort feasors/combined polluter theories, causality and assumption of proof/statistical proof, technical insurance aspects», en Kröner (ed.), *op. cit.* (nota 356 *supra*), págs. 51 a 57, especialmente págs. 52 y 53.

[441] Véanse Ch. S. Donovan y E. M. Miller, «Limited insurability of unlimited liability: serial claims aggregates and alternatives: the American view», en Kröner (ed.), *op. cit.* (nota 356 *supra*), págs. 129 a 158, y W. Pfennigstorf, «Limited insurability of unlimited liability: serial claims aggregates and alternatives: the Continental view», ibíd., págs. 159 a 165.

[442] Véase A. J. E. Fitzsimmons, «Non-marine environmental liability: the use of insurance pools and the European dimension», ibíd., págs. 166 a 173, especialmente págs. 166 y 167.

[443] En cuanto a la práctica de los tratados, véanse, por ejemplo, el artículo III de la Convención sobre la responsabilidad de los explotadores de buques nucleares; el artículo 7 del Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo VII de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares; el artículo 10 del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y el artículo 10 del Protocolo que modifica el Convenio de 29 de julio de 1960 sobre la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, modificado por el Protocolo adicional de 28 de enero de 1964 y por el Protocolo de 16 de noviembre de 1982. Véanse asimismo el artículo V del Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos de 1969 tal y como fue enmendado por el Protocolo de 1992; el artículo 12 del Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Convenio SNP); el artículo 7 del Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques; el artículo 14 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación; el artículo 11 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el artículo 12 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

[444] Véase, por ejemplo, la declaración de China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 19.ª sesión* (A/C.6/58/SR.19) y corrección, párr. 43.

[445] Véase, por ejemplo, la declaración de Italia, ibíd., *17.ª sesión* (A/C.6/58/SR.17) y corrección, párr. 28.

[446] Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, de 23 de enero de 2002 (COM(2002) 17 final).

[447] Ibíd.

33) La cobertura de seguros existe en algunos países, como los Estados Unidos y en Europa. La experiencia adquirida en esos mercados se puede transferir rápidamente a otros mercados, ya que el sector de los seguros es un mercado cada vez más mundializado. El artículo 14 de la directiva 2004/35/CE de la Unión Europea sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales[448], por ejemplo, dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para fomentar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades en virtud de la directiva.

34) Una de las consecuencias de la disponibilidad de seguro y de garantías financieras es que, como una de las opciones con arreglo al derecho interno, se puede permitir la presentación de una demanda de indemnización directamente contra cualquier persona que proporcione una garantía financiera. Sin embargo, se podrá conceder a esa persona el derecho a exigir que el explotador que intervenga en el proceso. Dicha persona también tiene derecho a aducir los medios de defensa que podría aducir el propio explotador. El párrafo 3 del artículo 11 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas y el párrafo 4 del artículo 14 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación prevén esta posibilidad. Sin embargo, ambos Protocolos permiten a los Estados hacer una declaración para indicar que no autorizan esa acción directa.

35) Los *párrafos 4* y *5* versan sobre las demás medidas igualmente importantes a las que el Estado debería otorgar una atención prioritaria. Se trata de establecer un fondo complementario a nivel nacional. Naturalmente ello no impide que asuman esas responsabilidades entidades subordinadas de la administración si se trata de un Estado con sistema federal. Todos los sistemas existentes de asignación de pérdidas prevén algún tipo de financiación complementaria para atender las demandas de indemnización cuando el explotador no disponga de fondos suficientes para indemnizar a las víctimas. La mayoría de los regímenes de responsabilidad relativos a actividades peligrosas prevén fuentes adicionales de recursos para hacer frente a las demandas de daños y perjuicios y en especial para sufragar los costos de las medidas de respuesta y restauración que son indispensables para contener el daño y para restablecer el valor de los recursos naturales y los equipamientos colectivos afectados.

36) Los medios de financiación complementarios podrían provenir de varias fuentes. Una cuenta podría crearse con cargo a fondos públicos como parte del presupuesto nacional. En otras palabras, el Estado podría asumir una parte en la asignación de la pérdida creada por el daño, como sucede en el caso de las operaciones de energía nuclear. Otra cuenta podría ser un fondo común financiado mediante las contribuciones de los explotadores del mismo tipo de actividades peligrosas o de entidades en cuyo beneficio directo se realizara la actividad peligrosa o de riesgo. Es lo que sucede con la gestión de los riesgos relacionados con el transporte de petróleo por mar. Pero en el caso de actividades peligrosas muy especiales quizás sea necesario crear fondos complementarios por medio de alguna forma de imposición de los consumidores de los productos y servicios que el sector genera y sostiene. Esto puede ser particularmente necesario si los explotadores y los consumidores directamente interesados constituyen un grupo muy pequeño que no tiene ningún interés económico o estratégico común.

37) El *párrafo 4* trata de la financiación del sector y dispone que, en los casos apropiados, tales medidas deberían incluir el requerimiento de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad. Las palabras «tales medidas» reflejan el hecho de que el Estado tiene la opción de alcanzar el objetivo de crear tal fondo de diversas maneras, en función de las circunstancias.

38) El *párrafo 5* dispone que en el caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, el Estado de origen también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales. Aunque no requiere directamente al Estado de origen que establezca fondos públicos para garantizar una indemnización pronta y adecuada, dispone que dicho Estado debería velar por que existan recursos financieros suficientes en caso de daño resultante de una actividad peligrosa situada en su territorio o en zonas bajo su jurisdicción.

39) Los *párrafos 3*, *4* y *5* están redactados en forma de directrices para alentar a los Estados a adoptar las prácticas óptimas. La libertad de los Estados de elegir una opción u otra según sus circunstancias y condiciones particulares es el tema central del presente proyecto de principio. No obstante, esto requiere de parte del Estado de origen cierta vigilancia para examinar continuamente su derecho interno con el fin de velar por que sus reglamentos se mantengan al día de los adelantos de la tecnología y la práctica de la rama de actividad de que se trate tanto en el país como en otro lugar.

Principio 5

Medidas de respuesta

Cuando sobrevenga un incidente con ocasión de una actividad peligrosa de resultas del cual se produzca, o es probable que se produzca, un daño transfronterizo:

***a*) el Estado de origen notificará sin demora a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, el incidente y los posibles efectos del daño transfronterizo;**

[448] Véase la nota 316 *supra.*

***b*) el Estado de origen, con la participación del explotador, según proceda, velará por que se adopten medidas de respuesta apropiadas y, con esta finalidad, debería recurrir a los mejores datos científicos y tecnologías disponibles;**

***c*) el Estado de origen, según proceda, debería también consultar a todos los Estados afectados, o que es probable que lo sean, y recabar su cooperación para atenuar los efectos del daño transfronterizo y, si es posible, eliminarlos;**

***d*) los Estados afectados por el daño transfronterizo, o que es probable que lo sean, tomarán todas las medidas viables para atenuar y, si es posible, eliminar los efectos de ese daño;**

***e*) los Estados interesados deberían recabar, cuando proceda, la asistencia de organizaciones internacionales competentes y otros Estados en términos y condiciones mutuamente aceptables.**

Comentario

1) El proyecto de principio 5 trata, desde perspectivas jurídicas y prácticas, de la situación surgida después de que sobrevenga un daño transfronterizo. Tan pronto como un incidente sobrevenido con ocasión de una actividad peligrosa produzca o pueda producir un daño transfronterizo, que cause o no un daño simultáneo en el territorio del Estado de origen, éste tiene la obligación de hacer varias cosas. En primer lugar, se espera que obtenga del explotador todos los datos disponibles sobre el incidente y, sobre todo, de los peligros que el daño plantee a la población, a sus bienes, y al medio ambiente del entorno inmediato. En segundo lugar, se espera que vele por que se adopten medidas apropiadas dentro de los medios y la preparación para casos de emergencia de que disponga para atenuar los efectos del daño y, si es posible, eliminarlos. Entre esas medidas de respuesta deben figurar no sólo las medidas de limpieza y restauración dentro de la jurisdicción del Estado de origen sino también extenderse al ámbito geográfico del daño con el fin de impedir que se convierta en daño transfronterizo, si no lo ha hecho ya. En tercer lugar, el Estado de origen tiene la obligación de informar a todos los Estados afectados o que es probable que lo sean. La notificación debe contener toda la información necesaria sobre la naturaleza del daño, sus efectos probables sobre las personas, los bienes y el medio ambiente y las posibles precauciones que es preciso tomar para protegerlos frente a los efectos nocivos o para contener, atenuar o eliminar el daño totalmente.

2) El *apartado* a, que trata de la notificación sin demora, constituye una obligación de debida diligencia impuesta al Estado de origen[449]. La obligación de notificar ha de cumplirse tan pronto como sea posible. Deberá incluir toda la información pertinente de que disponga el Estado de origen. En algunos casos quizás no sea inmediatamente posible que el Estado de origen determine todo el conjunto de los hechos pertinentes y reúna información sobre la naturaleza del daño y las medidas correctivas que puedan y deban adoptarse.

3) El *apartado* b exige al Estado que adopte medidas de respuesta apropiadas y dispone que recurra a los mejores datos científicos y tecnologías disponibles. Se supone que el Estado de origen cumplirá la obligación de debida diligencia tanto en la fase de autorización de las actividades peligrosas[450] como en la de la vigilancia de las actividades en curso después de la autorización, y ello hasta que se produzca efectivamente un daño, pese a todos los esfuerzos realizados para prevenirlo. La CIJ, en la sentencia dictada en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, señaló la necesidad de vigilar continuamente las actividades peligrosas teniendo en cuenta «la conciencia de la vulnerabilidad del medio ambiente y el reconocimiento de que los riesgos medioambientales han de evaluarse de forma continua»[451].

4) Además, el Estado interesado debe estar siempre vigilante y listo para prevenir el daño en la medida de lo posible y, cuando el daño de hecho se produzca, para atenuar los efectos del mismo con la mejor tecnología disponible[452]. La función del Estado prevista en el presente proyecto de principio es, por tanto, complementaria de la función que se asigna en los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre la prevención, que tratan de los requisitos de «preparación para emergencias» y «notificación de emergencias»[453].

---

[449] Véase Ph. N. Okowa, «Procedural obligations in international environmental agreements», *The British Year Book of International Law, 1996*, vol. 67, págs. 275 a 336, especialmente pág. 330, en donde que se señala que la existencia en derecho internacional general del deber de avisar a los Estados en posición de riesgo en situaciones de emergencia ha recibido el «respaldo de la Corte Internacional en el asunto del *Estrecho de Corfú* y en el asunto de *Nicaragua*». Se trata de un deber que es objeto de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, que «confirma la posición establecida en el derecho consuetudinario» (ibíd., pág. 332).

[450] Íntimamente relacionado con el deber de autorización previa está el deber de elaborar una declaración de impacto ambiental. Véase Xue, *op. cit.* (nota 323 *supra*), especialmente pág. 166. Phoebe Okowa señala por lo menos cinco tipos de deberes complementarios relacionados con la obligación de efectuar la declaración de impacto ambiental. Uno de ellos es que tanto la naturaleza de la actividad como sus probables consecuencias se expresen claramente y se comuniquen a los Estados que puedan resultar afectados. Ahora bien, señala que, con excepción de unas pocas convenciones, en general se dispone que el Estado que propone la actividad es el único determinante de la probabilidad o gravedad del impacto adverso. Ninguno de los tratados examinados permite a terceros Estados proponer evaluaciones adicionales o diferentes si no están satisfechos con las presentadas con las propuestas por el Estado de origen. Véase Okowa, *loc. cit.* (nota *supra*), págs. 282 a 285, y sobre el contenido de la declaración de impacto ambiental, ibíd., pág. 282, nota 25, y pág. 286.

[451] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*), párr. 112.

[452] Ibíd., párr. 140. El Tribunal declaró que era consciente de que en materia de protección, vigilancia y prevención medioambiental se requiere tener en cuenta el carácter frecuentemente irreversible del daño para el medio ambiente y las limitaciones inherentes al mecanismo de reparación de este tipo de daño.

[453] Véanse el texto y los comentarios de los artículos 16 y 17 del proyecto de artículos sobre prevención en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 179 y 180. Para la opinión de que las obligaciones convencionales deben mantener planes de emergencia y responder a emergencias de comunicación como parte del deber de debida diligencia que corresponde al Estado en el control de las fuentes de daño medioambiental conocido, véase Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), pág. 137. Los autores señalan también que «es legítimo considerar el asunto del Estrecho de Corfú como referente respecto de la obligación de derecho consuetudinario de dar aviso de los riesgos medioambientales conocidos» (pág. 136).

5) Sin embargo, el presente proyecto de principio es distinto y va más allá de esas disposiciones. Los Estados deben elaborar, a modo de medidas de respuesta, la preparación necesaria para casos de emergencia y emplear los mejores medios de que dispongan cuando se produzca la situación de emergencia, con arreglo a los conocimientos más recientes de los riesgos y los medios técnicos, tecnológicos y financieros disponibles para gestionarlos. Trata de la necesidad de que en el Estado de origen se adopten las medidas necesarias de respuesta después de que sobrevenga un incidente que produzca un daño, pero, de ser posible, antes de que adquiera el carácter de daño transfronterizo. En este proceso, los Estados interesados deben recabar, de ser necesario, la asistencia de las organizaciones internacionales competentes y de otros Estados según lo previsto en el apartado *e*.

6) La obligación enunciada en el apartado *b* está directamente relacionada con la aplicación del principio de precaución[454]. Como sucede con la aplicación del principio de precaución en cualquier ámbito particular, esto permite cierta flexibilidad y se supone que se lleve a efecto teniendo en cuenta todos los costos y beneficios económicos y sociales[455]. En efecto no puede insistirse demasiado en el principio de que los Estados velen por que las actividades realizadas bajo su jurisdicción y control no causen daño transfronterizo. No puede exagerarse tampoco la importancia de las medidas de respuesta una vez que se haya producido un accidente o incidente que cause un daño sensible. En efecto, esas medidas son necesarias para impedir que el daño se extienda y deben adoptarse inmediatamente. En la mayoría de los casos esto se hace sin perder tiempo alguno para identificar a la persona responsable o la causa o culpa que provocó el hecho. El apartado *b* asigna al Estado de origen la función de determinar cómo deberán adoptarse esas medidas y por quién, lo que incluye la participación apropiada del explotador. El Estado tendría la opción de obtener el reembolso de los costos de las medidas de respuesta razonables.

7) Es habitual que las autoridades del Estado pasen inmediatamente a la acción, evacuen a las personas afectadas a lugares seguros y proporcionen inmediatamente socorro médico de emergencia y de otro tipo. Por esta razón el principio reconoce la importante función que el Estado desempeña y debe desempeñar en la adopción de las medidas necesarias tan pronto como se produce la emergencia, dada la función que le corresponde de velar en todo momento por el bienestar de la población y proteger el interés público.

8) Sin embargo, toda medida que el Estado adopte en respuesta a la emergencia creada por la actividad peligrosa no debe ni debería relegar la función del explotador a un nivel secundario o residual. El explotador tiene la responsabilidad primordial de mantener la preparación para emergencias y activar cualquiera de esas medidas tan pronto como se produzca el incidente. El explotador puede y debe prestar al Estado toda la asistencia necesaria para que cumpla con sus obligaciones. En particular, el explotador está en una situación óptima para indicar los detalles del accidente, su naturaleza, el momento en que se produjo, su ubicación exacta y las posibles medidas que las partes que puedan resultar afectadas pueden adoptar para reducir al mínimo las consecuencias del daño[456]. En consecuencia, no se pretende excluir la posibilidad de que un explotador, en particular una empresa transnacional, sea el primero en reaccionar. En caso de que el explotador no pueda adoptar las medidas de respuesta necesarias, el Estado de origen tomará disposiciones para adoptar tales medidas[457]. En este proceso puede recabar la ayuda necesaria y disponible de otros Estados u organizaciones internacionales competentes.

9) El *apartado* c dispone que el Estado de origen, en su propio interés o incluso por «consideraciones elementales de humanidad»[458], debería consultar a los Estados afectados, o que es probable que lo sean, para determinar las mejores medidas posibles de respuesta para prevenir o aminorar el daño transfronterizo[459]. Habitualmente las consultas se entablan cuando se solicitan. Se considera que la expresión «cuando proceda» sería suficientemente flexible para dar cabida a las consultas necesarias entre los Estados interesados y para que ellos participen en todos los modos posibles de cooperación, según las circunstancias de cada caso. La disposición de los Estados a cooperar puede no ser uniforme. Depende de su ubicación, del grado en que se sientan obligados a cooperar, así como de su estado de preparación y capacidad.

---

[454] Sobre la obligación de utilizar la mejor tecnología disponible, Rüdiger Wolfrum señaló que está íntimamente relacionada con el principio de precaución. Véase R. Wolfrum, *loc. cit.* (nota 405 *supra*), pág. 15. También se indica que el término «disponible» significa que «los Estados tienen la obligación de aplicar los adelantos tecnológicos que ya han sido comercializados, pero no toda novedad en materia de control de la contaminación» (Stoll, *loc. cit.* (nota 418 *supra*), pág. 182).

[455] Véase «Guidelines for Applying the Precautionary Principle – Biodiversity Conservation and NRM Management» (iniciativa conjunta de Fauna and Flora International (FFI) y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)), *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), págs. 274 y 275, especialmente pág. 275.

[456] Los Estados están obligados a notificar esos detalles en caso de incidente nuclear. Véase el artículo 2 de la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares. También deben dar a los Estados que puedan resultar afectados, por conducto del OIEA, otras informaciones necesarias para reducir al mínimo las consecuencias radiológicas. Véase Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), págs. 845 y 846.

[457] En virtud de los artículos 5 y 6 de la directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las autoridades competentes, que habrán de designarse de conformidad con el artículo 11, podrán exigir al explotador que adopte las medidas preventivas o de restauración necesarias o adoptar ellas mismas esas medidas, si el explotador no las adopta o no es posible encontrarlo (véase la nota 316 *supra*).

[458] Asunto *Détroit de Corfou* (véase la nota 197 *supra*), pág. 22. Con respecto a ese concepto particular como parte de las «obligaciones [...] basadas [...] en ciertos principios generales y bien reconocidos» (ibíd.), distintos de las fuentes tradicionales de derecho internacional enumeradas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, véase B. Simma, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, vol. 250 (1997), págs. 220 y ss., en particular págs. 291 y 292.

[459] Acerca de la obligación de los Estados de notificar y de consultarse con miras a adoptar medidas apropiadas para aminorar el daño, véanse el principio 18 de la Declaración de Río (nota 301 *supra*); la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales; el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica; así como los tratados sobre accidentes nucleares y la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares. Véase también Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), págs. 841 a 847.

10) El *apartado* d, por otra parte, requiere que los Estados afectados por el daño, o que es probable que lo sean, presten al Estado de origen plena cooperación. Una vez notificados, los Estados afectados también tienen la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas y razonables para atenuar el daño al que están expuestos[460]. Estos Estados deberían adoptar las medidas de respuesta que están a su alcance en las zonas bajo su jurisdicción o control para contribuir a prevenir o a atenuar tal daño transfronterizo. También pueden recabar la asistencia que se pueda obtener de las organizaciones internacionales competentes y de otros Estados según lo previsto en el apartado *e*. Esa medida de respuesta es esencial no sólo en interés público sino para que las autoridades y tribunales competentes puedan tratar las peticiones ulteriores de indemnización y reembolso de los gastos efectuados para las medidas de respuesta que se consideren razonables[461].

11) El *apartado* e no necesita explicación y sigue el modelo del artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997. Se espera que las medidas de asistencia concertadas entre los Estados o las organizaciones internacionales competentes y los Estados interesados se basen en términos y condiciones mutuamente acordados. Esas medidas pueden verse condicionadas por las prioridades de asistencia del Estado receptor, las disposiciones constitucionales y los mandatos de las organizaciones internacionales competentes, y las medidas financieras y de otro tipo en materia de acogida en el país o las inmunidades y privilegios. Todas esas medidas no deberían basarse en condiciones puramente comerciales y deberían tener en cuenta las consideraciones elementales de humanidad y la importancia de prestar asistencia humanitaria a las víctimas en situación de extremo peligro.

[460] En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*), en defensa de la «Variante C» que aplicó al río Danubio, por la que se apropiaba casi del 80% al 90% del agua del Danubio, ante la negativa de Hungría de atenerse a los términos del Tratado relativo a la construcción y funcionamiento del sistema de la presa de Gabčikovo-Nagymaros que había celebrado con Checoslovaquia (firmado en Budapest el 16 de septiembre de 1977, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1109, n.º 17134, pág. 235), Eslovaquia sostuvo que «es un principio general de derecho internacional que una parte perjudicada por el incumplimiento de otra parte en el acuerdo debe tratar de aminorar el daño que ha sufrido» (pág. 55, párr. 80). La Corte, haciendo referencia a este principio, señaló que «de ese principio se desprendería que el Estado perjudicado que no haya tomado las medidas necesarias para limitar el daño sufrido no tendría derecho a pedir indemnización por el daño que podría haberse evitado» (ibíd.). El Tribunal señaló que «aunque este principio podría ofrecer una base para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, no podría, sin embargo, justificar lo que constituye por otra parte un hecho ilícito» (ibíd.). Otra cosa es que la Corte considerara hecho ilícito la aplicación de la Variante C y, por tanto, no pasara a examinar el principio del derecho de los Estados afectados a atenuar los efectos del daño a que quedan expuestos. La disposición misma de la Corte a considerar toda inacción a este respecto como un factor importante en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios a la que los Estados eventualmente tendrían derecho, constituye un reconocimiento importante, en derecho internacional general, de la obligación que incumbe a los Estados afectados por un daño transfronterizo de atenuar en lo posible ese daño.

[461] En general, por lo que respecta al carácter razonable como criterio aplicable al cálculo de los gastos que pueden ser reembolsados, véase Wetterstein «A proprietary or possessory interest...», *loc. cit.* (nota 323 *supra*), págs. 47 a 50.

Principio 6

Recursos internacionales y recursos internos

1. Los Estados conferirán a sus órganos judiciales y administrativos internos la jurisdicción y competencia necesarias y velarán por que estén disponibles vías de recurso rápidas, adecuadas y eficaces ante esos órganos en caso de daño transfronterizo causado por actividades peligrosas realizadas en su territorio o sujetas de otro modo a su jurisdicción o control.

2. Las víctimas de daños transfronterizos deberían tener acceso, en el Estado de origen, a vías de recurso que no sean menos rápidas, adecuadas y eficaces que aquellas de que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en el territorio de dicho Estado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se entenderán sin perjuicio del derecho de las víctimas a ejercer recursos distintos de los disponibles en el Estado de origen.

4. Los Estados podrán prever el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

5. Los Estados deberían garantizar el acceso adecuado a la información pertinente para el ejercicio de los recursos, incluidas las reclamaciones de indemnización.

Comentario

1) El proyecto de principio 6 indica algunas medidas generales necesarias para poner en práctica y aplicar el objetivo enunciado en el proyecto de principio 4. En cierto sentido, los proyectos de principio 4 y 6 engloban las medidas sustantivas y de procedimiento que deberían permitir al Estado de origen y a los otros Estados interesados ofrecer las normas mínimas sin las cuales sería difícil o imposible cumplir el requisito de proporcionar vías de recurso eficaces, en particular la posibilidad de proporcionar una indemnización pronta y adecuada a las víctimas de un daño transfronterizo[462]. Los requisitos sustantivos mínimos, como la imputación de la responsabilidad, la determinación de la responsabilidad sin prueba de culpa, la reducción al mínimo de las condiciones, limitaciones y excepciones a que puede estar sujeta esa responsabilidad, la organización de garantías financieras u otras garantías para cubrir la responsabilidad, se tratan en el marco del proyecto de principio 4. En cambio, el proyecto de principio 6 trata de las normas mínimas de procedimiento. Éstas conciernen a la igualdad de acceso, sin discriminación, a la justicia, la disponibilidad de vías de recurso eficaces y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Se ocupa también de la necesidad de prever el recurso a procedimientos internacionales de solución de reclamaciones rápidos y que entrañen unos gastos mínimos.

[462] René Lefeber señaló acertadamente que la finalidad de las normas mínimas, en el marco de la elaboración de un régimen jurídico sobre el daño transfronterizo, es facilitar la obtención por las víctimas de una indemnización pronta (oportuna), adecuada (cuantitativamente) y efectiva (cualitativamente). Eso tiene aspectos sustantivos y de procedimiento. Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 234 a 236.

2) Los *párrafos 1, 2* y *3* se centran en los procedimientos de derecho interno y en el desarrollo y confirmación del principio de la igualdad de acceso, sin discriminación. La Convención sobre la protección del medio ambiente de 1974, entre Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia, representa una de las formas más avanzadas de cooperación internacional existente entre Estados que reconocen el derecho de igualdad de acceso a la justicia. Esto fue posible naturalmente porque las normas medioambientales son en gran medida las mismas entre los países nórdicos. El artículo 3 de la Convención establece el derecho de igualdad de acceso de las personas que han sido o puedan ser afectadas por una actividad medioambiental perjudicial en otro Estado. Se prevé el derecho de igualdad de acceso a los tribunales y órganos administrativos de ese Estado «en la misma medida y en las mismas condiciones que una entidad dotada de personalidad jurídica del Estado en el que se realice la actividad». El demandante transfronterizo puede plantear cuestiones relativas a la autorización de la actividad, recurrir contra las decisiones del tribunal o de la autoridad administrativa y solicitar las medidas necesarias para prevenir el daño. Análogamente, la víctima de un daño transfronterizo puede exigir la reparación del daño causado en condiciones que no le sean menos favorables que las que son aplicables en el Estado de origen[463].

3) El principio de igualdad de acceso va más allá de la exigencia de que los Estados cumplan una norma mínima de efectividad en cuanto a la disponibilidad de vías de recurso para los demandantes transfronterizos, garantizando el acceso a la información y facilitando una cooperación apropiada entre los tribunales y las autoridades nacionales competentes a través de las fronteras nacionales. Este principio se refleja también en el principio 10 de la Declaración de Río[464] y en el principio 23 de la Carta Mundial de la Naturaleza[465]. También se reconoce cada vez más en el derecho constitucional interno sobre la protección del medio ambiente[466].

4) El *párrafo 1* enuncia la obligación de dotar a los órganos judiciales y administrativos internos de la jurisdicción y competencia necesarias para que puedan conocer de las reclamaciones relativas a los daños transfronterizos, así como la eficacia de las vías de recurso disponibles. Destaca la importancia de eliminar los obstáculos a fin de garantizar la participación en las audiencias administrativas y los procesos judiciales. Una vez que se produce el daño transfronterizo, las víctimas transfronterizas deberían gozar de igualdad de acceso a los órganos administrativos, judiciales o cuasijudiciales con competencia para conocer de las reclamaciones de indemnización. Como ya se ha dicho en el comentario al proyecto de principio 4, este requisito puede satisfacerse proporcionando acceso a los tribunales internos en un proceso con las debidas garantías o mediante negociación con las víctimas o Estados interesados.

5) El *párrafo 2* destaca la importancia del principio de no discriminación en la determinación de las reclamaciones por actividades peligrosas[467]. Según este principio, el Estado de origen debe garantizar a las víctimas de daños transfronterizos vías de recurso que no sean menos rápidas, adecuadas y eficaces que aquellas de que disponen las víctimas de daños causados por el mismo incidente en su territorio. Por tanto, puede considerarse que este principio hace referencia a exigencias tanto de procedimiento como sustantivas. En lo que concierne a sus aspectos de procedimiento, significa que el Estado de origen debe conceder acceso a la justicia a los residentes del Estado afectado sobre la misma base que lo hace a sus nacionales o residentes. Se trata de un aspecto que está adquiriendo cada vez más aceptación en la práctica de los Estados[468].

6) Por otra parte, el segundo aspecto sustantivo del principio, plantea cuestiones más difíciles sobre su contenido preciso y no obtiene un consenso similar[469]. A primera vista, siempre que las vías de recurso sustantivas de que disponen los nacionales estén también a

---

[463] Para un comentario sobre la Convención, véase S. C. McCaffrey, «Private remedies for transfrontier environmental disturbances», *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, n.º 8 (1975), págs. 85 a 87. La principal contribución de la Convención es la creación de una Agencia administrativa especial encargada de supervisar las actividades molestas transfronterizas en cada Estado Parte para consultas y cooperación intergubernamentales más intensivas. La Agencia tiene legitimación activa ante los tribunales y órganos administrativos de los otros Estados contratantes. Sin embargo, la Convención no se aplica a las causas pendientes. No contiene una disposición expresa de renuncia a la inmunidad del Estado. También guarda silencio sobre la cuestión de la ley aplicable para determinar la responsabilidad y el cálculo de las indemnizaciones, aunque se supone que la ley aplicable a los efectos de la Convención será la ley del lugar en que se sufre el daño. En contraste con lo anterior, la OCDE recomendó a sus miembros una aplicación más gradual de acuerdos bilaterales o multilaterales flexibles sobre medidas encaminadas a facilitar a nivel procesal los litigios relativos a la contaminación transnacional. Véase McNamara, *op. cit.* (nota 420 *supra*), págs. 146 y 147.

[464] Véase la nota 301 *supra*.

[465] Resolución 37/7 de la Asamblea General, de 28 de octubre de 1982, anexo.

[466] Véase Cuperus y Boyle, *loc. cit.* (nota 419 *supra*), pág. 407.

[467] Se recordará que el artículo 16 del proyecto de artículos sobre la prevención prevé una obligación similar para los Estados respecto de la fase de prevención durante la cual están obligados a gestionar el riesgo con la debida diligencia (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 179). Una disposición similar sobre la fase en la que se produce efectivamente el daño, pese a todos los esfuerzos para prevenirlo, puede encontrarse en el artículo 32 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997.

[468] Véanse A. Kiss y D. Shelton, *International Environmental Law*, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2004, págs. 201 a 203, y Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), págs. 269 y 270. Según el aspecto procedimental de la no discriminación, deberían eliminarse algunas de las exigencias de las leyes procesales de los Estados de origen; entre ellas cabe mencionar, como señalan Cuperus y Boyle, «las cauciones procesales exigidas a los demandantes extranjeros, la denegación de asistencia letrada y la denegación de competencia sobre acciones que conciernen a territorio extranjero» (Cuperus y Boyle, *loc. cit.* (nota 419 *supra*), pág. 408).

[469] Birnie and Boyle señalan que, en la medida en que es posible examinar la práctica de los Estados en una esfera tan poco uniforme como la de la igualdad de acceso, no es fácil dar una visión clara de ella (Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), págs. 271 a 274). Sobre los límites de la regla de la no discriminación, ibíd., págs. 274 y 275. Véase también Xue, *op. cit.* (nota 323 *supra*), págs. 106 y 107. Véanse asimismo Kiss y Shelton, *op. cit.* (nota 468 *supra*), págs. 201 a 203; Birnie y Boyle, *International Law...*, *op. cit.* (nota 306 *supra*), págs. 269 y 270, y P. -M. Dupuy, «La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement», *Revue québécoise de droit international*, vol. 7, n.º 2 (1991-1992), pág. 135. Sobre la opinión de que el principio de no discriminación se ha convertido en un principio de derecho internacional general, véase H. Smets, «Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement», *Revue européenne de droit de l'environnement*, n.º 1 (2000), pág. 3.

disposición de las víctimas transfronterizas, los requisitos del principio parecen haberse cumplido. Sin embargo, el problema surge si los propios nacionales no disponen de las normas mínimas sustantivas, en cuyo caso el principio no garantizaría esos niveles mínimos a las víctimas extranjeras que hayan sufrido el daño transfronterizo. Varios Estados se encuentran todavía en el proceso de elaborar normas sustantivas mínimas en el marco de sus leyes y procedimientos nacionales.

7) El *párrafo 3* es una cláusula de reserva del derecho de las víctimas. Obsérvese que los párrafos 1 y 2 no resuelven los problemas relativos a la ley aplicable o la elección del foro que, dada la diversidad y la falta total de consenso entre los Estados, pueden ser un obstáculo considerable para proporcionar a las víctimas vías de recurso rápidas, adecuadas y eficaces[470], en particular si son pobres y no cuentan con asistencia letrada experta en la materia. Los Estados podrían hacer avanzar las cosas promoviendo la armonización de las legislaciones y ampliando mediante acuerdo ese acceso y esas vías de recurso.

8) Cabe señalar, con respecto a la elección del foro, que en lugar de la ley del domicilio del explotador[471], el demandante puede optar por el foro que considere más apropiado para presentar la reclamación. Éste puede ser el foro del Estado en el que se produjo la acción o la omisión que causó el daño o la del Estado en el que sobrevino el daño[472]. Se ha afirmado que el ofrecimiento de esa opción se considera basado en «una tendencia ahora firmemente arraigada tanto en las convenciones sobre la competencia internacional como en los sistemas nacionales»[473]. En virtud de la Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, concluida en Bruselas en 1968, sólo pueden proporcionarse vías de recurso ante los tribunales de una parte: *a*) en la que se realizó la acción u omisión que causó el daño; *b*) en la que se sufrió el daño; *c*) en la que el explotador tenga su domicilio o residencia habitual; o *d*) en la que el explotador tenga su establecimiento principal. El artículo 19 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, de 1993, el artículo 17 del Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, y el artículo 13 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas establecen disposiciones similares sobre la elección de foro.

9) En cuanto a la ley aplicable, la práctica de los Estados no es uniforme: distintos países han adoptado o bien la ley más favorable para la víctima o bien la ley del lugar que tiene la vinculación más significativa con el hecho y las partes[474].

10) El *párrafo 4* pone de relieve otro aspecto del proceso tendiente a garantizar a las víctimas de un daño transfronterizo la existencia de vías de recurso. Tiene por objeto concretar más la naturaleza de los procedimientos que pueden entablarse y que no son procedimientos internos. Se trata de los «procedimientos internacionales de solución de reclamaciones». Pueden tomarse en consideración varios procedimientos. Por ejemplo, los Estados, en caso de daño transfronterizo, podrían negociar y acordar la cuantía de la indemnización pagadera e incluso hacer un pago *ex gratia*[475]. Entre éstos cabe mencionar comisiones mixtas de reclamaciones, negociaciones sobre el pago de una suma global, etc. El componente internacional no excluye la posibilidad de que un Estado de origen haga una contribución al Estado afectado para que abone la indemnización a través de un procedimiento nacional de reclamaciones establecido por éste. Tales negociaciones,

---

[470] Véase Cuperus y Boyle, *loc. cit.* (nota 419 *supra*), págs. 403 a 411, especialmente pág. 406. Véase también Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 264 a 266, sobre la divergencia de las prácticas de los Estados en lo relativo a la decisión sobre la elección de foro y la ley aplicable.

[471] Fundada en el principio *actor sequitur forum rei*, según el cual el demandado es más capaz de defenderse en los tribunales del Estado en el que tiene el domicilio, lo que se justifica por el hecho de que la sentencia va dirigida contra el demandado. Sin embargo, si bien corresponde al derecho de cada Estado determinar el domicilio de las personas físicas, la nacionalidad de las personas jurídicas o de las sociedades es más imprecisa. La Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, concluida en Bruselas en 1968, y el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, concluido en Lugano en 1988, «dejan la determinación del domicilio al derecho que determine la norma de conflicto aplicada por los tribunales del Estado en el que se presente la reclamación» (C. von Bar «Environmental damage in private international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*, vol. 268 (1997), pág. 336).

[472] Véase el segundo informe sobre la aplicación transnacional del derecho medioambiental (escrito por Christophe Bernasconi y Gerrit Betlem), Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventy-First Conference* (nota 331 *supra*), págs. 896 a 938, especialmente pág. 900. No obstante, es admisible una excepción contra este fundamento de la competencia si puede probarse que no era previsible que se produjera el daño en un Estado distinto del Estado de origen.

[473] Ibíd., pág. 899.

[474] El «principio de la ley más favorable» se ha adoptado en varios países de Europa, enVenezuela y en Túnez. Sin embargo, la legislación estadounidense parece preferir la ley del lugar que tenga la «vinculación más significativa» con el hecho y las partes, ibíd., págs. 911 a 915.

[475] En el caso de los daños causados a pescadores nacionales del Japón por los ensayos nucleares efectuados por los Estados Unidos de América en 1954 cerca de las Islas Marshall, los Estados Unidos pagaron al Japón 2 millones de dólares de los EE.UU. (véase *Department of State Bulletin* (Washington D.C.), vol. 32, n.º 812 (enero de 1955), págs. 90 y 91). Respecto de un pago similar de 3 millones de dólares canadienses a título de indemnización por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas al Canadá tras el accidente del Cosmos 954 en enero de 1978, véase *International Legal Materials*, vol. 18 (1979), pág. 907. Sands señala que, aunque varios Estados europeos pagaron indemnizaciones a sus nacionales por los daños sufridos a consecuencia del accidente nuclear de Chernóbil, no trataron de presentar reclamaciones oficiales de indemnización, pero se reservaron el derecho a hacerlo (Sands, *op. cit.* (nota 362 *supra*), págs. 886 a 889). El Estado puede acordar pagar *ex gratia* directamente a las víctimas, por ejemplo, el Gobierno de los Estados Unidos convino en pagar a las víctimas iraníes del derribo del Airbus 655 iraní por el buque *USS Vincennes*. Los Estados pueden también celebrar tratados que establezcan una comisión internacional de reclamaciones para resolver las reclamaciones de indemnización como entre partes privadas. Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), pág. 238, nota 21. Cabe mencionar también los proyectos de artículo 21 y 22 aprobados por el Grupo de Trabajo creado por la Comisión en 1996 sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional e incluidos en su informe a la Comisión. El proyecto de artículo 21 recomendaba que el Estado de origen y el Estado afectado negociaran, a petición de uno u otro la naturaleza y la cuantía de la indemnización u otra forma de reparación. El proyecto de artículo 22 enumeraba varios factores que los Estados podían tener en cuenta para calcular la cuantía más equitativa de la indemnización (véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo I, en particular págs. 143 a 146).

a menos que se prefiera otra cosa, no tienen por qué impedir las negociaciones entre el Estado de origen y las partes afectadas privadas, y entre esas partes y la persona responsable de la actividad que causó el daño sensible. Una indemnización global puede acordarse como resultado de un juicio o de un arreglo extrajudicial[476]. Las víctimas podían recibir inmediatamente una indemnización razonable con carácter provisional, en espera de la decisión sobre la admisibilidad de la demanda y el otorgamiento de la indemnización. Los tribunales nacionales, las comisiones de reclamaciones y las comisiones mixtas de reclamaciones establecidas con este fin podrían examinar las demandas y fijar el monto definitivo de la indemnización[477].

11) La Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas[478] y el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos[479] pueden presentarse como modelos útiles para algunos de los procedimientos a que se refiere en el párrafo 4.

12) La Comisión es consciente de las dificultades prácticas, tales como gastos y dilaciones, que conlleva presentar reclamaciones en un contexto transnacional o en el plano internacional. Tienen justificación las críticas, pertinentes en algunos casos pero no en todos, en el sentido de que los recursos de derecho civil que requieren que las víctimas presenten sus reclamaciones ante órganos judiciales o de otro tipo extranjeros pueden ser «muy complejos, costosos y en definitiva desprovistos de garantías de éxito»[480]. La referencia a procedimientos que sean rápidos y que entrañen unos gastos mínimos pretende responder a este aspecto de la cuestión y refleja el deseo de no sobrecargar a la víctima con un procedimiento excesivamente largo que pueda tener carácter disuasorio. En los últimos años se han producido varios casos de daños que dieron lugar a la resolución de demandas de indemnización[481]. Algunas se resolvieron extrajudicialmente. Otras se resolvieron mediante el recurso a regímenes de responsabilidad civil. La conclusión que se saca de la experiencia de casos diferentes es que tanto los Estados como las entidades interesadas que representan a las víctimas deben participar en la resolución extrajudicial de las demandas o debe reconocerse a las víctimas el derecho de igualdad de acceso o de acceso no discriminatorio a los recursos de derecho civil[482].

13) El *párrafo 5* se refiere al acceso a la información. Se trata de un aspecto importante sin el cual el principio

---

[476] En relación con la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal, el Gobierno de la India trató de acumular las reclamaciones de las víctimas. Trató de obtener indemnización recurriendo primero a los tribunales de los Estados Unidos, pero, por motivo de *forum non conveniens*, el asunto se dirimió ante el Tribunal Supremo de la India. La Ley relativa a la catástrofe causada por la fuga de gases en Bhopal (tramitación de reclamaciones) de 1985 ofrece la base para la acumulación de las demandas de indemnización. El Tribunal Supremo de la India, en el asunto *Union Carbide Corporation* v. *Union of India and others*, dictó una orden por la que fijaba la cuantía de la indemnización global que debía pagarse. Dispuso que Union Carbide pagara una suma global de 470 millones de dólares a la Unión de la India como liquidación total de todas las reclamaciones, derechos y créditos relacionados con la catástrofe de Bhopal y resultantes de la misma (véase *All India Reporter 1990*, vol. 77, págs. 273 y ss.). La demanda de indemnización original del Gobierno de la India ascendía a más de 1.000 millones de dólares.

[477] Sobre la indemnización de 324.949.311 dólares de abril de 2002 otorgada al pueblo de Enewetak por los daños causados a sus tierras por el programa nuclear ejecutado por los Estados Unidos entre 1946 y 1958, véase el asunto *In the Matter of the people of Enewetak* (nota 369 *supra*).

[478] Sobre el procedimiento adoptado por la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas, véase M. Kazazi, «Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission», en Bowman y Boyle (eds.), *op. cit.* (nota 333 *supra*), págs. 111 a 131.

[479] El reglamento del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se puede consultar en www.iusct.org.

[480] Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), pág. 259 y nota 104.

[481] La explosión del pozo Ixtoc I en junio de 1979 en la Bahía de Campeche frente a la costa de México: la plataforma petrolera era propiedad de una sociedad estadounidense, controlada por una sociedad estatal mexicana y explotada por una sociedad mexicana privada de perforaciones. Se incurrió en gastos de limpieza por el valor de 12,5 millones de dólares de los EE.UU. y provocó una pérdida estimada de 400 millones de dólares para el sector pesquero y turístico. El asunto se resolvió extrajudicialmente entre el Gobierno de los Estados Unidos y la sociedad estadounidense sin entrar en cuestiones de responsabilidad formal. Se pagaron 2 millones de dólares al Gobierno estadounidense y 2,14 millones de dólares por las pérdidas sufridas por los pescadores, los centros turísticos y otros afectados por el derrame de petróleo. Véase al respecto Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 239 y 240. Véase también *International Legal Materials*, vol. 22 (1983), pág. 580. El derrame de petróleo de Cherry Point: el Canadá y Atlantic Richfield Oil Refinery, una sociedad de los Estados Unidos, resolvieron extrajudicialmente las reclamaciones relativas al derrame de petróleo causado por un buque cisterna liberiano cuando descargaba petróleo en Cherry Point (Estado de Washington) en aguas de los Estados Unidos provocando una contaminación por hidrocarburos de las playas canadienses de la costa occidental. Véase al respecto Lefeber, pág. 249. Véase también *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. XI (1973), tomo 11, pág. 333. El caso Sandoz: el agua utilizada para extinguir el incendio que estalló en la sociedad Sandoz Chemical el 1.º de noviembre de 1986 provocó una contaminación del Rin y causó daños sensibles corriente abajo en Francia, Alemania y los Países Bajos. Hubo que indemnizar el perjuicio económico, incluidos en particular los costos de limpieza y otras medidas de respuesta, entre ellas los costos de vigilancia y restauración. También entrañó una pérdida puramente económica como consecuencia de las pérdidas causadas al sector pesquero de agua dulce. Las reclamaciones se resolvieron a nivel privado. Se resolvieron más de 1.000 reclamaciones por un valor de 36 millones de marcos alemanes. La mayor parte de la indemnización se pagó principalmente a los Estados pero algunas partes privadas también recibieron indemnización. Véase al respecto Lefeber, págs. 251 y 252. El caso del gas de Bhopal: la reclamación se resolvió extrajudicialmente entre Union Carbide Corporation, los Estados Unidos y el Gobierno de la India por 470 millones de dólares de los EE.UU., aunque la reclamación inicial de indemnización era mucho mayor. Véase al respecto Lefeber, págs. 252 a 254. Y el asunto *Mines de potasse d'Alsace*: una sociedad francesa contaminó el Rin con cloridos, vertiendo sales de desecho. Ese vertido se consideró una operación normal. Pero la elevada salinidad del río fue motivo de preocupación corriente abajo para las empresas de abastecimiento de agua potable, las industrias y los viveros de jardinería que utilizaban tradicionalmente el agua para su actividad. Los gobiernos interesados, Suiza, Francia, Alemania y los Países Bajos, negociaron un acuerdo para reducir la contaminación de clorido en 1976 en Bonn (Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros), que no entró en vigor hasta 1985 y que duró poco. En 1991 se concluyó otro protocolo (Protocolo adicional al Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación por cloruros). No obstante continuaba el problema de la elevada salinidad. Como el Gobierno de los Países Bajos no estaba dispuesto a presentar una reclamación contra el Gobierno de Francia, algunas víctimas presentaron privadamente una demanda en los tribunales de los Países Bajos en 1974. El litigio continuó hasta 1988 en que el caso fue resuelto extrajudicialmente justo antes de que el Tribunal Supremo de los Países Bajos se pronunciara en favor de los demandantes. La indemnización fue del orden de 2 millones de dólares de los EE.UU. en favor de las cooperativas de los viveros. Las reclamaciones de las empresas de abastecimiento de agua potable no tuvieron éxito en el tribunal francés porque se consideró que no había un nexo causal suficiente entre el vertido de las sales de desecho y el daño de corrosión por el que se fundaban dichas empresas para pedir una indemnización. Véase al respecto Lefeber, págs. 254 a 258. Véase también el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), párrs. 399 a 433.

[482] Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), pág. 260.

de igualdad de acceso previsto en los párrafos 1, 2 y 3 para las víctimas de daño transfronterizo no se puede hacer efectivo con rapidez y sin unos gastos excesivos. El párrafo 5 también puede ser aplicable respecto de los procedimientos internacionales previstos en el párrafo 4. Los Estados deben recopilar y mantener la información como parte del cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia y facilitarla a quienes estén interesados en obtenerla[483]. Esta información comprende los siguientes extremos: la naturaleza precisa del riesgo, las normas de seguridad requeridas, la base financiera de la actividad, las disposiciones relativas al seguro con las garantías financieras que el explotador está obligado a mantener, las leyes y reglamentos aplicables y las instituciones designadas para conocer de las denuncias, incluidas las denuncias sobre el incumplimiento de las normas de seguridad, y la reparación de los agravios.

14) El acceso a la información es un principio en evolución. Incluso en los países que tienen algunas formas avanzadas de gobernanza y elementos modernos de derecho administrativo, el desarrollo del concepto y el hacer de él, en todas sus múltiples dimensiones, un derecho jurídicamente exigible está llevando tiempo[484]. Ese derecho de acceso figura en diversos instrumentos[485].

15) La referencia al acceso «adecuado» en el párrafo 5 tiene por objeto indicar que en determinadas circunstancias puede denegarse el acceso a la información o la divulgación de información. No obstante, es importante que incluso en esas circunstancias pueda obtenerse fácilmente información sobre las excepciones aplicables, los motivos de la negativa, los procedimientos de recurso, y los derechos que haya que abonar, si los hubiere. Cuando sea factible, esa información debería ser accesible de forma gratuita o con gastos mínimos.

16) También en el presente proyecto de principios se plantea la cuestión del reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros. Ese reconocimiento y ejecución serían esenciales para garantizar los efectos de las resoluciones dictadas en países en los que el demandado no tuviera activos suficientes para que las víctimas percibieran la indemnización concedida en otros países en los que existieran tales activos. La mayoría de los Estados sujetan el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales y los laudos arbitrales extranjeros a condiciones específicas prescritas en su legislación y las aplican de conformidad con sus obligaciones convencionales internacionales. En general, el fraude, la ausencia de un juicio con las debidas garantías, el orden público, la incompatibilidad con resoluciones anteriores pueden invocarse como fundamento para denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros. Pueden ser aplicables otras condiciones o pueden existir otras posibilidades[486].

Principio 7

Elaboración de regímenes internacionales específicos

1. Cuando, en relación con determinadas categorías de actividades peligrosas, acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial permitan tomar disposiciones eficaces acerca de la indemnización, las medidas de respuesta y los recursos internacionales e internos, habría que hacer todo lo posible por concertar esos acuerdos específicos.

2. Estos acuerdos deberían incluir, según proceda, disposiciones para aportar una indemnización complementaria con fondos de la rama de actividad y/o del Estado en caso de que los recursos financieros del explotador, incluidas las medidas de garantía financiera, sean insuficientes para cubrir las pérdidas sufridas de resultas de un incidente. Estos fondos podrán tener por objeto complementar o sustituir los fondos nacionales financiados por la rama de actividad.

Comentario

1) El proyecto de principio 7 corresponde a las disposiciones que figuran en el proyecto de principio 4, con la salvedad de que están destinadas a aplicarse a nivel internacional. Se basa en el principio 22 de la Declaración de Estocolmo y en el principio 13 de la Declaración de

[483] Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley sobre el derecho de información de 2005 de la India obliga a todas las autoridades públicas a recopilar y mantener, de ser posible en forma computadorizada, todos los registros y datos debidamente catalogados e indexados de una forma que facilite el ejercicio del derecho a información previsto en la ley. Para el texto de la Ley n.º 22 de 2005, véase http://indiacode.nic.in.

[484] Los países escandinavos, los países de la Unión Europea y los Estados Unidos han avanzado por el camino de establecer el derecho de acceso a la información, pero aún queda mucho por lograr incluso en el contexto de esos países y aún más en otros. Véanse al respecto *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, S. Coliver, P. Hoffman, J. Fitzpatrick y S. Bowen (eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999 (International Studies in Human Rights, vol. 58) y U. Öberg, «EU citizens' right to know: the improbable adoption of a European Freedom of Information Act», en A. Dashwood y A. Ward (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2 (1999), págs. 303 a 328. En el Canadá y en 25 Estados de los Estados Unidos por lo menos se han promulgado leyes sobre el «derecho a conocer». Para más información sobre estas y otras iniciativas y sobre el análisis del derecho de acceso a la información, véase P. H. Sand, «Information disclosure as an instrument of environmental governance», *Zeitschrift für ausländisches öffentlisches Recht und Völkerrecht – Heidelberg Journal of Inrternational Law*, vol. 63 (2003), págs. 487 a 502. Sobre la disponibilidad del derecho a la información en el contexto del acceso a la justicia medioambiental en Nueva Zelandia, véase P. Salmon, «Access to environmental justice», *New Zealand Journal of Environmental Law*, vol. 2 (1998), págs. 1 a 23, especialmente págs. 9 a 11. El Banco Mundial está también aplicando procedimientos para promover la divulgación pública de información operacional sobre los proyectos que apoya en todo el mundo. Véase al respecto I. F. I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.

[485] Véanse la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, de 1998, que está en vigor desde el 30 de octubre de 2001; el Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR) (art. 9); el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente (arts. 15 y 16); las directrices de Sofía de las Naciones Unidas/CEPE para el acceso a la información sobre el medio ambiente y la participación del público en la adopción de decisiones en materia de medio ambiente, de 1995 (directrices 4 y 5), ECE/CEP/24, y la directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 41, de 14 de febrero de 2003, pág. 26. Véase también el estudio de los regímenes de responsabilidad preparado por la Secretaría (nota 401 *supra*), párrs. 287 a 336.

[486] Por ejemplo, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos que desestimó las reclamaciones de indemnización indias en el caso Bhopal por motivos de *forum non conveniens*, y remitió a los demandantes a los tribunales de la India, declaró que las sentencias dictadas en la India podían ser ejecutadas en los Estados Unidos. Véase Lefeber, *op. cit.* (nota 330 *supra*), págs. 267 y 268.

Río[487]. En el *párrafo 1* se insta a los Estados a celebrar acuerdos específicos de carácter bilateral, regional o mundial cuando permitan aportar las soluciones más eficaces en los ámbitos a que se refieren los presentes principios, a saber: *a*) indemnización, *b*) medidas de respuesta y *c*) reparación y vías de recurso.

2) En el *párrafo 2* se insta a los Estados a que, cuando proceda, incluyan en esos acuerdos diversos planes de garantía financiera por medio de fondos de la rama de actividad o fondos del Estado a fin de garantizar que exista financiación complementaria para las víctimas de un daño transfronterizo. Señala la necesidad de que los Estados concierten acuerdos específicos y los ajusten a las circunstancias particulares de las distintas actividades peligrosas. También reconoce que, en el régimen de responsabilidad por daños transfronterizos, hay diversas variables cuya selección o elección es preferible dejar a discusión de los distintos Estados o a su legislación o práctica nacionales en función de sus propias necesidades, realidades políticas, y fases de desarrollo económico. Es probable que unos acuerdos concertados en el plano regional con respecto a categorías específicas de actividades peligrosas sean más provechosos y duraderos para proteger los intereses de sus ciudadanos, el medio ambiente y los recursos naturales de los que dependen.

3) Cabe recordar también que desde que comenzó a examinarse el tema la Comisión partió del supuesto de que su objetivo primordial era «fomentar la elaboración de regímenes para regular, sin recurrir a la prohibición, la realización de cualquier actividad concreta que se advierta que entraña peligros reales o potenciales de carácter esencial y que tenga efectos transnacionales»[488].

Principio 8

Aplicación

1. Cada Estado debería adoptar las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para aplicar el presente proyecto de principios.

2. El presente proyecto de principios y las disposiciones de aplicación se llevarán a efecto sin discriminación alguna por razón, por ejemplo, de nacionalidad, domicilio o residencia.

3. Los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios.

Comentario

1) El *párrafo 1* reitera lo que estaba implícito en los demás proyectos de principio; a saber, que cada Estado debería adoptar medidas legislativas, reglamentarias y administrativas para la aplicación del presente proyecto de principios. Tiene por objeto subrayar la importancia de la aplicación en el plano nacional mediante incorporación a la legislación interna de las normas u obligaciones internacionales acordadas por los Estados Partes en acuerdos y convenios internacionales.

2) El *párrafo 2* destaca que este proyecto de principios y todas las disposiciones adoptadas para su aplicación se llevarán a efecto sin discriminación alguna, sea cual sea el motivo, prohibida por el derecho internacional. La insistencia en «alguna» tiene por objeto denotar que ninguna discriminación, cualquiera que sea el motivo, no es válida. Las referencias a la nacionalidad, el domicilio o la residencia se hacen sólo a título de ejemplo. Por ejemplo, la discriminación por motivos de raza, género, religión o creencias evidentemente también estaría prohibida.

3) El *párrafo 3* es una cláusula general de carácter exhortatorio que dice que los Estados deberían cooperar entre sí en la aplicación del presente proyecto de principios. Sigue el modelo del artículo 8 del Protocolo sobre responsabilidad civil y compensación de daños resultantes de los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas. La importancia de los mecanismos de aplicación no puede exagerarse. Desde la perspectiva del derecho internacional general y convencional opera en el plano internacional fundamentalmente en las relaciones entre Estados y se debe llevar a efecto en el plano nacional por medio de técnicas internas específicas constitucionales, legislativas y de otro tipo. Es importante que los Estados promulguen una legislación interna adecuada para aplicar estos principios, a fin de que las víctimas de daños transfronterizos no se queden sin vías de recurso adecuadas.

---

[487] Véanse *supra* las notas 312 y 301, respectivamente

[488] Informe preliminar sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, por el Sr. Robert Q. Quentin-Baxter, Relator Especial, *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 262, párr. 9.

Capítulo VI

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

A. Introducción

68. La Comisión, en su 54.º período de sesiones (2002), decidió incluir el tema «Recursos naturales compartidos» en su programa de trabajo y nombró Relator Especial al Sr. Chusei Yamada[489]. También se estableció un Grupo de Trabajo para que ayudara al Relator Especial a bosquejar la orientación general del tema a la luz del esquema preparado en 2000[490]. El Relator Especial manifestó su intención de tratar de las aguas subterráneas confinadas, el petróleo y el gas en relación con el tema y propuso un enfoque gradual comenzando con las aguas subterráneas[491].

69. Del 55.º período de sesiones (2003) al 57.º (2005) período de sesiones, la Comisión recibió y examinó tres informes del Relator Especial[492]. Durante este período, la Comisión estableció dos Grupos de Trabajo, uno en 2004, presidido por el Relator Especial, para ayudar a la Comisión a adelantar el examen del tema y otro, en 2005, presidido por el Sr. Enrique Candioti, para que examinara y revisara los 25 proyectos de artículo sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos propuesto por el Relator Especial en su tercer informe teniendo en cuenta el debate sostenido en la Comisión. El Grupo de Trabajo establecido en 2005 no terminó su tarea.

B. Examen del tema en el presente período de sesiones

70. En el presente período de sesiones, la Comisión decidió, en su 2868.ª sesión, celebrada el 2 de mayo de 2006, volver a convocar al Grupo de Trabajo sobre los recursos naturales compartidos, presidido por el Sr. Enrique Candioti. El Grupo de Trabajo celebró cinco sesiones y terminó el examen y la revisión del proyecto de artículos presentado por el Relator Especial en su tercer informe. En la 2878.ª sesión de la Comisión, celebrada el 18 de mayo de 2006, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó el informe del Grupo de Trabajo que contenía en su anexo 19 proyectos de artículo revisados.

71. La Comisión, en sus sesiones 2878.ª y 2879.ª, celebradas los días 18 y 19 de mayo de 2006, examinó el informe del Grupo de Trabajo y en esta última sesión decidió remitir los 19 proyectos de artículo al Comité de Redacción.

72. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción en su 2885.ª sesión, el 9 de junio de 2006, y aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que comprendía 19 proyectos de artículo, y en sus sesiones, 2903.ª, 2905.ª y 2906.ª, celebradas los días 2, 3 y 4 de agosto, aprobó los comentarios a los mismos.

73. En su 2903.ª sesión, el 2 de agosto de 2006, la Comisión decidió, de conformidad con los artículos 16 a 21 de su estatuto, transmitir a los gobiernos el proyecto de artículos (véase la sección C *infra*), por conducto del Secretario General, para que hicieran comentarios y observaciones, con la petición de que los presentaran al Secretario General antes del 1.º de enero de 2008.

74. En su 2906.ª sesión, el 4 de agosto de 2006, la Comisión expresó su profundo reconocimiento al Relator Especial, Sr. Chusei Yamada, por la notable contribución que había aportado al estudio del tema mediante su erudita labor de investigación y vasta experiencia, lo que había permitido a la Comisión concluir con éxito la primera lectura del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos. Agradeció asimismo los infatigables esfuerzos y la aportación del Grupo de Trabajo sobre los Recursos Naturales Compartidos, presidido por el Sr. Enrique Candioti, y las diversas reuniones de información organizadas durante el tratamiento del tema por expertos en aguas subterráneas de la UNESCO, la FAO, la CEPE y la IAH.

C. Texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión en primera lectura

1. Texto del proyecto de artículos

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

Parte I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica:

***a*) a la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos;**

***b*) a otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos; y**

***c*) a las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos y sistemas acuíferos.**

---

[489] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 518 y 519. La Asamblea General, en el párrafo 2 de la resolución 57/21, de 19 de noviembre de 2002, tomó nota de la decisión de la Comisión de incluir el tema «Recursos naturales compartidos» en su programa de trabajo.

[490] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), anexo, pág. 149.

[491] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 520.

[492] Primer informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/533 y Add.1; segundo informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/539 y Add.1; tercer informe: *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/551 y Add.1.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) por «acuífero» se entenderá una formación geológica subterránea permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación;**

***b*) por «sistema acuífero» se entenderá una serie de dos o más acuíferos que estén conectados hidráulicamente;**

***c*) por «acuífero transfronterizo» o «sistema acuífero transfronterizo» se entenderá, respectivamente, un acuífero o sistema acuífero, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;**

***d*) por «Estado del acuífero» se entenderá un Estado en cuyo territorio se encuentre parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo;**

***e*) por «acuífero recargable» se entenderá un acuífero que recibe un volumen significativo de recarga hídrica contemporánea;**

***f*) por «zona de recarga» se entenderá la zona que contribuye agua a un acuífero, consistente en el área de captación del agua pluvial y el área por la que esa agua fluye hasta un acuífero por escurrimiento sobre el terreno e infiltración a través del suelo;**

***g*) por «zona de descarga» se entenderá la zona por la que el agua procedente de un acuífero fluye hasta sus puntos de salida, tales como un curso de agua, lago, oasis, humedal u océano.**

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero

Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el presente proyecto de artículos.

Artículo 4. Utilización equitativa y razonable

Los Estados del acuífero utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo con arreglo al principio de la utilización equitativa y razonable, como sigue:

***a*) utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo de una manera compatible con la distribución equitativa y razonable de los beneficios obtenidos entre los Estados del acuífero de que se trate;**

***b*) tratarán de elevar al máximo los beneficios a largo plazo derivados del uso del agua contenida en él;**

***c*) elaborarán, individual o conjuntamente, un plan general de aprovechamiento, teniendo en cuenta las necesidades presentes y futuras, así como las fuentes alternativas de agua, de los Estados del acuífero; y**

***d*) no utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo recargable hasta un grado que impida la continuación de su funcionamiento efectivo.**

Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con el proyecto de artículo 4 requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo entre ellos:

***a*) la población que depende del acuífero o del sistema acuífero en cada Estado del acuífero;**

***b*) las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, presentes y futuras, de los Estados del acuífero involucrados;**

***c*) las características naturales del acuífero o sistema acuífero;**

***d*) la contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero;**

***e*) la utilización actual y potencial del acuífero o sistema acuífero;**

***f*) los efectos que la utilización del acuífero o del sistema acuífero en uno de los Estados del acuífero produzca en otros Estados del acuífero involucrados;**

***g*) la existencia de alternativas respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero;**

***h*) el desarrollo, la protección y la conservación del acuífero o sistema acuífero y los costos de las medidas que se hayan de adoptar a tales efectos;**

***i*) la función desempeñada por el acuífero o sistema acuífero en el ecosistema con él relacionado.**

2. El peso que se asigne a cada factor será determinado en función de su importancia con respecto a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo determinado en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de todos esos factores. No obstante, al ponderar las diferentes utilizaciones de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales.

Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero

1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero.

3. Cuando no obstante se cause daño sensible a otro Estado del acuífero, los Estados del acuífero cuyas actividades causen tal daño deberán adoptar, en consulta con el Estado afectado, todas las medidas apropiadas para eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículo 4 y 5.

Artículo 7. Obligación general de cooperar

1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo.

2. A los fines del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

Artículo 8. Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el proyecto de artículo 7, los Estados del acuífero intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre la condición del acuífero o sistema acuífero transfronterizo, en particular los de carácter geológico, hidrogeológico, hidrológico, meteorológico y ecológico y los relativos a la hidroquímica del acuífero o sistema acuífero, así como las previsiones correspondientes.

2. En los casos en que la naturaleza y la extensión de algunos acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos no se conozcan suficientemente, los Estados del acuífero harán todo lo posible para reunir y producir, teniendo en cuenta las prácticas y normas existentes, los datos e información más completos con relación a ese acuífero o a esos sistemas acuíferos. Lo harán de manera individual

o conjunta y, en los casos pertinentes, con organizaciones internacionales o por su intermedio.

3. El Estado del acuífero al que otro Estado del acuífero pida que proporcione datos e información relativos al acuífero o sistemas acuíferos que no estén fácilmente disponibles hará lo posible para atender esta petición. El Estado al que se formule la solicitud podrá condicionar su cumplimiento a que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación y, cuando proceda, el procesamiento de esos datos o información.

4. Los Estados del acuífero harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del acuífero a los que sean comunicados.

Parte III

PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN

Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas

Los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los ecosistemas que estén situados en sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos o dependan de los mismos, incluyendo medidas para garantizar que la calidad y cantidad de agua retenida en el acuífero o sistema acuífero, así como la vertida en las zonas de descarga, sean suficientes para proteger y preservar esos ecosistemas.

Artículo 10. Zonas de recarga y descarga

1. Los Estados del acuífero identificarán las zonas de recarga y descarga de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, dentro de esas zonas, adoptarán medidas especiales para reducir al mínimo los impactos perjudiciales de los procesos de recarga y descarga.

2. Todos los Estados en cuyo territorio se encuentre, en todo o en parte, una zona de recarga o descarga y que no sean Estados del acuífero en lo que respecta a ese acuífero o sistema acuífero, cooperarán con los Estados del acuífero para proteger el acuífero o sistema acuífero.

Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación

Los Estados del acuífero, individual y, cuando corresponda, conjuntamente, prevendrán, reducirán y controlarán la contaminación de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo, inclusive en el proceso de recarga, que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero. En vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y su vulnerabilidad a la contaminación, los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución.

Artículo 12. Vigilancia

1. Los Estados del acuífero vigilarán su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, realizarán esas actividades de vigilancia juntamente con otros Estados del acuífero interesados o, cuando proceda, en colaboración con las organizaciones internacionales competentes. Sin embargo, cuando las actividades de vigilancia no se realicen conjuntamente, los Estados del acuífero intercambiarán entre ellos los datos resultantes de la vigilancia.

2. Los Estados del acuífero utilizarán criterios y metodologías convenidos o armonizados para la vigilancia de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Procurarán determinar los parámetros básicos que serán objeto de vigilancia conforme a un modelo conceptual convenido del acuífero o sistema acuífero. Entre esos parámetros deberían incluirse los relativos a la condición del acuífero o sistema acuífero enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 y también los relativos a su utilización.

Artículo 13. Gestión

Los Estados del acuífero elaborarán y ejecutarán planes para la adecuada gestión de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con las disposiciones del presente proyecto de artículos. A petición de cualquiera de ellos, celebrarán consultas respecto de la gestión del acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Siempre que resulte apropiado se establecerá un mecanismo conjunto de gestión.

Parte IV

ACTIVIDADES QUE AFECTEN A OTROS ESTADOS

Artículo 14. Actividades proyectadas

1. Cuando un Estado tenga motivos razonables para estimar que una determinada actividad proyectada en su territorio puede afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, aquel Estado, en cuanto sea factible, evaluará los posibles efectos de esa actividad.

2. Antes de que un Estado ejecute o permita ejecutar actividades proyectadas que puedan afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, por tanto, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, lo notificará oportunamente al mismo. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluido todo estudio del impacto ambiental, para que el Estado notificado pueda evaluar los efectos posibles de las actividades proyectadas.

3. Si no se ponen de acuerdo en cuanto al posible efecto de las actividades proyectadas, el Estado que notifica y el Estado notificado deberán celebrar consultas y, en caso necesario, negociaciones con el objeto de llegar a una solución equitativa de la situación. Podrán recurrir a un órgano independiente de determinación de los hechos para realizar una evaluación imparcial de los efectos de las actividades proyectadas.

Parte V

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo

Los Estados, actuando directamente o por intermedio de las organizaciones internacionales competentes, promoverán la cooperación científica, educativa, técnica y en otros campos con los Estados en desarrollo para la protección y gestión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos. Esa cooperación incluirá, entre otros aspectos:

***a*) formar al personal científico y técnico;**

***b*) facilitar su participación en los programas internacionales pertinentes;**

***c*) proporcionarles el equipo y los servicios necesarios;**

***d*) aumentar su capacidad para fabricar tal equipo;**

***e*) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para programas de investigación, vigilancia, educación y otros;**

***f*) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para minimizar los efectos perjudiciales de las principales actividades que puedan afectar a los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos;**

***g*) preparar evaluaciones de impacto ambiental.**

Artículo 16. Situaciones de emergencia

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, por «emergencia» se entenderá una situación que resulte súbitamente de causas naturales o de un comportamiento humano y que constituya una amenaza inminente de causar daño grave a los Estados del acuífero u otros Estados.

2. Cuando una emergencia afecte a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, constituya una amenaza inminente para los Estados, se aplicarán las siguientes normas:

***a*) el Estado en cuyo territorio se origine la emergencia:**

i) la notificará, sin demora y por los medios más rápidos de que disponga, a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes;

ii) tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, mitigar y eliminar todo efecto perjudicial de dicha emergencia;

***b*) los Estados prestarán cooperación científica, técnica, logística y de otra índole a otros Estados que sufran una emergencia. Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal especializado, equipos y provisiones para responder a emergencias, expertos científicos y técnicos y asistencia humanitaria.**

3. Cuando una emergencia constituya una amenaza para las necesidades humanas vitales, los Estados del acuífero, no obstante lo dispuesto en los proyectos de artículo 4 y 6, podrán adoptar las medidas que sean estrictamente necesarias para responder a esas necesidades.

Artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado

Los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional y no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

Artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos obliga a ningún Estado a proporcionar datos e información cuya confidencialidad sea esencial para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, ese Estado cooperará de buena fe con otros Estados para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales

A los efectos de la gestión de un determinado acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero procurarán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales entre sí. Dichos acuerdos o arreglos se podrán concertar respecto de todo un acuífero o sistema acuífero o de cualquiera de sus partes, o de un proyecto, programa o utilización determinados, salvo en la medida en que el acuerdo o arreglo pueda afectar negativamente, en grado significativo, a la utilización del agua de dicho acuífero o sistema acuífero por parte de otro u otros Estados del acuífero sin el expreso consentimiento de éstos.

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

76. A continuación se reproduce el texto del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en primera lectura en su 58.º período de sesiones.

EL DERECHO DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

Comentario general

1) En su 54.º período de sesiones (2002), la Comisión de Derecho Internacional decidió incluir en su programa de trabajo el tema titulado «Recursos naturales compartidos». En general quedó entendido que este tema comprendía las aguas subterráneas, el petróleo y el gas natural, aunque se expresaran preferencias por incluir recursos tales como las aves migratorias y los animales, mientras que otros se inclinaban por limitarlo exclusivamente a las aguas subterráneas.

2) El Relator Especial encargado de este tema consideró que sería oportuno iniciar el examen sobre las aguas subterráneas a modo de seguimiento de la labor anterior de la codificación del derecho de las aguas de superficie[493] y añadió que si la Comisión se ocupaba de tres recursos distintos a un tiempo, ello complicaría los trabajos. En consecuencia, el Relator Especial decidió que por el momento, y por lo menos durante la primera lectura del proyecto de artículos, el examen se concentraría en las aguas subterráneas transfronterizas. Este procedimiento obtuvo un consenso general. No obstante, el Relator Especial es consciente de la existencia de ciertos paralelismos entre estos tres recursos, en particular entre las aguas subterráneas no renovables contenidas en los acuíferos no recargables, por una parte, y el petróleo y el gas natural, por la otra. Aunque tampoco se le ocultan las diferencias entre esos recursos, el Relator Especial reconoce que la labor sobre las aguas subterráneas transfronterizas podría afectar a los futuros trabajos de codificación de la Comisión relativos al petróleo y el gas natural. Además, la Comisión podría desear también tener en cuenta algunos elementos pertinentes de las reglamentaciones existentes y la práctica actual de los Estados relativas al petróleo y el gas natural antes de finalizar su labor sobre las aguas subterráneas transfronterizas. Por consiguiente, el Relator Especial propuso que este aspecto se examinase durante la segunda lectura del proyecto de artículos. Un miembro opinó que la decisión acerca de si correspondía seguir adelante con respecto al petróleo y el gas natural debería adoptarse al concluir la segunda lectura.

3) El texto de la primera lectura se presenta provisionalmente en forma de proyecto de artículos. De conformidad con la práctica de la Comisión, se ha utilizado el término «proyecto de artículos» independientemente de la forma final que adopte el texto, trátese de un convenio o de otro instrumento. La cuestión de la forma definitiva que ha de adoptar el proyecto de artículos tiene que ver, naturalmente, con la formulación del texto de dicho proyecto y deberá considerarse en su momento, porque en la fase presente los trabajos se han concentrado en el fondo de la cuestión. La Comisión opinó que era prematuro llegar a una conclusión sobre la forma final, habida cuenta de las opiniones discrepantes expresadas por los Estados en la Sexta Comisión. Así pues, el proyecto de artículos presentado no incluye disposiciones sobre solución de diferencias, cláusulas finales ni ningún artículo que pueda prejuzgar la cuestión de la forma definitiva. Si se toma la decisión de proseguir la labor en forma de una convención, probablemente serán necesarios otros cambios en segunda lectura. En particular habrá que determinar la relación entre la convención y otros acuerdos y arreglos y las relaciones con los sujetos que no sean parte en ella.

4) La Comisión consideró si sería necesario estructurar el proyecto de artículos de modo que previese obligaciones para todos los Estados en general, obligaciones de los Estados del acuífero para con otros Estados del acuífero y obligaciones de los Estados del acuífero para con otros

[493] Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997.

Estados que no sean del acuífero. En aras de la efectividad se decidió que algunos proyectos de artículo debían imponer obligaciones a los Estados que no compartían el acuífero transfronterizo de que se tratase y, en ciertos casos, reconocer derechos a estos últimos Estados con respecto a los Estados de ese acuífero. Al llegar a esas conclusiones, la Comisión subrayó la necesidad de proteger el acuífero o el sistema acuífero transfronterizo.

5) El proyecto de artículos se inspira en gran medida en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997. Hay quien sostiene que existen diferencias entre las aguas de superficie y las aguas subterráneas. Otros arguyen que la Convención había sido un fracaso porque no había conseguido el número de ratificaciones necesario para entrar en vigor. Es evidente que existen diferencias entre estos dos recursos; no obstante, las similitudes son más numerosas, sobre todo en la manera de gestionarlos. Es cierto que la Convención todavía no ha entrado en vigor[494]; sin embargo, es un convenio marco que goza de una cierta autoridad. La CIJ reconoció esta autoridad al referirse a la Convención en su sentencia relativa al asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*[495]. Muchas disposiciones sustantivas del Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional reproducen casi literalmente las disposiciones de la Convención, y están siendo aplicadas[496]. Así pues, la Convención ofrece una base útil para la codificación de las disposiciones relativas a las aguas subterráneas transfronterizas.

6) Hay un gran número de tratados y otros instrumentos jurídicos que han aportado una útil contribución a los trabajos en curso. Estos instrumentos han sido compilados por la FAO en colaboración con la UNESCO[497], y las partes pertinentes se reproducen en el tercer informe del Relator Especial[498]. Se ha comprobado que casi todos los Estados con fronteras terrestres también comparten aguas subterráneas transfronterizas con sus vecinos. En consecuencia, la mayoría de los Estados están interesados, por uno u otro concepto, en este tema. Está naciendo una importante práctica de los Estados. Además de las valiosas contribuciones de varios Estados, el Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO (PHI) proporciona asesoramiento científico y técnico desde 2003 al Relator Especial y a la Comisión sobre cuestiones relacionadas con la hidrogeología, invitando, coordinando y respaldando las contribuciones de expertos internacionales e instituciones nacionales e internacionales, incluidos los centros sobre recursos de aguas subterráneas, la IAH, la FAO, el PNUMA/Servicio Mundial del Medio Ambiente, la OEA, la UICN, el IGRAC y la CEPE, a todos los cuales el Relator Especial y la Comisión expresan su sincera gratitud.

Parte I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1. Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica:

***a*) a la utilización de los acuíferos y sistemas acuíferos transfronterizos;**

***b*) a otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos; y**

***c*) a las medidas de protección, preservación y gestión de esos acuíferos y sistemas acuíferos.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 indica el marco de aplicación del presente proyecto de artículos. El término «aguas subterráneas» ha sido utilizado constantemente en la Comisión y en la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si bien en el lenguaje corriente es perfectamente apropiado describir una masa de aguas del subsuelo que constituye un todo y puede extraerse para uso humano como «aguas subterráneas», en el presente proyecto de artículos se ha preferido el término técnico «acuífero», que tiene una mayor precisión científica y no deja ninguna ambigüedad, tanto para juristas como para científicos y administradores especializados en las aguas subterráneas. Un acuífero suele estar conectado hidráulicamente con otro u otros acuíferos. En tal caso estos acuíferos deben considerarse un sistema único a efectos de su gestión adecuada, al existir una coherencia hidráulica entre ellos. Esta serie de dos o más acuíferos se denomina «sistema acuífero». En el proyecto de artículos los términos «acuíferos» y «sistema acuífero» aparecen siempre juntos.

2) El mandato conferido a la Comisión consiste en codificar el derecho de los «recursos naturales compartidos». En consecuencia, el presente proyecto de artículos solamente se aplicará a los acuíferos transfronterizos: los acuíferos nacionales están excluidos de su alcance. Los acuíferos nacionales que estén conectados con los cursos de agua internacionales definidos en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se regirán por dicha Convención y no por el presente proyecto de artículos. En cambio, todos los acuíferos transfronterizos se regirán por el presente proyecto de artículos, tanto si están conectados hidráulicamente con cursos de agua internacionales, como si no lo están. Los acuíferos transfronterizos que estén hidráulicamente conectados con cursos de agua internacionales se regirán por la Convención sobre los cursos de agua de 1997, de conformidad con el apartado *a* de su artículo 2, y también por el presente proyecto

---

[494] El párrafo 1 del artículo 36 de la Convención dice lo siguiente: «La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha en que se haya depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el trigésimo quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión». Al 6 de agosto de 2006, habían llegado a ser Partes 14 Estados: Finlandia, Hungría, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Líbano, Namibia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Qatar, República Árabe Siria, Sudáfrica y Suecia.

[495] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*), párr. 85.

[496] Entrada en vigor: 22 de septiembre de 2003. Partes y/o signatarios: Angola, Botswana, Congo, Lesotho, Malawi, Mauricio, Mozambique, Namibia, Seychelles, Sudáfrica, Swazilandia, Tanzanía, Zambia y Zimbabwe.

[497] S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in international law. Compilation of treaties and other legal instruments*, Roma, FAO/UNESCO, 2005.

[498] Véase la nota 492 *supra*.

de artículos. La doble aplicación de las disposiciones de estos dos regímenes jurídicos a los acuíferos no debería causar, en principio, ningún problema, ya que no se espera que estos regímenes jurídicos entren en conflicto. No obstante, si hubiera conflicto entre ellos sería necesario analizar la situación. Sin embargo, a fin de no prejuzgar la forma final del proyecto de artículos, la cuestión de la relación entre la Convención sobre los cursos de agua de 1997 y el presente proyecto de artículos no se abordará por el momento.

3) El proyecto de artículo 1 distingue, en sus apartados *a* a *c*, tres categorías diferentes de actividades que deben regularse por las disposiciones del proyecto de artículos. Las actividades reguladas por el artículo 1 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación son: *a*) los usos de los recursos, y *b*) las medidas de protección, preservación y ordenación relacionadas con los usos de esos recursos. En lo esencial estas son las mismas actividades a que se refieren los párrafos *a* y *c* de este proyecto de artículo.

4) En el apartado *a* se ha optado por el término «utilización» en vez de «usos» porque la «utilización» incluye las modalidades de los usos. Cabe observar que en la Convención sobre los cursos de agua de 1997 se emplea la expresión «cursos de agua internacionales y de sus aguas» para indicar que los artículos se aplican tanto al curso de agua mismo (canal o sistema de aguas de superficie y aguas subterráneas) como a sus aguas, en la medida en que pueda haber alguna diferencia entre ambos. Esta consideración no es necesaria en el presente párrafo porque la definición de «acuífero» del proyecto de artículo 2 deja en claro que el acuífero consiste a la vez en la formación geológica y en las aguas contenidas en ella.

5) Respecto de la versión inglesa del apartado *c*, se consideró que la fórmula *measures for protection*, era más adecuada que *measures of protection*, de la disposición correspondiente de la Convención sobre los cursos de agua de 1997. Además, la fórmula «relacionadas con los usos de» de la Convención se suprimió para ampliar el alcance del presente proyecto de artículos. Con el término «medidas» se pretende abarcar no sólo las medidas adoptadas para combatir la degradación de los acuíferos sino también las diversas formas de cooperación, institucionalizadas o no, respecto de la utilización, el aprovechamiento, la conservación y la gestión de los acuíferos transfronterizos.

6) Además de estas dos categorías de actividades, el apartado *b* menciona otra categoría, la de «[o]tras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos y sistemas acuíferos». En el caso de los acuíferos, sería necesario regular actividades que no entrañan su utilización, a fin de gestionarlos adecuadamente. Estas actividades son las que se realizan por encima de los acuíferos, o en torno a ellos, y causan algunos efectos desfavorables en los mismos. Por ejemplo, las explotaciones agrícolas que utilizan fertilizantes químicos y plaguicidas pueden contaminar las aguas del acuífero. La construcción de líneas subterráneas puede destruir la formación geológica o alterar el proceso de recarga o descarga. Como es lógico, tiene que haber un vínculo causal entre las actividades y sus efectos. El término «impacto» se utiliza con frecuencia para expresar esos efectos desfavorables o negativos en el medio ambiente, como en la fórmula «evaluación de impacto».

7) El término «impacto» es de mayor alcance que «daño» o «perjuicio», que son conceptos más específicos. De por sí, el término «impacto» no revela el carácter positivo o negativo del efecto; sin embargo, puede entenderse que tiene una connotación negativa si el contexto en el que se utiliza es negativo, como ocurre en el apartado *b*. En consecuencia, en el apartado *b* se entiende por «impacto» un efecto desfavorable fuerte o potente, o sustancial por otro concepto, aunque en el presente texto no se define el umbral de dicho efecto. La determinación del umbral se deja para los proyectos de artículo sustantivos posteriores, como los proyectos de artículo 6 y 10. El impacto sobre los acuíferos incluye el deterioro de la calidad del agua, la reducción de la cantidad del agua y un cambio desfavorable en el funcionamiento del acuífero. La evaluación de la existencia de un «impacto», así como del tipo y el alcance del mismo, debe basarse en medidas determinadas antes del impacto y en su comparación con las mediciones efectuadas después del impacto. Las medidas determinadas antes del impacto sirven de línea de base o de nivel de referencia para la comparación con las mediciones subsiguientes.

Artículo 2. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

***a*) por «acuífero» se entenderá una formación geológica subterránea permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación;**

***b*) por «sistema acuífero» se entenderá una serie de dos o más acuíferos que estén conectados hidráulicamente;**

***c*) por «acuífero transfronterizo» o «sistema acuífero transfronterizo» se entenderá, respectivamente, un acuífero o sistema acuífero, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;**

***d*) por «Estado del acuífero» se entenderá un Estado en cuyo territorio se encuentre parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo;**

***e*) por «acuífero recargable» se entenderá un acuífero que recibe un volumen significativo de recarga hídrica contemporánea;**

***f*) por «zona de recarga» se entenderá la zona que contribuye agua a un acuífero, consistente en el área de captación del agua pluvial y el área por la que esa agua fluye hasta un acuífero por escurrimiento sobre el terreno e infiltración a través del suelo;**

***g*) por «zona de descarga» se entenderá la zona por la que el agua procedente de un acuífero fluye hasta sus puntos de salida, tales como un curso de agua, lago, oasis, humedal u océano.**

Comentario

1) Los tratados existentes y otros instrumentos jurídicos internacionales[499] contienen varias definiciones de acuífero y aguas subterráneas, pero no son lo suficientemente precisas para los fines del presente proyecto de artículos. La definición del apartado *a* ofrece una descripción precisa de los dos elementos que componen un acuífero. Uno es la formación geológica subterránea que funciona como depósito de las aguas y el otro son las aguas almacenadas en él, que pueden extraerse.

2) El petróleo y el gas natural están almacenados en formaciones geológicas similares. La expresión «portadora de agua» se ha empleado para indicar que el proyecto de artículos no se refiere al petróleo ni al gas natural. En este contexto «portadora de agua» no quiere decir «capaz de almacenar agua», sino que se emplea para indicar que la formación contiene actualmente agua. La formación portadora de agua comprende tanto las partes saturadas como las no saturadas. En otros términos, la expresión «portadora de agua» es de mayor alcance que «saturada». El adjetivo «subterránea» significa que los acuíferos se encuentran en el subsuelo. Una formación geológica se compone de materiales naturales, consolidados o no, tales como roca, grava y arena. Todos los acuíferos están sustentados en una capa menos permeable que hace las veces, por así decir, de fondo del envase. Algunos acuíferos también tienen capas menos permeables por encima. Las aguas almacenadas en estos acuíferos se denominan aguas subterráneas «confinadas», por cuanto no están sujetas solamente a la presión atmosférica.

3) La definición de las aguas de un acuífero se limita a las almacenadas en la zona saturada de la formación geológica, puesto que sólo estas pueden extraerse. Las aguas situadas por encima de la zona saturada de la formación geológica, como también las de zonas subterráneas situadas fuera del acuífero, se mantienen en poros y mezcladas con aire y en forma de vapor, y no pueden extraerse. Son como el aceite de esquistos. Teóricamente es desde luego posible separar estas aguas del aire y del suelo, pero ni la técnica ni la economía permiten hacerlo, de momento. Se ha preguntado si el proyecto de artículos debería aplicarse también a las formaciones que contienen solamente cantidades mínimas de agua. Si bien es evidente que a los Estados no les interesa un acuífero que no les sea de utilidad, no es posible definir un criterio absoluto en este sentido.

4) Un «sistema acuífero» se compone de dos o más acuíferos que están hidráulicamente conectados entre sí. Estos acuíferos no pertenecen sólo a las mismas formaciones geológicas, sino que también pueden ser de formaciones geológicas distintas. Además, la conexión hidráulica de los acuíferos puede ser vertical y horizontal. Por «conexión hidráulica» se entiende una relación física entre dos o más acuíferos que permite que un acuífero transmita una cierta cantidad de agua a otros acuíferos, y viceversa. La cantidad de agua que puede transmitirse es importante, ya que con una cantidad insignificante o mínima no puede hablarse de una verdadera conexión hidráulica. El criterio para determinar si una cantidad es importante tiene que ver directamente con el potencial del acuífero transmisor de surtir efecto en la cantidad y la calidad de las aguas de los acuíferos receptores. No es posible formular criterios generales o absolutos al respecto. En cada caso hay que decidir si estos acuíferos deben considerarse un sistema, con miras a su gestión adecuada.

5) El apartado *c* define los términos «acuífero transfronterizo» y «sistema acuífero transfronterizo» que se utilizan en el proyecto de artículo 1, relativo al ámbito de aplicación, y en otros muchos proyectos de artículo. La palabra clave de este párrafo es el adjetivo «transfronterizo». El párrafo dispone que, para que un acuífero o sistema acuífero pueda considerarse «transfronterizo», partes del acuífero o del sistema acuífero de que se trata han de encontrarse en Estados distintos. El que partes de un acuífero o sistema acuífero estén situados en Estados distintos depende de factores físicos. En el caso de las aguas de superficie, la existencia de estos factores puede demostrarse fácilmente mediante la simple observación de ríos y lagos. En el caso de las aguas subterráneas la determinación de la existencia de acuíferos transfronterizos que dependen de la jurisdicción

---

[499] Párrafo 11 del artículo 2 de la directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas:

«[Se entenderá por] "acuífero": una o más capas subterráneas de roca o de otros estratos geológicos que tienen la suficiente porosidad y permeabilidad para permitir ya sea un flujo significativo de aguas subterráneas o la extracción de cantidades significativas de aguas subterráneas» (Diario Oficial de la Unión Europea, n.º L 327, de 22 de diciembre de 2000, pág. 6).

Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, informe y recomendaciones del Grupo de comisionados acerca de la tercera serie de reclamaciones «F4»: «"Acuífero": formación geológica natural portadora de agua que se encuentra debajo de la superficie de la tierra» (S/AC.26/2003/31, glosario).

Párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo tipo de Bellagio relativo a la utilización de aguas subterráneas transfronterizas, de 1989: «Se entiende por "acuífero" una formación geológica subterránea que contiene agua, de la que pueden extraerse cantidades significativas» (Burchi y Mechlem, op. cit. (nota 497 *supra*), pág. 537).

Párrafo 2 del artículo 3 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos, de 2004: «Se entiende por "acuífero" una o más capas subterráneas de estratos geológicos que tienen la suficiente porosidad y permeabilidad para permitir un flujo de cantidades utilizables de aguas subterráneas, o la extracción de cantidades utilizables de aguas subterráneas» (*Report of the Seventy-First Conference* (véase la nota 331 *supra*), pág. 9).

Párrafo 2 *a* del artículo 1 de la directiva 80/68/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas (*Official Journal/Journal officiel*, n.º L 20, de 26 de enero de 1980, pág. 43); artículo 2 a de la directiva 91/676/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación provocada por nitratos de origen agrícola (*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 375, pág. 6); párrafo 3 del artículo 2 del Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, y párrafo 2 del artículo 2 de la directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas: «[Se entenderá por] "aguas subterráneas": todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo».

Párrafo 11 del artículo 3 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos: «Se entenderá por "aguas subterráneas" las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en una zona saturada y en contacto directo con el suelo o el subsuelo».

de un Estado en particular precisa de métodos más sofisticados, basados en las perforaciones y en tecnologías científicas tales como los isótopos radiactivos para definir los límites externos de los acuíferos.

6) El apartado *d* define el término «Estado del acuífero», que aparece en todo el proyecto de artículos. Una vez se ha demostrado que una parte del acuífero o sistema acuífero transfronterizo está situada en el territorio sometido a la jurisdicción de un Estado en particular, de conformidad con los métodos mencionados en el párrafo 5 *supra*, se considera que este Estado es un Estado del acuífero a los efectos del proyecto de artículos.

7) La definición de «acuífero recargable» del apartado *e* es necesaria porque las normas que se apliquen al «acuífero recargable» no serán las mismas que las aplicadas al «acuífero no recargable». Las aguas de un acuífero recargable son recursos renovables, mientras que las de un acuífero no recargable son recursos no renovables. A los efectos de la gestión de los acuíferos, los acuíferos «no recargables» son aquellos que reciben una recarga «no significativa» de agua «contemporáneamente». El término «no significativa» califica la transmisión de una determinada cantidad de agua. El que la cantidad no sea significativa dependerá de las características propias del acuífero receptor, como el volumen de agua en el acuífero, el volumen de agua descargada del acuífero (natural y artificialmente), el volumen de agua que recarga el acuífero, el ritmo al que se produce la recarga, etc.

8) A efectos prácticos el término «contemporánea» abarca aproximadamente un siglo, (50 años en el pasado y 50 en el futuro). Los científicos suelen clasificar como acuíferos no recargables los situados en una zona árida con un volumen anual de precipitaciones inferior a 200 mm. Es posible determinar si un acuífero en particular ha recibido una recarga de agua durante los últimos 50 años aproximadamente, mediante la utilización de isótopos radiactivos. Estos isótopos son el cesio y el tritio procedentes de los ensayos de armas nucleares con un máximo de inyección en 1963/1964, y el krypton derivado de la emisión continua de la industria nuclear desde mediados de los años cincuenta. Los isótopos han estado flotando en la atmósfera durante los últimos 50 años y pueden detectarse en el acuífero que recibe la recarga de las precipitaciones durante este período.

9) Las definiciones de «zona de recarga» y «zona de descarga», de los apartados *f* y *g*, son necesarias para la aplicación del proyecto de artículo 10. Estas zonas existen en los «acuíferos recargables» y están situadas fuera del acuífero, aunque en conexión hidráulica con el mismo. Una zona de recarga aporta agua a un acuífero y comprende la zona en la que el agua de lluvia se infiltra directamente en el terreno, la zona del escurrimiento de superficie que con el tiempo se infiltra en el suelo y la zona de infiltración subterránea no saturada. La zona de descarga es el área a través de la cual el agua del acuífero fluye hasta sus puntos de salida, que pueden ser un río, lago, océano, oasis o humedal. Esos puntos de salida no forman parte de la zona de descarga propiamente dicha.

Parte II

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 3. Soberanía de los Estados del acuífero

Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo ubicada dentro de su territorio. El Estado del acuífero ejercerá su soberanía de acuerdo con el presente proyecto de artículos.

Comentario

1) La necesidad de hacer una referencia explícita a la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios, en forma de un proyecto de artículo, fue invocada por muchos Estados, en particular por los Estados del acuífero que estiman que los recursos hídricos pertenecen a los Estados en los que están ubicados y están sujetos a la soberanía exclusiva de esos Estados. Ellos señalaron también que debía considerarse que las aguas subterráneas pertenecían a los Estados en los que están ubicadas, como ocurre con el petróleo y el gas. A este respecto se hizo referencia a la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada «Soberanía permanente sobre los recursos naturales». Algunos pensaban que bastaría con referirse a esta resolución en el preámbulo, mientras que otros entendían que esta referencia no sería conveniente para la gestión adecuada de los acuíferos.

2) Un gran número de tratados, otros instrumentos jurídicos e instrumentos que no son jurídicamente vinculantes se refieren a la soberanía de los Estados sobre los recursos ubicados dentro de su territorio[500].

[500] *a*) Tratados que se refieren a este concepto en sus preámbulos: Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985); Acuerdo entre los Estados Unidos y el Canadá sobre la calidad del aire, de 1991 (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1852, n.º 31532, pág. 79, reproducido en *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), pág. 678); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992); Convenio sobre la Diversidad Biológica (1992), Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994), y Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003).

b) Tratados que mencionan el concepto en sus disposiciones: Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de tratados (1978), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982), Convención para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en la región del Pacífico sur (1986), Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (1995), Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1999), y Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003).

c) Instrumentos internacionales no vinculantes que mencionan el concepto: Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001 (véase la nota 292 *supra*); «Acción concertada en pro del desarrollo económico de los países económicamente poco desarrollados» (resolución 1515 (XV) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1960); «Soberanía permanente sobre los recursos naturales» (resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General (1962)); Declaración de Estocolmo (1972) (véase la nota 312 *supra*); Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de

Básicamente hay dos tipos de formulaciones en la práctica de los Estados con respecto a esta cuestión. Una es la formulación positiva. En algunos casos se aplican condiciones limitativas al ejercicio de este derecho soberano, como por ejemplo: «los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos de conformidad con sus políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de su jurisdicción nacional»[501]. El otro tipo es la cláusula de salvaguardia o de descargo de responsabilidad, como por ejemplo «Ninguna de las disposiciones de la presente Convención afectará al derecho soberano de los Estados de explotar, aprovechar y administrar sus propios recursos naturales»[502].

3) El proyecto de artículo 3 ha adoptado el tipo positivo y constituye un texto adecuadamente equilibrado. Las dos frases del proyecto de artículo son necesarias para mantener este equilibro. En lo esencial, cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre el acuífero transfronterizo o sistema acuífero en la medida en que esté ubicado en su territorio. Se entiende también que el presente proyecto de artículos no abarca todos los límites impuestos por el derecho internacional al ejercicio de la soberanía. Por consiguiente el proyecto de artículos deberá interpretarse y aplicarse en el contexto del derecho internacional general.

Artículo 4. Utilización equitativa y razonable

Los Estados del acuífero utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo con arreglo al principio de la utilización equitativa y razonable, como sigue:

***a*) utilizarán el acuífero o sistema acuífero transfronterizo de una manera compatible con la distribución equitativa y razonable de los beneficios obtenidos entre los Estados del acuífero de que se trate;**

***b*) tratarán de elevar al máximo los beneficios a largo plazo derivados del uso del agua contenida en él;**

***c*) elaborarán, individual o conjuntamente, un plan general de aprovechamiento, teniendo en cuenta las necesidades presentes y futuras, así como las fuentes alternativas de agua, de los Estados del acuífero; y**

***d*) no utilizarán un acuífero o sistema acuífero transfronterizo recargable hasta un grado que impida la continuación de su funcionamiento efectivo.**

Comentario

1) Los acuíferos transfronterizos son recursos naturales compartidos. La utilización del acuífero puede dividirse en dos categorías, puesto que el acuífero se compone de la formación geológica y las aguas que contiene. El uso de las aguas es el más corriente, principalmente para beber y como contribución a la vida humana por otros medios, como el saneamiento, el riego y la industria. La utilización de la formación geológica es poco frecuente. Un ejemplo típico es la recarga artificial que se está efectuando en el Sistema Acuífero Francoginebrino, para la cual se utilizan las aguas del río Arve. La función del acuífero representa un tratamiento del agua a un costo inferior al que resultaría de la construcción de una instalación de tratamiento del agua, y además se produce agua de alta calidad.

2) El principio básico aplicable a la utilización de los recursos naturales compartidos es que sea equitativa y razonable. Este principio está enunciado en muchos instrumentos jurídicos, como los tratados que regulan el agua y las convenciones sobre la pesca en alta mar. Aunque el concepto de utilización equitativa no es el mismo que el de utilización razonable, están estrechamente interrelacionados y a menudo combinados en diversos regímenes jurídicos[503]. En el párrafo de encabezamiento del proyecto de artículo 4 se enuncia este principio y en los distintos apartados se explica su significado.

3) El apartado *a* explica que la utilización equitativa y razonable del acuífero transfronterizo ha de dar lugar a una distribución equitativa de los beneficios que se deriven de esta utilización entre los Estados que compartan el acuífero. Queda entendido que «equitativo» no es sinónimo de «igual».

4) Los apartados *b* a *d* se refieren principalmente a la utilización razonable. En varios regímenes jurídicos relativos a los recursos naturales renovables, por «utilización razonable» se entiende a menudo la «utilización sostenible» o la «utilización óptima». Existe una definición científica bien establecida de esta doctrina: se trata de tomar, sobre la base de los datos científicos más fidedignos de que dispongan los Estados interesados, medidas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible[504]. En términos llanos, deben adoptarse medidas para mantener los recursos en perpetuidad. En el caso de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, se trataba de las aguas renovables que reciben una recarga sustancial; por consiguiente, la utilización sostenible

1974); Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de1986), y Declaración de Río (1992) (véase la nota 301 *supra*).

d) Otros tratados que tienen que ver con este tema: Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (1985, no está en vigor).

[Tratados que mencionan el concepto del derecho de los pueblos sobre los recursos naturales.]

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

[501] Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003), preámbulo.

[502] Convención para la protección de los recursos naturales y del medio ambiente en la región del Pacífico sur (1986), art. 4, párr. 6.

[503] Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997.

[504] Véase el artículo 119 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

era plenamente aplicable. En el caso de los acuíferos la situación es totalmente distinta. En los acuíferos que no se recargan las aguas no son renovables. Toda explotación de este recurso conduce al agotamiento. Si bien las aguas de los acuíferos que pueden recargarse son renovables, la cantidad de las aguas de recarga suele ser muy reducida en comparación con el copioso volumen de agua almacenado en el acuífero durante miles de años. Limitar la explotación de las aguas a la cantidad de la recarga equivaldría a prohibir incluso la utilización de los acuíferos que se recargan.

5) Los apartados *b* y *c* se aplican a los recursos tanto renovables como no renovables del acuífero (recargable y no recargable). El concepto de «sostenibilidad» no puede emplearse explícitamente en el caso del acuífero. Por ello se ha adaptado, en cambio, el concepto de «elevar al máximo los beneficios a largo plazo». La frase «elevar al máximo los beneficios a largo plazo» se refiere al acto de mantener ciertos beneficios durante un largo período, en el entendido de que esa utilización no puede prolongarse indefinidamente. Hay que evitar el despilfarro, y los beneficios se podrán compartir mejor entre las generaciones. Sin embargo, las disposiciones no mencionan la obligación de mantener el recurso de aguas subterráneas o el volumen de las aguas en el acuífero por encima de un determinado nivel mínimo, sino que más bien se trata de decidir conscientemente lo que constituye un beneficio, qué beneficios son deseables y cuántos beneficios deben aprovecharse y durante cuánto tiempo. Estas decisiones incumben por entero a los Estados del acuífero interesados. Para elevar al máximo los beneficios a largo plazo es indispensable disponer de un plan general de utilización. Por consiguiente los Estados deben establecer un plan adecuado, de preferencia juntamente con los otros Estados interesados, sobre la base de la vida prevista del acuífero. No obstante, la fórmula «individual o conjuntamente» se añadió para hacer ver la importancia de disponer de un plan general previo, teniendo bien en cuenta que este plan no ha de ser necesariamente el resultado de una acción concertada de los Estados del acuífero interesados. En determinados supuestos, cabe considerar un agotamiento controlado y planeado.

6) En el caso de los acuíferos recargables conviene planear un período de utilización mucho más prolongado que en el de los acuíferos no recargables. Sin embargo, no es necesario limitar el nivel de utilización al nivel de recarga. El apartado *d* prevé que cualquier utilización de un acuífero de este tipo no debe destruir permanentemente su capacidad de funcionar como acuífero.

7) El párrafo 2 del artículo 5 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, que es la disposición comparable, establece otro principio de participación equitativa y razonable[505] de los Estados del curso de agua, que incluye tanto el derecho a utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento. En el texto presente este principio no se ha incluido, porque sirve de base a las disposiciones relativas a la cooperación internacional, que se formulan en posteriores proyectos de artículo[506].

Artículo 5. Factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable

1. La utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con el proyecto de artículo 4 requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, incluyendo entre ellos:

***a*) la población que depende del acuífero o del sistema acuífero en cada Estado del acuífero;**

***b*) las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, presentes y futuras, de los Estados del acuífero involucrados;**

***c*) las características naturales del acuífero o sistema acuífero;**

***d*) la contribución a la formación y recarga del acuífero o sistema acuífero;**

***e*) la utilización actual y potencial del acuífero o sistema acuífero;**

***f*) los efectos que la utilización del acuífero o sistema acuífero en uno de los Estados del acuífero produzca en otros Estados del acuífero involucrados;**

***g*) la existencia de alternativas respecto de una utilización particular actual y proyectada del acuífero o sistema acuífero;**

***h*) el desarrollo, la protección y la conservación del acuífero o sistema acuífero y los costos de las medidas que se hayan de adoptar a tales efectos;**

***i*) la función desempeñada por el acuífero o sistema acuífero en el ecosistema con él relacionado.**

2. El peso que se asigne a cada factor será determinado en función de su importancia con respecto a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo determinado en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de todos esos factores. No obstante, al ponderar las diferentes utilizaciones de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales.

Comentario

1) El proyecto de artículo 5 enumera los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la utilización equitativa y razonable prevista en el proyecto de artículo 4. Entre los «factores» figuran las

[505] Véanse los párrafos 5 y 6 del comentario al artículo 5 del proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación aprobado por la Comisión en su 46.º período de sesiones, en 1997, *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 104.

[506] Proyectos de artículo 7 a 18.

«circunstancias», y los primeros se considerarán en el contexto de las circunstancias que rodeen cada caso. La lista no es exhaustiva ni está en ningún orden particular de prioridad. Las normas sobre la utilización equitativa y razonable son necesariamente de carácter general y flexible y, para aplicarlas adecuadamente, es menester que los Estados del acuífero tengan en cuenta los factores y circunstancias concretos de los recursos, así como la necesidad de los Estados del acuífero. Lo que pueda considerarse una utilización equitativa y razonable en un caso determinado dependerá de la ponderación de todos los factores y circunstancias pertinentes. Este proyecto de artículo reproduce casi literalmente el artículo 6 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997.

2) En el apartado *c* se utiliza la expresión «características naturales», en vez de enumerar los factores de carácter natural de los acuíferos. Esto se debe a que los factores de carácter natural no deben tenerse en cuenta individualmente, sino como características de los acuíferos. Por características naturales se entiende las características físicas que definen y distinguen a un acuífero en particular. Aplicando un enfoque sistémico las características naturales pueden dividirse en tres categorías: variables de insumo, variables de producto y variables de sistema. Las variables de insumo son las relativas a la recarga de las aguas subterráneas procedente de las precipitaciones, los ríos y los lagos. Las variables de producto están relacionadas con la descarga de aguas subterráneas a las fuentes y los ríos. Las variables de sistema tienen que ver con la conductividad (permeabilidad) del acuífero y su capacidad de almacenamiento, que definen el estado del sistema. Se trata de la distribución del agua subterránea y de características del agua tales como la temperatura, la dureza, el pH (acidez y alcalinidad), la electroconductividad y el total de sólidos disueltos. En conjunto, estas tres variables describen las características del acuífero en términos de cantidad, calidad y dinámica. Estas características son las mismas que las indicadas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8, referente al intercambio regular de datos e información.

3) El apartado *g* se refiere a la posibilidad de que haya alternativas disponibles a una utilización particular actual o proyectada de un acuífero. En la práctica, una alternativa tomaría la forma de otra fuente de suministro de agua cuyos factores predominantes serían una viabilidad, unas posibilidades de realización y una relación costo-eficacia comparables a la utilización actual o proyectada del acuífero. Es necesario realizar un análisis de la relación costos-beneficios de cada una de las alternativas. Además de la factibilidad y la sostenibilidad, la viabilidad de las alternativas es importante para el análisis. Por ejemplo, una alternativa sostenible puede considerarse preferible en función de su relación de recarga y descarga del acuífero, pero menos viable que una alternativa de agotamiento controlado.

4) Los apartados *d* e *i* son factores adicionales a los enumerados en la Convención sobre los cursos de agua de 1997. La contribución a la formación y la recarga del acuífero o sistema acuífero del apartado *d* es el tamaño relativo del acuífero en cada Estado del acuífero y la importancia relativa del proceso de recarga en cada Estado en que esté situada la zona de recarga. La función desempeñada por el acuífero en el ecosistema con él relacionado, a que se refiere el apartado *i*, es un factor necesariamente pertinente, en particular para la utilización razonable. Por «función» se entiende la variedad de funciones que cumple un acuífero en un ecosistema relacionado con él. Esta consideración puede ser particularmente pertinente en una región árida. La comunidad científica atribuye diferentes significados al término «ecosistema». La expresión «ecosistema relacionado» debe considerarse juntamente con los «ecosistemas» del proyecto de artículo 9. Esta disposición remite a un ecosistema que depende de los acuíferos o de las aguas subterráneas en ellos almacenadas. Este ecosistema puede existir dentro de los acuíferos, como ocurre con los acuíferos kársticos, depender del funcionamiento de dichos acuíferos para su supervivencia. Asimismo puede haber un ecosistema relacionado fuera de los acuíferos, cuya existencia dependa de un determinado volumen o calidad de las aguas subterráneas de los acuíferos. Por ejemplo, en algunos lagos hay ecosistemas dependientes de los acuíferos. Los lagos pueden poseer un complejo sistema de flujos subterráneos relacionados con ellos. Algunos lagos reciben aportaciones de aguas subterráneas en todo su lecho. Otros acusan pérdidas por infiltración a los acuíferos en todo su lecho. Otros aún reciben aportaciones de aguas subterráneas en parte de sus lechos y acusan pérdidas por infiltración a los acuíferos en otras partes. El descenso de nivel del agua de los lagos de resultas del bombeo del agua subterránea puede afectar a los ecosistemas que son abastecidos por el lago. La reducción de la descarga del agua subterránea al lago afecta en grado considerable al insumo de productos químicos disueltos, que puede ser la fuente principal de abastecimiento del lago, aun en caso de que esta descarga sea un componente reducido del balance hídrico del lago y pueda alterar importantes elementos constituyentes de éste, como los nutrientes y el oxígeno disuelto.

5) El texto de las dos primeras frases del párrafo 2 se redactó durante la fase final de las negociaciones de la Convención sobre los cursos de agua de 1997. Este texto aclara que han de considerarse todos los factores pertinentes, y que la conclusión debe basarse en todos ellos. Sin embargo, no es menos cierto que la ponderación atribuida a los factores individuales, así como su pertinencia, varían según las circunstancias. Merecen una consideración especial las aguas potables y otros elementos esenciales para las necesidades humanas. La referencia en la última frase del párrafo 2, según la cual debe prestarse especial atención a las necesidades humanas vitales, trata de tener en cuenta esa consideración. Un acuífero puede prestarse a muchas utilizaciones distintas del agua, especialmente en las regiones áridas y semiáridas en las que el acuífero sea la única fuente de agua. El agua se utiliza para beber y para la agricultura, la industria, las necesidades humanas domésticas y el apoyo al ecosistema terrestre y acuático. Cuando surja un conflicto sobre tipos diferentes de utilización, deberá resolverse de conformidad con el principio de la utilización equitativa. Para ello deberá tenerse especialmente en cuenta el requisito de las «necesidades humanas vitales». Durante la redacción de la Convención sobre los cursos de agua de 1997, el Presidente del Grupo de Trabajo Plenario tomó nota de que había quedado entendido que, para determinar esas necesidades, había

que «prestar especial atención al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de impedir la hambruna»[507]. Esta declaración parece más precisa y estricta que otras definiciones[508].

Artículo 6. Obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero

1. Al utilizar un acuífero o sistema acuífero transfronterizo en sus territorios, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a otros Estados del acuífero.

2. Al emprender actividades diferentes de la utilización de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo que tengan o puedan tener un impacto en ese acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause daño sensible a través de este acuífero o sistema acuífero a otros Estados del acuífero.

3. Cuando no obstante se cause daño sensible a otro Estado del acuífero, los Estados del acuífero cuyas actividades causen tal daño deberán adoptar, en consulta con el Estado afectado, todas las medidas apropiadas para eliminar o mitigar ese daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de artículo 4 y 5.

Comentario

1) El proyecto de artículo 6 trata de otra obligación básica de los Estados del acuífero, consistente en no causar daño a otros Estados del acuífero. Se regulan las cuestiones relativas al daño sensible resultante de la utilización y al daño sensible derivado de actividades que no sean la utilización, como las contempladas en el proyecto de artículo 1, así como otras cuestiones referentes a la eliminación y mitigación del daño sensible que se produzca a pesar de haber empleado la debida diligencia para impedir o mitigar este daño.

2) *Sic utere tuo ut alienum non laedas* (usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno) es un principio arraigado de responsabilidad internacional. La obligación enunciada en este proyecto de artículo es la de «adoptar todas las medidas apropiadas»: en sustancia es la misma que la de la «debida diligencia». La sustitución de «la debida diligencia» por «todas las medidas apropiadas» se decidió en la última fase negociadora de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997. Es una obligación de comportamiento, y no de resultado. Un Estado del acuífero sólo incumplirá esta obligación cuando cause de modo intencional o por negligencia el daño que deba prevenirse, o cuando, de modo intencional o por negligencia, no haya prevenido que terceros en su territorio causen este daño o se abstenga de ponerle fin. En el texto del párrafo 1 está implícito que el daño se causa a otros Estados a través de los acuíferos transfronterizos. El párrafo 2 deja bien claro que el proyecto de artículos sólo se aplica al daño causado a otros Estados «a través de este acuífero o sistema acuífero».

3) El umbral del «daño sensible» para recursos naturales tan frágiles como los acuíferos sigue siendo objeto de debate. Está muy extendida la opinión de que es menester un umbral más bajo que el del daño «sensible» para los acuíferos, que son más frágiles y, cuando han resultado contaminados, necesitan más tiempo para descontaminarse que los ríos de superficie. La Comisión estudió ampliamente la cuestión del umbral en sus anteriores trabajos de codificación relativos a la Convención sobre los cursos de agua de 1997 y a la «Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas», en el marco del tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», y ha determinado su posición respecto del umbral de «daño sensible».

4) Durante la elaboración del proyecto de convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, el Presidente del Grupo de Trabajo Plenario tomó nota de las declaraciones interpretativas sobre los textos de la Convención. Respecto del término «sensible», el acuerdo al que se llegó fue el siguiente: el término «sensible» no se emplea en este artículo ni en ninguna otra disposición de la presente Convención en el sentido de «considerable». Lo que hay que evitar son los acuerdos localizados o los acuerdos relativos a un proyecto, programa o uso particular, que afecten desfavorablemente de un modo sensible a terceros Estados del curso de agua. Aunque tal efecto se ha de poder constatar mediante pruebas objetivas y no debe ser por naturaleza insignificante, no es necesario que llegue a ser considerable[509]. El umbral del «daño sensible» es un concepto flexible y relativo y puede también servir para los acuíferos. Incluso cuando un acuífero está contaminado por una pequeña cantidad de contaminante, el daño sufrido podrá considerarse sensible si la contaminación tiene efectos duraderos, mientras que la contaminación de un curso de agua por la misma cantidad de contaminante quizás no se considere sensible.

5) Este artículo tiene principalmente por objeto regular las actividades realizadas por un Estado en su propio territorio. El supuesto en que un Estado del acuífero causa daño a otro Estado a través de un acuífero al realizar actividades fuera de su territorio se considera poco probable, aunque no queda excluido.

6) El párrafo 3 trata de la eventualidad de que se produzca un daño sensible aunque se tomen todas las medidas del caso. La referencia a «actividades» del párrafo 3 comprende tanto la «utilización» como las «actividades diferentes» a que se refieren los párrafos 1 y 2, respectivamente. Esto es posible porque con las actividades se

[507] A/51/869, párr. 8.

[508] Por «necesidades humanas vitales» se entiende las aguas utilizadas para la inmediata supervivencia de los seres humanos, incluidas las aguas potables, de cocina y de higiene, así como el agua necesaria para la subsistencia del hogar (véase el párrafo 20 del artículo 3 de las Normas de Berlín de la Asociación de Derecho Internacional sobre los recursos hídricos, *Report of the Seventy-First Conference* (nota 331 *supra*)).

[509] Véase A/51/869.

corre el riesgo de causar daños, y este riesgo no puede eliminarse. No se ha incluido la referencia a la cuestión de la indemnización que figura en el correspondiente artículo de la Convención sobre los cursos de agua de 1997. La Comisión decidió que en este proyecto de artículos no se trataría de la cuestión de la indemnización en circunstancias en que sobrevenga un daño a pesar de las medidas adoptadas para evitarlo. Esta cuestión es objeto de otras normas de derecho internacional, incluido el proyecto de principios sobre la responsabilidad, y no requiere un tratamiento especializado con respecto a los acuíferos transfronterizos.

Artículo 7. Obligación general de cooperar

1. Los Estados del acuífero cooperarán sobre la base de la igualdad soberana, la integridad territorial, el desarrollo sostenible, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo.

2. A los fines del párrafo 1, los Estados del acuífero procurarán establecer mecanismos conjuntos de cooperación.

Comentario

1) El proyecto de artículo 7 enuncia el principio de la obligación general de los Estados del acuífero de cooperar entre sí, y los procedimientos de esta cooperación. La cooperación entre los Estados del acuífero es un requisito previo para el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en todo el proyecto de articulado. La importancia de la obligación de cooperar se indica en el principio 24 de la Declaración de Estocolmo, de 1972[510]. La importancia de esta obligación en el presente contexto fue confirmada en el Plan de Acción del Mar del Plata, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua de 1977[511] y en el capítulo 18 del Programa 21, relativo a la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce y a la aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de 1992[512]. Muchos y muy variados instrumentos internacionales sobre las aguas superficiales y subterráneas exigen la cooperación entre las partes para la protección, preservación y ordenación de los acuíferos transfronterizos[513].

2) El párrafo 1 sienta las bases y los objetivos de la cooperación y reproduce aproximadamente el texto del artículo 8 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Algunos miembros de la Comisión todavía dudan si no sería preferible que los principios de «igualdad soberana» e «integridad territorial» se recogiesen en otro lugar del proyecto de artículos, y no en el texto relativo a la cooperación. El principio de «desarrollo sostenible» se ha incluido como principio general a tener en cuenta, y con carácter adicional al texto de la Convención sobre los cursos de agua de 1997. El término «desarrollo sostenible» plasma el principio general del desarrollo sostenible y debe distinguirse del concepto de «utilización sostenible»[514].

3) El párrafo 2 prevé el establecimiento de «mecanismos conjuntos de cooperación», o sea medios mutuamente aceptables de adopción de decisiones entre los Estados del acuífero. En la práctica esto significa que los Estados del acuífero interesados han de establecer una comisión, autoridad o cualquier otra institución con una finalidad específica. La competencia de este organismo debería ser determinada por los Estados del acuífero interesados. La creación de este mecanismo tiene por finalidad cooperar en la adopción de decisiones, coordinar las actividades y evitar, en la medida de lo posible, los litigios entre los Estados del acuífero.

4) Europa tiene una larga tradición de comisiones fluviales internacionales, como la Comisión Internacional para la Protección del Rin, la Comisión del Mosa, la Comisión del Danubio, etc. En el marco de estas comisiones, o en estrecha cooperación con ellas, funcionan comisiones bilaterales transfronterizas, como la Comisión Permanente Transfronteriza Neerlandesa-Alemana sobre el Agua. Las actuales comisiones se ocupan principalmente de las aguas superficiales. La directiva marco 2000/60/CE de la Unión Europea[515] se aplica principalmente mediante comisiones de demarcación y seguimiento. En el futuro estas comisiones serán responsables también de la gestión de los acuíferos transfronterizos[516]. Se espera que en otras partes del mundo organizaciones regionales análogas contribuyan al establecimiento de mecanismos conjuntos similares[517]. Cabe observar también que hay muchos

---

[510] Véase la nota 312 *supra*.

[511] Véase *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.77.II.A.12), parte I, pág. 51 (recomendación 85).

[512] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (véase la nota 301 *supra*).

[513] Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (1985), Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1992), Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1999), Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (1994), Convenio sobre la protección del Rin (1999), Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003), Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos (2003), Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003) y Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del lago Victoria (2003).

[514] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 4.

[515] Véase la nota 499 *supra*.

[516] La directiva marco de la Unión Europea en materia de aguas requiere que los Estados miembros establezcan un plan de gestión. Véanse asimismo las directrices 2 y 8 de las Directrices sobre seguimiento y evaluación de aguas subterráneas transfronterizas de la CEPE, Institute for Inland Water Management, *UN/ECE Task Force on Monitoring & Assessment under the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Helsinki. 1992) - Working programme 1996/1999*.

[517] Unión Africana: párrafo 3 del artículo VII (Agua) del Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales, y Comunidad para el Desarrollo del África Meridional: artículo 5 (Marco institucional de aplicación) del Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional.

mecanismos conjuntos establecidos por gobiernos locales de las regiones fronterizas[518].

Artículo 8. Intercambio regular de datos e información

1. De conformidad con el proyecto de artículo 7, los Estados del acuífero intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre la condición del acuífero o sistema acuífero transfronterizo, en particular los de carácter geológico, hidrogeológico, hidrológico, meteorológico y ecológico y los relativos a la hidroquímica del acuífero o sistema acuífero, así como las previsiones correspondientes.

2. En los casos en que la naturaleza y la extensión de algunos acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos no se conozcan suficientemente, los Estados del acuífero harán todo lo posible para reunir y producir, teniendo en cuenta las prácticas y normas existentes, los datos e información más completos con relación a ese acuífero o a esos sistemas acuíferos. Lo harán de manera individual o conjunta, o en los casos pertinentes, con organizaciones internacionales o por su intermedio.

3. El Estado del acuífero al que otro Estado del acuífero pida que proporcione datos e información relativos al acuífero o sistemas acuíferos que no estén fácilmente disponibles hará lo posible para atender esta petición. El Estado al que se formule la solicitud podrá condicionar su cumplimiento a que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación y, cuando proceda, el procesamiento de esos datos o información.

4. Los Estados del acuífero harán todo lo posible, cuando corresponda, para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los otros Estados del acuífero a los que sean comunicados.

Comentario

1) El intercambio regular de datos e informaciones es el primer paso hacia la cooperación entre los Estados del acuífero. El texto del artículo 9 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se ha modificado para atender a las características especiales de los acuíferos. En particular, en vista de la insuficiencia de los descubrimientos científicos acerca de ciertos acuíferos se ha añadido el párrafo 2. Existen varias etapas para el intercambio de datos e información en los diferentes proyectos de artículo. En este proyecto de artículo, los datos y la información se limitan a las condiciones de los acuíferos y comprenden no sólo las estadísticas primarias sino también los resultados de la investigación y el análisis. Los datos y la información relativos a la vigilancia, la utilización de los acuíferos y otras actividades que afectan a los acuíferos y su impacto en éstos son objeto de posteriores proyectos de artículo, en particular los proyectos de artículo 12, 13 y 14.

2) El proyecto de artículo 8 establece los requisitos generales y mínimos para el intercambio, entre los Estados del acuífero, de los datos y las informaciones necesarios para garantizar una utilización equitativa y razonable de los acuíferos transfronterizos. Los Estados del acuífero necesitan datos e información acerca de la condición del acuífero para aplicar el proyecto de artículo 5, según el cual la utilización de manera equitativa y razonable de un acuífero, de conformidad con el proyecto de artículo 4, requiere que se tengan en cuenta «todos los factores pertinentes». Las normas enunciadas en el proyecto de artículo 8 son supletorias. Estas normas se aplican cuando no existe una reglamentación especialmente convenida sobre la materia, y no redundan en perjuicio de la reglamentación establecida por un acuerdo concertado entre los Estados interesados respecto de un acuífero transfronterizo específico. En realidad, es evidentemente necesario que los Estados del acuífero concierten estos acuerdos entre ellos para organizar, entre otras cosas, la compilación e intercambio de datos e información a la luz de las características del acuífero transfronterizo de que se trate.

3) El requisito del párrafo 1 respecto del intercambio regular de datos e información tiene por objeto garantizar que los Estados del acuífero dispongan de los datos necesarios que les permitan cumplir sus obligaciones de conformidad con los proyectos de artículo 4, 5 y 6. Al prescribir el intercambio «regular» de datos e información, el párrafo 1 prevé un proceso continuado y sistemático que se diferencia del suministro *ad hoc* de esta información en lo relativo a las actividades planeadas, según prevé el proyecto de artículo 14. El párrafo 1 exige que los Estados del acuífero intercambien datos e información «que estén fácilmente disponibles». Esta expresión se utiliza para indicar que, a modo de obligación jurídica general, el Estado del acuífero sólo está obligado a proporcionar los datos y la información de que puede disponer fácilmente, por ejemplo, que ha compilado para uso propio o son fácilmente accesibles. En un caso concreto, que los datos y la información están «fácilmente» disponibles dependerá de una evaluación objetiva de factores tales como el esfuerzo y el costo que entrañe la adquisición de estos datos, teniendo en cuenta los recursos humanos, técnicos, financieros y de otro tipo de que disponga el Estado del acuífero al que se han solicitado los datos. Así pues, el término «fácilmente» de los párrafos 1 y 3 es un término técnico cuyo significado corresponde aproximadamente a la expresión «teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes» o a la palabra «viable», y no, por ejemplo, a «racionalmente» o «lógicamente»). La importancia del intercambio de datos e información se ha puesto de relieve en una amplia variedad de acuerdos[519].

[518] Comisión Franco-Suiza del Acuífero Ginebrino, establecida por el Cantón de Ginebra y la Prefectura de la Alta Saboya, y Memorando de Acuerdo relativo a la tramitación de las solicitudes sobre derechos de agua (10 de octubre de 1996), Apéndice al Memorando de Entendimiento entre la Columbia Británica y Washington (12 de abril de 1996), Burchi y Mechlem, *op. cit.* (nota 497 *supra*), pág. 230.

[519] Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1992); Programa para la formulación de una estrategia regional de utilización del sistema del acuífero de arenisca nubio (2000); Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos (2003); Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003); Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del

4) En el párrafo 1, las palabras «en particular los de carácter geológico, hidrogeológico, hidrológico, meteorológico y ecológico y los relativos a la hidroquímica del acuífero o sistema acuífero» se refieren a los datos y la información que definen y distinguen las características del acuífero. La «geología» describe la edad, la composición y la estructura de la matriz del acuífero. La «hidrogeología» indica la capacidad del acuífero de almacenar, transmitir y descargar aguas subterráneas. La «hidrología» describe los elementos que no sean las aguas subterráneas del ciclo hídrico, principalmente el volumen efectivo de precipitaciones y las aguas de superficie, que son importantes para la recarga y el régimen del acuífero, el almacenamiento y la descarga. La precipitación efectiva es la parte de la precipitación que entra en los acuíferos; en otros términos, es la precipitación total menos la evaporación, el escurrimiento superficial y la vegetación. La «meteorología» proporciona datos sobre las precipitaciones, la temperatura y la humedad, que son necesarios para calcular la evaporación. La «ecología» proporciona datos sobre las plantas, que son necesarios para calcular la transpiración vegetal. La «hidroquímica» facilita datos sobre la composición química del agua, que son necesarios para definir la calidad del agua. El párrafo 1 dispone que los Estados del acuífero han de intercambiar no sólo datos e información sobre la condición actual del acuífero, sino además las previsiones correspondientes. Estas previsiones se referirían a cuestiones tales como las pautas meteorológicas y los posibles efectos de las mismas en el nivel del agua y los flujos; el volumen de la recarga y la descarga; las condiciones previsibles del hielo; efectos a largo plazo posibles de la utilización actual, y condición o movimiento de los recursos vivos. El requisito del párrafo 1 se aplica incluso en los casos relativamente poco frecuentes en que el Estado del acuífero no utiliza, o no proyecta utilizar, el acuífero transfronterizo.

5) El párrafo 2 dispone que los Estados del acuífero deben tener debidamente en cuenta los elementos de incertidumbre de los acuíferos transfronterizos. Una de las dificultades para establecer una cooperación internacional efectiva a este respecto es la imprecisión de los conocimientos científicos acerca de los acuíferos transfronterizos. Los Estados del acuífero tienen que cooperar entre sí, y con las organizaciones internacionales competentes, para recoger nuevos datos e información y ponerlos a disposición de los otros Estados del acuífero. El concepto de «generación» de datos implica el procesamiento de los datos primarios para convertirlos en información utilizable. El Programa Hidrológico Internacional (PHI) de la UNESCO compila datos e información globales fiables, incluida la localización y las características de los acuíferos, y los pone a disposición de la comunidad de científicos y especialistas en ordenación de los acuíferos.

6) El párrafo 3 se refiere a las solicitudes de datos o información que no están fácilmente disponibles en el Estado al que se solicitan. En tales casos, el Estado requerido tiene que hacer «lo posible» para atender la petición. El mencionado Estado tiene que actuar de buena fe y con ánimo de cooperación, tratando de proporcionar los datos o la información que le pida el Estado del acuífero. Salvo acuerdo en contrario, los Estados del acuífero no están obligados a procesar los datos y la información que han de intercambiarse; sin embargo, según el párrafo 3 del proyecto de artículo 8, han de hacer lo posible para atender la petición. Pero el Estado al que se formule la solicitud podrá condicionar su cumplimiento a que el Estado solicitante pague los costos razonables de la reunión y, cuando proceda, el procesamiento de los datos. La fórmula «cuando proceda» se utiliza para introducir una cierta flexibilidad, que es necesaria por varias razones. En algunos casos, quizás no haga falta procesar los datos y la información para que el otro Estado pueda utilizarlos. En otros casos sí puede ser necesario procesar dichos datos para que otros Estados estén en condiciones de utilizarlos, pero ello puede representar una carga excesiva para el Estado que proporciona los datos.

7) Si se quiere que los datos y la información sean de valor práctico para los Estados del acuífero, han de presentarse en una forma que permita su fácil utilización. Por ello el párrafo 4 dispone que los Estados del acuífero han de hacer «todo lo posible [...] para reunir y procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización» por el otro Estado del acuífero.

Parte III

PROTECCIÓN, PRESERVACIÓN Y GESTIÓN

Artículo 9. Protección y preservación de ecosistemas

Los Estados del acuífero adoptarán todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los ecosistemas que estén situados en sus acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos o dependan de los mismos, incluyendo medidas para garantizar que la calidad y cantidad de agua retenida en el acuífero o sistema acuífero, así como la vertida en las zonas de descarga, sean suficientes para proteger y preservar esos ecosistemas.

Comentario

1) El proyecto de artículo 9 inicia la parte III estableciendo la obligación general de proteger y preservar los ecosistemas que estén ubicados en un acuífero transfronterizo y también los ecosistemas externos que dependan del acuífero, garantizando que la calidad y cantidad de agua vertida en las zonas de descarga sean suficientes. Al igual que el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el artículo 20 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, el proyecto de artículo 9 establece obligaciones tanto de protección como de

Danubio (1994); Acuerdo Tripartito Provisional entre la República de Mozambique, la República de Sudáfrica y el Reino de Swazilandia para la cooperación en la protección y utilización sostenible de los recursos hídricos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo (2002); Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava (2002); Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003); Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del lago Victoria (2003); Protocolo de Enmienda del Acuerdo de 1978 entre los Estados Unidos de América y el Canadá sobre la calidad del agua de los Grandes Lagos, con las modificaciones introducidas en 1983 (firmado en Toledo el 18 de noviembre de 1987, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2185, n.º 18177, pág. 504), y Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas (firmado en Albufeira el 30 de noviembre de 1998, ibíd., vol. 2099, n.º 36496, pág. 314).

preservación. Esas obligaciones están relacionadas con los «ecosistemas» que se encuentren dentro de acuíferos transfronterizos y fuera de ellos.

2) El término «ecosistema» se explica en el párrafo 4 del comentario al proyecto de artículo 5. En general, por «ecosistema» se entiende una unidad ecológica con componentes vivos e inertes que son interdependientes y funcionan como una comunidad. «En un ecosistema, todos los elementos dependen de los demás y nada se desperdicia verdaderamente»[520]. Un impacto externo que afecta a un componente de un ecosistema puede causar reacciones en otros componentes y puede perturbar el equilibrio de todo el ecosistema. Ese «impacto externo» o interferencia puede dañar o destruir la capacidad de un ecosistema para funcionar como sistema del que depende la vida. Las interferencias humanas pueden perturbar irreversiblemente el equilibrio de los ecosistemas de agua dulce, en particular impidiendo que puedan sustentar la vida humana y otras formas de vida. Las interacciones entre los ecosistemas de agua dulce, por un lado, y las actividades del ser humano, por otro, se están volviendo más complejas e incompatibles a medida que avanza el desarrollo socioeconómico. La obligación de proteger y preservar los ecosistemas que se encuentren dentro o fuera de acuíferos transfronterizos trata de solucionar ese problema, que ya es agudo en algunas partes del mundo y es probable que llegue a serlo en otras. Existen ciertas diferencias entre las modalidades de protección y preservación de un ecosistema que se encuentre dentro de un acuífero y las de uno que se encuentre fuera de un acuífero pero dependa del mismo. La calidad y cantidad de agua vertida en las zonas de descarga tiene una gran influencia en los ecosistemas exteriores.

3) La obligación de «proteger» los ecosistemas requiere que los Estados del acuífero eviten todo daño o perjuicio a los mismos. La obligación de «preservar» los ecosistemas se aplica en particular a los ecosistemas de agua dulce que estén en estado impoluto o inmaculado. Requiere que se trate esos ecosistemas de manera que se mantenga su estado natural en la medida de lo posible. Conjuntamente, la protección y la preservación de los ecosistemas acuáticos contribuyen a que sigan siendo viables como sistemas sustentadores de la vida.

4) La obligación de los Estados de adoptar «todas las medidas apropiadas» se limita a la protección de los ecosistemas pertinentes. Esto otorga a los Estados una mayor flexibilidad para el cumplimiento de las obligaciones que les incumben a tenor de esta disposición. Se observó, en particular, que podría haber casos en que el cambio de un ecosistema en cierto modo apreciable podría justificarse por otras consideraciones, como la utilización proyectada del acuífero de conformidad con el proyecto de artículos.

5) En la práctica de los Estados y la labor de las organizaciones internacionales existen abundantes precedentes de la obligación contenida en el proyecto de artículo 9. El Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (1985) prevé la obligación de conservar las especies y ecosistemas y los procesos ecológicos. El Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1992) establece la obligación de «velar por la conservación y, cuando sea necesario, la restauración de los ecosistemas» (art. 2). El Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1999) establece la obligación de «adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar […] la protección efectiva de los recursos hídricos utilizados como fuentes de agua potable, así como de sus ecosistemas hídricos conexos, contra la contaminación resultante de otras causas» (art. 4). El Acuerdo Tripartito Provisional entre la República de Mozambique, la República de Sudáfrica y el Reino de Swazilandia para la cooperación en la protección y utilización sostenible de los recursos hídricos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo (2002) prevé que «las Partes adoptarán, individualmente y, según corresponda, conjuntamente, todas las medidas para proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua del Incomati y el Maputo» (art. 6). El Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del Lago Victoria (2003) establece la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas, individual o conjuntamente y, según corresponda, con la participación de todas las partes interesadas, para proteger, conservar y, cuando proceda, rehabilitar la cuenca y sus ecosistemas.

Artículo 10. Zonas de recarga y descarga

1. Los Estados del acuífero identificarán las zonas de recarga y descarga de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, dentro de esas zonas, adoptarán medidas especiales para reducir al mínimo los impactos perjudiciales de los procesos de recarga y descarga.

2. Todos los Estados en cuyo territorio se encuentre, en todo o en parte, una zona de recarga o descarga y que no sean Estados del acuífero en lo que respecta a ese acuífero o sistema acuífero, cooperarán con los Estados del acuífero para proteger el acuífero o sistema acuífero.

Comentario

1) Los expertos en aguas subterráneas explican la importancia de las medidas que se deben adoptar para proteger y preservar las zonas de recarga y descarga a fin de garantizar el funcionamiento adecuado de un acuífero. Toda perturbación u obstaculización de los procesos de recarga o descarga, por ejemplo construyendo un muro de hormigón en esas zonas, afectará grave y negativamente al acuífero. Según la definición de «acuífero» que figura en el apartado *a* del proyecto de artículo 2, las zonas de recarga o descarga se encuentran fuera del acuífero, así que es necesario elaborar un proyecto de artículo independiente para regularlas. El párrafo 1 establece las obligaciones de los Estados del acuífero en relación con la protección de las zonas de recarga y descarga de sus acuíferos transfronterizos. El cumplimiento de esas obligaciones se efectúa en dos fases. La primera es la obligación de los Estados de identificar las zonas de recarga o descarga de sus acuíferos transfronterizos y la segunda es adoptar medidas especiales para proteger esas zonas a los efectos del funcionamiento racional de los acuíferos.

[520] ENVWA/WP.3/R.7/Rev.1, párr. 9.

2) En lo que concierne a la identificación de las zonas de recarga y descarga, éstas deben estar conectadas hidráulicamente al acuífero de forma directa. Una vez que se hayan identificado las zonas de recarga y descarga, y siempre que se encuentren en el territorio de los Estados del acuífero de que se trate, esos Estados están obligados a adoptar medidas especiales para reducir al mínimo los impactos perjudiciales sobre los procesos de recarga y descarga. Esas medidas son fundamentales para la protección y preservación del acuífero. Es sabido que es vital adoptar todas las medidas apropiadas en las zonas de recarga para evitar que en el acuífero entren sustancias contaminantes. Sin embargo, la obligación de proteger la zona de recarga para impedir la contaminación de los acuíferos se trata en el contexto del proyecto de artículo 11, que se ocupa específicamente de la contaminación.

3) El párrafo 2 versa sobre el supuesto en que las zonas de recarga o descarga de un acuífero transfronterizo particular se encuentran en un Estado distinto de los Estados del acuífero que comparten el acuífero transfronterizo de que se trate. Teniendo en cuenta la importancia del mecanismo de recarga y descarga para el funcionamiento adecuado de los acuíferos, se decidió incluir la obligación que incumbe a todos los Estados en cuyo territorio se encuentre una zona de recarga o descarga de cooperar con los Estados del acuífero para protegerlo. A ese respecto, cabe recordar que los Estados del acuífero están sujetos a la obligación general de cooperar enunciada en el proyecto de artículo 7.

Artículo 11. Prevención, reducción y control de la contaminación

Los Estados del acuífero, individual y, cuando corresponda, conjuntamente, prevendrán, reducirán y controlarán la contaminación de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo, inclusive en el proceso de recarga, que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero. En vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y su vulnerabilidad a la contaminación, los Estados del acuífero adoptarán un criterio de precaución.

Comentario

1) El proyecto de artículo 11 establece la obligación general que atañe a los Estados del acuífero de prevenir, reducir y controlar la contaminación de su acuífero transfronterizo que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero. Ese daño es el causado a otros Estados del acuífero por el acuífero transfronterizo y su medio ambiente conexo. El problema que se trata de solucionar en este proyecto de artículo es la calidad del agua del acuífero. Esa disposición es una aplicación específica de los principios generales enunciados en los proyectos de artículo 4 y 6.

2) Algunos acuíferos transfronterizos ya están contaminados en grados diferentes, mientras que otros no. En vista de esa situación, en el proyecto de artículo 11 se emplea la fórmula «prevenir, reducir y controlar» en relación con la contaminación. Esa expresión se utiliza en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, en relación con la contaminación marina, y en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997. La situación en el medio ambiente marino y en los cursos de agua internacionales es similar. La obligación de «prevenir» se refiere a la nueva contaminación, mientras que las obligaciones de «reducir» y «controlar» se refieren a la contaminación existente. Al igual que la obligación de «proteger» los ecosistemas de conformidad con el proyecto de artículo 9, la obligación de «preven[ir] […] la contaminación […] que pueda causar daño sensible» comprende el deber de ejercer la debida diligencia para prevenir la amenaza de ese daño. Esa obligación se expresa mediante las palabras «pueda causar». La obligación de que los Estados del acuífero «reduzcan y controlen» la contaminación existente refleja la práctica de los Estados. En algunos casos, la obligación de disminuir inmediatamente la contaminación existente que cause ese daño podría producir dificultades indebidas, en especial si el detrimento para el Estado del acuífero en el que se origine la contaminación es manifiestamente desproporcionado en comparación con el beneficio que obtendría el Estado del acuífero que sufre el daño. Por otro lado, si el Estado del acuífero en el que se origina la contaminación no ejerce la debida diligencia para reducir la contaminación a niveles aceptables, el Estado afectado tendría derecho a reclamar que aquel Estado no ha cumplido su obligación al respecto. Como se indica en el párrafo 2 del comentario al proyecto de artículo 10, se agregó a este proyecto de artículo una referencia específica al proceso de recarga.

3) Este proyecto de artículo requiere que las medidas en cuestión se adopten «individual o conjuntamente». La obligación de adoptar medidas conjuntas se deriva de ciertas obligaciones generales que figuran en el proyecto de artículo 7, en particular en su párrafo 2.

4) Las obligaciones de prevención, reducción y control se aplican a la contaminación «que pueda causar daño sensible a otros Estados del acuífero». El presente artículo no se aplica a la contaminación inferior a ese umbral pero, en función de las circunstancias, podría ser de aplicación el proyecto de artículo 9.

5) La última frase del presente artículo obliga a los Estados del acuífero a adoptar un criterio de precaución en vista de la incertidumbre acerca de la naturaleza y la extensión de algunos acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y su vulnerabilidad a la contaminación. Los expertos en aguas subterráneas destacan la fragilidad de un acuífero o sistema acuífero transfronterizo. También destacan que, una vez que los acuíferos están contaminados, es muy difícil eliminar los agentes contaminantes y la contaminación puede ser irreversible en muchos casos. Esas fragilidades y las incertidumbres científicas de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos obligan a emplear un criterio de precaución.

6) Algunos miembros de la Comisión propusieron que se formulara un proyecto de artículo independiente sobre la base del «principio de precaución». Hay divergencia de opiniones sobre si ese principio ha arraigado como derecho internacional consuetudinario. Es cierto que en

varios tratados o convenciones regionales se menciona expresamente el «principio de precaución»[521]. En los tratados o convenciones universales se emplean diferentes expresiones, como «criterio de precaución» y «medidas de precaución»[522]. La mayoría de los miembros de la Comisión estimó que convendría evitar los debates conceptuales y difíciles sobre la manera de expresar el «principio de precaución». Una expresión menos controvertida, «criterio de precaución», podría satisfacer la necesidad básica de introducir la consideración especial de las incertidumbres científicas y la vulnerabilidad de los acuíferos. Evidentemente, esa obligación mínima es supletoria y se entiende sin perjuicio de los convenios que concierten los Estados del acuífero interesados para incorporar el principio de precaución en relación con un acuífero o sistema acuífero transfronterizo específico.

Artículo 12. Vigilancia

1. Los Estados del acuífero vigilarán su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, realizarán esas actividades de vigilancia juntamente con otros Estados del acuífero interesados o, cuando proceda, en colaboración con las organizaciones internacionales competentes. Sin embargo, cuando las actividades de vigilancia no se realicen conjuntamente, los Estados del acuífero intercambiarán entre ellos los datos resultantes de la vigilancia.

2. Los Estados del acuífero utilizarán criterios y metodologías convenidos o armonizados para la vigilancia de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Procurarán determinar los parámetros básicos que serán objeto de vigilancia conforme a un modelo conceptual convenido del acuífero o sistema acuífero. Entre esos parámetros deberían incluirse los relativos a la condición del acuífero o sistema acuífero enumerados en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8 y también los relativos a su utilización.

Comentario

1) La mayoría de los expertos (científicos y administradores) en aguas subterráneas destacan que la vigilancia es indispensable para gestionar adecuadamente un acuífero transfronterizo. En la práctica, la vigilancia suele ser iniciada individualmente por el Estado de que se trate, en muchos casos por el gobierno local, y posteriormente se convierte en un esfuerzo conjunto con los Estados vecinos interesados. Sin embargo, los expertos convienen en que la vigilancia ideal es la que se realiza conjuntamente y se basa en un modelo conceptual convenido del acuífero.

2) En consecuencia, el párrafo 1 establece la obligación que incumbe a los Estados del acuífero de vigilar su acuífero transfronterizo. Dentro de lo posible, los Estados del acuífero vigilarán juntamente con los demás Estados del acuífero interesados. El proyecto de artículo tiene en cuenta también el supuesto en que no se haya realizado esa vigilancia conjunta y establece la obligación de los Estados del acuífero de vigilar individualmente y compartir los resultados con otros Estados del acuífero interesados. En el proyecto de artículo 7 se establece la obligación general de cooperación internacional. Esa obligación consta de varias etapas: el intercambio regular de datos e información, la vigilancia, la gestión, las actividades proyectadas, etc. En el proyecto de artículo 12 se explica con más detalle una de esas etapas de la cooperación internacional.

3) La importancia de la vigilancia se reconoce ampliamente en muchos instrumentos internacionales, como la Carta sobre la Ordenación de las Aguas Subterráneas, de 1989[523], y las Directrices sobre seguimiento y evaluación de las aguas subterráneas, de 2000[524], preparadas por la CEPE, el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1992, y el Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales.

4) El proyecto de artículo 12 está relacionado también con el proyecto de artículo 8, relativo al intercambio regular de datos e información. Para que se pueda cumplir la obligación de intercambiar regularmente datos e información se debe realizar una vigilancia eficaz. No obstante, los datos e información requeridos por el proyecto de artículo 8 se limitan a los relativos a la condición del acuífero. Como se establece en el párrafo 2, la vigilancia debe abarcar no sólo las condiciones del acuífero, sino también la utilización del mismo, como la retirada y la recarga artificial de agua.

5) Los fines de la vigilancia son: *a*) aclarar las condiciones y la utilización de un acuífero transfronterizo específico al objeto de adoptar medidas eficaces para protegerlo, preservarlo y gestionarlo y *b*) reconocerlo periódicamente para obtener información temprana sobre cualquier cambio o daño. La vigilancia eficaz mediante la cooperación internacional contribuirá también a

[521] El Convenio para la protección del medio marino del Atlántico nordeste (Convenio OSPAR, de 1992); el Convenio sobre la protección del medio marino de la zona del mar Báltico (1992); el Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo (1995); el Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1992); el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (1957); la Convención de Bamako relativa a la prohibición de la importación a África, la fiscalización de los movimientos transfronterizos y la gestión dentro de África de desechos peligrosos (1991); el Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales (1999); el Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos (2003); el Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (1994); el Convenio sobre la protección del Rin (1999); el Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003) y el Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del lago Victoria (2003).

[522] Por ejemplo, en el Protocolo de 1996 del Convenio de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias y en el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios (1995) se utiliza la expresión «criterio de precaución». La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992) establece la obligación de adoptar «medidas de precaución».

[523] Adoptada por la CEPE en 1989. Véase *Charter on groundwater management* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: E.89 II.E.21), documento E/ECE/1197-ECE/ENVWA/12.

[524] Redactadas por el Grupo de Trabajo sobre Seguimiento y Evaluación de la CEPE en virtud del Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales y aprobadas por las Partes en el Convenio en marzo de 2000 (véase la nota 516 *supra*).

perfeccionar los conocimientos científicos sobre los acuíferos transfronterizos.

6) Existen diversos instrumentos internacionales para vigilar conjuntamente un acuífero transfronterizo específico. Un ejemplo de ello es el Programa para la formulación de una estrategia regional de utilización del sistema del acuífero de arenisca nubio establecido en el año 2000. Uno de los acuerdos concertados para ejecutar ese Programa es el Marco general para la vigilancia y el intercambio de datos. El Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos, de 2003, establece la obligación de adoptar políticas destinadas a ejecutar programas conjuntos o complementarios de vigilancia en los que se incluya la vigilancia sistemática del estado del medio ambiente. El Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio, de 1994, establece una obligación no sólo de armonizar la vigilancia individual, sino también una obligación de elaborar y aplicar programas conjuntos de control de las condiciones fluviales de la cuenca del Danubio en lo que se refiere a la calidad y la cantidad de agua, los sedimentos y los ecosistemas fluviales. La directiva 2000/60/CE de la Unión Europea establece que «[l]os Estados miembros velarán por el establecimiento de programas de seguimiento del estado de las aguas con objeto de obtener una visión general coherente y completa del estado de las aguas en cada demarcación hidrográfica» (art. 8)[525].

7) Siempre y cuando los Estados del acuífero puedan convenir en establecer ese mecanismo conjunto, ese es el enfoque más eficaz. Sin embargo, hay muchos casos en que los Estados del acuífero interesados no han iniciado aún las consultas o no han alcanzado un acuerdo para establecer un mecanismo conjunto. Incluso en esos casos, los Estados están cuando menos obligados a vigilar individualmente y compartir los resultados con los demás Estados del acuífero interesados. El Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003) obliga a todas las Partes a vigilar la condición de sus recursos naturales, así como el impacto de las actividades y proyectos de desarrollo sobre esos recursos. El Acuerdo Tripartito Provisional entre la República de Mozambique, la República de Sudáfrica y el Reino de Swazilandia para la cooperación en la protección y utilización sostenible de los recursos hídricos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo (2002) enuncia la obligación de cada una de las Partes de crear sistemas, métodos y procedimientos de vigilancia comparables y de ejecutar un programa de vigilancia periódica de, entre otras cosas, los aspectos biológicos y químicos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo, así como de informar, en los plazos establecidos por el Comité Técnico Permanente Tripartito sobre la condición y las tendencias de los ecosistemas acuáticos, marinos y ribereños conexos en relación con la calidad del agua de dichos cursos de agua. El Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava (2002) obliga a las Partes a convenir en una metodología para vigilar permanentemente la aplicación del Acuerdo y las actividades basadas en él. El Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003) incluye la obligación de vigilancia en la disposición sobre la prevención y el control de la contaminación. El Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del Lago Victoria (2003) enuncia la obligación de que cada Estado, lleve a cabo la vigilancia individualmente y de manera normalizada y armonizada.

8) El párrafo 2 establece los elementos esenciales de la obligación que incumbe a los Estados del acuífero de realizar una vigilancia eficaz, es decir, acordar o armonizar los criterios y metodologías de vigilancia. Sin tal acuerdo o armonización, los datos reunidos no serían útiles. Para que un Estado pueda utilizar los datos reunidos por otros Estados, primero debe comprender qué datos se reunieron, cuándo, dónde, por qué y cómo. Con esos «metadatos» (datos sobre datos), el Estado puede evaluar independientemente la calidad de los mismos y, si cumplen sus criterios mínimos, proceder a armonizar los datos de que disponga e interpretar la base de datos consolidada. En el caso de la Comisión Franco-Suiza del Acuífero Ginebrino, ambas partes comenzaron con sus respectivos criterios de datos y, con el tiempo y la práctica, alcanzaron el nivel de armonización necesario para que los datos fueran comparables. Los Estados del acuífero deben convenir también en el modelo conceptual del acuífero de que se trate para poder elegir los parámetros fundamentales que vigilarán. Existen dos tipos de modelos conceptuales. Uno es la matriz física y el otro es el modelo hidrodinámico. Los Estados del acuífero pueden convenir en un modelo al principio y cambiarlo posteriormente a medida que adquieran un mejor conocimiento del acuífero de resultas de la vigilancia. Los parámetros fundamentales que se deben vigilar son, entre otros, la condición del acuífero y la utilización del mismo, como se señaló en el párrafo 4 del presente comentario. Los datos sobre la condición del acuífero versan sobre la extensión, la geometría, la trayectoria del flujo, la distribución de la presión hidrostática, las cantidades de flujo, la hidroquímica, etc., y son equivalentes a las esferas enumeradas en el párrafo 1 del proyecto de artículo 8.

9) Si bien las obligaciones generales se expresan en términos imperativos, las modalidades para lograr el cumplimiento de las principales obligaciones siguen siendo recomendaciones para facilitar el cumplimiento por los Estados. Cabe señalar también que los acuíferos que se deben vigilar son los que se estén utilizando.

Artículo 13. Gestión

Los Estados del acuífero elaborarán y ejecutarán planes para la adecuada gestión de su acuífero o sistema acuífero transfronterizo de conformidad con las disposiciones del presente proyecto de artículos. A petición de cualquiera de ellos, celebrarán consultas respecto de la gestión del acuífero o sistema acuífero transfronterizo. Siempre que resulte apropiado se establecerá un mecanismo conjunto de gestión.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 enuncia la obligación de los Estados del acuífero de elaborar y ejecutar planes para la adecuada gestión de su acuífero transfronterizo. En vista de la soberanía sobre el acuífero ubicado en el territorio

[525] Véase la nota 499 *supra.*

del Estado y de la necesidad de cooperación entre los Estados del acuífero, en el presente proyecto de artículo se establecen dos tipos de obligaciones: en primer lugar, la obligación que incumbe a cada Estado del acuífero de elaborar su propio plan en relación con su acuífero y de ejecutarlo, y en segundo lugar, la obligación de celebrar consultas con los demás Estados del acuífero interesados a petición de cualquiera de ellos.

2) El párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación establece que por «gestión» se entiende, en particular: «*a*) la planificación del aprovechamiento sostenible de un curso de agua internacional y la adopción de medidas para ejecutar los planes que se adopten; y *b*) la promoción por cualquier otro medio de la utilización racional y óptima, la protección y el control del curso de agua». En el Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (2000) se acepta exactamente la misma definición. Ese Protocolo entró en vigor en 2003. Esa definición puede utilizarse en el presente contexto *mutatis mutandis*.

3) En la parte II figuran las normas relativas a la gestión de los acuíferos transfronterizos. Las obligaciones de utilizarlos de una manera equitativa y razonable, de no causar daño a otros Estados y de cooperar con otros Estados del acuífero son la base para la gestión apropiada de los acuíferos transfronterizos. El término «gestión» engloba las medidas que se deben adoptar para aumentar al máximo los beneficios a largo plazo derivados de la utilización de los acuíferos. También incluye la protección y preservación de los acuíferos transfronterizos.

4) La primera frase de este proyecto de artículo impone a cada Estado del acuífero la obligación de elaborar planes en relación con su acuífero y de ejecutarlos para la adecuada gestión, teniendo debidamente en cuenta los derechos de los otros Estados del acuífero interesados. La segunda frase establece que ese Estado debe celebrar consultas sobre la gestión del acuífero transfronterizo si así lo pide alguno de los demás Estados del acuífero. La última frase obliga a establecer un mecanismo conjunto de gestión siempre que sea apropiado. La Comisión estimó que el fortalecimiento de esa obligación era particularmente importante a la luz del valor otorgado por los expertos en aguas subterráneas a la gestión conjunta de los acuíferos transfronterizos. Se reconoció también que, en la práctica, no siempre sería posible establecer ese mecanismo. El resultado de las consultas se deja en manos de los Estados interesados. Los Estados han establecido numerosas comisiones conjuntas, muchas de las cuales se encargan de la gestión. En particular, los modos de cooperación en relación con un acuífero transfronterizo determinado son menos estructurados, como la celebración de reuniones periódicas entre los organismos apropiados o los representantes de los Estados interesados. La mayoría de los acuíferos transfronterizos de Europa son bastante pequeños y suelen ser gestionados en el plano transfronterizo o por las autoridades locales. Debería fomentarse esa cooperación entre las autoridades locales. Así, el presente proyecto de artículo se refiere a un «mecanismo» conjunto de gestión y no a una organización, con el objeto de prever ese medio de gestión conjunta menos estructurado.

5) El Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales establece la obligación de la gestión de los recursos hídricos «para atender las necesidades de la generación actual sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender las suyas» (art. 2). El Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, de 1999, aclara aún más los elementos que se deben considerar a los efectos de la gestión de los recursos hídricos. El Convenio Marco sobre la Protección y el Desarrollo Sostenible de los Cárpatos enuncia la obligación de «gestionar las cuencas fluviales» (art. 4). El Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales establece la obligación de los Estados Partes de «gestionar sus recursos hídricos para mantenerlos en los mayores niveles posibles de calidad y cantidad» (art. VII).

6) Existen varios ejemplos en los que se ha creado una institución o mecanismo regional para gestionar un acuífero transfronterizo determinado. El Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (2000) «procura promover y facilitar la concertación de acuerdos sobre los cursos de agua compartidos y el establecimiento de instituciones comunes a ese respecto para gestionar los cursos de agua compartidos» (art. 2). El Acuerdo Marco sobre la Cuenca del Río Sava (2002) establece la obligación de «cooperar para lograr una gestión sostenible de los recursos hídricos» (art. 2). También establece la obligación de «elaborar planes conjuntos o integrados sobre la gestión de los recursos hídricos de la cuenca del río Sava» (art. 12). El Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica establece la obligación de gestionar los recursos naturales del lago y crea la Autoridad del Lago Tanganica. Una de las funciones de esa Autoridad es promover y representar el interés común de los Estados Contratantes en los asuntos relativos a la gestión del Lago Tanganica y su cuenca. El Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del Lago Victoria establece las obligaciones de las Partes y de la Comisión establecida por el Protocolo en relación con los planes de gestión para la conservación y la utilización sostenible de los recursos de la cuenca.

Parte IV

ACTIVIDADES QUE AFECTEN A OTROS ESTADOS

Artículo 14. Actividades proyectadas

1. Cuando un Estado tenga motivos razonables para estimar que una determinada actividad proyectada en su territorio puede afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, aquel Estado, en cuanto sea factible, evaluará los posibles efectos de esa actividad.

2. Antes de que un Estado ejecute o permita ejecutar actividades proyectadas que puedan afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, por tanto, causar un efecto negativo sensible a

otro Estado, lo notificará oportunamente al mismo. Esa notificación irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluido todo estudio del impacto ambiental, para que el Estado notificado pueda evaluar los efectos posibles de las actividades proyectadas.

3. Si no se ponen de acuerdo en cuanto al posible efecto de las actividades proyectadas, el Estado que notifica y el Estado notificado deberán celebrar consultas y, en caso necesario, negociaciones con el objeto de llegar a una solución equitativa de la situación. Podrán recurrir a un órgano independiente de determinación de los hechos para realizar una evaluación imparcial de los efectos de las actividades proyectadas.

Comentario

1) La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación contiene nueve artículos sobre las medidas proyectadas que puedan causar un efecto negativo sensible sobre los demás Estados del curso de agua, en los que se establecen los procedimientos detallados que han de seguir los Estados de que se trate. En el caso de los cursos de agua internacionales, ha habido varios grandes proyectos de desarrollo que han dado lugar a controversias entre los Estados interesados, y se han necesitado procedimientos detallados para evitar y mitigar esas controversias. En el caso de los acuíferos transfronterizos aún no se han elaborado procedimientos detallados en relación con las actividades proyectadas, y parece que, en general, se prefiere establecer requisitos procesales más sencillos en un proyecto de artículo único. El proyecto de artículo 14 tiene un alcance más amplio en cuanto que se aplica a cualquier Estado que tenga motivos razonables para estimar que una actividad proyectada en su territorio podría afectar a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, causar un efecto negativo sensible a otro Estado, se trate o no de un Estado del acuífero. Así, la disposición no se aplica sólo a los Estados del acuífero.

2) Las actividades que se regirán por este proyecto de artículo podrían ser llevadas a cabo por Estados, sus órganos subsidiarios o empresas privadas. Para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de este proyecto de artículo de la parte IV, relativa a las actividades que afecten a otros Estados, los Estados deben conocer por adelantado todo proyecto de actividades de ese tipo y, por lo tanto, establecer el régimen jurídico interno por el que se exija la autorización de esas actividades por los Estados.

3) El párrafo 1 enuncia la obligación mínima del Estado de llevar a cabo una evaluación previa de los posibles efectos de la actividad proyectada. Las actividades proyectadas incluyen no sólo la utilización de acuíferos transfronterizos, sino también otras actividades que tengan o puedan tener un impacto en esos acuíferos. Esta obligación debería distinguirse de las obligaciones generales enunciadas en la parte III, relativas a la protección, preservación y gestión, en el sentido de que está estrechamente relacionada con la planificación de actividades. Además de las medidas que deberá adoptar a tenor de lo dispuesto en la parte III, el Estado del acuífero está obligado a evaluar los efectos negativos de la actividad proyectada en los acuíferos transfronterizos. Esa obligación es un requisito mínimo en dos sentidos. En primer lugar, el Estado sólo está obligado a evaluar los efectos posibles de la actividad proyectada cuando tenga motivos razonables para prever que podrían producirse efectos negativos. En segundo lugar, el Estado no tiene esa obligación si la evaluación no es factible.

4) Muy diversos tratados y convenciones establecen la obligación que incumbe al Estado que proyecta una actividad determinada. Por ejemplo, el Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (1985) establece la obligación de esforzarse por «llevar a cabo un estudio del impacto ambiental antes de emprender cualquier actividad que pueda crear un peligro o afectar significativamente al medio ambiente o a los recursos naturales de otra Parte Contratante o al medio ambiente o a los recursos naturales fuera de la jurisdicción nacional» (art. 20). El Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003) crea la obligación de «velar por que las políticas, planes, programas, estrategias, proyectos y actividades que puedan afectar a los recursos naturales, ecosistemas y al medio ambiente en general sean objeto de una evaluación de impacto adecuada en la fase más temprana posible» (art. XIV). El Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas (1998) establece que «las Partes adoptarán las disposiciones necesarias para que los proyectos y actividades objeto de este Convenio que, en función de su naturaleza, dimensiones y localización deban ser sometidos a evaluación de impacto transfronterizo, lo sean antes de su aprobación» (art. 9)[526].

5) La importancia del estudio del impacto ambiental se señala también en los instrumentos preparados por las Naciones Unidas. Por ejemplo, la Carta sobre la Ordenación de las Aguas Subterráneas (1989) preparada por la CEPE establece que «todos los proyectos de cualquier sector económico que puedan afectar negativamente a acuíferos deben ser objeto de un procedimiento de estudio para evaluar su posible impacto sobre el régimen de aguas y/o la calidad de los recursos subterráneos, prestando especial atención a la importante función que desempeñan las aguas subterráneas en el ecosistema» (art. XIV)[527]. En el capítulo 18 del Programa 21 (1992), titulado «Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: Aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce» se propone que todos los Estados podrían «[e]valuar obligatoriamente el impacto ambiental de todos los principales proyectos de aprovechamiento de recursos hídricos que puedan perjudicar la calidad [del agua] y los ecosistemas acuáticos»[528].

---

[526] Véase la nota 519 *supra*.

[527] Véase la nota 523 *supra.*

[528] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (véase la nota 301 *supra*), párr. 40.

6) Los resultados de la evaluación contribuyen a la correcta planificación de la actividad. También constituyen la base de los otros procedimientos previstos en los párrafos 2 y 3. Esos párrafos establecen un marco procesal destinado a evitar controversias en relación con las actividades proyectadas. Cuando la evaluación de los posibles efectos de una actividad proyectada, realizada de conformidad con el párrafo 1, ponga de manifiesto que esa actividad afectaría negativamente a los acuíferos transfronterizos y podría causar un efecto negativo sensible a otros Estados, el Estado de origen está obligado, de conformidad con el párrafo 2, a notificar sus conclusiones a los Estados interesados. Esa notificación deberá ir acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluido un estudio del impacto ambiental, y proporcionar a los Estados potencialmente afectados la información necesaria para evaluar por sí mismos los posibles efectos de la actividad proyectada.

7) Si los Estados notificados se dan por satisfechos con la información y la evaluación proporcionadas por los Estados que notifican, dispondrán de un punto de partida común para abordar la actividad proyectada. En cambio, si discrepan sobre la evaluación del efecto de la actividad proyectada, están obligados a esforzarse por llegar a una solución equitativa de la situación de conformidad con el párrafo 3. Para poder llegar a esa solución, los Estados interesados deben tener un concepto común de los efectos posibles. Para ello, sería importante que un mecanismo independiente de determinación de los hechos pudiera realizar una evaluación científica e imparcial del efecto de la actividad proyectada. El artículo 33 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación establece la obligación de recurrir a un mecanismo de esa índole. No parece que haya todavía ningún indicio de la existencia de una obligación de ese tipo en relación con las aguas subterráneas. Por consiguiente, se ha optado por que el recurso a ese mecanismo de determinación de los hechos sea facultativo.

8) El inicio del procedimiento previsto en este proyecto de artículo viene determinado por el criterio según el cual la actividad proyectada puede causar un «efecto negativo sensible» a otros Estados. Ese umbral es más bajo que el del «daño sensible» a que se refiere el proyecto de artículo 6.

Parte V

DISPOSICIONES DIVERSAS

Artículo 15. Cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo

Los Estados, actuando directamente o por intermedio de las organizaciones internacionales competentes, promoverán la cooperación científica, educativa, técnica y en otros campos con los Estados en desarrollo para la protección y gestión de los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos. Esa cooperación incluirá, entre otros aspectos:

***a*) formar al personal científico y técnico;**

***b*) facilitar su participación en los programas internacionales pertinentes;**

***c*) proporcionarles el equipo y los servicios necesarios;**

***d*) aumentar su capacidad para fabricar tal equipo;**

***e*) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para programas de investigación, vigilancia, educación y otros;**

***f*) brindar asesoramiento y desarrollar servicios para minimizar los efectos perjudiciales de las principales actividades que puedan afectar a los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos;**

***g*) preparar evaluaciones de impacto ambiental.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 versa sobre la cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo. Cabe destacar que en este proyecto de artículo se prefirió el término «cooperación» al término «asistencia». El término «cooperación» representa mejor el proceso bilateral necesario para fomentar el crecimiento sostenible en los Estados en desarrollo. Con arreglo a la primera frase de esta disposición, los Estados están obligados a promover la cooperación científica, técnica y en otros campos. Los tipos de cooperación enumerados en la segunda frase representan algunas de las diversas opciones de que disponen los Estados para cumplir la obligación establecida en la primera frase. Los Estados no estarán obligados a llevar a cabo cada uno de los tipos de cooperación enumerados, sino que podrán elegir su medio de cooperación.

2) La hidrogeología, ciencia de las aguas subterráneas, evoluciona rápidamente. Principalmente tienen acceso a ese novedoso conocimiento científico en plena expansión los Estados desarrollados, mientras que muchos Estados en desarrollo aún no disponen de él plenamente. La cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo se ha llevado a cabo mediante las organizaciones internacionales competentes. El Programa Hidrológico Internacional (PHI) de la UNESCO desempeña una función fundamental en ese ámbito y es el programa científico intergubernamental mundial del sistema de las Naciones Unidas que puede atender las necesidades y demandas nacionales y regionales específicas. Los arreglos regionales están desarrollándose también con éxito gracias a los muy diversos tipos de asistencia prestada por las organizaciones internacionales competentes. Convendría establecer la obligación de que los Estados promuevan individualmente la cooperación científica y técnica.

3) La obligación establecida por este proyecto de artículo es una de las modalidades de cooperación entre los Estados y se deriva del artículo 202 (Asistencia científica y técnica a los Estados en desarrollo) de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982. La Declaración de Estocolmo[529] indica la importancia de la asistencia tecnológica como

[529] Véase la nota 312 *supra*.

complemento de los esfuerzos internos de los países en desarrollo y de la especial atención que debe prestarse a esos Estados a los efectos del desarrollo y la protección ambiental (principios 9 y 12). La Declaración de Río[530] señala las responsabilidades comunes, pero diferenciadas, en el principio 7. El principio 9 de esa declaración establece que «[l]os Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre éstas, tecnologías nuevas e innovadoras».

4) La cooperación a que se refiere este proyecto de artículo consiste principalmente en cooperación científica, educativa y técnica. La expresión «cooperación [...] en otros campos» abarca otros modos posibles de cooperación, por ejemplo, la asistencia jurídica o de procedimiento para establecer programas o sistemas apropiados. La lista de los tipos de cooperación se deriva de la establecida en el artículo 202 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Convendría destacar la cooperación para la educación y capacitación del personal científico y técnico y para la creación de capacidad de los Estados en desarrollo sobre las medidas de protección, vigilancia o evaluación del impacto. Esa cooperación contribuirá al desarrollo futuro de la cooperación mutua entre los Estados en desarrollo. La lista no es exhaustiva.

5) Los elementos de la cooperación establecidos en este proyecto de artículo también se mencionan en varias convenciones y tratados. El Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales establece la obligación de prestarse asistencia mutua. El Protocolo relativo al agua y la salud de la Convención sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales destaca la importancia de la «educación y capacitación del personal profesional y técnico necesario para ordenar los recursos hídricos y hacer funcionar los sistemas de suministro de agua y saneamiento» y de «actualizar y mejorar sus conocimientos y aptitudes» (art. 9). En su artículo 14, ese Protocolo enumera los siguientes aspectos en que es necesario el apoyo internacional a las medidas nacionales: *a*) la preparación de planes de ordenación de las aguas en los contextos transfronterizos, nacionales y/o locales y de programas para mejorar el suministro de agua y el saneamiento; *b*) la mejora de la formulación de proyectos, en especial los de infraestructuras, al aplicar esos planes y programas, al objeto de facilitar el acceso a las fuentes de financiación; *c*) la ejecución eficaz de esos proyectos; *d*) la creación de sistemas de vigilancia y alerta temprana, planes para situaciones imprevistas y capacidad de respuesta en relación con las enfermedades relacionadas con el agua; *e*) la preparación de las leyes necesarias para apoyar la aplicación del Protocolo; *f*) la educación y capacitación del personal profesional y técnico principal; *g*) la investigación y creación de medios y técnicas económicos para prevenir, controlar y reducir las enfermedades relacionadas con el agua; *h*) el funcionamiento de redes eficaces para vigilar y evaluar el suministro y la calidad de los servicios relacionados con el agua, y la creación de sistemas de información y bases de datos integrados; e *i*) el control de calidad de las actividades de vigilancia, mediante, entre otras medidas, la comparación entre laboratorios. Cabe observar también que la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994) dedica su artículo 6 a las obligaciones de las Partes que son países desarrollados. En él se enumeran esas obligaciones, y una de ellas es «promover y facilitar el acceso de los países Partes afectados, en particular los países Partes en desarrollo afectados, a la tecnología, los conocimientos y la experiencia apropiados».

6) La obligación de establecer una cooperación mutua figura también en convenciones regionales. Un ejemplo de ello es el Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003), que establece la obligación de «alentar y fortalecer la cooperación en materia de desarrollo y utilización de tecnologías ecológicamente racionales, así como en materia de acceso a esas tecnologías y a su transferencia, en condiciones convenidas mutuamente», y, a ese efecto, «adoptar medidas legislativas y normativas que establezcan, entre otras cosas, incentivos económicos para el desarrollo, la importación, la transferencia y la utilización de tecnologías ecológicamente racionales en los sectores privado y público» (art. XIX).

7) La importancia de la asistencia científica y técnica se menciona también en otras declaraciones no vinculantes. En el Plan de Acción de Mar del Plata aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977 se señala la falta de conocimientos científicos suficientes sobre los recursos hídricos. En relación con las aguas subterráneas, el Plan de Acción recomienda que los países, *a*) presten asistencia a la creación o fortalecimiento de las redes de observación para el registro de las características cuantitativas y cualitativas de los recursos hídricos subterráneos; *b*) presten asistencia para crear bancos de datos sobre aguas subterráneas, examinar los estudios, determinar las carencias y formular programas de investigación y prospección en el futuro; *c*) ayuden, entre otros aspectos con personal y equipo, para permitir la utilización de técnicas avanzadas, como métodos geofísicos, técnicas nucleares, modelos matemáticos, etc.[531].

8) En el capítulo 18 del Programa 21 aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) se señala que uno de los cuatro objetivos principales que se deben tratar de alcanzar es «[d]eterminar y fortalecer o implantar, según sea necesario, en particular en los países en desarrollo, los mecanismos institucionales, jurídicos y financieros adecuados para lograr que la política sobre los recursos hídricos y su ejecución sean un catalizador del progreso social y el crecimiento económico sostenibles»[532]. Se indica también que «[t]odos los Estados, según la capacidad

[530] Véase la nota 301 *supra.*

[531] Véase la nota 511 *supra.*

[532] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992* (véase la nota 301 *supra*), párr. 9 *d*.

y los recursos de que dispongan, y mediante la cooperación bilateral o multilateral, incluidas, según proceda, las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, podrían ejecutar las siguientes actividades para mejorar la ordenación integrada de los recursos hídricos: […]. Desarrollar y reforzar, según proceda, la cooperación, incluidos los mecanismos cuando proceda, a todos los niveles pertinentes, a saber: […] iv) en el plano mundial, mediante una mejor delimitación de las responsabilidades, la división del trabajo y la coordinación de organizaciones y programas internacionales, facilitando los intercambios de pareceres y experiencias en esferas relacionadas con la ordenación de los recursos hídricos»[533]. Se señala asimismo que uno de los tres objetivos que se deben tratar de alcanzar simultáneamente para incluir los elementos de la calidad del agua en la ordenación de los recursos hídricos es el «[d]esarrollo de los recursos humanos, clave para fomentar la capacidad y requisito para el control de la calidad del agua»[534]. En el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002) se menciona también la asistencia técnica (cap. IV, párr. 25)[535].

Artículo 16. Situaciones de emergencia

1. A los efectos del presente proyecto de artículo, por «emergencia» se entenderá una situación que resulte súbitamente de causas naturales o de un comportamiento humano y que constituya una amenaza inminente de causar daño grave a los Estados del acuífero u otros Estados.

2. Cuando una emergencia afecte a un acuífero o sistema acuífero transfronterizo y, con ello, constituya una amenaza inminente para los Estados, se aplicarán las siguientes normas:

***a*) el Estado en cuyo territorio se origine la emergencia:**

i) la notificará, sin demora y por los medios más rápidos de que disponga, a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes;

ii) tomará inmediatamente, en cooperación con los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, las organizaciones internacionales competentes, todas las medidas posibles que requieran las circunstancias para prevenir, mitigar y eliminar todo efecto perjudicial de dicha emergencia;

***b*) los Estados prestarán cooperación científica, técnica, logística y de otra índole a otros Estados que sufran una emergencia. Dicha cooperación podrá incluir la coordinación de las acciones y las comunicaciones internacionales de emergencia, así como el suministro de personal especializado, equipos y provisiones para responder a emergencias, expertos científicos y técnicos y asistencia humanitaria.**

3. Cuando una emergencia constituya una amenaza para las necesidades humanas vitales, los Estados del acuífero, no obstante lo dispuesto en los proyectos de artículo 4 y 6, podrán adoptar las medidas que sean estrictamente necesarias para responder a esas necesidades.

Comentario

1) El proyecto de artículo 16 establece las obligaciones de los Estados al responder a situaciones reales de emergencia relacionadas con acuíferos transfronterizos. Se debe contrastar con el proyecto de artículo 11, dedicado a la prevención y mitigación de las condiciones que pueden ser perjudiciales para los Estados del acuífero. En el artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación figura una disposición similar. En el caso de los acuíferos, las emergencias podrían ser menos numerosas y destructivas que en el caso de los cursos de agua. No obstante, convendría incluir un artículo sobre esta cuestión en vista del devastador *tsunami* que en diciembre de 2004 asoló la costa del océano Índico como consecuencia de un gran terremoto cuyo epicentro se situó en Banda Aceh (Indonesia). Si bien no se han publicado aún estudios concretos, ese suceso debió de afectar negativamente a un gran número de acuíferos. Podría haberse producido una salinización de acuíferos a causa de la destrucción de los procesos de descarga. Este proyecto de artículo se preparó, en consulta con expertos en aguas subterráneas, para hacer frente a esas situaciones.

2) En el párrafo 1 se define «emergencia». En el comentario del párrafo 1 del artículo 28 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se explica que la definición de «emergencia» comprende varios elementos importantes, y se proporcionan varios ejemplos a título indicativo. Según esa definición, una «emergencia» debe causar daño grave a otros Estados o constituir una amenaza inminente de causarlo. La gravedad del daño de que se trate y la aparición súbita de la emergencia justifican las medidas establecidas por el proyecto de artículo. La expresión «otros Estados» se refiere a los Estados del acuífero y a los Estados que, sin ser Estados del acuífero, podrían verse afectados por una emergencia. Esos Estados normalmente serían los Estados en cuyo territorio se encuentren los acuíferos o las zonas de recarga o descarga. La situación que constituye una emergencia debe surgir «súbitamente». No obstante, la disposición abarca el supuesto en que la "emergencia" puede preverse mediante el pronóstico meteorológico.

3) Como la situación de emergencia constituiría «una amenaza inminente de causar daño grave», el Estado en cuyo territorio se origina la emergencia está obligado, conforme al inciso i) del apartado *a* del párrafo 2, a notificarla, «sin demora y por los medios más rápidos de que disponga», a los demás Estados que puedan resultar afectados y a las organizaciones internacionales competentes. Existe una obligación similar, por ejemplo, en la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, y en varios acuerdos sobre acuíferos transfronterizos. Por

[533] Ibíd., párr. 12.

[534] Ibíd., párr. 38 *c*.

[535] Véase la nota 416 *supra*.

«sin demora» se entiende inmediatamente después de conocer la existencia de la emergencia, y por la expresión «por los medios más rápidos de que disponga» se entiende el medio de comunicación más rápido que se pueda utilizar. Los Estados a los que se debe notificar la emergencia no son sólo los Estados del acuífero, ya que otros Estados pueden verse también afectados por una emergencia. El inciso exige también que se notifique la emergencia a las «organizaciones internacionales competentes». Éstas tendrían que ser competentes para participar en la respuesta a la emergencia en virtud de su instrumento constitutivo. La mayoría de las veces, esa organización habría sido creada por los Estados del acuífero para responder, entre otras cosas, a las emergencias. Por último, la situación puede resultar «de causas naturales o de un comportamiento humano». Si bien podría no existir responsabilidad de un Estado por los efectos perjudiciales en otro Estado de una emergencia originada en aquel Estado y resultante sólo de causas naturales, las obligaciones que se establecen en los apartados *a* y *b* del párrafo 2 se aplicarían, no obstante, a esa emergencia.

4) El inciso ii) del apartado *a* del párrafo 2 establece que el Estado en cuyo territorio se origine la emergencia «[t]omará inmediatamente [...] todas las medidas posibles [...] para prevenir, mitigar y eliminar todo efecto perjudicial de dicha emergencia». Las medidas efectivas para contrarrestar la mayoría de las emergencias que resultan de un comportamiento humano son las que se han de adoptar cuando ocurre el accidente industrial, la encalladura de un buque u otro incidente. No obstante, el párrafo sólo obliga a adoptar todas las medidas «posibles», es decir, las que son viables, factibles y razonables. Además, sólo es preciso adoptar las medidas «que requieran las circunstancias», es decir, las que se justifican teniendo en cuenta la situación objetiva de la emergencia y su efecto posible en otros Estados. Al igual que el inciso i) del apartado *a* del párrafo 2, el inciso ii) prevé la posibilidad de que exista una organización internacional competente, como una comisión conjunta, con la que los Estados puedan cooperar para adoptar las medidas necesarias. Por último, también se prevé la cooperación con los Estados que puedan verse afectados (una vez más, otros Estados además de los del acuífero). Esa cooperación puede ser especialmente apropiada en el caso de acuíferos o sistemas acuíferos contiguos, o cuando un Estado que pueda verse afectado esté en condiciones de prestar cooperación en el territorio del Estado del acuífero en el que se originó la emergencia.

5) La obligación de notificar inmediatamente a otros Estados todo desastre natural o emergencia de otro tipo que pueda producir efectos perjudiciales súbitos al medio ambiente de esos Estados se insinúa en el principio 18 de la Declaración de Río[536]. Varias convenciones regionales establecen la obligación de notificar esos hechos sin demora a los Estados que se puedan ver afectados, a comisiones u organismos regionales y a otras organizaciones competentes. Algunos ejemplos de ello son el Protocolo Revisado sobre los cursos de agua compartidos en la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (2000), el Acuerdo Tripartito Provisional entre la República de Mozambique, la República de Sudáfrica y el Reino de Swazilandia para la cooperación en la protección y utilización sostenible de los recursos hídricos de los cursos de agua del Incomati y el Maputo (2002), el Convenio sobre el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003) y el Protocolo para el desarrollo sostenible de la cuenca del lago Victoria (2003). El Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003) establece el derecho de todo Estado Parte a recibir toda la información pertinente de que disponga otro Estado Parte en cuyo territorio haya ocurrido una emergencia ambiental o un desastre natural que pueda afectar a los recursos naturales de aquel Estado.

6) Algunas convenciones han establecido mecanismos o sistemas de notificación temprana de las situaciones de emergencia. El Convenio sobre la protección y utilización de cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales establece que «las Partes ribereñas se informarán entre sí sin demora sobre toda situación crítica que pueda tener un impacto transfronterizo» (art. 14) y prevé la obligación de crear y, cuando corresponda, poner en marcha sistemas de comunicación, alerta y alarma coordinados o conjuntos. El Convenio sobre la cooperación para la protección y el uso sostenible del Danubio (1994) establece «sistemas de comunicación, alerta o alarma coordinados o conjuntos» (art. 16) y crea la obligación de consultar sobre las formas de armonizar los sistemas de comunicación, alerta o alarma y los planes de emergencia nacionales. El Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas[537] (1998) obliga a las Partes a crear o mejorar sistemas de comunicación conjuntos o coordinados para transmitir alertas tempranas o información urgente.

7) El apartado *b* del párrafo 2 establece la obligación de asistencia que atañe a todos los Estados, independientemente de si están sufriendo en cualquier manera el daño grave causado por una emergencia. Los científicos y administradores de aguas subterráneas reconocen unánimemente la necesidad de que todos los Estados aúnen sus esfuerzos para hacer frente conjuntamente a una emergencia. La asistencia necesaria incluiría la coordinación de las acciones y las comunicaciones de emergencia, así como el suministro de personal especializado, equipos y provisiones para responder a emergencias, y la ampliación de los conocimientos científicos y técnicos y la asistencia humanitaria.

8) El Programa Hidrológico Internacional (PHI) de la UNESCO ha puesto en marcha el proyecto denominado «Aguas subterráneas para situaciones de emergencia». El objetivo del proyecto es estudiar las catástrofes naturales y provocadas por el hombre que podrían influir negativamente en la salud y la vida del ser humano y determinar con antelación los recursos de aguas subterráneas potencialmente seguros y poco vulnerables que podrían sustituir temporalmente los sistemas de suministro dañados. Proporcionar agua potable a las poblaciones en peligro es una de las primeras prioridades durante los desastres e inmediatamente después.

[536] Véase la nota 301 *supra.*

[537] Véase la nota 519 *supra.*

9) El párrafo 3 prevé las excepciones a las obligaciones establecidas por los proyectos de artículo 4 y 6 cuando se produce una situación de emergencia. Los Estados del acuífero pueden suspender temporalmente las obligaciones establecidas en esos proyectos de artículo si se considera que el agua es vital para la población en una situación de emergencia. Si bien la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación no contiene una cláusula de ese tipo, en una situación de emergencia se deben tener especialmente en cuenta las necesidades humanas vitales en el caso de los acuíferos. Por ejemplo, en caso de desastres naturales, como terremotos o inundaciones, un Estado del acuífero debe atender inmediatamente la necesidad de agua potable de su población. En el caso de los cursos de agua, los Estados podrían cumplir esa condición sin suspender las obligaciones, ya que la recarga del agua a los cursos de agua sería probablemente suficiente. No obstante, en el caso de los acuíferos, los Estados interesados no podrían hacer lo mismo, ya que no habría recarga o ésta sería escasa. En consecuencia, los Estados deben estar facultados para explotar temporalmente el acuífero sin cumplir las obligaciones contraídas en virtud de los proyectos de artículos 4 y 6. Sin embargo, el presente artículo sólo se ocupa de la suspensión temporal. Podría haber casos en que los Estados no fueran capaces de cumplir las obligaciones establecidas en otros proyectos de artículos también en una emergencia. En esas situaciones, los Estados podrían invocar algunas de las circunstancias que excluyen la ilicitud en derecho internacional general, como la fuerza mayor, el peligro extremo o el estado de necesidad.

Artículo 17. Protección en tiempo de conflicto armado

Los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional y no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas.

Comentario

1) El proyecto de artículo 17 versa sobre la protección que se debe otorgar a los acuíferos transfronterizos e instalaciones conexas en tiempo de conflicto armado. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación contiene un artículo sobre la misma cuestión y la idea básica del presente artículo es la misma. Este proyecto de artículo, que se entiende sin perjuicio del derecho existente, no establece ninguna norma nueva. Simplemente sirve para recordar que los principios y normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados internacionales e internos comprenden disposiciones importantes sobre los recursos hídricos y las obras conexas. En general, esas disposiciones pertenecen a dos categorías: las relativas a la protección de los recursos hídricos y obras conexas y las relativas a su utilización. Como la regulación detallada de esta materia escaparía el ámbito de un instrumento marco, el proyecto de artículo 17 no hace sino remitirse a cada una de esas categorías de principios y normas.

2) El proyecto de artículo 17 no está dirigido únicamente a los Estados del acuífero, en vista de que los acuíferos transnacionales y las obras conexas también pueden ser utilizados o atacados en tiempo de conflicto armado por Estados que no son Estados del acuífero. La función principal del proyecto de artículo es recordar a todos los Estados la aplicabilidad del derecho de los conflictos armados a los acuíferos transfronterizos.

3) La obligación de los Estados del acuífero de proteger y utilizar los acuíferos transfronterizos y las obras conexas de conformidad con el presente proyecto de artículos debería cumplirse incluso durante el conflicto armado. No obstante, la guerra puede afectar a los acuíferos transfronterizos, así como a su protección y utilización por los Estados del acuífero. En esos casos, el proyecto de artículo 17 aclara que son de aplicación las normas y principios por los que se rigen los conflictos armados, incluidas diversas disposiciones de las convenciones sobre el derecho humanitario internacional en la medida en que esos Estados estén obligados por ellas. Por ejemplo, el envenenamiento del agua potable está prohibido por la Convención de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, de 1907, y por el artículo 54 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977, mientras que el artículo 56 de dicho Protocolo protege las presas, diques y otras obras de ataques que «puedan producir la liberación de fuerzas peligrosas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil». En virtud de los artículos 14 y 15 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional se aplican protecciones similares en las situaciones de conflicto armado no internacional. También es pertinente para la protección de los recursos hídricos en tiempo de conflicto armado la disposición del Protocolo adicional I según la cual «[e]n la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves» (art. 55). La «cláusula de Martens» otorga algunas protecciones fundamentales en los casos en los que no se puede aplicar una norma específica. Esa cláusula, que se insertó originalmente en el preámbulo de las Convenciones de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y 1907 y se ha incluido posteriormente en varias convenciones y protocolos, ha pasado a formar parte del derecho internacional general. Fundamentalmente, la cláusula establece que, incluso en los casos no abarcados por acuerdos internacionales específicos, la población civil y los combatientes permanecen bajo la protección y autoridad de los principios de derecho internacional que se derivan de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública. El párrafo 2 del proyecto de artículo 5 del presente proyecto de artículos establece que, al ponderar las diferentes utilizaciones de los acuíferos transfronterizos, se prestará especial atención a las necesidades humanas vitales.

Artículo 18. Datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales

Nada de lo dispuesto en el presente proyecto de artículos obliga a ningún Estado a proporcionar datos e información cuya confidencialidad sea esencial para su defensa o seguridad nacionales. No obstante, ese Estado cooperará de buena fe con otros Estados para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias.

Comentario

1) El proyecto de artículo 18 crea una excepción muy limitada a los proyectos de artículo que obligan a proporcionar información. La Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación comprende la misma norma. No es realista esperar que los Estados acepten proporcionar información fundamental para su defensa o seguridad nacionales. Sin embargo, al mismo tiempo, un Estado del acuífero que pueda sufrir efectos negativos a causa de las medidas proyectadas no debería verse totalmente privado de la información sobre esos posibles efectos. Por lo tanto, el proyecto de artículo 18 obliga al Estado que retenga información a «cooperar de buena fe con otros Estados para proporcionar toda la información que sea posible según las circunstancias». Esas «circunstancias» son las que le llevaron a retener los datos o la información. En muchos casos, la obligación de proporcionar «toda la información que sea posible» podría cumplirse suministrando una descripción general de la manera en que las medidas modificarían la condición del acuífero o afectarían a otros Estados. Así, el proyecto de artículo tiene por objeto lograr un equilibrio entre las necesidades legítimas de los Estados interesados, a saber: la necesidad de mantener el carácter confidencial de la información delicada, por un lado, y la necesidad de información sobre los posibles efectos negativos de las medidas proyectadas, por otro. Como siempre, la excepción creada por el proyecto de artículo 18 se entiende sin perjuicio de las obligaciones que incumben al Estado que proyecte las medidas en virtud de los proyectos de artículo 4 y 6.

2) La inclusión de este proyecto de artículo fue una de las cuestiones más controvertidas durante los debates de la Comisión. Algunos miembros opinaron que esa disposición podría prestarse a abuso y que era difícil imaginar una situación en que las cuestiones relativas a la seguridad nacional debieran prevalecer sobre las demás disposiciones del proyecto de artículos. Fueron del parecer de que no debía incluirse un artículo de esa índole. También se subrayó que el artículo 31 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación limitaba en mucho mayor grado la discrecionalidad con que el Estado podía exonerarse de sus obligaciones. Dicho artículo exige que los datos e información sean vitales (y no esenciales) para su defensa y seguridad nacionales. Otros miembros opinaron que esa protección era sumamente importante para los Estados y que la Sexta Comisión la reclamaría. Sostuvieron que, en muchas circunstancias, el proyecto de artículos obligaba a los Estados a compartir más información de la estrictamente necesaria para proteger el acuífero o sistema acuífero. Además, opinaron que la protección de la información vital para la seguridad nacional no interferiría indebidamente en el funcionamiento de las demás disposiciones del proyecto de artículos.

3) Cabe observar también que se propuso agregar al texto del proyecto de artículo la protección del secreto industrial y la propiedad intelectual, análogamente a lo dispuesto por el artículo 14 del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas[538]. Sin embargo, algunos miembros se preguntaron si esa protección era necesaria o útil en el caso de los acuíferos transfronterizos y expresaron su preocupación por el hecho de que esa exención podría ser demasiado amplia en el contexto de las aguas subterráneas. Sea lo que fuere, la existencia de derechos de propiedad intelectual podría ser uno de los factores que habría que tomar en consideración para determinar qué datos estaban fácilmente disponibles a tenor de lo dispuesto en el proyecto de artículo 8.

Artículo 19. Acuerdos y arreglos bilaterales y regionales

A los efectos de la gestión de un determinado acuífero o sistema acuífero transfronterizo, los Estados del acuífero procurarán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o regionales entre sí. Dichos acuerdos o arreglos se podrán concertar respecto de todo un acuífero o sistema acuífero o de cualquiera de sus partes, o de un proyecto, programa o utilización determinados, salvo en la medida en que el acuerdo o arreglo pueda afectar negativamente, en grado significativo, a la utilización del agua de dicho acuífero o sistema acuífero por parte de otro u otros Estados del acuífero sin el expreso consentimiento de éstos.

Comentario

1) Debe destacarse la importancia de los acuerdos y arreglos bilaterales o regionales que tienen debidamente en cuenta las características históricas, políticas, sociales y económicas de la región y del acuífero transfronterizo específico. En la primera frase se pide a los Estados del acuífero que cooperen entre sí y se los alienta a que, a los efectos de la gestión de un determinado acuífero transfronterizo, concierten acuerdos o arreglos bilaterales o regionales. El concepto de reservar la cuestión al grupo de Estados del acuífero particular se basa en los principios establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar[539]. Se corresponde también con los «acuerdos de curso de agua» previstos en el artículo 3 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Se han concertado numerosos acuerdos bilaterales y regionales en el caso de los cursos de agua de superficie. Sin embargo, en relación con las aguas subterráneas, ese tipo de medidas colectivas internacionales están aún en fase embrionaria y se debe preparar adecuadamente el

[538] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 177.

[539] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, artículos 118 (Cooperación de los Estados en la conservación y administración de los recursos vivos) y 197 (Cooperación en el plano mundial o regional).

marco de cooperación. Por esa razón se ha incluido en este párrafo el término «arreglo». El párrafo establece también que los Estados de que se trate deben tener igualdad de oportunidades para participar en esos acuerdos o arreglos.

2) Se podrán concertar acuerdos o arreglos de ese tipo respecto de todo un acuífero o sistema acuífero o de cualquiera de sus partes, o de un proyecto, programa o utilización determinados. Cuando un acuerdo o arreglo se concierte con respecto a todo el acuífero o sistema acuífero, lo más probable es que, salvo raras excepciones, ataña a todos los Estados del acuífero que comparten el mismo acuífero o sistema acuífero. Por otro lado, cuando se concierte un acuerdo o arreglo respecto de cualquier parte del acuífero o sistema acuífero o de un proyecto determinado, sólo atañería a algunos de los Estados del acuífero que comparten el mismo acuífero o sistema acuífero. En todo caso, la segunda frase del proyecto de artículo obliga a los Estados del acuífero a no concertar un acuerdo o arreglo que afecte negativamente a la posición de los Estados del acuífero excluidos sin el expreso consentimiento de éstos. Con ello no se otorga un derecho de veto a estos otros Estados.

Capítulo VII

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

A. Introducción

77. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión decidió incluir el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» en su programa de trabajo a largo plazo[540]. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, tomó nota de la decisión de la Comisión relativa a su programa de trabajo a largo plazo y del plan de estudios del nuevo tema anexo al informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones. La Asamblea General, en el párrafo 8 de su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, pidió a la Comisión que iniciara su labor sobre el tema de la «Responsabilidad de las organizaciones internacionales».

78. En su 54.º período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir el tema en su programa de trabajo y nombró Relator Especial del tema al Sr. Giorgio Gaja[541]. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo sobre el tema[542]. En su informe[543], el Grupo de Trabajo estudió someramente el alcance del tema, las relaciones entre el nuevo proyecto y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[544], las cuestiones de atribución, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados miembros por un comportamiento que se atribuye a una organización internacional y las cuestiones relativas al contenido de la responsabilidad internacional, al modo de hacer efectiva la responsabilidad y a la solución de controversias. Al final de su 54.º período de sesiones, la Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo[545].

79. Del 55.º (2003) al 57.º (2005) períodos de sesiones, la Comisión recibió y examinó tres informes del Relator Especial[546] y aprobó provisionalmente los proyectos de artículo 1 a 16 [15][547].

[540] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729.

[541] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 461 y 463.

[542] Ibíd., párr. 462.

[543] Ibíd., párrs. 465 a 488.

[544] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, párr. 76.

[545] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 464.

[546] Primer informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/532; segundo informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/541, y tercer informe: *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/553.

[547] Los proyectos de artículo 1 a 3 fueron aprobados en el 55.º período de sesiones (*Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 49), los proyectos de artículo 4 a 7 en el 56.º período de sesiones (*Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 69) y los proyectos de artículo 8 a 16 [15] en el 57.º período de sesiones (*Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 203).

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

80. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/564 y Add.1 y 2), así como los comentarios escritos recibidos hasta el momento de organizaciones internacionales y de gobiernos[548].

81. El cuarto informe del Relator Especial, como los informes anteriores, seguía la pauta general de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

82. El cuarto informe contenía 13 proyectos de artículo. Ocho proyectos de artículo correspondían a los que figuran en el capítulo V de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, bajo el epígrafe «Circunstancias que excluyen la ilicitud». Cinco proyectos de artículo trataban de la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho ilícito de una organización internacional.

83. El Relator Especial presentó los ocho proyectos de artículo relativos a las circunstancias que excluyen la ilicitud, es decir, los proyectos de artículo 17 a 24: artículo 17 (Consentimiento)[549]; artículo 18 (Legítima defensa)[550]; artículo 19 (Contramedidas)[551]; artículo 20 (Fuerza

[548] Siguiendo las recomendaciones de la Comisión (véanse *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 464 y 488, y *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 52), la Secretaría había distribuido cada año el capítulo correspondiente, incluido en el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su período de sesiones, a las organizaciones internacionales solicitando sus comentarios así como los materiales pertinentes que pudieran proporcionar a la Comisión. Por lo que respecta a las observaciones recibidas de gobiernos y de organizaciones internacionales, véanse *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/545 y A/CN.4/547, y *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/556. Véase también documento A/CN.4/568 y Add.1 (reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte)).

[549] El proyecto de artículo 17 dice lo siguiente:

«*Artículo 17. Consentimiento*

El consentimiento válido otorgado por un Estado o una organización internacional para la comisión de un hecho determinado por otra organización internacional excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el Estado o la primera organización internacional en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento».

[550] El proyecto de artículo 18 dice lo siguiente:

«*Artículo 18. Legítima defensa*

La ilicitud del hecho de una organización internacional queda excluida si ese hecho constituye una medida ilícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas».

[551] El proyecto de artículo 19 dice lo siguiente:

«*Artículo 19. Contramedidas*

Opción A

[...]

Opción B

(Continuación en la página siguiente.)

mayor)[552]; artículo 21 (Peligro extremo)[553]; artículo 22 (Estado de necesidad)[554]; artículo 23 (Cumplimiento de normas imperativas)[555] y artículo 24 (Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud)[556].

(Continuación de la nota 552.)

La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otra organización internacional [o un Estado] queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida lícita tomada contra esa otra organización internacional [o ese Estado]».

[552] El proyecto de artículo 20 dice lo siguiente:

«*Artículo 20. Fuerza mayor*

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si ese hecho se debe a fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o a un acontecimiento imprevisto, ajenos al control de la organización, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o

b) La organización ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación».

[553] El proyecto de artículo 21 dice lo siguiente:

«*Artículo 21. Peligro extremo*

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o si

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor».

[554] El proyecto de artículo 22 dice lo siguiente:

«*Artículo 22. Estado de necesidad*

1. Ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial que la organización tiene la función de proteger; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) La organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad».

[555] El proyecto de artículo 23 dice lo siguiente:

«*Artículo 23. Cumplimiento de normas imperativas*

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general».

[556] El proyecto de artículo 24 dice lo siguiente:

«*Artículo 24. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud*

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión».

84. Los proyectos de artículo 17 a 24 siguen de cerca el modelo de los correspondientes artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, a saber: los proyectos de artículo 20 a 27[557]. A juicio del Relator Especial, los principios contenidos en el capítulo sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud eran igualmente aplicables a las organizaciones internacionales, aunque en algunos casos tenían que ajustarse para adecuarlos a la naturaleza particular de las organizaciones internacionales. Aunque la práctica existente respecto de las circunstancias que excluyen la ilicitud era limitada, podrían trazarse claros paralelos entre los Estados y las organizaciones internacionales a este respecto. Por tanto, no había razón para apartarse del planteamiento general adoptado en el contexto de los Estados. Ahora bien, esto no significaba que las disposiciones se aplicarían de la misma manera en el caso de las organizaciones internacionales.

85. El Relator Especial presentó también unos proyectos de artículo relativos a la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho ilícito de una organización internacional, a saber los proyectos de artículo 25 a 29: artículo 25 (Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional)[558]; artículo 26 (Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional)[559]; artículo 27 (Coacción sobre una organización internacional por un Estado)[560]; artículo 28 (Uso por un Estado que es miembro de una organización internacional de la personalidad jurídica distinta de esa

[557] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 76 a 92.

[558] El proyecto de artículo 25 dice lo siguiente:

«Artículo 25. Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que presta ayuda o asistencia a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y

b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia».

[559] El proyecto de artículo 26 dice lo siguiente:

«Artículo 26. Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que dirige y controla a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

a) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y

b) El hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla».

[560] El proyecto de artículo 27 dice lo siguiente:

«Artículo 27. Coacción sobre una organización internacional por un Estado

El Estado que coacciona a una organización internacional para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

a) El hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito de esa organización internacional; y

b) Lo hace conociendo las circunstancias del hecho».

organización)[561] y artículo 29 (Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización)[562].

86. Al presentar estos artículos, el Relator Especial dijo que el capítulo IV de la primera parte de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se refiere a la ayuda o asistencia, dirección o control y coacción de un Estado en la comisión del hecho ilícito por otro Estado. Dicho capítulo no trata la cuestión de esas relaciones entre un Estado y una organización internacional. Los proyectos de artículo 25 a 27 colman esa laguna y corresponden en gran parte a los proyectos de artículo 16 a 18 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[563]. Los proyectos de artículo 28 y 29 son únicos en el tratamiento del tema y no tienen equivalentes en los artículos sobre la responsabilidad del Estado.

87. La Comisión examinó el cuarto informe del Relator Especial en sus sesiones 2876.ª a 2879.ª y 2891.ª a 2895.ª, del 16 al 19 de mayo y del 11 al 14 y el 18 de julio de 2006, respectivamente. En la 2879.ª sesión, celebrada el 19 de mayo de 2006, y en la 2895.ª sesión, celebrada el 18 de julio de 2006, la Comisión remitió los proyectos de artículo 17 a 24 y 25 a 29 al Comité de Redacción.

88. La Comisión examinó y aprobó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 17 a 24 en su 2884.ª sesión, el 8 de junio de 2006, y los proyectos de artículo 25 a 30 en su 2902.ª sesión, el 28 de julio de 2006 (véase secc. C.1 *infra*).

89. En su 2910.ª sesión, celebrada el 8 de agosto de 2006, la Comisión aprobó los comentarios a los proyectos de artículo antes mencionados (véase secc. C.2 *infra*).

C. Texto de los proyectos de artículo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículo

90. El texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente hasta el momento por la Comisión se reproduce a continuación.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Primera parte

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Capítulo I

INTRODUCCIÓN

Artículo 1[564]. Alcance del presente proyecto de artículos

1. El presente proyecto de artículos se aplica a la responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho que es ilícito en virtud del derecho internacional.

2. El presente proyecto de artículos se aplica también a la responsabilidad internacional de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional.

Artículo 2[565]. Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, se entiende por «organización internacional» una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia. Las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros, además de Estados, otras entidades.

Artículo 3[566]. Principios generales

1. Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional.

2. Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

***a*) es atribuible a la organización internacional según el derecho internacional; y**

***b*) constituye una violación de una obligación internacional de esa organización internacional.**

Capítulo II[567]

ATRIBUCIÓN DE UN COMPORTAMIENTO A UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 4[568]. Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional

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

---

[561] El proyecto de artículo 28 dice lo siguiente:

«Artículo 28. Uso por un Estado que es miembro de una organización internacional de la personalidad jurídica distinta de esa organización

1. Un Estado que es miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si:

a) Elude el cumplimiento de una obligación internacional relacionada con ciertas funciones traspasando dichas funciones a esa organización; y

b) La organización comete un hecho que, de haber sido cometido por dicho Estado, habría entrañado el incumplimiento de esa obligación.

2. El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional».

[562] El proyecto de artículo 29 dice lo siguiente:

«*Artículo 29. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización*

A excepción de lo dispuesto en los artículos precedentes del presente capítulo, un Estado que sea miembro de una organización internacional no será responsable por un hecho internacionalmente ilícito de esa organización salvo que:

a) Haya aceptado ser tenido por responsable con relación al tercero lesionado; o

b) Haya inducido al tercero lesionado a confiar en su responsabilidad».

[563] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 69 a 74.

[564] Véase el comentario de este artículo en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), cap. IV, secc. C.2, párr. 54.

[565] Ibíd.

[566] Ibíd.

[567] Véase el comentario de este capítulo en *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.2, párr. 72.

[568] Por lo que respecta al comentario de este artículo, véase ibíd.

2. A los efectos del párrafo 1, el término «agente» comprende a los funcionarios y a otras personas o entidades por medio de las cuales la organización actúa[569].

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

4. A los efectos del presente artículo se entiende por «reglas de la organización», en particular, los instrumentos constitutivos, las decisiones, resoluciones y otros actos de la organización adoptados de conformidad con esos instrumentos y la práctica establecida de la organización[570].

Artículo 5*[571]*. Comportamiento de órganos o agentes puestos a disposición de una organización internacional por un Estado u otra organización internacional

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

Artículo 6*[572]*. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

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

Artículo 7*[573]*. Comportamiento que una organización internacional reconoce y adopta como propio

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

Capítulo III[574]

VIOLACIÓN DE UNA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 8*[575]*. Existencia de violación de una obligación internacional

1. Hay violación de una obligación internacional por una organización internacional cuando un hecho de esa organización internacional no está en conformidad con lo que de ella exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

2. El párrafo 1 también se aplica a la violación de una obligación de derecho internacional establecida por una regla de la organización.

Artículo 9*[576]*. Obligación internacional en vigor respecto de una organización internacional

Un hecho de una organización internacional no constituye violación de una obligación internacional a menos que la organización internacional se halle vinculada por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 10*[577]*. Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho de una organización internacional que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho de una organización internacional que tenga carácter continuo se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual una organización internacional debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 11*[578]*. Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por una organización internacional de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.

2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Capítulo IV[579]

RESPONSABILIDAD DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UN ESTADO O DE OTRA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 12*[580]*. Ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

La organización internacional que presta ayuda o asistencia a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que presta la ayuda o asistencia.**

Artículo 13*[581]*. Dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito

La organización internacional que dirige y controla a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que dirige y controla.**

---

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

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

[571] Véase el comentario de este artículo en *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.2, párr. 72.

[572] Ibíd.

[573] Ibíd.

[574] Véase el comentario de este capítulo en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), cap. VI, secc. C.2, párr. 206.

[575] Por lo que respecta al comentario de este artículo, véase ibíd.

[576] Ibíd.

[577] Ibíd.

[578] Ibíd.

[579] Por lo que respecta al comentario de este capítulo, véase ibíd.

[580] Por lo que respecta al comentario de este artículo, véase ibíd.

[581] Ibíd.

Artículo 14[582]. Coacción sobre un Estado u otra organización internacional

La organización internacional que coacciona a un Estado o a otra organización internacional para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado o la organización internacional coaccionados; y**

***b*) la organización internacional coaccionante actúa conociendo las circunstancias del hecho.**

Artículo 15 [16][583]. Decisiones, recomendaciones y autorizaciones dirigidas a los Estados y las organizaciones internacionales miembros

1. Una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si adopta una decisión que obliga a un Estado miembro o a una organización internacional miembro a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la primera organización y por el cual ésta eludiría una obligación internacional propia.

2. Una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si:

***a*) autoriza a un Estado miembro o a una organización internacional miembro a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la primera organización y por el cual ésta eludiría una obligación internacional propia, o recomienda a un Estado miembro o a una organización internacional miembro que cometa ese hecho; y**

***b*) ese Estado o esa organización internacional cometen el hecho en cuestión basándose en esa autorización o recomendación.**

3. Los párrafos 1 y 2 se aplican independientemente de que el hecho en cuestión sea internacionalmente ilícito para el Estado miembro o para la organización internacional miembro a los que se dirigió la decisión, autorización o recomendación.

Artículo 16 [15][584]. Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado u organización internacional.

Capítulo V[585]

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 17[586]. Consentimiento

El consentimiento válido otorgado por un Estado o una organización internacional para la comisión de un hecho determinado por otra organización internacional excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el Estado o la primera organización en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Artículo 18[587]. Legítima defensa

La ilicitud del hecho de una organización internacional queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 19[588]. Contramedidas

***[...]*[589]**

Artículo 20[590]. Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si ese hecho se debe a fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o a un acontecimiento imprevisto, ajenos al control de la organización, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

***a*) la situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o**

***b*) la organización ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.**

Artículo 21[591]. Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

***a*) la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o**

***b*) es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.**

Artículo 22[592]. Estado de necesidad

1. Ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización a menos que ese hecho:

***a*) sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto cuando la organización, en virtud del derecho internacional, tiene la función de proteger ese interés; y**

***b*) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.**

2. En todo caso, ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

***a*) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o**

***b*) la organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.**

---

582 Ibíd.

583 Ibíd. El número entre corchetes remite al artículo correspondiente que figura en el tercer informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/553.

584 Por lo que respecta al comentario de este artículo, véase ibíd.

585 El comentario de este capítulo figura en la sección C.2 *infra.*

586 El comentario de este artículo figura en la sección C.2 *infra*.

587 Ibíd.

588 Ibíd.

589 El proyecto de artículo 19 tiene por objeto las contramedidas adoptadas por una organización internacional con respecto al hecho internacionalmente ilícito de otra organización internacional o de un Estado como circunstancias que excluyen la ilicitud. El texto de este proyecto de artículo se redactará posteriormente, cuando se examinen las cuestiones relativas a las contramedidas adoptadas por una organización internacional en relación con el modo de hacer efectiva la responsabilidad de una organización internacional.

590 El comentario de este artículo figura en la sección C.2 *infra*.

591 Ibíd.

592 Ibíd.

Artículo 23[593]. Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 24[594]. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

***a*) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;**

***b*) la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.**

CAPÍTULO (X)[595]

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Artículo 25[596]. Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que presta ayuda o asistencia a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.**

Artículo 26[597]. Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que dirige y controla a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.**

Artículo 27[598]. Coacción sobre una organización internacional por un Estado

El Estado que coacciona a una organización internacional para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito de esa organización internacional; y**

***b*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho.**

Artículo 28[599]. Responsabilidad internacional en caso de atribución de competencia a una organización internacional

1. Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si elude el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales atribuyendo a la organización competencia en relación con esa obligación, y la organización comete un hecho que, de haber sido cometido por dicho Estado, habría constituido una violación de esa obligación.

2. El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional.

Artículo 29[600]. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los proyectos de artículo 25 a 28, un Estado miembro de una organización internacional es responsable de un hecho internacionalmente ilícito de esa organización si:

***a*) ha aceptado la responsabilidad por ese hecho; o**

***b*) ha inducido a la parte perjudicada a confiar en su responsabilidad.**

2. Se presume que la responsabilidad internacional de un Estado nacida de conformidad con el párrafo 1 tiene carácter subsidiario.

Artículo 30[601]. Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de este proyecto de artículos, de la organización internacional que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otra organización internacional.

2. TEXTO DE LOS PROYECTOS DE ARTÍCULO Y LOS COMENTARIOS CORRESPONDIENTES APROBADOS POR LA COMISIÓN EN SU 58.º PERÍODO DE SESIONES

91. A continuación se transcribe el texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en 58.º período de sesiones.

CAPÍTULO V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Comentario general

1) Bajo el epígrafe «Circunstancias que excluyen la ilicitud», los artículos 20 a 27 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos tratan de una serie de circunstancias de distinta naturaleza pero a las que une su efecto común[602]. Este efecto es el de excluir la ilicitud de un comportamiento que de otro modo constituiría una violación de una obligación internacional. Como se explica en el comentario que constituye la introducción del capítulo correspondiente, esas circunstancias se aplican a cualquier hecho internacionalmente ilícito, sea cual sea la fuente de la obligación; no anulan la obligación, ni dan lugar a su terminación, sino que sirven de justificación o excusa para su incumplimiento[603].

2) También en lo que se refiere a las circunstancias que excluyen la ilicitud, la práctica existente relativa a las organizaciones internacionales es escasa. Además,

---

[593] Ibíd.

[594] Ibíd.

[595] La ubicación de este capítulo se determinará posteriormente.

[596] El comentario de este artículo figura en la sección C.2 *infra*.

[597] Ibíd.

[598] Ibíd.

[599] Ibíd.

[600] Ibíd.

[601] Ibíd.

[602] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 76 a 92.

[603] Ibíd., pág. 75, párr. 2.

es poco probable que se den determinadas circunstancias en relación con algunas, ni siquiera la mayoría, de las organizaciones internacionales. No obstante, no hay apenas motivos para sostener que las circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento de los Estados no son pertinentes también en el caso de las organizaciones internacionales, que, por ejemplo, sólo los Estados pueden invocar la fuerza mayor. Esto no significa que haya que presumir que las condiciones en que una organización podrá invocar una circunstancia determinada que excluye la ilicitud sean las mismas que las aplicables a los Estados.

Artículo 17. Consentimiento

El consentimiento válido otorgado por un Estado o una organización internacional para la comisión de un hecho determinado por otra organización internacional excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el Estado o la primera organización en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento.

Comentario

1) Este texto corresponde al del artículo 20 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[604]. Como se explica en el comentario, este artículo «refleja el principio básico de derecho internacional del consentimiento»[605]. Concierne al «consentimiento en relación con una determinada situación o un comportamiento determinado», que hay que distinguir del «consentimiento con relación con la obligación subyacente en sí»[606].

2) Como los Estados, las organizaciones internacionales desempeñan varias funciones que generarían responsabilidad internacional si un Estado u otra organización internacional no hubiera dado su consentimiento para su ejercicio. En general, lo que es pertinente es el consentimiento del Estado en cuyo territorio tiene lugar el comportamiento de la organización. También en relación con las organizaciones internacionales, el consentimiento podría afectar a la obligación subyacente o concernir sólo a una situación determinada o un comportamiento determinado.

3) Como ejemplo de consentimiento que hace que un comportamiento determinado de una organización internacional sea lícito, cabe mencionar el de un Estado que autoriza a una comisión investigadora creada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a que realice una investigación en su territorio[607]. Otro ejemplo es el consentimiento otorgado por un Estado para que una organización internacional verifique el proceso electoral[608]. Otro ejemplo aún, éste específico, es el consentimiento para el despliegue de la Misión de Observación de la Unión Europea en Aceh (Indonesia), a raíz de una invitación dirigida en julio de 2005 a la Unión Europea y siete Estados contribuyentes por el Gobierno de Indonesia[609].

4) El consentimiento prestado para eximir del cumplimiento de una obligación en un plazo determinado debe ser «válido». Este término se refiere a cuestiones de las que «se ocupan normas de derecho internacional ajenas al marco de la responsabilidad de los Estados»[610], como la de si el agente o persona que dio el consentimiento estaba autorizado para prestarlo en nombre del Estado o la organización internacional, o si el consentimiento estaba viciado por coacción o algún otro factor. El requisito de que el consentimiento no afecta al cumplimiento de las normas imperativas se enuncia en el proyecto de artículo 23. Se trata de una disposición general que abarca todas las circunstancias que excluyen la ilicitud.

5) El proyecto de artículo 17 se basa en el artículo 20 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Los únicos cambios no de estilo introducidos en el texto consisten en la adición de una referencia a «una organización internacional» en lo que se refiere a la entidad que da su consentimiento y en la sustitución del término «Estado» por «organización internacional» en lo que atañe a la entidad a la que se da el consentimiento.

Artículo 18. Legítima defensa

La ilicitud del hecho de una organización internacional queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Comentario

1) Según el comentario al artículo correspondiente (art. 21) del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, este artículo reconoce «la legítima defensa como excepción a la prohibición del uso de la fuerza»[611]. La referencia en ese artículo al carácter «lícito» de la medida de legítima defensa se explica de la manera siguiente:

> la palabra «lícita» implica que la medida adoptada debe respetar las obligaciones de limitación total aplicables en un conflicto armado de carácter internacional, y cumple los requisitos de proporcionalidad y de necesidad que lleva intrínseca la noción de defensa propia. El artículo 21 refleja simplemente el principio básico a los efectos del capítulo V, dejando las cuestiones del alcance y aplicación de la legítima defensa a las normas primarias pertinentes enunciadas en la Carta de las Naciones Unidas[612].

---

[604] Ibíd., pág. 76. Véase también el comentario correspondiente, págs. 76 a 78.

[605] Ibíd., pág. 76, párr. 1.

[606] Ibíd., pág. 77, párrafo 2 del comentario.

[607] Con respecto al requisito del consentimiento, véase el párrafo 6 de la Declaración sobre la determinación de los hechos por las Naciones Unidas en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, que figura en anexo a la resolución 46/59 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1991.

[608] Por lo que respecta al papel del consentimiento en relación con la función de verificación de un proceso electoral, véase el informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la eficacia del principio de la celebración de elecciones auténticas y periódicas (A/49/675), párr. 16.

[609] En el párrafo 3 del preámbulo de la Acción común 2005/643/PESC del Consejo, de 9 de septiembre de 2005, figura una referencia a la invitación del Gobierno de Indonesia, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 234, de 10 de septiembre de 2005, pág. 13.

[610] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 77 (párrafo 4 del comentario al artículo 20 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos).

[611] Ibíd., pág. 78, párr. 1.

[612] Ibíd., pág. 79, párrafo 6 del comentario al artículo 21.

2) Por razones de coherencia, el concepto de legítima defensa así configurado con respecto a los Estados debería aplicarse también en lo que respecta a las organizaciones internacionales, aunque es probable que sólo sea pertinente para un pequeño número de organizaciones, como las que administran un territorio o despliegan una fuerza armada.

3) En la práctica concerniente a las fuerzas de las Naciones Unidas, la expresión «legítima defensa» se ha utilizado a menudo en un sentido más amplio para referirse a supuestos distintos de los previstos en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. También se ha hecho referencia a la «legítima defensa» en relación con la «defensa de la misión»[613]. Por ejemplo, en relación con la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR), en un memorando de la Oficina de Asuntos Jurídicos del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Canadá se decía que «la "legítima defensa" podría incluir perfectamente la defensa de las zonas seguras y la población civil de esas zonas»[614]. Si bien esas referencias a la «legítima defensa» confirman que ésta constituye una circunstancia que excluye la ilicitud del comportamiento de una organización internacional, se atribuye a esa expresión un sentido que abarca supuestos que van mucho más allá de aquellos en que un Estado o una organización internacional responde a un ataque armado por parte de un Estado. En cualquier caso, la cuestión de la medida en que las fuerzas de las Naciones Unidas tienen derecho a recurrir a la fuerza depende de las normas primarias relativas al alcance de la misión y no es necesario examinarlas aquí.

4) Las condiciones en las que una organización internacional puede recurrir a la fuerza en respuesta a un ataque armado de un Estado también pertenecen a la esfera de las normas primarias y no es necesario examinarlas en el presente contexto. Una de estas cuestiones versa sobre la posibilidad de que una organización internacional invoque la legítima defensa colectiva cuando uno de sus Estados miembros haya sido objeto de un ataque armado y se haya atribuido a la organización internacional la potestad de actuar en ejercicio de la legítima defensa colectiva[615].

5) Con relación al artículo 21 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sobre la legítima defensa, en el presente contexto sólo es preciso enunciar que las medidas de legítima defensa deben considerarse lícitas. En vista de que las organizaciones internacionales no son miembros de las Naciones Unidas, la remisión a la Carta de las Naciones Unidas se ha sustituido aquí por una referencia a «los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas». Esta expresión también figura, por razones análogas, en el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante «Convención de Viena de 1969»), relativo a la nulidad de los tratados por causa de coacción, y en el artículo correspondiente 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 único otro cambio con respecto al texto del artículo 21 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos concierne a la sustitución del término «Estado» por «organización internacional».

Artículo 19. Contramedidas

[...][616]

Artículo 20. Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si ese hecho se debe a fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o a un acontecimiento imprevisto, ajenos al control de la organización, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) la situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o

b) la organización ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

Comentario

1) En lo que concierne a los Estados, la fuerza mayor se ha definido en el artículo 23 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos como «una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación»[617]. Esta circunstancia que excluye la ilicitud no se aplica cuando la situación se debe al comportamiento del Estado que la invoca o el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

2) Nada de lo que diferencia a Estados y organizaciones internacionales justifica la conclusión de que la fuerza mayor no es igualmente pertinente en lo que se refiere a las organizaciones internacionales o que deben aplicarse otras condiciones.

3) Se pueden encontrar en la práctica algunos casos ilustrativos concernientes a la fuerza mayor. Ciertos acuerdos

---

[613] Como señaló el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, «el derecho de usar la fuerza en legítima defensa [...] se entiende en general que [...] comprende el de "defender la misión"» (informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», documento A/59/565 y Corr.1, párr. 213).

[614] *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 34 (1996), pág. 389.

[615] Una respuesta afirmativa se deduce del apartado *a* del artículo 25 del Protocolo relativo al mecanismo de prevención, gestión, solución de conflictos, mantenimiento de la paz y seguridad adoptado en 1999 por los Estados miembros de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), que dispone que el «Mecanismo» se aplicará «en caso de agresión o de conflicto armado en un Estado Miembro o de amenaza de tal conflicto».

[616] Véase la nota 589 *supra*.

[617] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 80. Véase también el comentario correspondiente, págs. 81 a 83.

celebrados por organizaciones internacionales proporcionan algún ejemplo a este respecto. Por ejemplo, el párrafo 6 del artículo XII del Acuerdo celebrado en 1992 entre el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), como Organismo de Ejecución, establece que:

> [e]n caso de fuerza mayor o de otras condiciones o situaciones análogas que impidan el éxito de la ejecución de un proyecto por el Organismo de Ejecución, éste notificará inmediatamente al PNUD ese hecho y, en consulta con el PNUD, podrá renunciar a la ejecución del proyecto. En ese caso, y salvo acuerdo en contrario de las Partes, se reintegrarán al Organismo de Ejecución los gastos efectivamente realizados hasta la fecha de su renuncia[618].

Aunque este párrafo versa sobre el retiro del Acuerdo, supone implícitamente que el incumplimiento de una obligación contraída en virtud del mismo por causa de fuerza mayor no constituye una violación del Acuerdo.

4) Las organizaciones internacionales han invocado la fuerza mayor para excluir la ilicitud de su comportamiento en procedimientos entablados ante tribunales administrativos internacionales[619]. En su sentencia n.º 24, dictada en el *asunto Fernando Hernández de Agüero* c. *Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*, el Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos rechazó la excepción de fuerza mayor que se había alegado para justificar que se diera por terminado el contrato de un funcionario:

> estima el Tribunal que en el caso presente no se configura la fuerza mayor que hubiera imposibilitado a la Secretaría General para cumplir el contrato a término fijo establecido, ya que es de explorado derecho que se entiende por fuerza mayor un acontecimiento irresistible de la naturaleza[620].

Aunque el Tribunal rechazó la excepción alegada, reconoció claramente que podía invocarse la fuerza mayor.

5) El Tribunal Administrativo de la OIT adoptó un punto de vista análogo en el asunto *Barthl*, en su sentencia n.º 664. El Tribunal resolvió que la fuerza mayor podía invocarse en relación con un contrato de trabajo y declaró: «La fuerza mayor es un acontecimiento imprevisible que escapa al control de las partes, independientemente de su voluntad, y que inevitablemente frustra su propósito común»[621]. Es irrelevante que en este caso la fuerza mayor fuera invocada por el funcionario contra la organización internacional en vez de por la organización.

6) El texto del proyecto de artículo 20 sólo difiere del proyecto de artículo 23 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en que el término «Estado» ha sido sustituido una vez por la expresión «organización internacional» y tres veces por el término «organización».

Artículo 21. Peligro extremo

1. La ilicitud del hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento de la organización que la invoca; o

b) es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

Comentario

1) El artículo 24 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos incluye el peligro extremo entre las circunstancias que excluyen la ilicitud de un hecho y describe esa circunstancia como el supuesto en que «el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado»[622]. El comentario menciona el caso, como ejemplo tomado de la práctica, de unos buques de la marina británica que penetraron en aguas territoriales islandesas buscando abrigo del mal tiempo[623] y señala que «[a]unque históricamente la práctica se ha centrado en casos relativos a buques y aeronaves, el artículo 24 no se limita a dichos casos»[624].

2) Situaciones similares podrían darse, aunque más raramente, con respecto a un órgano o agente de una organización internacional. Aunque no se conozca ningún caso de la práctica en que una organización internacional haya invocado un peligro extremo, la misma norma

---

[618] Firmado en Nueva York el 17 de septiembre de 1992 y en Ginebra el 19 de octubre de 1992, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1691, n.º 1066, pág. 325, en pág. 331.

[619] Estos casos se refieren a la aplicación de las reglas de la organización de que se trate. La cuestión de si tales reglas pertenecen al derecho internacional se ha examinado en el comentario al artículo 8 de este mismo proyecto de artículos (*Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 206).

[620] Asunto *Fernando Hernández de Agüero* vs. *Secretario General de la Organización de los Estados Americanos*, sentencia de 16 de noviembre de 1976, párr. 3 (OEA, *Sentencias del Tribunal Administrativo*, n.ºs 1 a 56 (1971-1980), pág. 282). También se puede consultar el texto en www.oas.org (decisiones del Tribunal Administrativo). En una carta al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, de 8 de enero de 2003, la OEA señaló que:

> «La mayoría de las reclamaciones presentadas ante el Tribunal Administrativo de la OEA sostienen la existencia de violaciones de las normas generales de la OEA, otras resoluciones de la Asamblea General de la Organización, violaciones de las normas sancionadas por el Secretario General en ejercicio de la facultad que le otorga la Carta de la OEA y violaciones de normas establecidas por el propio Tribunal en su jurisprudencia. Esas normas y reglas, al haber sido aprobadas por autoridades internacionales debidamente constituidas, tienen todas carácter de derecho internacional. Por consiguiente, las reclamaciones por presuntas violaciones de esas normas y reglas pueden considerarse reclamaciones por presuntas violaciones del derecho internacional» (comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/545 (bajo el epígrafe «Práctica relativa a las reclamaciones presentadas contra una organización internacional por violaciones del derecho internacional. Organización de los Estados Americanos»)).

[621] Asunto *Barthl*, sentencia de 19 de junio de 1985, párr. 3. El texto de la sentencia se puede consultar en www.ilo.org (decisiones del Tribunal Administrativo).

[622] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 83.

[623] Ibíd., párr. 3.

[624] Ibíd., pág. 84, párr. 4.

debería ser aplicable a los Estados y a las organizaciones internacionales.

3) Por lo que respecta a los Estados, la frontera entre los casos de peligro extremo y aquellos que puede considerarse que corresponden a un estado de necesidad[625] no es siempre evidente. El comentario al artículo 24 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos señala que «los casos más generales de emergencia [...] son más una cuestión de estado de necesidad que de peligro extremo»[626].

4) El artículo 24 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos sólo se aplica cuando la situación de peligro extremo no se debe al comportamiento del Estado que invoca el peligro extremo y no es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor. Parecería que esas condiciones son igualmente aplicables a las organizaciones internacionales.

5) El proyecto de artículo 21 es literalmente idéntico al artículo correspondiente sobre la responsabilidad del Estado, con los únicos cambios debidos a la sustitución del término «Estado» una vez por la expresión «organización internacional» y dos veces por el término «organización».

Artículo 22. Estado de necesidad

1. Ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de esa organización a menos que ese hecho:

***a*) sea el único modo para la organización de salvaguardar contra un peligro grave e inminente un interés esencial para la comunidad internacional en su conjunto cuando la organización, en virtud del derecho internacional, tiene la función de proteger ese interés; y**

***b*) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.**

2. En todo caso, ninguna organización internacional puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

***a*) la obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o**

***b*) la organización ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.**

Comentario

1) Las condiciones para que los Estados puedan invocar el estado de necesidad se han enumerado en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[627]. En resumen, las condiciones pertinentes son las siguientes: el comportamiento del Estado debe ser el único modo de que éste dispone para salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; ese comportamiento no debe afectar gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto; la obligación internacional de que se trate no debe excluir la posibilidad de invocar el estado de necesidad; el Estado que invoca el estado de necesidad no ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

2) En cuanto a las organizaciones internacionales, la práctica que refleja la invocación del estado de necesidad es escasa. Un caso en el que se resolvió que se podía invocar el estado de necesidad es el de la sentencia n.º 2183, dictada por el Tribunal Administrativo de la OIT en el asunto *T. D.-N.* c. *CERN*, sobre el acceso a la cuenta electrónica de un empleado que estaba de licencia. El Tribunal dijo que:

> en el caso de que fuera necesario acceder a una cuenta de correo electrónico por razones de urgencia o ausencia prolongada del titular, las organizaciones deben poder abrir la cuenta con las salvaguardias técnicas apropiadas. El estado de necesidad, que justifica el acceso a información que puede ser confidencial, debe evaluarse con sumo cuidado[628].

3) Aunque la práctica es escasa, como señaló la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL): «el estado de necesidad no pertenece a las esferas del derecho internacional que, por su naturaleza, son claramente inaplicables a las organizaciones internacionales»[629]. La posibilidad de que las organizaciones internacionales invoquen el estado de necesidad también fue defendida en declaraciones hechas por escrito por la Comisión de la Unión Europea[630], el Fondo Monetario Internacional[631], la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual[632] y el Banco Mundial[633].

---

[625] El estado de necesidad se examina en el proyecto de artículo siguiente.

[626] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 84, párr. 7.

[627] Ibíd., pág. 85. Véase también el comentario correspondiente, págs. 85 a 90.

[628] Asunto *T. D.-N.* c. *CERN*, sentencia de 3 de febrero de 2003, párr. 19. El texto de la sentencia se puede consultar en www.ilo.org (decisiones del Tribunal Administrativo).

[629] Carta, de 9 de febrero de 2005, dirigida al Secretario de la Comisión de Derecho Internacional por el Asesor Jurídico General de la Organización Internacional de Policía Criminal (véanse los comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/556 (bajo el epígrafe «La necesidad como circunstancia para excluir la ilicitud»)).

[630] Carta, de 18 de marzo de 2005, dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por la Comisión Europea (ibíd.).

[631] Carta, de 1.º de abril de 2005, dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el Fondo Monetario Internacional (ibíd.).

[632] Carta, de 19 de enero de 2005, dirigida al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas por el Asesor Jurídico de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (ibíd.).

[633] Carta, de 31 de enero de 2006, dirigida al Secretario de la Comisión de Derecho Internacional por el Primer Vicepresidente y Consejero Jurídico General del Banco Mundial (véanse los comentarios y observaciones recibidos de las organizaciones internacionales sobre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/568 y Add.1 (bajo el epígrafe «Circunstancias que excluyen la ilicitud. Banco Mundial»)).

4) Si bien las condiciones establecidas en el artículo 25 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos también son aplicables en lo que atañe a las organizaciones internacionales, la escasez de una práctica específica y el riesgo considerable que la posibilidad de invocar el estado de necesidad entraña para el cumplimiento de las obligaciones internacionales dan a entender que, como cuestión de principio, el estado de necesidad no debería poder ser invocado por las organizaciones internacionales con la misma amplitud que por los Estados. Esto podría lograrse limitando los intereses esenciales que pueden ser protegidos mediante la invocación del estado de necesidad a los de la comunidad internacional en su conjunto en la medida en que la organización, en virtud del derecho internacional, tenga la función de protegerlos. Esta solución se puede considerar como una tentativa de llegar a una transacción entre dos posiciones opuestas con respecto al estado de necesidad que se manifestaron en los debates en la Sexta Comisión[634] y también en la Comisión de Derecho Internacional: la opinión de quienes eran partidarios de poner a las organizaciones internacionales en el mismo plano que los Estados y la opinión de quienes excluirían totalmente la posibilidad de que las organizaciones internaciones invocasen el estado de necesidad. Según algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional, aunque el apartado *a* del párrafo 1 sólo se refiere a los intereses de la comunidad internacional en su conjunto, una organización debería tener derecho, no obstante, a invocar el estado de necesidad para proteger un interés esencial de sus Estados miembros.

5) No hay contradicción entre la referencia del apartado *a* del párrafo 1 a la protección de un interés esencial de la comunidad internacional y la condición establecida en el apartado *b* del párrafo 1 de que el comportamiento en cuestión afecte a un interés esencial de la comunidad internacional. Esos intereses no son necesariamente los mismos.

6) En vista de la solución adoptada en el apartado *a* del párrafo 1, que no permite la invocación del estado de necesidad para la protección de los intereses esenciales de una organización internacional a menos que coincidan con los de la comunidad internacional, los intereses esenciales de las organizaciones internacionales no se han agregado en el apartado *b* del párrafo 1 a los que no deberían resultar gravemente afectados.

7) Aparte de la modificación del apartado *a* del párrafo 1, el texto del artículo reproduce el del artículo 25 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con la sustitución del término «Estado» por las expresiones «organización internacional» u «organización» en el encabezamiento de ambos párrafos.

Artículo 23. Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de una organización internacional que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Comentario

1) El capítulo V de la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos contiene una cláusula de reserva que se aplica a todas las circunstancias que excluyen la ilicitud examinadas en ese capítulo. Esta disposición —el artículo 26— tiene por objeto establecer que un hecho, que de otro modo no se consideraría ilícito, lo será si no está «en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general»[635].

2) El comentario al artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos establece que las «normas imperativas que son claramente aceptadas y reconocidas comprenden las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad y tortura, y el derecho a la libre determinación»[636]. En el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ resolvió en su sentencia que la prohibición del genocidio era «indudablemente» una norma imperativa[637].

3) Como las normas imperativas también obligan a las organizaciones internacionales, es evidente que, como los Estados, las organizaciones internacionales no pueden invocar una circunstancia que excluye la ilicitud en el caso de incumplimiento de una obligación emanada de una norma imperativa. De ahí que sea necesario incluir una cláusula de reserva equivalente a la aplicable a los Estados.

4) El presente artículo reproduce el texto del artículo 26 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con la única sustitución del término «Estado» por «organización internacional».

---

[634] Formularon declaraciones claramente a favor de que las organizaciones internacionales pudieran invocar el estado de necesidad: Francia, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión* (A/C.6/59/SR.22), y corrección, párr. 12; Austria, ibíd., párr. 23; Dinamarca, hablando también en nombre de Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, ibíd., párr. 65; Bélgica, ibíd., párr. 76; la Federación de Rusia, ibíd., *23.ª sesión* (A/C.6/59/SR.23), y corrección, párr. 23; y Cuba, ibíd., párr. 25. España también adoptó en principio una posición favorable, ibíd., *22.ª sesión* (A/C.6/59/SR.22), y corrección, párr. 49. La opinión opuesta quedó expresada en las declaraciones de Alemania, ibíd., *21.ª sesión* (A/C.6/59/SR.21), y corrección, párr. 22; China, ibíd., párr. 42; Polonia, ibíd., *22.ª sesión* (A/C.6/59/SR.22), y corrección, párr. 2; Belarús, ibíd., párr. 45; y Grecia, ibíd., *23.ª sesión* (A/C.6/59/SR.23), y corrección, párr. 43. Singapur, ibíd., *22.ª sesión* (A/C.6/59/SR.22), y corrección, párr. 57, y Nueva Zelandia, ibíd., *23.ª sesión* (A/C.6/59/SR.23), y corrección, párr. 10, adoptaron una posición en principio negativa.

[635] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 90. Véase también el comentario correspondiente, págs. 90 y 91.

[636] Ibíd., pág. 90, párr. 5.

[637] *Activités armées sur le territoire du Congo* (Actividades armadas en el territorio del Congo) (Nueva demanda: 2002) (República Democrática del Congo *c.* Rwanda), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 2006*, pág. 6, en pág. 32, párr. 64. El texto de la sentencia puede consultarse también en www.icj-cij.org.

Artículo 24. Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

***a*) el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;**

***b*) la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.**

Comentario

1) El artículo 27 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[638] establece dos requisitos. El primero es que una circunstancia excluye la ilicitud sólo en el caso y en la medida en que la circunstancia existe. Aunque el enunciado parece subrayar el elemento temporal[639], es obvio que una circunstancia sólo puede excluir la ilicitud en la medida en que abarca una situación concreta. Más allá del alcance de la circunstancia, la ilicitud del hecho no resulta afectada.

2) En virtud del segundo requisito no se prejuzga la cuestión de la indemnización. Sería difícil establecer una norma general sobre la indemnización de las pérdidas causadas por un hecho que, de no mediar determinada circunstancia, sería ilícito.

3) Como la posición de las organizaciones internacionales no es distinta de la de los Estados en lo que concierne a los dos requisitos a que se refiere el artículo 27 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y como en el presente contexto no es necesario incluir ningún cambio en el texto, el proyecto de artículo 24 es idéntico al artículo correspondiente del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Capítulo (x)[640]

RESPONSABILIDAD DE UN ESTADO EN RELACIÓN CON EL HECHO DE UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Comentario general

1) De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del presente proyecto de artículos (*supra*), el presente capítulo tiene por objeto llenar una laguna que se dejó deliberadamente en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[641]. Como establece el artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, esos artículos se entienden «sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad [...] de un Estado por el comportamiento de una organización internacional»[642].

2) No todas las cuestiones que pueden afectar a la responsabilidad de un Estado en relación con el hecho de una organización internacional se examinan en el presente proyecto de artículos. Por ejemplo, las cuestiones relativas a la atribución de un comportamiento a un Estado se regulan sólo en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. De este modo, si se plantea una cuestión acerca de si determinado comportamiento ha de atribuirse a un Estado o a una organización internacional, o a ambos, el presente proyecto de artículos proporcionará los criterios que permitan determinar si el comportamiento se ha de atribuir a la organización internacional, mientras que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos regularán la atribución del comportamiento al Estado.

3) El presente capítulo da por supuesto que existe un comportamiento atribuible a una organización internacional. En la mayoría de los casos, se supone también que ese comportamiento es internacionalmente ilícito. No obstante, se prevén excepciones con respecto a los casos a que se refieren los proyectos de artículo 27 y 28, que tratan de la coacción sobre una organización internacional por un Estado y de la responsabilidad internacional en caso de atribución de competencia a una organización internacional, respectivamente.

4) Con arreglo a los proyectos de artículo 28 y 29, el Estado que incurre en responsabilidad en relación con el hecho de una organización internacional es necesariamente un Estado miembro de esa organización. En los supuestos previstos en los proyectos de artículo 25, 26 y 27, el Estado responsable puede ser o no ser miembro.

5) El presente capítulo no aborda la cuestión de la responsabilidad que puede surgir con relación a entidades distintas de los Estados que también son miembros de una organización internacional. El capítulo IV de la primera parte del presente proyecto ya tiene en cuenta la responsabilidad en que puede incurrir una organización internacional cuando presta ayuda o asistencia o ejerce la dirección y el control en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otra organización internacional de la que la primera organización es miembro. El mismo capítulo versa también sobre la coacción por una organización internacional que es miembro de la organización coaccionada. Después de los proyectos de artículo 28 y 29, que tratan de otros supuestos de responsabilidad de los Estados como miembros de una organización internacional, habrá que introducir nuevas disposiciones en el capítulo IV para regular supuestos análogos relativos a las organizaciones internacionales como miembros de otras organizaciones internacionales. Las cuestiones relacionadas con la responsabilidad de entidades que, sin ser Estados ni organizaciones internacionales también son miembros de organizaciones internacionales, exceden del ámbito del presente proyecto.

---

[638] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 91. Véase también el comentario correspondiente, págs. 91 y 92.

[639] Cabe que se pusiera énfasis en el elemento temporal porque la CIJ había sostenido, en la sentencia dictada en el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*), que «El deber de cumplir con las obligaciones que emanan del tratado renace tan pronto como el estado de necesidad deja de existir» (pág. 63, párr. 101).

[640] La ubicación del capítulo se determinará posteriormente.

[641] Véase el comentario de este artículo aprobado por la Comisión en su 55.º período de sesiones en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), págs. 20 a 22.

[642] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 151.

6) La posición que ha de ocupar el presente capítulo en la estructura del proyecto todavía está por determinar. Por ello, el capítulo se denomina provisionalmente «Capítulo (x)». Si se mantiene en el lugar que ahora ocupa, podría constituir una parte separada o el capítulo final de la primera parte. En este último caso habría que dar a la primera parte un título más apropiado.

Artículo 25. Ayuda o asistencia prestada por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que presta ayuda o asistencia a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar esa ayuda o asistencia si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que presta la ayuda o asistencia.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 25 versa sobre un supuesto análogo al previsto en el proyecto de artículo 12 (*supra*), que trata de la ayuda o asistencia de una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otra organización internacional[643]. Ambos proyectos de artículo siguen fielmente el texto del artículo 16 del proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[644].

2) Un Estado que presta ayuda o asistencia a una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito puede ser o no ser miembro de esa organización. Si es un Estado miembro, la influencia que suponga ayuda o asistencia no puede consistir simplemente en la participación en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a las reglas pertinentes de ésta. No obstante, no se puede excluir totalmente que la ayuda o asistencia resulte del comportamiento observado por el Estado en el ámbito de la organización. Esto podría suscitar algunas dificultades para determinar en casos límite si ha habido o no ayuda o asistencia. La situación de hecho, como el número de miembros y la naturaleza de la participación, probablemente será decisiva.

3) La prestación de ayuda o asistencia por un Estado podría constituir violación de una obligación que el Estado ha asumido en virtud de una norma primaria. Por ejemplo, un Estado nuclear parte en el Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares tendría que abstenerse de prestar asistencia a un Estado no nuclear en la adquisición de armas nucleares, y aparentemente lo mismo podría decirse de la asistencia prestada a una organización internacional de la que son miembros algunos Estados no nucleares. En tal supuesto, la responsabilidad internacional que puede nacer para el Estado tendría que determinarse de conformidad con los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

4) En sus apartados *a* y *b*, el proyecto de artículo 25 establece las condiciones para que el Estado que presta ayuda o asistencia incurra en responsabilidad internacional. El proyecto de artículo utiliza el mismo lenguaje que el artículo 16 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, porque sería difícil encontrar razones para aplicar una norma diferente cuando la entidad que recibe la ayuda o asistencia es una organización internacional en vez de un Estado. Hay que señalar que no se hace ninguna distinción con respecto a la relación temporal entre el comportamiento del Estado y el hecho internacionalmente ilícito de la organización internacional.

5) El título del artículo 16 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se ha adaptado ligeramente, introduciendo las palabras «prestada por un Estado», a fin de distinguir el título del presente proyecto de artículo del proyecto de artículo 12.

Artículo 26. Dirección y control ejercidos por un Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por una organización internacional

El Estado que dirige y controla a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y**

***b*) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por el Estado que dirige y controla.**

Comentario

1) Mientras que el proyecto de artículo 13 (*supra*) versa sobre la dirección y el control ejercidos por una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito por otra organización internacional[645], el proyecto de artículo 26 prevé el supuesto en que la dirección y el control son ejercidos por un Estado. Ambos proyectos de artículo siguen fielmente el texto del artículo 17 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[646].

2) El Estado que dirige y controla una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito puede ser o no ser miembro de la organización. Como en el caso de la ayuda o asistencia, al que se refieren el proyecto de artículo 25 y el comentario

[643] Véase el comentario de este artículo aprobado por la Comisión en su 57.º período de sesiones en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 206.

[644] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 69.

[645] Véase el comentario de este artículo aprobado por la Comisión en su 57.º período de sesiones en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 206.

[646] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 71.

correspondiente, es preciso distinguir entre la participación de un Estado miembro en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a sus reglas pertinentes y la dirección y el control que desencadenaría la aplicación del presente proyecto de artículo. Como este último comportamiento podría tener lugar en el ámbito de la organización, en casos límite se tropezaría con los mismos problemas a que se ha hecho alusión en el comentario al proyecto de artículo anterior.

3) En sus apartados *a* y *b*, el proyecto de artículo 26 establece las condiciones para que nazca la responsabilidad del Estado en los mismos términos que el artículo 17 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. No hay ningún motivo para distinguir entre el supuesto en que un Estado dirige y controla a otro Estado en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y el supuesto en que el Estado dirige y controla del mismo modo a una organización internacional.

4) Con respecto al artículo 17 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el título del presente proyecto de artículo se ha adaptado ligeramente incluyendo las palabras «por un Estado» para distinguirlo del título del proyecto de artículo 13.

Artículo 27. Coacción ejercida sobre una organización internacional por un Estado

El Estado que coacciona a una organización internacional para que cometa un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

***a*) el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito de esa organización internacional; y**

***b*) lo hace conociendo las circunstancias del hecho.**

Comentario

1) El proyecto de artículo 14 (*supra*) versa sobre el supuesto de la coacción ejercida por una organización internacional en relación con la comisión de lo que constituiría, de no mediar coacción, un hecho ilícito de otra organización internacional[647]. El presente proyecto de artículo concierne a la coacción por un Estado en una situación similar. Ambos proyectos de artículo siguen fielmente el artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[648].

2) El Estado que coacciona a una organización internacional puede ser o no ser Estado miembro de esa organización. Si el Estado es un Estado miembro, hay que hacer una distinción similar a la que se hizo en relación con los dos proyectos de artículo anteriores entre la participación en el proceso de adopción de decisiones de la organización con arreglo a sus reglas pertinentes, por una parte, y la coacción, por otra.

3) Las condiciones que el proyecto de artículo 27 establece para que nazca la responsabilidad son idénticas a las enunciadas en el artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. También con respecto a la coacción, no hay motivo para establecer una norma diferente de la que se aplica en las relaciones entre Estados.

4) El título del presente proyecto de artículo adapta ligeramente el del artículo 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos al introducir las palabras «ejercida [...] por un Estado», con objeto de distinguirlo del título del proyecto de artículo 14.

Artículo 28. Responsabilidad internacional en caso de atribución de competencia a una organización internacional

1. Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si elude el cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales atribuyendo a la organización competencia en relación con esa obligación, y la organización comete un hecho que, de haber sido cometido por dicho Estado, habría constituido una violación de esa obligación.

2. El párrafo 1 se aplica independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la organización internacional.

Comentario

1) El proyecto de artículo 28 versa sobre un supuesto que, hasta cierto punto, es análogo a los previstos en el proyecto de artículo 15 (*supra*)[649]. Con arreglo a este proyecto de artículo, una organización internacional incurre en responsabilidad internacional cuando elude una de sus obligaciones internacionales adoptando una decisión que obliga a un Estado miembro o a una organización internacional miembro a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la primera organización. El proyecto de artículo 15 también tiene en cuenta el supuesto en que la obligación se elude mediante una autorización o una recomendación dirigidas a un Estado miembro o a una organización internacional miembro. El presente proyecto de artículo concierne al supuesto en que un Estado elude una de sus obligaciones internacionales cuando se vale de la personalidad jurídica distinta de una organización internacional de la que es Estado miembro.

2) Como se dice en el comentario al proyecto de artículo 15, no es necesaria la intención específica de eludir una obligación y no se puede evadir la responsabilidad alegando la falta de intención de sustraerse a la obligación

[647] Véase el comentario de este artículo aprobado por la Comisión en su 57.º período de sesiones en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 206.

[648] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 73.

[649] Véase el comentario de este artículo aprobado por la Comisión en su 57.º período de sesiones en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 206.

internacional[650]. Con el empleo del verbo «eludir» se pretende excluir que haya responsabilidad internacional cuando el hecho de la organización internacional, que constituiría una violación de una obligación internacional si fuera asumido por el Estado, tiene que considerarse como un resultado involuntario de la atribución de competencia a la organización internacional. En cambio, el verbo «eludir» no se refiere sólo a los supuestos en que puede decirse que el Estado miembro comete un abuso de derecho[651].

3) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporciona algunos ejemplos de Estados a los que se tiene por responsables cuando han atribuido competencia a una organización internacional y no han velado por el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Convenio europeo de derechos humanos. En el asunto *Waite et Kennedy* c. *Allemagne*, el Tribunal examinó la cuestión de si el derecho de acceso a la jurisdicción había resultado indebidamente menoscabado por un Estado que concedió inmunidad a la Agencia Espacial Europea, de la que era miembro, en relación con demandas en materia de empleo. El Tribunal dijo:

> cuando unos Estados crean organizaciones internacionales para cooperar en determinadas esferas de actividad o para reforzar su cooperación, y cuando atribuyen a esas organizaciones ciertas competencias y les otorgan inmunidades, la protección de los derechos fundamentales puede resultar afectada. Ahora bien, sería incompatible con el fin y el objeto del Convenio [europeo de derechos humanos] que los Estados contratantes quedaran así exonerados de toda responsabilidad en relación con el Convenio en la esfera de actividad objeto de esa atribución[652].

4) En el asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* c. *Irlande*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó un planteamiento análogo con respecto a una medida adoptada por un Estado en aplicación de un reglamento de la Comunidad Europea. El Tribunal dijo que un Estado no se podía liberar de las obligaciones que le incumbían en virtud del Convenio europeo de derechos humanos mediante la transferencia de funciones a una organización internacional, porque:

> exonerar a los Estados Contratantes de toda responsabilidad en relación con el Convenio [europeo de derechos humanos] en las esferas objeto de esa transferencia sería incompatible con el objeto y el fin del Convenio: las garantías previstas por el Convenio podrían ser limitadas o excluidas discrecionalmente privándolo de su carácter vinculante y menoscabando la naturaleza práctica y efectiva de sus salvaguardias [...]. El Estado sigue siendo responsable a tenor del Convenio con respecto a los compromisos asumidos en virtud de tratados con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio[653].

5) Con arreglo al presente proyecto de artículo, para que nazca la responsabilidad internacional se requieren dos elementos. El primero es que el Estado atribuya competencia a la organización internacional en relación con la obligación internacional que se elude. Esto puede ocurrir por medio de la transferencia de funciones estatales a una organización de integración. Sin embargo, los supuestos a que se refiere el proyecto de artículo no son sólo éstos. Además, se puede crear una organización internacional para que ejerza funciones que los Estados no desempeñan. Lo que es pertinente a los efectos del nacimiento de la responsabilidad internacional a tenor del presente proyecto de artículo es que la obligación internacional corresponda a la esfera en que se atribuye competencia a la organización internacional. La obligación puede referirse específicamente a esa esfera o tener carácter más general, como en el caso de obligaciones contraídas en virtud de tratados para la protección de los derechos humanos.

6) La segunda condición para que nazca la responsabilidad internacional es que la organización internacional cometa un hecho que, de haber sido cometido por el Estado, habría constituido una violación de esa obligación. El que la obligación no vincule a la organización no es suficiente para que nazca la responsabilidad internacional. Tiene que haberse cometido un hecho que constituiría una violación de la obligación. En cambio, no se exige que el Estado haya inducido a la organización internacional a cometer el hecho en cuestión.

7) El párrafo 2 especifica que el proyecto de artículo 28 no requiere que el hecho sea internacionalmente ilícito para la organización internacional de que se trate. Es más probable que se trate de eludir la obligación internacional cuando ésta no vincule a la organización internacional. Sin embargo, la mera existencia de una obligación internacional que incumbe a la organización no exime necesariamente al Estado de responsabilidad internacional.

8) Si el hecho de la organización internacional fuera ilícito y si el hecho hubiera sido inducido por el Estado

---

[650] Ibíd. (párrafo 4 del comentario).

[651] En el apartado *b* del artículo 5 de una resolución aprobada en 1995 en Lisboa sobre «Las consecuencias jurídicas para los Estados miembros del incumplimiento por las organizaciones internacionales de sus obligaciones respecto de terceros», el Instituto de Derecho Internacional estableció: «En determinados supuestos, los miembros de una organización internacional podrán ser responsables en razón de las obligaciones de la organización en aplicación de un principio general pertinente del derecho internacional, como [...] el abuso de derecho» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (1996), pág. 448).

[652] *Waite and Kennedy* c. *Allemagne*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de febrero de 1999, *Recueil des arrêts et décisions, 1999-I*, pág. 429, en págs. 446 y 447, párr. 67. El Tribunal concluyó que no se había menoscabado la esencia del «derecho a un tribunal» del demandante en virtud del Convenio (párr. 73). Después de examinar el pronunciamiento jurisdiccional emitido en este asunto, Ian Brownlie señaló que «si bien el contexto es el de los derechos humanos, el principio invocado parecería ser de aplicación general» (I. Brownlie, «The responsibility of States for the acts of international organizations», en M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pág. 361). Han expresado opiniones análogas a las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Antonietta Di Blase en «Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 57 (1974), pág. 250, especialmente págs. 275 y 276; Moshe Hirsch en *The Responsibility of International Organizations toward Third Parties*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1995, pág. 179; Karl Zemanek en *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-I (1995), pág. 329; Philippe Sands en *Bowett's Law of International Institutions*, Ph. Sands y P. Klein (eds.), Londres, Sweet and Maxwell, 2001, pág. 524, y Dan Sarooshi en *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, 2005, pág. 64.

[653] *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS* c. *Irlande*, demanda n.º 45036/98, Gran Sala, decisión de 30 de junio de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions, 2005-VI*, párr. 154. El Tribunal falló que el Estado demandado no había incurrido en responsabilidad porque los derechos fundamentales pertinentes estaban protegidos en el ámbito de la Comunidad Europea «de una manera que puede considerarse al menos equivalente a la que prevé el Convenio» (párr. 155).

miembro, se podría producir cierta coincidencia entre los supuestos a que se refiere el proyecto de artículo 28 y los previstos en los tres artículos anteriores. Así ocurriría cuando se dieren las condiciones enunciadas por uno de esos artículos. Con todo, esa coincidencia no sería problemática, porque sólo implicaría la existencia de diversos motivos para tener al Estado por responsable.

Artículo 29. Responsabilidad de un Estado miembro de una organización internacional por el hecho internacionalmente ilícito de esa organización

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los proyectos de artículo 25 a 28, un Estado miembro de una organización internacional es responsable de un hecho internacionalmente ilícito de esa organización si:

***a*) ha aceptado la responsabilidad por ese hecho; o**

***b*) ha inducido a la parte perjudicada a confiar en su responsabilidad.**

2. Se presume que la responsabilidad internacional de un Estado nacida de conformidad con el párrafo 1 tiene carácter subsidiario.

Comentario

1) La cláusula de reserva relativa a los proyectos de artículo 25 a 28 que figura al comienzo del párrafo 1 del presente proyecto de artículo pretende dejar bien sentado que un Estado miembro de una organización internacional puede ser tenido por responsable también de conformidad con los proyectos de artículo anteriores. Por consiguiente, el proyecto de artículo 29 prevé otros dos supuestos en los que los Estados miembros incurren en responsabilidad. Los Estados miembros pueden ser responsables además con arreglo a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[654], pero en este caso no es necesaria una cláusula de reserva porque este supuesto excede del ámbito del presente proyecto.

2) De acuerdo con el planteamiento generalmente adoptado en el presente proyecto y en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, este proyecto de artículo enuncia de forma positiva los supuestos en que un Estado incurre en responsabilidad y no dice cuándo se considera que no nace ninguna responsabilidad. Aunque algunos miembros no estaban de acuerdo, la Comisión concluyó que no sería adecuado incluir en el proyecto una disposición que enunciara una norma supletoria y negativa para los supuestos en que, con arreglo al proyecto, no nace responsabilidad para el Estado en relación con el hecho de una organización internacional. Es evidente, sin embargo, que esa conclusión está implícita y que la condición de miembro no entraña de por sí la responsabilidad internacional de los Estados miembros cuando la organización comete un hecho internacionalmente ilícito.

3) La opinión de que los Estados miembros no se pueden considerar en general internacionalmente responsables de los hechos internacionalmente ilícitos de la organización ha sido defendida por varios Estados en diferentes litigios. El Gobierno de Alemania recordó en un comentario hecho por escrito que había:

> defendido el principio de la responsabilidad separada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (*M. & Co.*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Senator Lines*) y la Corte Internacional de Justicia (*Licéité de l'emploi de la force*) y [había] rechazado la responsabilidad en razón de la condición de miembro por medidas adoptadas por la Comunidad Europea, la OTAN y las Naciones Unidas[655].

4) En la mayoría de los pronunciamientos emitidos en los tribunales británicos en el litigio relativo al Consejo Internacional del Estaño se adoptó un planteamiento análogo, aunque de manera incidental en controversias relativas a contratos privados. Las expresiones más claras de esta postura fueron las de Lord Kerr en el Tribunal de Apelación y Lord Templeman. Lord Kerr dijo que no veía cómo:

> se podría concluir que ha quedado demostrado que existe una norma de derecho internacional, que obliga a los Estados miembros del Consejo Internacional del Estaño, en virtud de la cual pueden ser tenidos por responsables —sobre todo mancomunada y solidariamente— ante cualquier tribunal nacional frente a los acreedores del Consejo Internacional del Estaño por las deudas contraídas por éste en su propio nombre[656].

En la Cámara de los Lores, con relación a la supuesta existencia de una norma de derecho internacional que imponía a los Estados «miembros de una organización internacional una responsabilidad mancomunada y solidaria en caso de falta de pago de sus deudas por la organización a menos que el tratado constitutivo de la organización internacional excluya claramente toda responsabilidad por parte de sus miembros», Lord Templeman estimó que «no se ha aportado ninguna prueba plausible de la existencia de tal norma de derecho internacional durante la firma del Sexto Acuerdo Internacional sobre el Estaño, en 1982, ni antes ni después»[657].

5) Aunque la doctrina está dividida en cuanto a la cuestión en si los Estados incurren en responsabilidad

---

[654] Esto se aplicaría al supuesto previsto por el Instituto de Derecho Internacional en el inciso ii) del apartado *c* del artículo 5 de su resolución sobre «Las consecuencias jurídicas para los Estados miembros del incumplimiento por las organizaciones internacionales de sus obligaciones respecto de terceros»: el supuesto en que «la organización internacional ha actuado en calidad de agente del Estado, de hecho o de derecho» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (1996), pág. 448).

[655] Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos y las organizaciones internacionales sobre el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/556 (bajo el epígrafe «Práctica relativa a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Alemania»).

[656] *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincig Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others*, sentencia de 27 de abril de 1988, *International Law Reports*, vol. 80, pág. 109.

[657] *Australia & New Zealand Banking Group Ltd. and Others* v. *Commonwealth of Australia and 23 Others*; *Amalgamated Metal Trading Ltd. and Others* v. *Department of Trade and Industry and Others*; *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *International Tin Council*, sentencia de 26 de octubre de 1989, *International Legal Materials*, vol. 29 (1990), pág. 675.

cuando una organización internacional de la que son miembros comete un hecho internacionalmente ilícito, es de notar que el Instituto de Derecho Internacional aprobó en 1995 una resolución en la que adoptó la posición según la cual:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5, no existe ninguna norma general de derecho internacional en virtud de la cual los Estados miembros son, por razón únicamente de su condición de miembros, responsables conjunta o subsidiariamente de las obligaciones de una organización internacional de la que son miembros[658].

6) La idea de que los Estados miembros no son en general responsables no excluye que se den ciertos supuestos, distintos de aquellos a que se refieren los proyectos de artículo anteriores, en los que un Estado sería responsable por el hecho internacionalmente ilícito de la organización. El supuesto que se presta menos a controversia es el de la aceptación de la responsabilidad internacional por los Estados interesados. Este supuesto se enuncia en el apartado *a*. La aceptación no está sujeta a ningún requisito. Con esto se quiere decir que la aceptación puede ser expresa o tácita y puede producirse antes o después del momento en que nace la responsabilidad para la organización.

7) En su voto particular emitido en la sentencia del Tribunal de Apelación relativa al Consejo Internacional del Estaño, Lord Ralph Gibson se refirió a la aceptación de la responsabilidad en el «instrumento constitutivo»[659]. Cabe sin duda concebir que la aceptación resulte del instrumento constitutivo de la organización internacional o de otras reglas de la organización. Ahora bien, los Estados miembros incurrirían en responsabilidad internacional respecto de un tercero sólo si su aceptación producía efectos jurídicos en sus relaciones con ese tercero[660]. Puede muy bien ocurrir que los Estados miembros se obliguen con respecto a la organización o convengan en aportar los recursos financieros necesarios como cuestión interna[661].

8) El párrafo 1 prevé un segundo supuesto de responsabilidad de los Estados miembros: cuando el comportamiento de los Estados miembros haya dado motivo al tercero para confiar en la responsabilidad de los Estados miembros; por ejemplo, que reemplazarían a la organización responsable si ésta no dispusiera de los fondos necesarios para ofrecer reparación[662].

9) El segundo laudo arbitral dictado en la controversia relativa a la empresa Westland Helicopters ofrecía un ejemplo de responsabilidad de los Estados miembros basada en la confianza generada por el comportamiento de dichos Estados. El tribunal de arbitraje falló que las circunstancias especiales del caso suscitaban:

> la confianza de los terceros que contrataban con la organización en la capacidad de ésta para hacer frente a sus compromisos habida cuenta del apoyo constante de sus Estados miembros[663].

10) La confianza no se funda necesariamente en una aceptación tácita. Puede derivarse razonablemente también de circunstancias que no pueden considerarse como una expresión de la intención de los Estados miembros en obligarse. Entre los factores que se han considerado pertinentes figura el pequeño número de miembros[664], aunque éste junto con todos los factores pertinentes tendrían que tenerse en cuenta globalmente. Desde luego no existe ninguna presunción de que un tercero debería poder confiar en la responsabilidad de los Estados miembros.

11) En el apartado *b* se utiliza la expresión «parte perjudicada». En el contexto de la responsabilidad internacional, esta parte perjudicada sería la mayoría de las veces otro Estado u otra organización internacional. Ahora bien, puede haber otros sujetos de derecho internacional distintos de un Estado o una organización internacional. Mientras que la primera parte del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos trata de la violación de una obligación internacional que incumbe a un Estado en virtud del derecho internacional, la segunda parte, que versa sobre el contenido de la responsabilidad internacional,

---

[658] Apartado *a* del artículo 6. El artículo 5 dice lo siguiente: «*a*) La cuestión de la responsabilidad de los miembros de una organización internacional en razón de las obligaciones de ésta se determina por referencia a las reglas de la organización; *b*) En determinados supuestos, los miembros de una organización internacional podrán ser responsables en razón de las obligaciones de la organización en aplicación de un principio general pertinente del derecho internacional, como la aquiescencia o el abuso de derecho; *c*) Además, un Estado miembro puede incurrir en responsabilidad para con un tercero: i) cuando el Estado ha contraído compromisos a estos efectos; o ii) cuando la organización internacional ha actuado en calidad de agente de ese Estado, de hecho o de derecho» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II (1996), pág. 448).

[659] *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincig Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others* (véase la nota 656 *supra*), pág. 172.

[660] En tal caso se aplicarían las condiciones enunciadas en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1969.

[661] Por ejemplo, el párrafo 7 del artículo 300 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea dice lo siguiente: «Los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros». El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas indicó que esta disposición no implicaba que los Estados miembros quedaran vinculados con respecto a los Estados no miembros y pudieran por ello incurrir en responsabilidad conforme al derecho internacional. Véase *República Francesa* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-327/91, sentencia de 9 de agosto de 1994, *Recopilación de Jurisprudencia 1994*, pág. I-3641, especialmente pág. I-3674, párr. 25.

[662] Amerasinghe sostuvo por «razones de orden práctico» que «la presunción de no responsabilidad podía ser refutada si se probaba que algunos o la totalidad de los miembros o la organización, con la aprobación de los miembros, habían dado a los acreedores motivos para suponer que algunos o la totalidad de los miembros aceptarían una responsabilidad mancomunada o subsidiaria aunque tal intención no se desprendiera expresa o implícitamente del instrumento constitutivo» (C. F. Amerasinghe, «Liability to third parties of member States of international organizations: practice, principle and judicial precedent», *American Journal of International Law*, vol. 85 (1991), pág. 280). Pierre Klein también estimó que el comportamiento de los Estados miembros podía dar a entender que se constituían garantes del respeto de las obligaciones que asumía la organización (véase P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruselas, Bruylant/Editions de l'Université de Bruxelles, 1998, págs. 509 y 510).

[663] *Westland Helicopters Ltd.* v. *Arab Organization for Industrialization and others*, laudo de 21 de julio de 1991, párr. 56, citado por Rosalyn Higgins en «The legal consequences for member States of non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties: provisional report», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-I (1995), págs. 393 y 394.

[664] Véase al respecto la observación formulada por Belarús, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Sexta Comisión, 12.ª sesión* (A/C.6/60/SR.12) y corrección, párr. 52.

sólo trata de relaciones entre Estados, pero incluye en el artículo 33 de ese proyecto de artículos una cláusula de reserva concerniente a los derechos que se generen en beneficio de «una persona o de una entidad distinta de un Estado»[665]. Análogamente, la intención es que el apartado *b* se aplique a todo Estado, organización, persona o entidad con respecto a la cual un Estado miembro pueda haber incurrido en responsabilidad internacional.

12) De conformidad con los apartados *a* y *b*, la responsabilidad internacional nace sólo con respecto a los Estados miembros que han aceptado esa responsabilidad o cuyo comportamiento ha inducido a confiar en su responsabilidad. Incluso en los casos en que la aceptación de responsabilidad resulta del instrumento constitutivo de la organización, ello podría referirse a la responsabilidad de sólo algunos Estados miembros.

13) El párrafo 2 trata de la naturaleza de la responsabilidad que nace de conformidad con el párrafo 1. La aceptación de responsabilidad por un Estado puede referirse a la responsabilidad subsidiaria o a la responsabilidad mancomunada y solidaria. Lo mismo cabe decir de la responsabilidad fundada en la confianza. Por regla general, sólo se podría enunciar una presunción simple. En vista también del carácter limitado de los supuestos en que nace la responsabilidad conforme al presente proyecto de artículo, es razonable presumir que, cuando los Estados miembros aceptan la responsabilidad, sólo pretenden aceptar una responsabilidad subsidiaria, que tiene carácter supletorio[666].

Artículo 30. Efecto del presente capítulo

El presente capítulo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de otras disposiciones de este proyecto de artículos, de la organización internacional que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otra organización internacional.

Comentario

1) Este proyecto de artículo encuentra su equivalente en el artículo 16 [15] (*supra*), según el cual el capítulo relativo a la responsabilidad de una organización internacional en relación con el hecho de un Estado o de otra organización internacional se entiende «sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado o de la organización internacional que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado u organización internacional».

2) El proyecto de artículo 30 es una cláusula de reserva que se refiere a todo el capítulo. Corresponde al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[667]. El fin de esta disposición, que concierne sólo a las relaciones entre Estados, es ante todo aclarar que la responsabilidad del Estado que presta ayuda o asistencia a otro Estado o lo dirige y controla en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito se entiende sin perjuicio de la responsabilidad en que puede incurrir el Estado que comete el hecho. Además, como se indica en el comentario al artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, el artículo también tiene por objeto dejar en claro que «las disposiciones del capítulo IV se entienden sin perjuicio de ninguna otra base para establecer la responsabilidad del Estado que preste asistencia, dirija o coaccione, en virtud de cualquier norma de derecho internacional que defina un determinado comportamiento como ilícito» y mantener la responsabilidad de cualquier otro Estado «al cual pueda atribuirse también el comportamiento internacionalmente ilícito con arreglo a otras disposiciones de los artículos»[668].

3) Parece que la necesidad de incluir una cláusula de reserva análoga en un capítulo relativo a la responsabilidad de los Estados que figura en un proyecto sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales es menor. Es casi innecesario salvar la responsabilidad en que pueden incurrir los Estados conforme a lo dispuesto en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y no a tenor del presente proyecto. Por el contrario, una cláusula de reserva análoga a la del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos tendría alguna utilidad si se refiriera a las organizaciones internacionales. La no inclusión en el capítulo de una disposición análoga al artículo 19 podría haber suscitado dudas. Además, por lo menos en el supuesto de un Estado que presta ayuda o asistencia o que dirige y controla a una organización internacional en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, no es totalmente inútil afirmar que la responsabilidad del Estado se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de la organización internacional que comete el hecho.

4) En este proyecto de artículo, las referencias al término «Estado» del artículo 19 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se han sustituido por referencias a la expresión «organización internacional».

---

[665] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 100.

[666] En el voto particular mencionado anteriormente, emitido en la sentencia de 27 de abril de 1988 relativa al asunto *Maclaine Watson & Co. Ltd.* v. *Department of Trade and Industry*; *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd.* v. *Department of Trade and Industry and Others* (véase la nota 656 *supra*), Lord Ralph Gibson sostuvo que, en caso de aceptación de la responsabilidad, «los miembros asumen directamente una responsabilidad subsidiaria» (pág. 172).

[667] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 74.

[668] Ibíd., págs. 74 y 75, párrs. 2 y 3.

Capítulo VIII

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

A. Introducción

92. La Asamblea General, en su resolución 48/31, de 9 de diciembre de 1993, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema titulado «La ley y la práctica en materia de reservas a los tratados».

93. En su 46.º período de sesiones (1994), la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Alain Pellet[669].

94. En su 47.º período de sesiones (1995), la Comisión recibió y examinó el primer informe del Relator Especial[670].

95. Al concluir ese examen, el Relator Especial resumió las conclusiones a que había llegado a la luz de los debates de la Comisión sobre el tema, y que se referían: al título del tema, que debía modificarse para que dijera «Las reservas a los tratados»; a la forma que debían tomar los resultados del estudio, que sería la de una guía de la práctica en materia de reservas; a la manera flexible en que debían realizarse los trabajos de la Comisión sobre el tema; y al consenso de la Comisión en el sentido de que no debían modificarse las disposiciones pertinentes de la Convención de Viena de 1969, la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante «Convención de Viena de 1978») y la Convención de Viena de 1986[671]. Esas conclusiones constituían, a juicio de la Comisión, el resultado del estudio preliminar solicitado por la Asamblea General en sus resoluciones 48/31, de 9 de diciembre de 1993, y 49/51, de 9 de diciembre de 1994. Por lo que respecta a la guía de la práctica, se le daría la forma de un proyecto de directrices, con sus comentarios, que servirían de orientación para la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales; estas directrices, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas tipo.

96. También en su 47.º período de sesiones, la Comisión, de conformidad con su práctica anterior[672], autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado en relación con las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular las depositarias de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropezaban[673]. Ese cuestionario se envió a sus destinatarios por conducto de la Secretaría. En su resolución 50/45, de 11 de diciembre de 1995, la Asamblea General tomó nota de las conclusiones de la Comisión y la invitó a continuar su labor en la forma indicada en el informe, e invitó también a los Estados a contestar el cuestionario[674].

97. En su 48.º período de sesiones (1996), la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial sobre el tema[675]. El Relator Especial había unido a su informe un proyecto de resolución de la Comisión sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, destinado a la Asamblea General, con el fin de puntualizar y aclarar los aspectos jurídicos de esa cuestión[676].

98. En su 49.º período de sesiones (1997), la Comisión aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[677].

99. La Asamblea General tomó nota en su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, de las conclusiones preliminares de la Comisión, así como de la invitación cursada a todos los órganos establecidos en virtud de tratados multilaterales de carácter normativo que desearan hacerlo a que presentaran observaciones por escrito sobre esas conclusiones, y al mismo tiempo recordó a los gobiernos la importancia que revestía para la Comisión contar con sus opiniones acerca de las conclusiones preliminares.

100. De su 50.º período de sesiones (1998) a su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión examinó otros ocho informes[678] del Relator Especial y aprobó provisionalmente 71 proyectos de directriz, con sus comentarios.

---

[669] Véase *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), párr. 381.

[670] *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/470.

[671] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 487.

[672] Véase *Anuario... 1983*, vol. II (segunda parte), párr. 286.

[673] Véase *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), párr. 489. Los cuestionarios enviados a los Estados Miembros y a las organizaciones internacionales aparecen reproducidos en *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, anexos II y III.

[674] Al 31 de julio de 2003, 33 Estados y 25 organizaciones internacionales habían respondido a los cuestionarios.

[675] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/477 y Add.1 y A/CN.4/478.

[676] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 136 y nota 238.

[677] Véase la nota 6 *supra*.

[678] Tercer informe: *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6; cuarto informe: *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documentos A/CN.4/499 y A/CN.4/478/Rev.1; quinto informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4; sexto informe: *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/518 y Add.1 a 3; séptimo informe: *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/526 y Add.1 a 3; octavo informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/535 y Add.1; noveno informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/544, y décimo informe: *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2. Véase una presentación histórica detallada de los informes tercero a noveno en *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 257 a 269.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

101. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí la segunda parte del décimo informe del Relator Especial (A/CN.4/558 y Add.1 y 2), relativo a la validez de las reservas y al concepto de objeto y fin del tratado[679]. A este respecto, el Relator Especial, tras el debate que tuvo lugar durante el 57.º período de sesiones (2005), había preparado también una nota (A/CN.4/572) relativa al proyecto de directriz 3.1.5 (Definición del objeto y el fin del tratado), en la que presentaba una nueva versión de este proyecto de directriz que incluía dos textos alternativos[680]. El Relator Especial presentó también su undécimo informe (A/CN.4/574) y la Comisión acordó examinarlo en su 59.º período de sesiones (2007).

102. La Comisión examinó la segunda parte del décimo informe del Relator Especial en sus sesiones 2888.ª a 2891.ª, celebradas los días 5, 6, 7 y 11 de julio de 2006.

103. En su 2891.ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de directriz 3.1.5 a 3.1.13, 3.2, 3.2.1 a 3.2.4. 3.3 y 3.3.1.

104. En su 2883.ª sesión, el 6 de junio de 2006, la Comisión examinó y aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 3.1 (Validez material de una reserva), 3.1.1 (Reservas expresamente prohibidas por el tratado), 3.1.2 (Definición de determinadas reservas), 3.1.3 (Validez de reservas que no estén prohibidas por el tratado) y 3.1.4 (Validez de determinadas reservas). Además, la Comisión aprobó provisionalmente los proyectos de directriz 1.6 (Alcance de las definiciones) y 2.1.8 [2.1.7 *bis*] (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas) en su nueva versión.

105. Estos proyectos de directriz ya se habían remitido al Comité de Redacción en el 57.º período de sesiones de la Comisión (2005).

106. En sus sesiones 2911.ª y 2912.ª, celebradas los días 9 y 10 de agosto de 2006, la Comisión aprobó los comentarios relativos a esos proyectos de directriz.

107. En la sección C.2 *infra* se reproducen el texto de los proyectos de directriz y sus comentarios.

1. Presentación por el Relator Especial de la segunda parte de su décimo informe

108. El Relator Especial señaló que, por falta de tiempo, en el anterior período de sesiones de la Comisión no se había podido examinar a fondo una parte de su décimo informe, mientras que la última parte, relativa a la validez de las reservas, no se había examinado en absoluto. En razón de las críticas que había suscitado la definición del objeto y el fin del tratado durante el debate celebrado en el 57.º período de sesiones, el Relator Especial había elaborado una nueva definición del concepto de objeto y fin del tratado (A/CN.4/572)[681]. Esta nueva definición se presentaba con dos variantes cuya tendencia general no era muy diferente aunque él prefería la primera. Al presentar la segunda adición a su décimo informe, el Relator Especial había tratado de responder de manera pragmática a dos cuestiones importantes y difíciles, es decir, quién era competente para apreciar la validez de las reservas y cuáles eran las consecuencias de una reserva no válida.

109. En lo que respecta al proyecto de directriz 3.2[682], el Relator Especial señaló que, como se deducía de los artículos 20, 21 y 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, cada Estado u organización internacional contratante podía apreciar la validez de las reservas formuladas en relación con un tratado. A este respecto, el término «Estado» designaba el conjunto del aparato estatal, incluidos, cuando procediere, los tribunales nacionales. Esta apreciación podía ser efectuada también por los propios tribunales del Estado autor de la reserva, aunque el Relator Especial sólo conocía un caso en que un órgano jurisdiccional interno hubiera declarado no válida una reserva formulada por el Estado[683]. Para tener en cuenta esa posibilidad, habría que modificar el enunciado del primer apartado del proyecto de directriz 3.2 y suprimir la palabra «demás» que figuraba antes de «Estados contratantes» y «organizaciones contratantes». Los órganos de solución de controversias y los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado también podían pronunciarse sobre la validez de las reservas. Pero convenía señalar que la categoría de los órganos de vigilancia era relativamente nueva y sólo había aparecido en toda su extensión después de la adopción de la Convención de Viena de 1969.

110. Las consideraciones que en 1997 llevaron a la Comisión a aprobar las conclusiones preliminares sobre reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[684], seguían siendo igualmente válidas en la actualidad. El tercer apartado del proyecto de directriz 3.2 se ajustaba a la práctica y al párrafo 5 de las conclusiones preliminares.

---

[679] Reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).

[680] Ibíd.

[681] Variante 1:

«3.1.5 *Definición del objeto y el fin del tratado*

A los efectos de la apreciación de la validez de las reservas, se entiende por objeto y fin del tratado las normas, derechos y obligaciones esenciales, indispensables para la estructura general del tratado, que constituyen su razón de ser y cuya modificación o exclusión menoscabaría gravemente el equilibrio convencional».

Variante 2:

«3.1.5 *Incompatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado*

Una reserva es incompatible con el objeto y el fin del tratado si menoscaba gravemente normas, derechos u obligaciones esenciales, indispensables para la estructura general del tratado, privándolo así de su razón de ser».

[682] «3.2 *Competencia para apreciar la validez de las reservas*

Son competentes para pronunciarse sobre la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional:

a) los demás Estados contratantes [incluidos, cuando proceda, sus tribunales internos] o las demás organizaciones contratantes;

b) los órganos de solución de controversias que sean competentes para interpretar o aplicar el tratado; y

c) los órganos de vigilancia de aplicación del tratado que éste pueda haber creado.»

[683] Véase la resolución dictada por el Tribunal federal suizo el 17 de diciembre de 1992 en el asunto *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, *Journal des Tribunaux*, 1995, pág. 523.

[684] Véase la nota 6 *supra.*

111. El proyecto de directriz 3.2.1[685] precisaba esa idea al señalar que, en su actuación, los órganos de vigilancia no podían ir más allá de lo que les permitía su mandato general. Si tenían poderes de decisión, también podían decidir en materia de validez de las reservas y sus decisiones a este respecto eran obligatorias para los Estados partes; de lo contrario, sólo podían hacer recomendaciones. Ello concordaba también con el párrafo 8 de las conclusiones preliminares.

112. El proyecto de directriz 3.2.2[686] reiteraba el párrafo 7 de las conclusiones preliminares en forma de recomendación y casaba bien con el espíritu pedagógico de la Guía de la práctica, al igual que el proyecto de directriz 3.2.3[687], que recordaba a los Estados y las organizaciones internacionales que debían aplicar las decisiones de esos órganos (cuando tuvieran ese poder) o tener en cuenta de buena fe sus recomendaciones.

113. El proyecto de directriz 3.2.4[688], que correspondía al párrafo 6 de las conclusiones preliminares de 1997, recordaba que, cuando coexistían varios modos de apreciación de la validez de las reservas, éstos no se excluían sino que se reforzaban mutuamente.

114. La última sección del décimo informe trataba de las consecuencias de la falta de validez de una reserva, cuestión que constituía una de las lagunas más graves de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en esta materia, las cuales, deliberadamente o no, pasaban en silencio esta cuestión.

115. A pesar de la posición de una parte de la doctrina que distinguía entre los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena, por una parte, y el apartado *c*, por otra, el Relator Especial estimaba que los tres apartados cumplían la misma función (como confirmaban los trabajos preparatorios, la práctica y la jurisprudencia). Esta unidad del artículo 19, que confirmaba el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena, se expresaba mediante el proyecto de directriz 3.3[689].

116. El Relator Especial trató a continuación de responder a ciertas cuestiones a las que era posible en ese momento dar respuesta. El proyecto de directriz 3.3.1[690] puntualizaba que la formulación de una reserva inválida planteaba problemas de validez y no de responsabilidad de su autor. En consecuencia, el proyecto de directriz 3.3.2[691] enunciaba la idea de que una reserva que no reunía las condiciones de validez establecidas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena era nula de pleno derecho.

117. El proyecto de directriz 3.3.3[692] enunciaba la idea de que las demás partes contratantes no podían subsanar la nulidad de una reserva que no se ajustaba a los criterios del artículo 19, cuando actuaban unilateralmente. En caso contrario, la unidad de régimen convencional saltaría en mil pedazos, lo que sería incompatible con el principio de buena fe.

118. El Relator Especial estimaba que lo que las partes contratantes no podían hacer unilateralmente, podían hacerlo colectivamente, a condición de que lo hicieran de forma expresa, lo que equivalía a una modificación del tratado. En efecto, si todas las partes aceptaban formalmente una reserva *a priori* no válida, cabía entender que modificaban el tratado por acuerdo unánime tal como les autorizaba a hacerlo el artículo 39 de las Convenciones de Viena. Esa era la idea expresada en el proyecto de directriz 3.3.4[693].

---

[685] «3.2.1 *Competencia de los órganos de vigilancia creados por el tratado*

Cuando un tratado cree un órgano encargado de vigilar su aplicación, ese órgano será competente, a efectos de cumplir las funciones que tenga asignadas, para apreciar la validez de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional.

Las conclusiones que tal órgano formule en el ejercicio de esa competencia tendrán el mismo valor jurídico que el que resulte del ejercicio de su función general de vigilancia.»

[686] «3.2.2 *Cláusulas que especifican la competencia de los órganos de vigilancia en materia de apreciación de validez de las reservas*

Los Estados o las organizaciones internacionales deberían incorporar, en los tratados que creen órganos de vigilancia de su aplicación, unas cláusulas que especifiquen la naturaleza y, cuando proceda, los límites de las competencias de esos órganos en materia de apreciación de la validez de las reservas. A esos mismos fines se podrían adoptar protocolos a los tratados existentes.»

[687] «3.2.3 *Cooperación de los Estados y las organizaciones internacionales con los órganos de vigilancia*

Los Estados y las organizaciones internacionales que han formulado reservas a un tratado que establece un órgano de vigilancia de su aplicación deben cooperar con ese órgano y tener plenamente en cuenta la apreciación que éste haga de la validez de las reservas que hayan formulado. Cuando el órgano en cuestión esté investido de un poder de decisión, el autor de la reserva está obligado a llevar a efecto la decisión de ese órgano [siempre que éste actúe dentro de los límites de sus competencias].»

[688] «3.2.4 *Pluralidad de órganos competentes para apreciar la validez de las reservas*

Cuando el tratado cree un órgano de vigilancia de su aplicación, la competencia de ese órgano no excluye ni afecta de otro modo a la competencia de los demás Estados contratantes y las demás organizaciones internacionales contratantes para apreciar la validez de las reservas a un tratado formuladas por un Estado o una organización internacional, ni a la de los órganos de solución de controversias que sean competentes para interpretar o aplicar el tratado.»

[689] «3.3 *Consecuencias de la falta de validez de una reserva*

Una reserva formulada a pesar de la prohibición expresa o implícita que resulta de las disposiciones del tratado o de su incompatibilidad con el objeto y el fin del tratado no es válida, sin que proceda hacer una distinción entre esas dos causas de invalidez.»

[690] «3.3.1 *Invalidez de las reservas y responsabilidad*

La formulación de una reserva inválida surte sus efectos en el marco del derecho de los tratados. No da lugar de por sí a la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que la ha formulado.»

[691] «3.3.2 *Nulidad de las reservas inválidas*

Una reserva que no reúna las condiciones de validez enunciadas en la directriz 3.1 es nula de pleno derecho.»

[692] «3.3.3 *Efecto de la aceptación unilateral de una reserva inválida*

La aceptación de una reserva por un Estado contratante o por una organización internacional contratante no tiene por resultado subsanar la nulidad de la reserva.»

[693] «3.3.4 *Efecto de la aceptación colectiva de una reserva inválida*

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva prohibida expresa o implícitamente por el tratado o incompatible con su objeto y su fin si ninguna de las demás partes contratantes hace una objeción a ella después de haber sido consultada expresamente por el depositario.

Al realizar esa consulta, el depositario señalará a la atención de los Estados y las organizaciones internacionales signatarios y de los Estados y las organizaciones internacionales contratantes y, cuando proceda, del órgano competente de la organización internacional de que se trate, la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.»

2. Resumen del debate

119. En lo que concierne al proyecto de directriz 3.1.5 se hizo observar, con respecto a la nueva versión presentada por el Relator Especial, que el equilibrio convencional no existía necesariamente en todos los tratados, en particular si éstos versaban sobre los derechos humanos. El objeto y el fin de un tratado consistían más bien en el objetivo último, que se pretendía conseguir con las normas, derechos y obligaciones esenciales que en esas normas, derechos y obligaciones mismos.

120. Según otro punto de vista, la referencia a las «normas, derechos y obligaciones esenciales», que figuraba en la nueva versión, constituía una mejor manera de describir la «razón de ser» de un tratado.

121. Se hizo observar asimismo que este proyecto de directriz, en su versión modificada, contenía términos difíciles de entender e interpretar y sumamente «subjetivos». La versión original acompañada de un comentario explicativo sería más apropiada para la comprensión del concepto de objeto y fin. Se señaló también que la expresión «menoscabaría gravemente» parecía restringir mucho el ámbito de aplicación de este proyecto de directriz. Se hizo observar que una reserva, sin comprometer necesariamente la razón de ser del tratado, podía sin embargo comprometer una parte esencial del mismo al ir contra su objeto y su fin.

122. Se expresó también la opinión de que, cuando un tratado prohibía todas las reservas, no cabía pensar que todas las disposiciones del tratado constituían su razón de ser, e inversamente que, cuando un tratado autorizaba determinadas reservas, ello no quería decir necesariamente que las disposiciones particulares que podían ser objeto de reservas no eran esenciales. También debía tenerse en cuenta el contexto político en que se había celebrado el tratado.

123. Por lo que respecta al proyecto de directriz 3.1.6, se adujo que la referencia a los artículos que «determinan [la] estructura general» del tratado presuponían que el objeto y el fin de un tratado se definía en determinadas disposiciones del mismo, pero no era necesariamente así. Se podía suprimir también la referencia a la práctica ulterior, puesto que lo que se debía tener en cuenta ante todo era la intención de las partes en el momento de la celebración del tratado. Se señaló asimismo que no había que mantener la referencia a la práctica ulteriormente seguida por las partes tanto por motivos de coherencia con las decisiones anteriores de la Comisión como en aras de la estabilidad de las relaciones convencionales. Según otra opinión, por el contrario, había que mantener la referencia a la práctica ulterior, que, de conformidad con el artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, era un elemento esencial de interpretación.

124. En cuanto al proyecto de directriz 3.1.7, se señaló que, aun cuando las reservas fueran vagas y generales, no eran necesariamente incompatibles con el objeto y el fin del tratado, ya que sus consecuencias podían afectar sólo a cuestiones de importancia secundaria.

125. Varios miembros apoyaron el proyecto de directriz 3.1.8.

126. Con respecto al proyecto de directriz 3.1.9, se expresó la opinión de que sería posible formular una reserva a un aspecto de una disposición que enunciara una norma de *jus cogens* sin contradecir por ello la propia norma de *jus cogens*.

127. En cuanto al proyecto de directriz 3.1.10, se hizo observar que se podía hacer una reserva a una disposición relativa a derechos que no admitían ninguna excepción mientras que esa reserva no fuera incompatible con el objeto y el fin del tratado en su conjunto.

128. Varios miembros dijeron estar a favor de los proyectos de directriz 3.1.11, 3.1.12 y 3.1.13.

129. Según un punto de vista, se debería incluir otra categoría de reservas, la de las reservas a las disposiciones relativas a la aplicación de los tratados por medio de la legislación nacional.

130. En lo referente al proyecto de directriz 3.2, se señaló que la competencia de los órganos de vigilancia no era automática si no estaba prevista en el tratado. Por otra parte, se manifestó la opinión de que había que utilizar la expresión «órganos de vigilancia establecidos en el marco del tratado» en vez de «por el tratado» para incluir los órganos creados ulteriormente, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hubo quien se preguntó asimismo si los órganos de vigilancia que desempeñaban funciones cuasijudiciales podían resolver sobre la legalidad de reservas formuladas por Estados aun cuando no se les reconociera expresamente tal potestad en el tratado.

131. Se estimó asimismo que este proyecto de directriz se apartaba del derecho convencional positivo y de la práctica de los Estados al atribuir a los órganos de vigilancia competencia para pronunciarse sobre la validez de las reservas (y no simplemente para evaluarla). Otros sostuvieron la opinión contraria.

132. Algunos miembros opinaron que los proyectos de directriz 3.2.1 y 3.2.2 deberían puntualizar que los órganos de vigilancia eran competentes dentro de los límites previstos por el tratado. También se expresó la opinión de que los órganos de vigilancia no tenían en cuenta la posición adoptada por los Estados contratantes; este aspecto constituía el meollo de la problemática relacionada con la competencia de esos órganos para apreciar la validez de las reservas.

133. Por otra parte, entre los órganos de solución de controversias, los órganos judiciales eran merecedores de mención especial, ya que sus decisiones producían efectos muy distintos de los de las decisiones de los demás órganos.

134. Según otro punto de vista, autoridades nacionales distintas de los tribunales podrían verse inducidas a examinar, en el marco de su competencia, la validez de determinadas reservas formuladas por otros Estados.

135. Se señaló que la referencia a los protocolos podía crear el riesgo de que se utilizaran con objeto de limitar o criticar la competencia de los órganos de vigilancia.

136. Se hizo observar asimismo que el proyecto de directriz 3.2.4 no respondía a las cuestiones que podrían plantearse, es decir, lo que ocurriría si los distintos órganos competentes no estuvieran de acuerdo sobre la calificación de la reserva o su validez.

137. Se señaló que, como la Comisión había decidido no mencionar las prohibiciones implícitas, habría que suprimir ese término en el proyecto de directriz 3.3.

138. En lo concerniente al proyecto de directriz 3.3.1, se expresó la opinión de que la Comisión no debía pronunciarse por ahora sobre si un Estado o una organización internacional que formulara una reserva no válida incurría o no en responsabilidad internacional. Se dijo que tal afirmación no parecía ser compatible con el derecho de la responsabilidad del Estado y que podría incluso alentar a los Estados a formular reservas inválidas puesto que no incurrirían en responsabilidad.

139. En cuanto a los proyectos de directriz 3.3.2., 3.3.3 y 3.3.4, se señaló que planteaban cuestiones que sería prematuro zanjar en la fase actual de los trabajos. Así, pues, había que proseguir su examen y no remitirlas al Comité de Redacción.

140. Se expresó la opinión de que una reserva no podía ser nula de pleno derecho ya que tal reserva podía surtir efectos en determinados supuestos.

141. Varios miembros manifestaron sus dudas acerca de los proyectos de directriz 3.3.3 y 3.3.4 y pusieron de relieve algunas contradicciones y ambigüedades. Tampoco estaban de acuerdo con la función de árbitro que parecía conferirse al depositario en materia de reservas.

142. Hubo incluso quien se preguntó si la Comisión debía ocuparse de las consecuencias de la falta de validez de las reservas, que, tal vez sensatamente, no se abordaban en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Hubiera sido mejor no tratar de llenar esa laguna; el régimen que confería a los Estados la facultad de pronunciarse libremente sobre la validez de las reservas y sacar o no las consecuencias debidas existía ya y no era necesario cambiarlo.

143. En relación con el artículo 20 de las Convenciones de Viena, que trataba de la aceptación de las reservas y objeción a las reservas, se señaló que las Convenciones de Viena no contenían ninguna indicación de que este artículo se aplicara también a las reservas inválidas. Además, en la práctica, los Estados se apoyaban en el artículo 20 para poner objeciones a las reservas que consideraban incompatibles con el objeto y el fin del tratado salvaguardando al mismo tiempo las relaciones contractuales entre ellos y el Estado autor de la reserva. La Guía de la práctica debería tener en cuenta esta práctica y orientar a los Estados en caso de que fuera incompatible con el régimen de Viena.

3. Conclusiones del Relator Especial

144. Al terminar el debate, el Relator Especial constató que la riqueza del mismo le había permitido conocer distintos puntos de vista sobre problemas importantes y comentarios interesantes, que contribuían de manera constructiva a la labor de la Comisión.

145. En lo referente a los proyectos de directriz 3.1.5 y 3.1.6, constató que los participantes en el debate habían considerado que constituían un todo a los efectos de definir el concepto de objeto y fin del tratado. Las tres versiones del proyecto de directriz 3.1.5, propuestas en 2005[694] y 2006 (A/CN.4/572, párrs. 7 y 8) podrían servir de base para una posible definición, en la inteligencia de que cierta subjetividad era inherente a ese concepto.

146. Como las opiniones de los Estados contratantes acerca de lo que constituía la parte esencial de un tratado podían ser divergentes, estaba convencido de que habría que esforzarse por determinar el punto de equilibrio, expresado en la idea de «estructura general» o «equilibrio convencional». Señaló, sin embargo, que esta última expresión no había obtenido la aprobación general, y que la expresión «normas, derechos y obligaciones esenciales» se había considerado preferible a «disposiciones esenciales» del tratado.

147. El Relator Especial se mostró receptivo al argumento de que no era fácil delimitar el sentido de la expresión «razón de ser», puesto que un tratado podía tener más de una, según que persiguiera uno o varios objetivos o en función de las expectativas de cada parte. En cambio, no creía que el adverbio «gravemente» en la expresión «menoscabaría gravemente» fuera superfluo: dado que, por definición, una reserva afectaba a la integridad del tratado, era lógico suponer que sólo un menoscabo grave era capaz de comprometer el objeto y el fin del tratado.

148. En lo concerniente al proyecto de directriz 3.1.6, se mostró escéptico en cuanto a la oportunidad de incluir en ella la práctica ulteriormente seguida por las partes, aunque la mayoría se hubiera declarado favorable a esa inclusión. Por supuesto, el tratado tenía vida propia, pero no había que olvidar que la reserva solía formularse al comienzo de la vida del tratado, cuando la práctica todavía no era significativa. Análogamente, no estaba seguro de que el concepto mismo de objeto y fin del tratado pudiese evolucionar en el tiempo.

149. Pasando a considerar a los proyectos de directriz 3.1.7 a 3.1.13, el Relator Especial señaló que habían obtenido la aprobación general, como lo había obtenido también el planteamiento pragmático en que se basaban. No estaba seguro de haber alcanzado a comprender en qué la nueva categoría de reservas propuesta por un miembro, a saber, la de las reservas a las disposiciones relativas a la aplicación de los tratados por medio de la legislación nacional, podía ser diferente del tipo de reserva a que se refería el proyecto de directriz 3.1.11; no obstante, no se oponía a que el Comité de Redacción estudiase la conveniencia de incluir un proyecto de directriz al respecto. Se mostró receptivo al argumento de varios miembros según el cual los términos vagos y generales de una reserva podrían ser la causa de su falta de validez, pero por motivos distintos de la incompatibilidad de tales reservas con el objeto y el fin del tratado.

[694] Décimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2.

150. En cuanto al proyecto de directriz 3.1.9, algunos miembros compartían las dudas que el propio Relator Especial había expresado en el período de sesiones anterior. Estaba de acuerdo además con la opinión de que ese proyecto de directriz se basaba en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, y no en el apartado *c* del artículo 19 de dicha Convención.

151. También se mostró receptivo a la preocupación de ciertos miembros que estimaban que las reservas a disposiciones relativas a derechos intangibles debían constituir la excepción y estar estrictamente limitadas; pero ello tenía que ver con la redacción de proyecto de directriz 3.1.10 y no ponía en tela de juicio el principio en que éste se inspiraba.

152. El Relator Especial señaló con satisfacción que ningún miembro había discutido que los Estados u organizaciones internacionales contratantes eran competentes para apreciar la validez de las reservas. Consideraba asimismo interesantes los comentarios de varios miembros sobre la relación entre ese principio y el artículo 20 de la Convención de Viena, pero estimaba que convendría volver a plantear esta cuestión cuando se estudiaran los efectos de la aceptación de las reservas y de las objeciones.

153. En cuanto a la competencia de los órganos de solución de controversias o de los órganos de vigilancia de la aplicación del tratado para apreciar la validez de las reservas, recordó que se había limitado a tomar nota de la práctica sin «conferir» (ni negarse a conferir) poderes a esos órganos que, a su juicio, no podrían tener en esta materia competencias superiores a las de derecho común que les correspondían.

154. Señaló también que todos esos proyectos de directriz eran conformes a las conclusiones preliminares de la Comisión de 1997. Recordó su deseo de que, en el proyecto de directriz 3.2, se suprimiera el término «demás» donde decía «los demás Estados contratantes [...] o las demás organizaciones contratantes» dado que los tribunales internos podían, cuando procediere, apreciar la validez de las reservas formuladas por su propio Estado.

155. Por otra parte, el Relator Especial opinaba que el Comité de Redacción podría reflexionar sobre la posibilidad de completar el proyecto de directriz 3.2.4 mediante un proyecto en el que se estableciese que los órganos de vigilancia también deberían tomar en consideración las apreciaciones de los Estados contratantes en cuanto a la validez de las reservas.

156. En cuanto al proyecto de directriz 3.3.1, estaba convencido de que una reserva no válida no violaba el tratado al que se refería ni generaba la responsabilidad de su autor; si la reserva era no válida, era nula.

157. Para terminar, el Relator Especial declaró que, en su opinión, sería preferible aplazar la decisión sobre los proyectos de directriz 3.3.2, 3.3.3 y 3.3.4 hasta que la Comisión examinara el efecto de las objeciones a las reservas y de la aceptación de las reservas.

C. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

1. Texto de los proyectos de directriz

158. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de directriz aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión[695].

LAS RESERVAS A LOS TRATADOS

Guía de la práctica

Nota explicativa

Algunos proyectos de directriz de la Guía de la práctica van acompañados de cláusulas tipo. El empleo de esas cláusulas tipo puede presentar ciertas ventajas en circunstancias concretas. El usuario debe remitirse a los comentarios para apreciar las circunstancias que resulten apropiadas a la utilización de una cláusula tipo determinada.

1 ***Definiciones***

1.1 ***Definición de las reservas***

Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

1.1.1 [1.1.4][696] ***Objeto de las reservas***

Una reserva tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.

---

[695] Véanse los comentarios a las directrices 1.1, 1.1.2, 1.1.3 [1.1.8], 1.1.4 [1.1.3] y 1.1.7 [1.1.1] en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 108 a 118; los comentarios a las directrices 1.1.1 [1.1.4], 1.1.5 [1.1.6], 1.1.6, 1.2, 1.2.1 [1.2.4], 1.2.2 [1.2.1], 1.3, 1.3.1, 1.3.2 [1.2.2], 1.3.3 [1.2.3], 1.4, 1.4.1 [1.1.5], 1.4.2 [1.1.6], 1.4.3 [1.1.7], 1.4.4 [1.2.5], 1.4.5 [1.2.6], 1.5, 1.5.1 [1.1.9], 1.5.2 [1.2.7], 1.5.3 [1.2.8] y 1.6 en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 a 134; los comentarios a las directrices 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] y 1.7.2 [1.7.5] en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 114 a 130; los comentarios a las directrices 2.2.1, 2.2.2 [2.2.3], 2.2.3 [2.2.4], 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4 [2.4.5], 2.4.5 [2.4.4], 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8] en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 192 a 208; los comentarios a las directrices 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4], 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8], 2.1.7, 2.1.8 [2.1.7 *bis*], 2.4, 2.4.1, 2.4.2 [2.4.1 *bis*] y 2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 29 a 50; los comentarios a la nota explicativa y a las directrices 2.5, 2.5.1, 2.5.2, 2.5.3, 2.5.4 [2.5.5], 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*], 2.5.6, 2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] y 2.5.8 [2.5.9], a las cláusulas tipo A, B y C, y a las directrices 2.5.9 [2.5.10], 2.5.10 [2.5.11] y 2.5.11 [2.5.12] en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), págs. 76 a 99; los comentarios a las directrices 2.3.5, 2.4.9, 2.4.10, 2.5.12 y 2.5.13 en *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), y los comentarios a las directrices 2.6, 2.6.1 y 2.6.2 en *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte). Los comentarios a las directrices 3, 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 y 3.1.4, así como los comentarios a las directrices 1.6 y 2.1.8 [2.1.7 *bis*] en su nueva versión figuran en la sección 2 *infra*.

[696] 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.

1.1.2 ***Casos en que puede formularse una reserva***

Los casos en que puede formularse una reserva en virtud de la directriz 1.1 comprenden todas las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado mencionadas en el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

1.1.3 [1.1.8] ***Reservas de alcance territorial***

Una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir la aplicación de un tratado o de algunas de sus disposiciones en un territorio en el que ese tratado sería aplicable en ausencia de tal declaración constituye una reserva.

1.1.4 [1.1.3] ***Reservas formuladas con ocasión de una notificación de aplicación territorial***

Una declaración unilateral por la que un Estado se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado en su aplicación a un territorio respecto del cual el Estado hace una notificación de aplicación territorial del tratado constituye una reserva.

1.1.5 [1.1.6] ***Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización internacional manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que su autor se propone limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva.

1.1.6 ***Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, por la que ese Estado o esa organización se propone cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva.

1.1.7 [1.1.1] ***Formulación conjunta de una reserva***

La formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva.

1.1.8 ***Reservas hechas en virtud de cláusulas de exclusión***

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado, de conformidad con una cláusula que autoriza expresamente a las partes o a algunas de ellas a excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a esas partes, constituye una reserva.

1.2 ***Definición de las declaraciones interpretativas***

Se entiende por «declaración interpretativa» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones.

1.2.1 [1.2.4] ***Declaraciones interpretativas condicionales***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado, por la que ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones, constituye una declaración interpretativa condicional.

1.2.2 [1.2.1] ***Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente***

La formulación conjunta de una declaración interpretativa por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa declaración interpretativa.

1.3 ***Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas***

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinada por los efectos jurídicos que tiene por objeto producir.

1.3.1 ***Método de aplicación de la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas***

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, procede interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración.

1.3.2 [1.2.2] ***Enunciado y denominación***

El enunciado o la denominación que se dé a una declaración unilateral constituye un indicio de los efectos jurídicos perseguidos. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales respecto de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas.

1.3.3 [1.2.3] ***Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida***

Cuando un tratado prohíbe las reservas al conjunto de sus disposiciones o a algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o una organización internacional no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.

1.4 ***Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y las declaraciones interpretativas***

Las declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado que no son reservas ni declaraciones interpretativas quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.1 [1.1.5] ***Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional en relación con un tratado, por la que su autor se propone asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado, constituye un compromiso unilateral que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.2 [1.1.6] ***Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado***

Una declaración unilateral por la que un Estado o una organización internacional se propone agregar nuevos elementos a un tratado constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.3 [1.1.7] ***Declaraciones de no reconocimiento***

Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no entraña el reconocimiento de una entidad a la que no reconoce constituye una declaración de no reconocimiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado declarante y la entidad no reconocida.

1.4.4 [1.2.5] ***Declaraciones de política general***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización manifiesta su opinión acerca de un tratado o de la materia objeto del tratado, sin el propósito de producir efectos jurídicos sobre el tratado, constituye una declaración de política general que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.5 [1.2.6] ***Declaraciones relativas a la aplicación de un tratado en el ámbito interno***

Una declaración unilateral formulada por un Estado o una organización internacional por la que ese Estado o esa organización indica la manera en que aplicará un tratado en el ámbito interno, pero que no tiene por objeto afectar como tal sus derechos y obligaciones con respecto a las demás partes contratantes, constituye una declaración informativa que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] ***Declaraciones unilaterales hechas en virtud de una cláusula facultativa***

1. Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional, de conformidad con una cláusula de un tratado que autoriza expresamente a las partes a aceptar una obligación no impuesta por otras disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

2. Una restricción o condición incluida en tal declaración no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.4.7 [1.4.8] ***Declaraciones unilaterales por las que se opta entre las disposiciones de un tratado***

Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional, de conformidad con una cláusula de un tratado que obliga expresamente a las partes a elegir entre dos o varias disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.5 ***Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales***

1.5.1 [1.1.9] ***«Reservas» a los tratados bilaterales***

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o por una organización internacional después de la rúbrica o la firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, por la que ese Estado o esa organización se propone obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado a la cual el Estado o la organización internacional condiciona la manifestación de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.5.2 [1.2.7] ***Declaraciones interpretativas de tratados bilaterales***

Los proyectos de directriz 1.2 y 1.2.1 son aplicables a las declaraciones interpretativas relativas tanto a los tratados multilaterales como a los tratados bilaterales.

1.5.3 [1.2.8] ***Efectos jurídicos de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte***

La interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte constituye la interpretación auténtica de ese tratado.

1.6 ***Alcance de las definiciones***[697]

Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la validez y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

1.7 ***Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas***

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] ***Alternativas a las reservas***

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como:

***a*) la inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que tengan por objeto limitar su alcance o su aplicación;**

***b*) la concertación de un acuerdo por el que dos o varios Estados u organizaciones internacionales, en virtud de una disposición expresa de un tratado, se proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en sus relaciones mutuas.**

1.7.2 [1.7.5] ***Alternativas a las declaraciones interpretativas***

A fin de precisar o de aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como:

***a*) la inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo;**

***b*) la concertación de un acuerdo complementario con tal fin.**

2 ***Procedimiento***

2.1 ***Forma y notificación de las reservas***

2.1.1 ***Forma escrita***

Una reserva habrá de formularse por escrito.

2.1.2 ***Forma de la confirmación formal***

La confirmación formal de una reserva habrá de hacerse 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 depositarias de tratados, se considerará que una persona representa a un Estado o a una organización internacional a efectos de formular una reserva:

***a*) si esa persona presenta los adecuados plenos poderes para la adopción o la autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o para manifestar el consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o**

***b*) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.**

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a un Estado para formular una reserva en el plano internacional:

***a*) los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores;**

***b*) los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en esa conferencia;**

***c*) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;**

***d*) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.**

2.1.4 [2.1.3 ***bis*****, 2.1.4]** ***Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas***

[697] Este proyecto de directriz se ha reconsiderado y modificado durante el 58.º período de sesiones de la Comisión, en 2006. Por lo que respecta al nuevo comentario, véase la sección C.2 *infra*.

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una reserva corresponde al derecho interno de cada Estado o a las reglas 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 concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa reserva.

2.1.5 ***Comunicación de las reservas***

1. Una reserva habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

2. Una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] ***Procedimiento de comunicación de las reservas***

1. Salvo que el tratado disponga o que los Estados y las organizaciones contratantes acuerden otra cosa, una comunicación relativa a una reserva a un tratado deberá ser transmitida:

***a*) si no hay depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes; o**

***b*) si hay depositario, a éste, quien la notificará lo antes posible a los Estados y a las organizaciones a que esté destinada.**

2. Una comunicación relativa a una reserva se entenderá que ha quedado hecha por el autor de la reserva cuando haya sido recibida por el Estado o la organización a que fue transmitida o, en su caso, por el depositario.

3. El plazo para formular una objeción a una reserva comenzará a correr desde la fecha en que el Estado o la organización internacional haya recibido notificación de la reserva.

4. La comunicación relativa a una reserva a un tratado que se efectúe por correo electrónico o por telefax deberá ser confirmada por nota diplomática o notificación al depositario. En tal caso, se considerará que la comunicación ha sido hecha en la fecha del correo electrónico o del telefax.

2.1.7 ***Funciones del depositario***

1. El depositario examinará si la reserva a un tratado formulada por un Estado o una organización internacional está en debida forma y, de ser necesario, señalará el caso a la atención del Estado o la organización internacional de que se trate.

2. De surgir alguna discrepancia entre un Estado o una organización internacional y el depositario acerca del desempeño de esta función, el depositario señalará la cuestión a la atención:

***a*) de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o**

***b*) si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada.**

2.1.8 [2.1.7 ***bis*****]** ***Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas***[698]

1. Cuando una reserva sea manifiestamente inválida a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa invalidez.

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará el texto de la reserva a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios y a los Estados y las organizaciones internacionales contratantes y, si corresponde, al órgano competente de la organización internacional interesada, con indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.

2.2.1 ***Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado***

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.2.2 [2.2.3] ***Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma del tratado***

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.2.3 [2.2.4] ***Reservas formuladas en el momento de la firma expresamente autorizadas por el tratado***

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado, cuando el tratado establezca expresamente que un Estado o una organización internacional están facultados para hacer una reserva en ese momento, no tendrá que ser confirmada por el Estado o la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

[...][699]

2.3.1 ***Formulación tardía de una reserva***

Salvo que el tratado disponga otra cosa, un Estado o una organización internacional no podrá formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa reserva.

2.3.2 ***Aceptación de la formulación tardía de una reserva***

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida seguida por el depositario sea diferente, se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada por una parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción a esa formulación dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido notificación de la reserva.

2.3.3 ***Objeción a la formulación tardía de una reserva***

Si una parte contratante en un tratado se opone a la formulación tardía de una reserva, el tratado entrará o seguirá en vigor con respecto al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva sin que ésta sea efectiva.

2.3.4 ***Exclusión o modificación ulterior de los efectos jurídicos de un tratado por medios distintos de las reservas***

Una parte contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado mediante:

***a*) la interpretación de una reserva hecha anteriormente; o**

***b*) una declaración unilateral hecha ulteriormente en virtud de una cláusula facultativa.**

[698] Ibíd.

[699] La sección 2.3 propuesta por el Relator Especial se refiere a la formulación tardía de reservas.

2.3.5 ***Ampliación del alcance de una reserva***

La modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance se regirá por las reglas aplicables a la formulación tardía de una reserva. Sin embargo, si se hace una objeción a esa modificación, la reserva inicial permanecerá inalterada.

2.4 ***Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas***

2.4.1 ***Formulación de declaraciones interpretativas***

Una declaración interpretativa deberá ser formulada por una persona a la que se considera que representa a un Estado o una organización internacional para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado.

[2.4.2 [2.4.1 ***bis***] ***Formulación de una declaración interpretativa en el plano interno***

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para formular una declaración interpretativa corresponderá al derecho interno de cada Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

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 concernientes a la competencia y el procedimiento para la formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de esa declaración.]

2.4.3 ***Momento en que se puede formular una declaración interpretativa***

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] y 2.4.7 [2.4.8], una declaración interpretativa podrá ser formulada en cualquier momento.

2.4.4 [2.4.5] ***Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas hechas en el momento de la firma de un tratado***

Una declaración interpretativa hecha en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.4.5 [2.4.4] ***Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado***

La declaración interpretativa condicional que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la declaración interpretativa al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso, se considerará que la declaración interpretativa ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.4.6 [2.4.7] ***Formulación tardía de una declaración interpretativa***

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse en momentos determinados, un Estado o una organización internacional no podrá formular ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] ***Formulación y comunicación de declaraciones interpretativas condicionales***

1. Una declaración interpretativa condicional habrá de formularse por escrito.

2. La confirmación formal de una declaración interpretativa condicional también habrá de hacerse por escrito.

3. Una declaración interpretativa condicional habrá de comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes y a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.

4. Una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o a un tratado por el que se cree un órgano facultado para aceptar una reserva habrá de comunicarse además a esa organización o a ese órgano.]

2.4.8 ***Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional***[700]

Un Estado o una organización internacional no podrá formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de esa declaración.

2.4.9 ***Modificación de una declaración interpretativa***

Salvo que el tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse o modificarse en momentos determinados, una declaración interpretativa podrá ser modificada en cualquier momento.

2.4.10 ***Limitación y ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional***

La limitación y la ampliación del alcance de una declaración interpretativa condicional se regirán por las reglas aplicables respectivamente al retiro parcial y a la ampliación del alcance de una reserva.

2.5 ***Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas***

2.5.1 ***Retiro de las reservas***

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

2.5.2 ***Forma del retiro***

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.

2.5.3 ***Reexamen periódico de la utilidad de las reservas***

1. Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían proceder a un examen periódico de éstas y considerar el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que fueron hechas.

2. En tal examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberían prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse la utilidad del mantenimiento de las reservas, particularmente en relación con su derecho interno y con la evolución de éste desde que se formularon dichas reservas.

2.5.4 [2.5.5] ***Formulación del retiro de una reserva en el plano internacional***

1. Sin perjuicio de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona será competente para retirar una reserva formulada en nombre de un Estado o de una organización internacional:

***a*) si presenta los adecuados plenos poderes a los efectos del retiro; o**

***b*) si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados o de las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar que esa persona es competente para esos efectos sin la presentación de plenos poderes.**

---

[700] Este proyecto de directriz (antes 2.4.7 [2.4.8]) se renumeró después de la aprobación de nuevos proyectos de directriz en el 54.º período de sesiones de la Comisión, en 2002.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, son competentes para retirar una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

***a*) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores;**

***b*) los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o ante uno de sus órganos, para el retiro de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;**

***c*) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para el retiro de una reserva a un tratado celebrado entre los Estados acreditantes y esa organización.**

2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*] *Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas*

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse en el plano interno para retirar una reserva corresponde al derecho interno del Estado o a las reglas pertinentes de cada organización internacional.

2. El hecho de que una reserva haya sido retirada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional concernientes a la competencia y el procedimiento para el retiro de reservas no podrá ser alegado por ese Estado o esa organización como vicio de ese retiro.

2.5.6 *Comunicación del retiro de reservas*

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se regirá por las reglas aplicables respecto de la comunicación de las reservas enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] y 2.1.7.

2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] *Efecto del retiro de una reserva*

1. El retiro de una reserva entraña la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes, con independencia de que éstas hayan aceptado la reserva o hayan formulado una objeción al respecto.

2. El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y un Estado o una organización internacional que había hecho una objeción a la reserva y se había opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva a causa de dicha reserva.

2.5.8 [2.5.9] *Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*

Salvo que el tratado disponga o que se acuerde otra cosa, el retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación.

Cláusulas tipo

A. Aplazamiento de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto a la expiración de un plazo X [meses] [días] contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

B. Reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha en que la notificación haya sido recibida [por el depositario].

C. Libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla mediante notificación dirigida [al depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha fijada por ese Estado en la notificación dirigida [al depositario].

2.5.9 [2.5.10] *Casos en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva pueden fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

***a*) esa fecha sea posterior a la fecha en que los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o**

***b*) el retiro no confiera más derechos a su autor respecto de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes.**

2.5.10 [2.5.11] *Retiro parcial de una reserva*

1. El retiro parcial de una reserva limita el efecto jurídico de la reserva y asegura una aplicación más completa de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, al Estado o la organización internacional autor del retiro.

2. El retiro parcial de una reserva está sujeto a las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surte efecto en las mismas condiciones.

2.5.11 [2.5.12] *Efecto del retiro parcial de una reserva*

1. El retiro parcial de una reserva modifica los efectos jurídicos de la reserva en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva. Una objeción hecha a esa reserva sigue surtiendo efecto mientras su autor no la retire, en la medida en que la objeción no se refiera exclusivamente a la parte de la reserva que ha sido retirada.

2. No se podrá hacer ninguna objeción a la reserva resultante del retiro parcial, a menos que ese retiro parcial tenga un efecto discriminatorio.

2.5.12 *Retiro de una declaración interpretativa*

Una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento, siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación, por las autoridades competentes para este fin.

2.5.13 *Retiro de una declaración interpretativa condicional*

El retiro de una declaración interpretativa condicional se rige por las reglas aplicables al retiro de una reserva.

2.6.1 *Definición de las objeciones a las reservas*

Se entiende por «objeción» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el primer Estado o la primera organización se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la organización autor de la reserva.

2.6.2 *Definición de las objeciones a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva*

Por «objeción» se entiende asimismo la declaración unilateral por la que un Estado o una organización internacional se opone a la formulación tardía o a la ampliación tardía del alcance de una reserva.

3 *Validez de las reservas y declaraciones interpretativas*

3.1 *Validez material de una reserva*

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

a) que la reserva esté prohibida por el tratado;

b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o

c) que, en los casos no previstos en los apartados *a* y *b*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.1 ***Reservas expresamente prohibidas por el tratado***

Una reserva está prohibida expresamente por el tratado si en éste figura una disposición particular que:

a) prohíbe cualquier reserva;

b) prohíbe reservas a determinadas disposiciones, y la reserva de que se trata se formula con respecto a una de estas disposiciones; o

c) prohíbe ciertas categorías de reservas y la reserva de que se trata pertenece a una de estas categorías.

3.1.2 ***Definición de determinadas reservas***

A los efectos de la directriz 3.1, se entiende por «determinadas reservas» las reservas expresamente previstas en el tratado a ciertas disposiciones del tratado o al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos.

3.1.3 ***Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado***

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva que no esté prohibida por el tratado únicamente si ésta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

3.1.4 ***Validez de determinadas reservas***

Cuando el tratado prevea la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva únicamente si ésta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

2. Texto de los proyectos de directriz sobre las reservas a los tratados y los comentarios correspondientes aprobados provisionalmente por la Comisión en su 58.º período de sesiones

159. A continuación se transcribe el texto de los proyectos de directriz y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones.

3. Validez de las reservas y declaraciones interpretativas

Comentario general

1) La tercera parte de la Guía de la práctica tiene por objeto establecer las condiciones de validez de las reservas a los tratados, tras la primera parte dedicada a las definiciones y la segunda que trata del procedimiento de formulación de las reservas y las declaraciones interpretativas.

2) Tras debatir a fondo la cuestión, la Comisión decidió, pese a las reticencias de algunos de sus miembros, mantener la expresión «validez de las reservas» para denominar la operación intelectual consistente en determinar si una declaración unilateral hecha[701] por un Estado o por una organización internacional con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado[702] en su aplicación a ese Estado o a esa organización puede producir los efectos asignados en principio a la formulación de una reserva.

3) La Comisión, fiel a la definición que figura en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, retomada en el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica, ha admitido que todas las declaraciones unilaterales que se ajusten a esa definición constituyen reservas. Sin embargo, como precisó la Comisión con la mayor claridad en su comentario al proyecto de directriz 1.6, «[d]efinir no es reglamentar. [...] Una reserva puede ser lícita o ilícita, pero será reserva si responde a la definición elegida»[703]. Continuó diciendo: «Y, lo que es más, la determinación exacta de la naturaleza de una declaración es requisito previo indispensable para la aplicación de un régimen jurídico concreto y, ante todo, para apreciar su licitud. En tanto un instrumento concreto no se defina como reserva [...] no se puede decidir si ésta es o no lícita, apreciar su alcance jurídico y determinar sus efectos»[704].

4) Este vocabulario plantea problemas. Inicialmente, la Comisión utilizó en efecto los términos «admisibilidad» e «inadmisibilidad» (en francés *licéité* e *illicéité* y en inglés *permissibility* e *impermissibility*) con preferencia a «validez», «invalidez» o «falta de validez» a fin de tener en cuenta las preocupaciones expresadas por algunos de sus miembros y por algunos Estados que consideraban que la palabra «validez» suscitaba dudas acerca del carácter de declaraciones que responden a la definición de reservas que se da en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones de Viena, pero no cumplen las condiciones enunciadas en el artículo 19[705]. En realidad, el término «validez» parecía a la mayoría de los miembros de la Comisión totalmente neutro a este respecto y presentaba la ventaja de no tomar partido en la controversia doctrinal[706], central en materia de reservas, que opone los partidarios de la admisibilidad, según los cuales *[t]he issue of "permissibility" is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with*

---

[701] Habida cuenta de que la simple formulación de una reserva no le permite producir los efectos deseados por su autor, habría sido más apropiada la palabra «formulada» (véase *infra* el comentario al proyecto de directriz 3.1, párrs. 6 y 7), pero las Convenciones de Viena emplean el término «hecha» y, en principio, la Comisión tiene por norma no modificar el texto de Viena.

[702] O del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos (véase el proyecto de directriz 1.1.1).

[703] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 133, párrafo 2 del comentario; véase también *infra* el comentario a este proyecto de directriz modificado durante el 58.º período de sesiones de la Comisión.

[704] Ibíd., págs. 133 y 134, párrafo 3 del comentario. Véanse también el comentario al proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4], *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 110, en particular párrafo 3, y el tercer informe del Relator Especial sobre las reservas a los tratados, ibíd., vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add. 1 a 6, pág. 268, párr. 154, y págs. 270 y 271, párr. 175.

[705] Véase la intervención del Reino Unido en la Sexta Comisión el 2 de noviembre de 1993, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión, 24.ª sesión* (A/C.6/48/SR.24) y corrección, párrafo 42.

[706] Acerca de esta disputa doctrinal, véase en particular J. K. Koh, «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23 (1982-1983), págs. 71 a 116, *passim*, especialmente págs. 75 a 77; véase también C. Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *The British Year Book of International Law*, vol. 64 (1993), págs. 245 a 282, especialmente págs. 263 a 269, e I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed., Manchester University Press, 1984, pág. 81, nota 78.

the question of whether, as matter of policy, other Parties find the reservation acceptable or not [«la cuestión de la "admisibilidad" es la cuestión preliminar. Debe resolverse mediante referencia al tratado y es esencialmente una cuestión de interpretación de los tratados; no tiene nada que ver con la cuestión de saber si, en principio, las demás partes consideran las reservas aceptables o no»][707], a los partidarios de la oponibilidad, que consideran que *the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State* [la validez de una reserva depende exclusivamente de su aceptación por otro Estado contratante] y que, en consecuencia, el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 aparece *as a mere doctrinal assertion, which may serve as a basis for guidance to States regarding acceptance of reservations, but no more than that* [«como una simple afirmación doctrinal que puede servir de guía a los Estados en lo que respecta a la aceptación de las reservas, pero nada más»][708].

5) Sobre todo, se estimó que el término francés *illicite* (ilícito) no era, en cualquier caso, apropiado para calificar las reservas que no cumplían las condiciones de forma o de fondo impuestas por las Convenciones de Viena. Según la mayoría de los miembros de la Comisión, «en derecho internacional, un hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad de su autor [...], lo que evidentemente no es el caso de la formulación de reservas contrarias a las disposiciones del tratado a que se refieren o incompatibles con su objeto o fin»[709]. En consecuencia, la Comisión, que en 2002 había decidido reservarse su posición sobre este punto hasta que hubiera examinado los efectos de tales reservas[710], consideró preferible resolver de entrada esta cuestión de terminología.

6) La Comisión opinó lo siguiente:

– En primer lugar, que el término francés *licite* (lícito) daba a entender que la formulación de reservas en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de las Convenciones de Viena entrañaba la responsabilidad del Estado o de la organización internacional que formulaba la reserva, lo que ciertamente no ocurría[711]; y

– En segundo lugar, que el término *permissible* utilizado en el texto inglés de los proyectos de directriz aprobados hasta ahora y sus comentarios («admisible» en español), daba a entender que la cuestión se planteaba exclusivamente desde el punto de vista de la admisibilidad y no de la oponibilidad, lo que presentaba el inconveniente de tomar partido inútilmente en la controversia doctrinal antes mencionada[712].

7) Con todo, se ha conservado en el texto inglés el término *permissibility* para designar la validez material de las reservas que cumplen las exigencias del artículo 19 de las Convenciones de Viena, ya que, según los oradores de habla inglesa, esta denominación no entrañaría ninguna toma de posición en cuanto a las consecuencias de no respetar tales condiciones. Este término se ha traducido al francés por la expresión *validité matérielle* y al español por «validez material».

8) La tercera parte de la Guía de la práctica se ocupa sucesivamente de los problemas relativos a:

– La validez material de las reservas;

– La competencia para apreciar la validez de las reservas; y

– Las consecuencias de la falta de validez de una reserva.

Se dedicará una sección específica a las mismas cuestiones en lo que respecta a las declaraciones interpretativas.

3.1 *Validez material de una reserva*

Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos:

***a*) que la reserva esté prohibida por el tratado;**

***b*) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o**

***c*) que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.**

Comentario

1) El proyecto de directriz 3.1 reproduce sin modificarlo el texto del artículo 19 de la Convención de Viena de 1986, cuya redacción se ajusta al texto de la disposición correspondiente de la Convención de Viena de 1969 con los únicos añadidos que fueron necesarios por el hecho de incluir los tratados concertados por las organizaciones internacionales.

2) Al establecer que en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado, o de adherirse a él, «[u]n Estado o una organización internacional *podrá* formular una reserva», aunque sea bajo ciertas condiciones, el presente proyecto de directriz enuncia «el principio general de que se pueden

[707] D. W. Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», *The British Year Book of International Law*, vol. 48 (1976-1977), pág. 88.

[708] J. M. Ruda, «Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, vol. 146 (1977), pág. 190.

[709] Comentario al proyecto de directriz 2.1.8 [2.1.7 *bis*] (Procedimiento en casos de reservas manifiestamente [inadmisibles]), *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 48, párrafo 7 del comentario. Según un punto de vista minoritario, la formulación de una reserva inadmisible entrañaría la responsabilidad de su autor. Los términos del problema se expondrán con mayor precisión en el comentario al proyecto de directriz 3.3.1.

[710] Véase el comentario al proyecto de directriz 2.1.8 [2.1.7 *bis*], *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48. Véanse también el proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario) y su comentario, ibíd., págs. 44 a 47.

[711] Véase s*upra* el párrafo 5 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

[712] Véase s*upra* el párrafo 4 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

formular reservas»[713]. Se trata de un elemento esencial del «sistema flexible» resultante del dictamen de la CIJ de 1951 en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[714] y no es exagerado afirmar que a este respecto invierte la presunción tradicional que dimanaría del sistema de la unanimidad[715], con el objetivo declarado de facilitar la mayor adhesión posible a los tratados y, por lo tanto, su universalidad.

3) A este respecto, el texto del artículo 19 mantenido finalmente en 1969 está tomado directamente de las propuestas de Waldock y era diametralmente opuesto a los proyectos preparados por los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados que le habían precedido y que partían de la presunción inversa y expresaban en términos negativos o restrictivos el principio según el cual una reserva *únicamente* puede formularse (o «hacerse»[716]) si se cumplen ciertas condiciones[717]. Waldock, por su parte[718], presenta el principio como la «facultad de formular, esto es, de *proponer* una reserva», que tiene el Estado «en virtud de su soberanía»[719].

4) En todo caso, esta facultad no es ilimitada:

- En primer lugar, está limitada en el tiempo porque la formulación de reservas únicamente puede tener lugar «en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él»[720];

- En segundo lugar, la formulación de reservas puede ser incompatible con el objeto de ciertos tratados, ya sea porque están limitados a un pequeño grupo de Estados, hipótesis que tiene en cuenta el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969[721], que retoma el sistema de la unanimidad respecto de esos instrumentos, ya sea, en el marco de los tratados de alcance universal, porque las partes quieren hacer prevalecer la integridad del tratado sobre su universalidad o, en todo caso, limitar la facultad de los Estados de formular reservas; a este respecto, al igual que todos los demás, la Convención de Viena únicamente tiene carácter supletorio de la voluntad y nada impide a los negociadores incluir en el tratado «cláusulas de reservas» que limiten o modifiquen la facultad de principio enunciada en el artículo 19[722].

5) Así pues, resulta ciertamente excesivo hablar de un «derecho a las reservas»[723] por más que la Convención de Viena de 1969 parta del principio de que existe una presunción favorable a su validez. Algunos miembros cuestionaron la existencia de tal presunción. Tal es, por otra parte, el sentido del propio título del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (Formulación de reservas)[724], confirmado por el encabezamiento de esta disposición: «Un Estado *podrá formular* una reserva [...], *a menos*...». Ciertamente al utilizar el verbo «podrá», la cláusula introductoria del artículo 19 reconoce un derecho a los Estados, pero se trata sólo del derecho a «formular» reservas[725].

---

[713] Comentario al proyecto de artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, aprobado por la Comisión en primera lectura en 1962, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 208, párr. 15; véase también el comentario al proyecto de artículo 16 aprobado en segunda lectura, *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párr. 17. Respecto de la Convención de Viena de 1986, véanse los comentarios al proyecto de artículo 19 (Formulación de reservas en el caso de tratados entre varias organizaciones internacionales) del proyecto de artículos sobre los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, aprobado por la Comisión en 1977, *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág 107, párr. 1, y al proyecto de artículo 19 *bis* (Formulación de reservas por los Estados y las organizaciones internacionales en el caso de tratados entre Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y uno o varios Estados), ibíd., págs. 109 y 110, párr. 3.

[714] *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15.

[715] Este concepto, que sin duda se ha convertido en norma consuetudinaria en el período de entre guerras (véase el voto particular disconforme formulado conjuntamente por los magistrados Guerrero, McNair, Read y Hsu Mo, anexo a la opinión consultiva emitida en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (nota *supra*), págs. 34 y 35), limitaba considerablemente la facultad de hacer reservas; únicamente era posible si todas las demás partes en el tratado las aceptaban, en defecto de lo cual el autor de la reserva quedaba fuera del ámbito de la convención. En sus observaciones acerca del proyecto de artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, aprobado por la Comisión en primera lectura en 1962 (véase la nota 713 *supra*), el Japón proponía volver a la presunción inversa (véase el cuarto informe del Relator Especial Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 48).

[716] Véanse a este respecto los párrafos 6 y 7 del comentario a este mismo proyecto de directriz *infra*.

[717] Véanse, por ejemplo, el proyecto de artículo 10 (1) del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados propuesto por el Relator Especial J. L. Brierly (texto inglés en *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, documento A/CN.4/23, pág. 238); los distintos proyectos de artículo 9 propuestos por el Relator Especial H. Lauterpacht en sus informes primero (texto inglés en *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, págs. 91 y 92) y segundo (texto en inglés en *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, pág. 131); o el proyecto de artículo 39, párr. 1, del proyecto del Relator Especial G. G. Fitzmaurice (*Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 115). Véanse también las observaciones de Pierre-Henri Imbert en *Les réserves aux traités multilatéraux*, París, Pedone, 1978, págs. 88 y 89.

[718] «En el momento de firmar, ratificar, o aceptar un tratado, o de adherirse a él, el Estado está en libertad de formular una reserva [...], salvo...» (primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, art. 17, párr. 1 *a*, pág. 69).

[719] Ibíd., párrafo 9 del comentario al artículo 17, pág. 75.

[720] Véase al respecto el párrafo 9 del comentario a este mismo proyecto de directriz *infra*.

[721] «Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.»

[722] Respecto del carácter supletorio del régimen de Viena, véanse en particular A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, págs. 124 a 126; J. K. Gamble, Jr., «Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice», *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), págs. 383 a 391; Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* (nota 717 *supra*), págs. 162 a 230; A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, págs. 169 a 173; J. Polakiewicz, *Treaty-making in the Council of Europe*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1999, págs. 85 a 90 y 101 a 104, y R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, págs. 89 a 136.

[723] Algunos miembros de la Comisión se pronunciaron sin embargo a favor de la existencia de semejante derecho.

[724] Acerca de la modificación de este título en el marco de la Guía de la práctica, véase *infra* el párrafo 10 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

[725] Véase Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* (nota 717 *supra*), pág. 83; véanse también P. Reuter, *Introduction au droit des traités*,

6) Las palabras «formular» y «formulación» se escogieron con cuidado. Significan que, si bien corresponde al Estado que quiere subordinar a una reserva la manifestación de su consentimiento en obligarse a indicar cómo pretende modular su participación en el tratado[726], esta formulación no basta por sí misma; la reserva no queda «hecha» y no produce sus efectos por el solo hecho de la declaración. Esa es la razón por la cual una enmienda de China que apuntaba a reemplazar las palabras «formular una reserva» por «hacer reservas»[727] fue descartada por el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados[728]. Como había señalado Waldock, «al decir [...] que un Estado puede "hacer" una reserva, se dice algo que es implícitamente equívoco, pues precisamente la cuestión que se plantea es la de si una reserva *formulada* por un Estado puede considerarse como "hecha" efectivamente mientras no haya recibido el asentimiento de los demás Estados interesados»"[729]. Ahora bien, una reserva no sólo no es «efectiva»[730] si no se cumplen ciertas condiciones de procedimiento, ciertamente muy poco restrictivas[731], sino que además debe respetar las condiciones de fondo enunciadas en los tres apartados del propio artículo 19 de las Convenciones de Viena, como ponen de manifiesto las palabras «a menos»[732].

7) Según algunos autores, la terminología empleada en esta disposición sería, sin embargo, incongruente a este respecto porque «[c]uando el tratado autoriza ciertas reservas (artículo 19 *b*), éstas no tienen por qué ser aceptadas por los demás Estados [...]. Por lo tanto, están "hechas" desde el momento de su "formulación" por el Estado autor de las reservas»[733]. Así pues, si el apartado *b* indica acertadamente que tales reservas «pueden *hacerse*», el encabezamiento del artículo 19 de las Convenciones de Viena induciría a error porque implicaría que ellas también son sólo «formuladas» por su autor[734]. En realidad es una falsa polémica[735]: el apartado *b* no se refiere a las reservas efectivas (o hechas) por el mero hecho de su formulación sino, por el contrario, a las que no están autorizadas por el tratado. Como en el supuesto del apartado *a*, estas últimas no pueden formularse: en un caso (apartado *a*), la prohibición es expresa; en el segundo (apartado *b*), es implícita.

8) Por lo demás, el principio de la facultad de formular una reserva no se puede separar de las excepciones al principio. Por esta razón, la Comisión, que, en general, tiene por norma no modificar el texto de las disposiciones de las Convenciones de Viena que reproduce en la Guía de la práctica, no estimó necesario dedicar un proyecto de directriz específico al principio mismo de la presunción de validez de las reservas.

9) Por la misma razón, la Comisión renunció a excluir del proyecto de directriz 3.1 la mención de los distintos momentos (o «casos», para retomar la terminología empleada en el proyecto de directriz 1.1.2)[736], «en los cuales se puede formular una reserva». En efecto, como se ha señalado anteriormente[737], el artículo 19 de las Convenciones de Viena recoge las limitaciones temporales

---

3.ª edición revisada y aumentada por Ph. Cahier, París, Presses universitaires de France, 1995, pág. 75, o Riquelme Cortado, *op. cit*. (nota 722 *supra*), pág. 84. Cabe también destacar que una propuesta de Briggs tendente a reemplazar la palabra «libertad» que figuraba en el proyecto de Waldock (véase la nota 718 *supra*) por la palabra «derecho» (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 151, párr. 22) no fue aprobada, ni tampoco lo fue una enmienda en el mismo sentido presentada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en la Conferencia de Viena (A/CONF.39/C.1/L.115, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (documento A/CONF.39/11/Add.2, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), Informe sobre la labor realizada por la Comisión Plenaria en el primer período de sesiones de la Conferencia, documento A/CONF.39/14, pág. 143, párr. 175). El texto actual («Un Estado podrá formular una reserva [...] a menos...») fue aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión (véase *Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 237, párr. 3) y posteriormente por la Comisión en sesión plenaria (ibíd., vol. II, págs. 202 y 203, art. 18, párr. 1) en 1962. La única modificación de que fue objeto en 1966 consistió en reemplazar las palabras «Todo Estado» por «Un Estado» (véanse *Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 1 (texto aprobado por el Comité de Redacción) y *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 222 (artículo 16 aprobado en segunda lectura)).

[726] Véase D. W. Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», *Australian Year Book of International Law*, vol. 16 (1995), págs. 21 y ss., en particular pág. 22.

[727] A/CONF.39/C.1/L.161, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 725 *supra*), pág. 144, párr. 177.

[728] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (documento A/CONF.39/11, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), Comisión Plenaria, 23.ª sesión, 11 de abril de 1968, pág. 133, párr. 2 (explicaciones de China), y 24.ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 139, párr. 13 (declaración del Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock).

[729] Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, pág. 71, párrafo 1 del comentario a los artículos 17, 18 y 19.

[730] Véase el párrafo 1 del artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: «Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23...».

[731] Véanse el artículo 20, párrs. 3 a 5, el artículo 21, párr. 1, y el artículo 23 de las Convenciones de Viena, y los proyectos de directriz 2.1 a 2.2.3. Véase también M. Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15 (1985), especialmente pág. 28.

[732] «Este artículo expone el principio general de que se pueden formular reservas excepto en tres casos» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 227, párrafo 17 del comentario al artículo 16); la utilización del verbo *faire* (hacer) en el texto francés del comentario es criticable pero más bien se trata de un error de traducción que de un propósito deliberado —*contra*: Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit*. (nota 717 *supra*), pág. 90. Por lo demás, el texto inglés del comentario es correcto.

[733] Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit*. (nota 717 *supra*), págs. 83 y 84.

[734] Véase también Ruda, *loc. cit*. (nota 708 *supra*), págs. 179 y 180; véase asimismo la crítica mucho más moderada de Frank Horn en *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5 (1988), págs. 111 y 112.

[735] Cabe, en cambio, cuestionar el empleo de los verbos «formular» y «hacer» en el párrafo 2 del artículo 23 de las Convenciones de Viena; no es coherente precisar, al final de esta disposición, que en caso de confirmación, en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse, de una reserva formulada en el momento de la firma, «se considerará que la reserva ha sido *hecha** en la fecha de su confirmación». La Comisión, al preparar la Guía de la práctica en materia de reservas, ha tratado de adoptar un vocabulario coherente a este respecto (las críticas que le ha hecho Riquelme Cortado, *op. cit*. (nota 722 *supra*), pág. 85, obedecían al parecer a un error de traducción en el texto español).

[736] El comentario a este proyecto de directriz figura en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 112 y 113.

[737] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

que figuran en la propia definición de las reservas enunciada en el apartado *d* del párrafo 1 del artículo 2 de las Convenciones[738] y no cabe duda de que esa repetición es superflua, como había señalado Dinamarca[739] con ocasión del examen del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados que se aprobó en 1962[740]. Sin embargo, la Comisión no consideró necesario subsanar esta anomalía al aprobar el proyecto definitivo en 1966[741] y esa repetición no es un inconveniente suficientemente grave como para reescribir la Convención de Viena de 1969, que permitió que ese inconveniente permaneciera.

10) Esa repetición también recuerda discretamente el hecho de que la validez de las reservas no depende únicamente de las condiciones de fondo enumeradas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena, sino que está condicionada asimismo por el respeto de las condiciones de forma y los plazos. Sin embargo, éstas se tratan en la sección 2 de la Guía de la práctica, de manera que en la sección 3 se hará más hincapié en la validez *material* de las reservas. Tal es el título que la Comisión ha dado al proyecto de directriz 3.1, para el que no era posible mantener el título del artículo 19 de las Convenciones de Viena (Formulación de reservas), ya utilizado para el proyecto de directriz 2.1.3 (Formulación de una reserva en el plano internacional)[742] y que además pone indebidamente el acento en las condiciones formales de validez de las reservas.

3.1.1 *Reservas expresamente prohibidas por el tratado*

Una reserva está prohibida expresamente por el tratado si en éste figura una disposición particular que:

***a*) prohíbe cualquier reserva;**

***b*) prohíbe reservas a determinadas disposiciones, y la reserva de que se trata se formula con respecto a una de estas disposiciones; o**

***c*) prohíbe ciertas categorías de reservas y la reserva de que se trata pertenece a una de estas categorías.**

Comentario

1) Según Paul Reuter, los supuestos previstos en los apartados *a* y b del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (reproducidos en el proyecto de directriz 3.1) constituyen «casos muy sencillos»[743]. Sin embargo, no parece que eso sea así. Efectivamente, estas disposiciones remiten a los casos en que un tratado al cual un Estado o una organización internacional quiere hacer una reserva contiene una cláusula especial por la que se prohíbe o autoriza la formulación de reservas. Pero, además de que no están claramente incluidos todos los supuestos posibles[744], pueden plantearse problemas delicados en cuanto al alcance exacto de una cláusula que prohíba las reservas y a los efectos de una reserva formulada a pesar de esa prohibición.

2) El proyecto de directriz 3.1.1 tiene por objeto precisar el alcance del apartado *a* del proyecto de directriz 3.1, que no indica qué hay que entender por «reserva prohibida por el tratado», mientras que los proyectos de directriz 3.1.2 y 3.1.4 procuran aclarar el sentido y el alcance de la expresión «determinadas reservas» que figura en el apartado *b*.

3) En el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 17 del proyecto presentado a la Comisión en 1962, Waldock distinguía tres supuestos:

– «Cuando por las estipulaciones del tratado esté prohibido hacer reservas o ello esté excluido por la naturaleza del tratado o por el uso establecido de una organización internacional»[745];

– Las reservas no previstas por una cláusula que restrinja la posibilidad de hacer reservas; o

– Las reservas no previstas por una cláusula que autorice ciertas reservas.

El elemento común de los tres casos era que, a diferencia de las reservas incompatibles con el objeto y el fin del tratado[746], «cuando se formula una reserva que no está prohibida por el tratado, los demás Estados están llamados a indicar si la aceptan o la rechazan, pero cuando se trata de una reserva prohibida por el tratado no necesitan hacerlo, pues ya han expresado su objeción a ella en el propio tratado»[747].

4) Si bien la Comisión la recogió, en forma algo diferente[748], esa tipología era inútilmente complicada y, en el plano bastante general en que querían moverse los redactores de la Convención de Viena de 1969, era inútil hacer una distinción entre los dos primeros supuestos enunciados por el Relator Especial[749]. En el párrafo 2 del

---

[738] Véanse los proyectos de directriz 1.1 (Definición de reservas) y 1.1.2 (Casos en que puede formularse una reserva) y sus comentarios, *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 108 a 110 y 112 y 113.

[739] Véase el el cuarto informe del Relator Especial Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 47.

[740] *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 186 a 215.

[741] *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 195 a 298.

[742] El texto de este proyecto de directriz y su comentario figura en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 31 a 33.

[743] P. Reuter, «Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels», en Y. Dinstein, compilador, *International Law at a Time of Perplexity-Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, pág. 625; reproducido asimismo en P. Reuter, *Le développement de l´ordre juridique international-Écrits de droit international*, París, Economica, 1995, pág. 363.

[744] Véanse *infra* la nota 749 y el párrafo 9 del comentario al proyecto de directriz 3.1.3.

[745] Primer informe del Relator Especial Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, art. 17, párr. 1 *a*, pág. 69.

[746] Supuesto previsto en el párrafo 2 del proyecto de artículo 17 incluido en el primer informe del Relator Especial Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados (ibíd.), pero en forma bastante distinta del texto actual.

[747] Ibíd., pág. 75, párrafo 9 del comentario al artículo 17.

[748] Proyecto de artículo 18, párr. 1 *b*, *c* y *d*, *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 202 y 203; véase también el párrafo 15 del comentario a este artículo, ibíd., pág. 208.

[749] A la inversa, durante el debate del proyecto, Briggs había estimado que «la distinción que hay que hacer es entre el caso previsto en el apartado *a*), en que se prohíben todas las reservas, y el previsto en los apartados *b*) y *c*), en que únicamente ciertas reservas están expresamente prohibidas o implícitamente excluidas» (*Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238, párr. 12); véase también la opinión discrepante de Waldock, ibíd., pág. 239, párr. 32. Como indica el ejemplo del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma

proyecto de artículo 18, que propuso en 1965 a la luz de las observaciones de los gobiernos[750], el Relator Especial se limitó a distinguir entre las reservas expresamente prohibidas por el tratado (o «por las normas establecidas por una organización internacional»[751]) y las que lo estaban implícitamente a consecuencia de la autorización de ciertas reservas por el tratado. Es esta distinción la que se vuelve a encontrar, en forma depurada[752], en los apartados *a* y *b* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, sin que se establezca ninguna distinción según que el tratado prohíba o autorice total o parcialmente las reservas[753].

5) Según Tomuschat, la prohibición tal y como está enunciada en el apartado *a* debería entenderse en el sentido de que comprende tanto las prohibiciones expresas como las implícitas[754]. Esa interpretación puede hallar justificación en los trabajos preparatorios de esta disposición:

– En su redacción original, propuesta por Waldock en 1962[755], se especificaba que la disposición se refería a las reservas prohibidas «por las estipulaciones del tratado», precisión que fue abandonada en 1965 sin explicación por parte del Relator Especial y sin que los debates de la Comisión aclaren gran cosa al respecto[756];

– En el comentario del proyecto de artículo 16, aprobado por la Comisión en segunda lectura en 1966, la Comisión parece en efecto poner en el mismo plano «las reservas expresa o implícitamente prohibidas por el tratado»[757].

6) Esta interpretación es, sin embargo, discutible. La idea de que ciertos tratados podían, «por su naturaleza», excluir las reservas fue descartada en 1962 por la Comisión, que rechazó la propuesta hecha en ese sentido por Waldock[758]. Por ello, excepto en el caso de las reservas a los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales —que serán objeto de uno o varios proyectos de directriz específicos— no se alcanza a ver qué prohibiciones podrían resultar «implícitamente» del tratado, salvo

continental, de 1958 (véase *infra* el párrafo 6 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2), esta observación es muy pertinente.

[750] Cuarto informe del Relator Especial Sir Humphrey Waldock sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 52.

[751] Ibíd. Si bien el principio no había sido cuestionado con ocasión del debate en sesión plenaria en 1965, aunque lo había sido por Lachs en 1962 (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 154, párr. 53) y se había conservado en el texto aprobado en la primera parte del 17.º período de sesiones (véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 172), esta precisión desaparece sin explicación del proyecto de artículo 16, finalmente aprobado por la Comisión en 1966 tras los últimos retoques por el Comité de Redacción (véase *Anuario... 1966*, vol. I, 887.ª sesión, de 11 de julio de 1966, pág. 301, párr. 91). La supresión de esa expresión guarda relación con la cláusula general de salvaguardia relativa a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional que figuraba en el artículo 5 de la Convención y fue aprobada el mismo día en su forma definitiva por la Comisión (ibíd., pág. 300, párr. 79). En la práctica, es excepcional que se puedan formular reservas al instrumento constitutivo de una organización internacional (véase M. H. Mendelson, «Reservations to the constitutions of international organizations», *The British Year Book of International Law, 1971*, págs. 137 a 171). En lo que respecta a los tratados celebrados en el ámbito de organizaciones internacionales, el mejor ejemplo de exclusión (supuesta) de las reservas es el de la OIT, en la que es práctica constante no aceptar el depósito de instrumentos de ratificación de convenios internacionales del trabajo cuando están sujetos a reservas (véanse el memorando presentado por el Director de la Oficina Internacional del Trabajo al Consejo de la Sociedad de las Naciones sobre la admisibilidad de reservas a los convenios generales, *Journal Officiel de la Societé des Nations*, julio de 1927, pág. 882; o el memorando presentado por la OIT a la CIJ en 1951 en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *C.I.J. Mémoires, plaidoiries et documents*, págs. 227 y 228; o la declaración de Wilfred Jenks, Asesor Jurídico de la Oficina Internacional del Trabajo en el curso de los alegatos orales en el mismo asunto, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 728 *supra*), 7.ª sesión, 1.º de abril de 1968, pág. 41, párr. 11). Véase una explicación y una crítica de esta posición en los párrafos 3 a 5 del comentario al proyecto de directriz 1.1.8 (Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión) aprobado por la Comisión en su 52.º período de sesiones, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 115 a 117.

[752] Respecto de los cambios de redacción introducidos por la Comisión, véanse los debates sobre el proyecto de artículo 18 (*Anuario... 1965*, vol. I, en particular las sesiones 797.ª y 798.ª, de 8 y 9 de junio de 1965, págs. 154 a 171) y el texto aprobado por el Comité de Redacción (ibíd., 813.ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 1) y el debate correspondiente (ibíd., págs. 274 a 276). El texto definitivo de los apartados *a* y *b* del artículo 16 aprobados en segunda lectura por la Comisión era el siguiente: «Todo Estado podrá formular una reserva [...] a menos que: *a*) la reserva esté prohibida por el tratado; *b*) el tratado autorice determinadas reservas entre las que no figure la reserva de que se trate» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 222). Véase también *infra* el comentario al proyecto de directriz 3.1.2, en particular párr. 2.

[753] Las «propuestas alternativas» *de lege ferenda* formuladas en 1953 en el primer informe presentado por Hersch Lauterpacht se referían todas ellas a los tratados que *[do] not prohibit or restrict the faculty of making reservations* («no prohíben o limitan la facultad de hacer reservas») (texto inglés en *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, documento A/CN.4/63, pág. 124).

[754] Véase C. Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties. Comments on arts. 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the law of treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27 (1967), pág. 463, en particular pág. 469.

[755] Véase *supra* el párrafo 3 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

[756] Véase, sin embargo, la intervención de Yasseen durante los debates de la Comisión en su 17.º período de sesiones: «...podría sustituirse la expresión "las disposiciones del tratado" *(expressément)* por las palabras "el tratado", con lo que el texto diría como sigue: "[Salvo] cuando el tratado o las normas... prohibieren que se formulen reservas...". Basta con que el tratado se pronuncie al respecto, y da lo mismo que lo haga implícita o explícitamente» (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 19), pero se refería al texto de 1962.

[757] Al igual, por lo demás, que las autorizadas «expresa o implícitamente» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 225, párrafo 10 del comentario; véase también pág. 227, párr. 17). En el mismo espíritu, el apartado *a* del párrafo 1 del artículo 19 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales aprobado por la Comisión en 1981 ponía en pie de igualdad los casos en que las reservas estaban prohibidas por los tratados y aquellos en que «conste de otro modo que los Estados negociadores y las organizaciones negociadoras han convenido que la reserva esté prohibida» (*Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), pág. 144).

[758] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario a este mismo proyecto de directriz. El Relator Especial indicó que, al redactar esa cláusula, «pensaba en la Carta de las Naciones Unidas, que, por su naturaleza, no es susceptible de reservas» (*Anuario... 1962*, vol. I, 651.ª sesión, 25 de mayo de 1962, pág. 154, párr. 60). Esta excepción está comprendida en la cláusula de salvaguardia del artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 (véase la nota 751 *supra*). La expresión «naturaleza del tratado» no fue objeto de mayor atención en el curso del debate (Castrén, sin embargo, la consideró imprecisa, ibíd., 652.ª sesión, 28 de mayo de 1962, pág. 160, párr. 28; véase también la intervención de Verdross, ibíd., párr. 35); fue suprimida por el Comité de Redacción (ibíd., 663.ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 237, párr. 3).

en los casos comprendidos en los apartados *b* y *c*[759] del artículo 19[760] y hay que admitir que el apartado *a* únicamente se refiere a las reservas expresamente prohibidas por el tratado. Esta interpretación parece, por lo demás, conforme a la relativa flexibilidad que impregna el conjunto de las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 concernientes a las reservas.

7) No se plantea ningún problema —salvo el de saber si la declaración de que se trata constituye o no una reserva[761]— si la prohibición es clara y neta, en particular cuando es general, en la inteligencia, no obstante, de que existen relativamente pocos ejemplos de ese género de prohibición[762], aunque algunos sean célebres, como el del artículo 1 del Pacto de la Sociedad de las Naciones: «Son Miembros originarios de la Sociedad de Naciones aquellos Signatarios […] que se hubieren adherido al presente Pacto sin ninguna reserva…»[763]. De igual modo, en el artículo 120 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, se dispone lo siguiente: «No se admitirán reservas al presente Estatuto»[764]. Igualmente según el párrafo l del artículo 26 del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, de 1989: «No se podrán formular reservas ni excepciones al presente Convenio»[765].

8) Sin embargo, puede ocurrir que la prohibición sea más ambigua. Así, a tenor del párrafo 14 del Acta final de la Conferencia de Ginebra de 1961 que aprobó el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, «las delegaciones que han participado en la negociación del Convenio [...] declaran que sus respectivos países no tienen la intención de hacer reservas al Convenio»[766]; no sólo no se trata de una prohibición categórica, sino que además esta declaración de intención se hace en un instrumento distinto del tratado. En un caso de este

---

[759] Las enmiendas presentadas por España (A/CONF.39/C.1/L.147, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 725 *supra*), pág. 144, párr. 177) y por los Estados Unidos y Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1, ibíd.) tendentes a reintroducir el concepto de «naturaleza» del tratado en el apartado *c* fueron retiradas por sus autores o rechazadas por el Comité de Redacción (véase la reacción de los Estados Unidos en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, segundo período de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (documento A/CONF.39/11/Add.1, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), pág. 37). Durante los debates de la Comisión sobre el proyecto de directriz 3.1.1, algunos miembros estimaron, sin embargo, que determinados tratados, como la Carta de las Naciones Unidas, excluían, por su naturaleza, cualquier tipo de reserva. No obstante, la Comisión estimó que esta idea se confundía con el principio enunciado en el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena y que, tratándose de la Carta, la exigencia de la aceptación del órgano competente de la organización (véase el párrafo 3 del artículo 20 de las Convenciones de Viena) daba garantías suficientes.

[760] Esa es por lo demás la conclusión final a que llega Tomuschat, *loc. cit.* (nota 754 *supra*), pág. 471.

[761] Véanse el proyecto de directriz 1.3.1 (Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas) y su comentario, aprobados por la Comisión en su 51.º período de sesiones, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 114 a 116.

[762] Incluso en materia de derechos humanos (véanse P.-H. Imbert, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque* international *sur la Convention européenne des droits de l'homme, organisé conjointement par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et le secrétariat général du Conseil de l'Europe (Francfort, 9-12 avril 1980)*, París, Pedone, 1982, págs. 97 y ss., en particular pág. 100 (publicado también en inglés con el título «Reservations and human rights conventions», *The Human Rights Review*, vol. 6, n.º 1 (1981), págs. 28 y ss., en particular pág. 28); o W. A. Schabas, «Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform», *Annuaire canadien de Droit international 1994*, págs. 39 y ss., en particular pág. 46). Véanse sin embargo, por ejemplo, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956 (art. 9); la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960 (art. 9); el Protocolo n.º 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sobre la abolición de la pena de muerte, de 1983 (art. 4), o la Convención Europea sobre la prevención de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes, de 1987 (art. 21), que prohíben cualquier reserva a sus disposiciones. En ocasiones las cláusulas sobre reservas de los tratados de derechos humanos remiten a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 que se refieren a las reservas (cf. el artículo 75 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica») —lo cual hacen tácitamente las convenciones y convenios que no incluyen ninguna cláusula de reserva— o reproducen su texto (cf. el párrafo 2 del artículo 28 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; o el párrafo 2 del artículo 51 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989).

[763] Se puede sostener que esta norma fue abandonada cuando el Consejo de la Sociedad reconoció la neutralidad de Suiza (en este sentido, véase Mendelson, *loc. cit*. (nota 751 *supra*), págs. 140 y 141).

[764] Por categórica que pueda parecer, esta prohibición no está por lo demás totalmente desprovista de ambigüedad: el artículo 124 del Estatuto, que autoriza a «un Estado, al hacerse parte en el Estatuto, [a] declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte» sobre los crímenes de guerra, constituye una excepción a la norma establecida en el artículo 120, ya que esas declaraciones equivalen a verdaderas reservas (véase A. Pellet, «Entry into force and amendment of the Statute», en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002, págs. 145 y ss., en particular pág. 157); véase también el Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, cuyo artículo 21 prohíbe las reservas, mientras que otras disposiciones diversas autorizan algunas. Para otros ejemplos, véanse S. Spiliopoulou Åkermark, «Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (julio de 1999), págs. 493 y 494; P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, pág. 181; Imbert, *Les réserves aux traités…*, *op. cit.* (nota 717 *supra*), págs. 165 y 166; Horn, *op. cit.* (nota 734 *supra*), pág. 113; Riquelme Cortado, *op. cit*. (nota 722 *supra*), págs. 105 a 108, y Schabas, *op. cit.* (nota 762 *supra*), pág. 46.

[765] Para un comentario muy detallado, véase A. Fodella, «The declarations of States parties to the Basel Convention», en P. Ziccardi *et al.* (eds.), *Comunicazioni e Studi*, vol. 22, Milán, Giuffrè, 2002, págs. 111 a 148; en el párrafo 2 del artículo 26 del Convenio se autoriza a los Estados Partes a «formul[ar] declaraciones o manifestaciones, cualesquiera que sean su redacción y título, con miras, entre otras cosas, a la armonización de sus leyes y reglamentos con las disposiciones del Convenio, a condición de que no se interprete que esas declaraciones o manifestaciones excluyen o modifican los efectos jurídicos de las disposiciones del Convenio y su aplicación» a esos Estados; la distinción entre las reservas del párrafo 1 y las declaraciones del párrafo 2 puede resultar delicada, pero se trata de un problema de definición que en nada limita la prohibición establecida en el párrafo 1: si una declaración hecha en virtud del párrafo 2 resulta ser una reserva, está prohibida. La combinación de los artículos 309 y 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982, plantea los mismos problemas y requiere las mismas respuestas (véase en particular A. Pellet, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», en *La mer et son droit. Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, París, Pedone, 2003, págs. 501 y ss., en particular págs. 505 a 517; véase también *infra* el comentario al proyecto de directriz 3.1.2, nota 787).

[766] Acta final de la reunión especial de plenipotenciarios encargados de negociar y firmar el Convenio, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 484, pág. 353. Ejemplo citado por Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* (nota 717 *supra*), págs. 166 y 167.

tipo, cabe pensar que las reservas no están prohibidas estrictamente hablando, pero que si un Estado formula una, las otras partes deberían lógicamente hacer una objeción.

9) Con mayor frecuencia la prohibición es parcial y se refiere a una o varias reservas determinadas o a una o varias categorías de reservas. La hipótesis más sencilla (pero bastante infrecuente) es la de las cláusulas que enumeran las disposiciones del convenio con respecto a las cuales están prohibidas las reservas[767]. Así ocurre en el caso del artículo 42 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951[768], o el artículo XIV del Convenio internacional sobre la seguridad de los contenedores (CSC), de 1972.

10) Más complicada es la hipótesis en la cual el tratado no prohíbe reservas a determinadas disposiciones, pero excluye ciertas categorías de reservas. Sirve de ejemplo de este tipo de cláusulas el párrafo 3 del artículo 78 del Convenio Internacional del Azúcar, 1977:

> Todo gobierno que tenga derecho a ser Parte en este Convenio podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, formular reservas que no afecten al funcionamiento económico de este Convenio.

11) En el proyecto de Sir Humphrey Waldock de 1962 se hacía la distinción entre las cláusulas de reservas de este tipo y las que excluyen «categorías determinadas de reservas»[769]. Por su parte, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no hacen esas distinciones y, a pesar de la vaguedad de sus trabajos preparatorios, hay que presumir sin duda que el apartado *a* del artículo 19 abarca a la vez los tres supuestos que un análisis más preciso permite deducir:

- El de las cláusulas de reservas que prohíben cualquier reserva;

- El de las cláusulas de reservas que prohíben reservas a disposiciones especificadas;

- Por último, el de las cláusulas de reservas que prohíben determinadas categorías de reservas.

12) Esta precisión pareció tanto más útil a la Comisión cuanto que la tercera de estas hipótesis plantea problemas (de interpretación[770]) de la misma naturaleza que los planteados por el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado, que determinadas cláusulas recogen por lo demás expresamente[771]. Al indicar que estas reservas prohibidas sin referencia a una disposición concreta del tratado están comprendidas sin embargo en el apartado *a* del artículo 19 de las Convenciones de Viena, la Comisión desea poner de relieve antes que nada la unidad del régimen jurídico aplicable a las reservas mencionadas en los tres apartados del artículo 19.

3.1.2 *Definición de determinadas reservas*

A los efectos de la directriz 3.1, se entiende por «determinadas reservas» las reservas expresamente previstas en el tratado a ciertas disposiciones del tratado o al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos.

Comentario

1) Una lectura rápida del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 podría hacer pensar que es una de las caras de la moneda de la que el apartado *a* sería la otra. La simetría, sin embargo, dista de ser total. Para que existiese, habría hecho falta que se dispusiese que estaba prohibida una reserva diferente de las expresamente previstas en el tratado. Pero no es ese el caso: el apartado *b* implica dos precisiones suplementarias que prohíben las simplificaciones abusivas; la prohibición implícita de determinadas reservas que se deriva de esta disposición, mucho más compleja de lo que parece, supone que se cumplan tres condiciones:

a) La cláusula de reserva que figure en el tratado debe autorizar la formulación de reservas;

b) las reservas autorizadas deben ser «determinadas»; y

c) debe especificarse que «únicamente» ellas «pueden hacerse»[772].

El objeto del proyecto de directriz 3.1.2 es precisar el sentido de la expresión «determinadas reservas», que no se define en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 aunque esta calificación puede tener consecuencias importantes en cuanto al régimen jurídico aplicable puesto que cabe legítimamente sostener que las reservas que no son «determinadas» están sometidas a la obligación de respetar el criterio del objeto y el fin de tratado[773].

2) El origen del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena se remonta al párrafo 3 del

---

[767] Este supuesto es muy semejante al de que el tratado especifique las disposiciones con respecto a las cuales se permiten las reservas; véase *infra* el párrafo 5 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2. Véanse también las observaciones de Briggs respecto al artículo 17 del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados presentado por el Comité de Redacción durante el 14.º período de sesiones de la Comisión, *Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238.

[768] A propósito de esta disposición, Imbert señala que «la influencia de la opinión [consultiva emitida dos meses antes por la CIJ en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (véase la nota 714 *supra*)] es clarísima, puesto que una cláusula de esa naturaleza equivale a preservar las disposiciones que no podrán ser objeto de reservas» (*Les réserves aux traités..., op. cit.* (nota 717 *supra*), pág. 167); véanse los demás ejemplos que se dan en ibíd. o *infra* en los párrafos 5 a 8 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2.

[769] Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, art. 17, párr. 1 *a*, pág. 69.

[770] *Whether a reservation is permissible under exceptions (a) or (b) will depend on interpretation of the treaty* [«Que una reserva sea admisible en virtud de las excepciones *a* o *b* dependerá de la interpretación del tratado»] (Aust, *op. cit.* (nota 722 *supra*), pág. 110).

[771] Véanse los ejemplos dados en la nota 762 *supra*. Se trata de un ejemplo particular de «categorías de reservas prohibidas»; de manera particularmente incierta, a decir verdad.

[772] Sobre este término, véanse *supra* los párrafos 6 y 7 del comentario al proyecto de directriz 3.1.

[773] Véase *infra* el proyecto de directriz 3.1.4.

proyecto de artículo 37 presentado a la Comisión en 1956 por Fitzmaurice:

> En los casos en que el propio tratado permite que se hagan ciertas reservas específicas, o cierta clase de reservas, debe presumirse que cualesquiera otras reservas están excluidas y no podrán aceptarse[774].

Esta idea, que Waldock retomó en el apartado *a* del párrafo 1 del proyecto de artículo 17 que propuso en 1962[775], es la que la Comisión aceptó en el apartado *c* del párrafo 1 del proyecto de artículo 18, que aprobó ese mismo año[776] y que, con modificaciones menores de redacción, se convirtió en el apartado *b* del artículo 16 del proyecto de 1966[777] y luego en el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, no sin oposición, por otra parte, puesto que durante la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados se presentaron varias enmiendas tendentes a suprimir esta disposición[778] so pretexto de que era «demasiado rígida»[779] o repetía inútilmente el apartado *a*[780] o no estaba confirmada por la práctica[781]; sin embargo, todas fueron retiradas o rechazadas[782].

3) La única modificación del apartado *b* fue introducida por una enmienda de Polonia para añadir la palabra «únicamente» después de «autorice», que fue aceptada por el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados «para mayor claridad»[783]. Esta presentación anodina no debe ocultar el gran alcance práctico de esta precisión, que en realidad invierte la presunción aceptada por la Comisión y, siempre dentro del proyecto obstinadamente perseguido por los países del Este de facilitar al máximo la formulación de reservas, abre esta posibilidad incluso cuando los negociadores han tomado la precaución de indicar expresamente disposiciones a las cuales está permitido formular una reserva[784]. En todo caso, esta enmienda no dispensa de respetar el criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado de una reserva que no está expresamente autorizada ni implícitamente prohibida[785]. También se podrán hacer objeciones a una reserva de esta índole por otros motivos. Esta es la razón por la que, en la redacción del proyecto de directriz 3.1.2, la Comisión optó por la palabra «previstas» en vez de la palabra «autorizadas» para calificar esas reservas, en contraste con la expresión «reserva expresamente autorizada» que figura en el párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena.

4) En la práctica, la tipología de las cláusulas de reservas permisivas es comparable a las de las disposiciones prohibitivas y plantean el mismo tipo de problemas en cuanto a la determinación *a contrario* de las reservas que no se pueden formular[786]:

– Algunas autorizan las reservas a disposiciones particulares, expresa y limitativamente enumeradas, positiva o negativamente;

– Otras autorizan categorías determinadas de reservas;

---

[774] *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/101, pág. 115; véase también pág. 127, párr. 95.

[775] Primer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1962*, vol. II, documento A/CN.4/144 y Add.1, pág. 69.

[776] Informe de la Comisión a la Asamblea General, ibíd., documento A/5209, pág. 203. Véanse *supra* los párrafos 3 y 4 del comentario al proyecto de directriz 3.1.1.

[777] Véase la nota 752 *supra*.

[778] Enmiendas de los Estados Unidos y de Colombia (A/CONF.39/C.1/L.126 y Add.1) y de la República Federal de Alemania (A/CONF.39/C.1/L.128), cuyo objetivo expreso era suprimir el apartado *b*, y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (A/CONF.39/C.1/L.115), de Francia (A/CONF.39/C.1/L.169), de Ceilán (A/CONF.39/C.1/L.139), de España (A/CONF.39/C.1/L.147), que proponían modificaciones de amplio alcance del artículo 16 (o de los artículos 16 y 17) que hubieran conllevado igualmente la desaparición de esta disposición (para el texto de esas enmiendas, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 725 *supra*), págs. 143 y 144, párrs. 174 a 177). En el examen del proyecto por la Comisión, algunos miembros habían considerado igualmente que esta disposición resultaba superflua (véase *Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, 8 de junio de 1965, Yasseen, pág. 156, párr. 18; Tunkin, ibíd., párr. 29; pero, para una postura más matizada, véase ibíd., pág. 157, párr. 33; o Ruda, pág. 161, párr. 70).

[779] En palabras de los representantes de los Estados Unidos y Polonia en las sesiones 21.ª y 22.ª de la Comisión Plenaria (10 y 11 de abril de 1968, respectivamente), *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 728 *supra*), pág. 119, párr. 8, y pág. 130, párr. 42; véase también la declaración del representante de la República Federal de Alemania, ibíd., págs. 120 y 121, párr. 23.

[780] Véase la declaración del representante de Colombia, ibíd., pág. 125, párr. 68.

[781] Véase la declaración del representante de Suecia, ibíd., pág. 129, párr. 29.

[782] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 725 *supra*), págs. 147 y 148,, párrs. 181 a 188. Véanse también las explicaciones del Consultor Técnico, Sir Humphrey Waldock, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 728 *supra*), 24.ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 139, párr. 6, y los resultados de las votaciones sobre esas enmiendas, ibíd., 25.ª sesión, 16 de abril de 1968, pág. 148, párrs. 23 a 25.

[783] A/CONF.39/C.1/L.136, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (véase la nota 725 *supra*), pág. 144, párr. 177, y pág. 147, párr. 183; véase también *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 728 *supra*), Comisión Plenaria, 70.ª sesión, 14 de mayo 1968, pág. 457, párr. 16. Ya en 1965, durante el examen en la Comisión del proyecto de artículo 18 revisado por el Comité de Redacción, Castrén propuso añadir «sólo» después de «autorizare expresamente» en el apartado *b* (*Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 156, párr. 14, y 813.ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 13; véase también la propuesta similar de Yasseen, ibíd., párr. 11), que no fue finalmente aceptada tras una nueva remisión al Comité de Redacción (véase ibíd., 816.ª sesión, pág. 294, párr. 41).

[784] En este sentido, véanse Horn, *op. cit.* (nota 734 *supra*), pág. 114; L. Lijnzaad, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin*?, T.M.C. Asser Instituut, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pág. 39; J. Ruda, *loc. cit.* (nota 708 *supra*), pág. 181; o R. Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3 (1970), págs. 299 y 300. Esas fórmulas limitativas no son por otra parte infrecuentes; véanse, por ejemplo, el artículo 17 de la Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961 («1. En el momento de la firma, la ratificación o la adhesión, todo Estado puede formular reservas a los artículos 11, 14 y 15. 2. No podrá hacerse ninguna otra reserva a la presente Convención») y los demás ejemplos que da Riquelme Cortado, *op. cit.* (nota 722 *supra*), págs. 128 y 129. Sobre la importancia de la inversión de la presunción, véase también la intervención de Patrick Lipton Robinson durante los debates de la Comisión sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados en su 47.º período de sesiones, *Anuario... 1995*, vol. I, 2402.ª sesión, pág. 170, párr. 17.

[785] Véanse *infra* el proyecto de directriz 3.1.3 y su comentario, en particular párrs. 2 y 3.

[786] Véanse *supra* el proyecto de directriz 3.1.1 y su comentario.

- Otras, por último (infrecuentes) autorizan las reservas en general.

5) El párrafo 1 del artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental, de 1958, parece constituir un ejemplo de la primera de estas categorías:

En el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, un Estado podrá formular reservas respecto de los artículos de la Convención, con excepción de los artículos 1 a 3 inclusive[787].

Como señaló Sir Ian Sinclair, *Article 12 of the 1958 Convention did not provide for* specified reservations*, even though it may have specified articles to which reservations might be made* [«el artículo 12 de la Convención de 1958 no prevé nada en lo relativo a las *reservas determinadas*, aunque precisa los artículos a los que se podrían formular reservas»][788] y ni el alcance ni los efectos de esta autorización son obvios, como lo muestran la sentencia de la CIJ en el asunto *Plateau continental de la mer du Nord*[789] y, sobre todo, el laudo arbitral dictado en 1977 en el asunto *Mer d'Iroise*[790].

6) En este asunto, el Tribunal arbitral subrayó que:

La claridad de los términos del artículo 12 [de la Convención sobre la plataforma continental de 1958] autoriza a todo Estado contratante, en particular la República Francesa, a subordinar su consentimiento en obligarse por la Convención a reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 inclusive[791].

No obstante,

no se puede entender que el artículo 12 obligue a los Estados a aceptar por adelantado cualquier tipo de reserva a disposiciones que no sean los artículos 1 a 3. Esa interpretación del artículo 12 equivaldría casi a dar permiso a los Estados contratantes para que redactaran su propio tratado, lo cual sobrepasaría manifiestamente el objetivo de este artículo. Sólo si el artículo en cuestión hubiese autorizado la formulación de reservas específicas se podría considerar que hay Partes en la Convención que han aceptado de antemano una reserva determinada. Pues bien, eso no ocurre en este caso, ya que el artículo 12 autoriza la formulación de reservas a artículos que no sean los artículos 1 a 3 en términos muy generales[792].

7) Algo diferente ocurre cuando la cláusula de reserva define las categorías de reservas autorizadas. Sirve de ejemplo al respecto el artículo 39 del Acta General de Arbitraje (Arreglo pacífico de desacuerdos internacionales) de 1928:

1. Independientemente de la facultad mencionada en el artículo precedente[793], al adherirse a la presente Acta General, una Parte podrá subordinar su aceptación a las reservas enumeradas en forma restrictiva en el párrafo siguiente. Estas reservas deberán señalarse en el momento de la adhesión.

2. Esas reservas podrán formularse de manera de excluir de los procedimientos descritos en la presente Acta:

a) las controversias derivadas de hechos anteriores, bien a la adhesión de la Parte que formula la reserva, bien a la adhesión de otra Parte con la que la primera llegue a tener una controversia;

b) las controversias que versen sobre cuestiones que según el derecho internacional son de la competencia exclusiva de los Estados;

c) las controversias que versen sobre asuntos determinados o materias especiales netamente definidas como el estatuto territorial, o que entren dentro de categorías exactamente precisadas.

Como indicó la CIJ en su sentencia de 1978 relativa al asunto *Plateau continental de la mer Égée*:

Cuando un tratado multilateral prevé así que sólo se admitirán reservas de categorías determinadas especialmente designadas, existe evidentemente una gran probabilidad, si no una verdadera presunción, de que las reservas formuladas en términos tomados del tratado estén destinadas a aplicarse a las categorías correspondientes a que éste se refiere,

aunque los Estados no sigan «escrupulosamente la pauta» prevista en la cláusula de reserva[794].

8) Otro ejemplo, particularmente célebre y comentado[795], de cláusula que autoriza las reservas (y que entra

---

[787] Por su parte, en el artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se dispone lo siguiente: «No se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de la Convención» (sobre esta disposición, véase Pellet, «Les réserves aux conventions...», *loc. cit.* (nota 765 *supra*), págs. 505 a 511). Puede ocurrir que el tratado fije un número máximo de reservas o de disposiciones que pueden ser objeto de reservas (véase por ejemplo el artículo 25 del Convenio europeo sobre adopción, de 1967). Estas disposiciones se han de asimilar a las que autorizan a las partes a aceptar determinadas obligaciones o a elegir entre las disposiciones de un tratado, que no constituyen cláusulas de reserva *stricto sensu* (véanse los proyectos de directriz 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] y 1.4.7 [1.4.8], con sus comentarios, aprobados por la Comisión en su 52.º período de sesiones, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 119 a 123).

[788] Sinclair, *op. cit.* (nota 706 *supra*), pág. 73. Sobre la distinción entre reservas determinadas y no determinadas, véanse también *infra* los párrafos 11 a 13 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

[789] *Plateau continental de la mer du Nord*, fallo, *C.I.J. Recueil 1969*, pág. 3, en particular págs. 38 a 41.

[790] *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, decisión de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), págs. 161 a 165, párrs. 39 a 44.

[791] Ibíd., pág. 161, párr. 39.

[792] Ibíd.

[793] El artículo 38 establece que las Partes se pueden adherir a determinadas partes del Acta General solamente.

[794] *Plateau continental de la mer Égée*, fallo, *C.I.J. Recueil 1978*, pág. 3, en pág. 23, párr. 55.

[795] Véanse A. Bonifazi, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme* (Actas de la mesa redonda organizada en Bari el 17 y 18 de diciembre de 1973 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bari), Bari, Levante, 1974, págs. 301 a 319; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, París, Economica, 1989, págs. 86 a 93; J. A. Frowein, «Reservations to the European Convention on Human Rights», en F. Matscher y H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1988, págs. 193 a 200; P. -H. Imbert, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)», *Revue générale de droit international public*, vol. 87 (1983), págs. 580 a 625 (publicado igualmente en inglés: «Reservations to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the *Temeltasch* case», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33 (1984), págs. 558 a 595); R. Kühner, «Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen "auslegenden Erklärung" zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK», *Zeitschrift für ausländisches öffentlisches Recht und Völkerrecht*, vol. 42 (1982), págs. 58 a 92 (resumen en inglés); S. Marcus-Helmons, «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruselas), 45.º año, n.º 1 (1968), págs. 7 a 26; M. J. M. Pires, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homen*, Coimbra, Almedina, 1997; R. Sapienza, «Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 70, n.os 3-4 (1987), págs. 641 a 653, y W. A. Schabas, «Article 64», en L. -E Pettiti, A. Decaux y P. -H. Imbert (eds.), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, París, Economica, 1995, págs. 923 a 942.

a su vez en la segunda de las categorías mencionadas más arriba)[796] lo proporciona el artículo 57 del Convenio europeo de derechos humanos (artículo 64 antes de la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 del Convenio, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio):

1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley entonces en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.

En este caso, la facultad de formular reservas está limitada a la vez por condiciones de forma y de fondo; además de las habituales limitaciones *ratione temporis*[797], una reserva al Convenio europeo de derechos humanos debe:

– referirse a una disposición particular del Convenio;

– estar justificada por el estado de la legislación de su autor en el momento de la formulación de la reserva;

– no «estar redactada en términos demasiado vagos o amplios para que se pueda apreciar el sentido y el ámbito de aplicación exacto»[798];

– ir acompañada de una breve exposición que permita apreciar «el alcance de la disposición del Convenio cuya aplicación pretende excluir el Estado por medio de una reserva»[799].

La apreciación del cumplimiento de cada una de estas condiciones plantea problemas. Sin embargo, se puede considerar que las reservas autorizadas por el Convenio europeo de derechos humanos son «determinadas» en el sentido del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que sólo esas reservas son válidas.

9) Se ha señalado que el enunciado del artículo 57 del Convenio europeo de derechos humanos «no es fundamentalmente diferente»[800] del adoptado por ejemplo en el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio europeo de extradición, de 1957:

Toda Parte contratante podrá, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su Instrumento de Ratificación o de Adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio.

aunque se pueda ver en ella una autorización general. Sin embargo, mientras que el tipo de reservas que se pueden formular al Convenio europeo de derechos humanos es «determinado», en este caso la autorización sólo está limitada por la exclusión de las reservas transversales[801].

10) Por lo demás, una autorización general de las reservas[802] no resuelve necesariamente por sí misma todos los problemas. En particular, no da ninguna respuesta a las cuestiones de si las otras partes pueden no obstante hacer una objeción a ellas[803] y si estas reservas autorizadas[804] están sometidas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado[805]. Esta última cuestión será objeto del proyecto de directriz 3.1.4[806], que distingue a este respecto entre determinadas reservas cuya cláusula de reserva especifica su contenido y las que dejan éste relativamente abierto.

11) Esta distinción no es obvia. Suscitó controversias particularmente después del laudo arbitral dictado en el asunto *Mer d'Iroise*[807] y dividió a la Comisión en cuyo seno se defendieron opiniones diversas. Para algunos una reserva es «determinada» si el tratado indica precisamente los límites en los que puede ser formulada; en este caso (pero sólo en este caso), esos criterios sustituyen a los del objeto y el fin[808]. Otros señalan que esto ocurre muy excepcionalmente, incluso exclusivamente en el caso, infrecuente, de las «reservas negociadas»[809] y que, además, la Comisión no aceptó una

---

[796] Véase *supra* el párrafo 4 del comentario a este mismo proyecto de directriz. Para otros ejemplos, véanse Aust, *op. cit.* (nota 722 *supra*), págs. 109 y 110; Spiliopoulou Åkermark, *loc. cit*. (nota 764 *supra*), págs. 495 y 496; W. Bishop, Jr., «Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye,* vol. 103 (1961-II), págs. 323 y 324, o Daillier y Pellet, *op. cit.* (nota 764 *supra*), pág. 181; véanse también el cuadro en que se presentan las convenciones y convenios del Consejo de Europa que incluyen cláusulas que entran en cada una de las dos primeras categorías de cláusulas de reservas permisivas mencionadas *supra* en el párrafo 4 del comentario a este mismo proyecto de directriz en Riquelme Cortado, *op. cit*. (nota 722 *supra*), pág. 125, y los demás ejemplos de autorizaciones parciales que da esta autora, págs. 126 a 129.

[797] Véase el comentario al proyecto de directriz 3.1, nota 715 *supra*.

[798] Asunto *Belilos* c. *Suisse*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 132, fallo de 29 de abril de 1988, pág. 25, párr. 55.

[799] Asunto *Temeltasch* c. *Suisse*, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, demanda n.º 9116/80, *Décisions et rapports*, vol. 31, Estrasburgo, 1983, pág. 134, párr. 90.

[800] Imbert, *Les réserves aux traités...*, *op. cit.* (nota 717 *supra*), pág. 186; véase también Riquelme Cortado, *op. cit.* (nota 722 *supra*), pág. 122.

[801] Sobre este concepto, véanse el proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4] aprobado por la Comisión en su 51.º período de sesiones y su comentario, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 a 101.

[802] Para otro ejemplo, aún más claro, véase el párrafo 1 del artículo 18 del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, de 1983: «Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su Instrumento de Ratificación, Aceptación, Aprobación o Adhesión, podrá formular una o varias reservas.»

[803] Es lo que prevén a veces expresamente (véanse, por ejemplo, el artículo VII de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1953, y las observaciones al respecto de Riquelme Cortado, *op. cit.* (nota 722 *supra*), pág. 121).

[804] No cabe razonablemente sostener que el apartado *b* podría incluir reservas «implícitamente autorizadas», aunque sólo fuera porque todas las que no están prohibidas están, *a contrario*, autorizadas, sin perjuicio de las disposiciones del apartado *c*.

[805] Véanse las cuestiones planteadas por Spiliopoulou Åkermark, *loc. cit.* (nota 764 *supra*), págs. 496 y 497, o Riquelme Cortado, *op. cit.* (nota 722 *supra*), pág. 124.

[806] Véase *infra* el texto del comentario a este proyecto de directriz.

[807] Véase la nota 790 *supra*.

[808] Véase Bowett, *loc. cit.* (nota 707 *supra*), págs. 71 y 72.

[809] Sobre este concepto, véase el párrafo 11 del comentario a la directriz 1.1.8 (Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión) aprobado por la Comisión en su 52.º período de sesiones, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 118. Véase también W. Paul Gormley, «The modification of multilateral conventions by means of "negotiated reservations" and other "alternatives": a comparative study of the ILO and Council of Europe», Part I, *Fordham Law Review*, vol. 39 (1970-1971), págs. 59 y ss., especialmente págs. 75 y 76. Véanse asimismo el anexo al Convenio europeo sobre responsabilidad civil nacida de daños causados por vehículos automóviles, que da a Bélgica la facultad durante un período de tres años de hacer una reserva determinada; o el apartado *b* del párrafo 1 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 1989, que ofrece solamente al Reino Unido la posibilidad de formular una reserva

propuesta del Sr. Rosenne que tenía por objeto sustituir la expresión «determinadas reservas», que juzgaba «demasiado restringida», por «reservas a determinadas disposiciones»[810] por tanto, no sería realista exigir que el contenido de las reservas determinadas sea fijado con precisión por el tratado, ya que privaría al apartado *b* de todo alcance real[811]. Según un tercer punto de vista, es posible conciliar la tesis, sin duda excesiva, que exige que el contenido de las reservas autorizadas sea fijado con precisión por la cláusula de reserva y la que asimila una reserva determinada a una «reserva expresamente autorizada por el tratado»[812] aun cuando el apartado *b* del artículo 19 y el párrafo 1 del artículo 20 de las Convenciones de Viena utilizan expresiones diferentes. En consecuencia, se propuso que se reconociera que las reservas determinadas en el sentido del apartado *b* del artículo 19 (y del proyecto de directriz 3.1.2) deben por una parte referirse a disposiciones particulares y, por la otra, cumplir determinadas condiciones especificadas en el tratado, pero sin llegar a exigir que su contenido esté predeterminado[813].

12) Los precedentes no resultan de gran ayuda para conciliar esas opiniones contrapuestas. Invocado por los partidarios de cada una de estas tesis, el laudo arbitral dictado en 1977 en el asunto *Mer d'Iroise* es más útil para definir lo que no es una reserva determinada que lo que ésta es[814]. De él se desprende, en efecto, que el simple hecho de que una cláusula de reserva autorice reservas a ciertas disposiciones particulares del tratado no basta para «determinar» esas reservas en el sentido del apartado *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena[815]. El Tribunal se limita a exigir que las reservas sean «específicas»[816], sin indicar cuál es el criterio de esa especificidad. Además, en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, K. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción, asimiló las reservas determinadas a las que están expresamente autorizadas por el tratado[817] sin más precisión.

13) En consecuencia, la mayoría de la Comisión estimó que una reserva debía considerarse determinada si una cláusula de reserva indicaba las disposiciones del tratado a las que era posible formular una reserva o, para tener en cuenta el proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4] relativo a las «reservas transversales»[818], precisaba que eran posibles las reservas al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos. No obstante, las divergencias entre estos diferentes puntos de vista no deben exagerarse; sin duda, la expresión «reservas previstas», que fue preferida a «reservas autorizadas», hace hincapié en el planteamiento amplio elegido por la Comisión, pero, al mismo tiempo, la Comisión ha introducido en el proyecto de directriz 3.1.4 una distinción entre determinadas reservas cuyo contenido se especifica, y aquellas cuyo contenido no se especifica, quedando éstas sujetas al criterio de su conformidad con el objeto y el fin del tratado.

3.1.3 *Validez de las reservas que no estén prohibidas por el tratado*

Cuando el tratado prohíba la formulación de ciertas reservas, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva que no esté prohibida por el tratado únicamente si ésta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) Los proyectos de directriz 3.1.3 y 3.1.4 precisan el alcance de los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena (cuyo texto en su versión de 1986 reproduce el proyecto de directriz 3.1). Estos dos proyectos hacen explícito lo que sólo está implícito en las Convenciones, a saber, que salvo disposición en contrario del tratado —y, en particular, si éste autoriza determinadas reservas, en el sentido en que las define el proyecto de directriz 3.1.2— toda reserva debe cumplir la condición fundamental establecida en el apartado *c* del artículo 19: no ser incompatible con el objeto y el fin de tratado.

2) Este principio constituye uno de los elementos fundamentales del sistema flexible establecido por el régimen de Viena ya que atempera el «relativismo radical»[819] resultante del sistema panamericano, que reduce las convenciones multilaterales a una red de relaciones bilaterales[820], y evita al mismo tiempo la rigidez resultante del sistema de la unanimidad.

3) El concepto de objeto y fin del tratado[821], que se dio a conocer por primera vez en relación con las reser-

especificada (ejemplos citados por Spiliopoulou Åkermark, *loc. cit.* (nota 764 *supra*), pág. 499). El principal ejemplo propuesto por Bowett para ilustrar sus tesis refiere precisamente a una «reserva negociada» *loc. cit.* (nota 707 *supra*), pág. 71.

[810] *Anuario... 1965*, vol. I, 813.ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 274, párr. 7. Imbert señala sin embargo que, aunque no se aceptó la propuesta del Sr. Rosenne, el propio Sir Humphrey Waldock había procedido también a esta asimilación (ibíd., pág. 276, párr. 27); véase P.-H. Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimination du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *Annuaire français de droit international*, vol. 24 (1978), págs. 29 a 58, en particular pág. 52.

[811] Imbert, «La question des réserves...» (nota *supra*), págs. 50 a 53.

[812] En este sentido, ibíd., pág. 53.

[813] Véase el décimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2, párr. 49.

[814] Véanse *supra* el párrafo 6 del comentario a este mismo proyecto de directriz y la nota 790.

[815] Véanse *supra* los párrafos 6 y 7 del comentario a este mismo proyecto de directriz.

[816] En realidad, es la autorización la que debe referirse a reservas específicas o determinadas, términos que el Tribunal considera sinónimos en el asunto *Mer d'Iroise* (véase la nota 790 *supra*).

[817] Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (nota 728 *supra*), 70.ª sesión, 14 de mayo de 1968, pág. 458, párr. 23.

[818] Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 a 101.

[819] P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.* (nota 725 *supra*), pág. 73, párr. 130. Este tratadista aplica la expresión al sistema que hizo suyo la CIJ en su opinión consultiva de 1951 en el asunto *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (véase la nota 714 *supra*); ese calificativo se aplica con más razón aún al sistema panamericano.

[820] Por lo que respecta al sistema panamericano, véase la bibliografía citada en Imbert, *Les réserves aux traités..., op. cit*. (nota 717 *supra*), págs. 485 y 486. Véanse también, además la descripción del propio Imbert (ibíd., págs. 33 a 38), M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 14 (1970), págs. 141 a 144, o Ruda, *loc. cit*. (nota 708 *supra*), págs. 115 a 133.

[821] Este concepto se definirá en el proyecto de directriz 3.1.5.

vas en la opinión consultiva de la CIJ de 1951[822], se ha ido imponiendo progresivamente y en la actualidad se ha convertido en el punto de equilibrio entre la necesidad de mantener los aspectos esenciales del tratado y la voluntad de facilitar la adhesión a los convenios multilaterales del mayor número posible de Estados. No obstante, existe una gran diferencia entre la función del criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado según la opinión consultiva de 1951, por un lado, y el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969, por el otro[823]. En la opinión consultiva, ese concepto se aplicaba tanto a la formulación de las reservas como a las de las objeciones: «El objeto y el fin [de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio] establecen de este modo límites tanto a la libertad de formular reservas como a la de hacer objeción a ellas»[824]. En la Convención de Viena de 1969 se circunscribe a las reservas exclusivamente: el artículo 20 no limita la facultad de los demás Estados contratantes de formular objeciones.

4) Sin embargo, si bien no cabe ninguna duda de que actualmente la exigencia de la conformidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado al que se refiere refleja una norma consuetudinaria que nadie discute[825], su contenido sigue siendo impreciso[826] y las consecuencias de la inobservancia de ese criterio están teñidas de cierto grado de incertidumbre[827]. Además, el artículo 19 de la Convención de Viena no hace que desaparezcan las ambigüedades que caracterizan a su ámbito de aplicación.

5) El principio enunciado en el apartado *c* del artículo 19, según el cual no se puede formular una reserva que sea incompatible con el objeto y fin del tratado, sólo tiene un carácter subsidiario ya que se aplica únicamente fuera de los supuestos previstos en los párrafos 2 y 3 del artículo 20 de la Convención[828] y si el propio tratado no regula la cuestión de las reservas.

6) Si así lo hace, hay que distinguir varios supuestos, que requieren que se den respuestas diferentes a la cuestión de si las reservas así reguladas están sujetas o no al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado. En estos dos supuestos, la respuesta es claramente negativa:

- No cabe ninguna duda de que una reserva expresamente prohibida por el tratado no puede considerarse válida con el pretexto de que es compatible con el objeto y el fin del tratado[829];

- Lo mismo se puede decir respecto de las reservas *determinadas*, que están expresamente autorizadas por el tratado con un contenido específico, las cuales son válidas de pleno derecho, sin que tengan que ser aceptadas por los demás Estados contratantes[830] y no están sujetas al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin de tratado[831].

En opinión de la Comisión, esas proposiciones obvias no necesitan ser enunciadas en disposiciones particulares de la Guía de la práctica; son la consecuencia directa e inevitable del apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena, cuyo texto se reproduce en el proyecto de directriz 3.1.

7) La situación es distinta en lo que se refiere a los otros dos supuestos que resultan *a contrario* de las disposiciones de los apartados *a* y *b* del artículo 19:

– El de una reserva implícitamente autorizada por no figurar entre las reservas prohibidas (apartado *a*);

– El de una reserva autorizada, pero que no es «determinada» en el sentido del apartado *b* explicitado por el proyecto de directriz 3.1.2.

8) En ninguno de los dos casos se puede presumir que la autorización convencional de formular reservas equivale a un cheque en blanco extendido a los Estados o a las organizaciones internacionales para formular cualquier reserva, incluso si ésta priva al tratado de su sustancia.

9) En lo que se refiere a las reservas autorizadas implícitamente, Sir Humphrey Waldock había reconocido en su cuarto informe sobre el derecho de los tratados que «[u]na posible excepción [al principio de la validez de pleno derecho de las reservas autorizadas por el tratado] sería el caso de un tratado que prohíbe explícitamente ciertas reservas con lo cual permite implícitamente otras, pues quizá no fuese desacertado considerar la

---

[822] *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (véase la nota 714 *supra*), págs. 24 y 26.

[823] Véanse Coccia, *loc. cit.* (nota 731 *supra*), pág. 9; Lijnzaad, *op. cit.* (nota 784 *supra*), pág. 40; M. Rama-Montaldo, «Human rights conventions and reservations to treaties», en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*, vol. II, Bruselas, Bruylant, 1997, págs. 1265 y 1266, o Sinclair, *op. cit.* (nota 706 *supra*), pág. 61.

[824] *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (véase la nota 714 *supra*), pág. 24.

[825] Véanse los numerosos argumentos en ese sentido aducidos por Riquelme Cortado, *op. cit*. (nota 722 *supra*), págs. 138 a 143. Véanse asimismo las conclusiones preliminares aprobadas por la Comisión en 1997 sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, en las que ésta reiteró su opinión de que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 «regulan el régimen de reservas a los tratados» y de que, «en particular, el objeto y la finalidad del tratado es el más importante de los criterios para apreciar la admisibilidad de las reservas» (*Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57, primera conclusión).

[826] Véanse los proyectos de directriz 3.1.5 a 3.1.13 propuestos por el Relator Especial en su décimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/558 y Add.1 y 2.

[827] Véanse especialmente los proyectos de directriz 3.3 a 3.3.4 propuestos por el Relator Especial en su décimo informe, ibíd.

[828] Es el caso de los tratados de participación restringida y de los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales. Estos supuestos no constituyen casos de prohibición implícita de formular una reserva; vuelven a introducir, con respecto a tratados de tipo particular, el sistema de la unanimidad.

[829] En sus observaciones relativas al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado en primera lectura por la Comisión, el Canadá había sugerido «que se considere la posibilidad de hacer también extensivo el criterio de la "compatibilidad con el objeto y la finalidad del tratado" a las reservas presentadas en aplicación de disposiciones expresas del tratado, con objeto de que no se apliquen criterios distintos a los casos en que un tratado no contenga disposición alguna sobre las reservas y a los casos en las que las admita» (cuarto informe del Relator Especial sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965,* vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 47). Esta propuesta (no demasiado clara) no fue aprobada por la Comisión; cf. las propuestas (más claras) de Briggs en *Anuario... 1962*, vol. I, 663.ª sesión, 18 de junio de 1962, pág. 238, párrs. 13 y 14, y *Anuario..., 1965*, vol. I, 813.ª sesión, 29 de junio de 1965, pág. 275, párr. 10, o de Ago (*contra*), ibíd., párr. 16.

[830] Véase el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de Viena de 1969.

[831] Véanse *supra* el proyecto de directriz 3.1.2 y su comentario.

compatibilidad con el objeto y el fin del tratado como una limitación tácita a la formulación de otras reservas». Sin embargo, había descartado esa posibilidad, no porque fuera inexacta, sino porque «tal vez esto sea afinar demasiado la elaboración de las normas relativas a la intención de las partes, y parece conveniente que las disposiciones del artículo 18 [que pasó a ser el artículo 19 de la Convención] se formulen de la manera más sencilla posible»[832]. Esas consideraciones no son pertinentes en lo que respecta a la Guía de la práctica, cuya ambición es precisamente proporcionar a los Estados respuestas coherentes al conjunto de las cuestiones que se pueden plantear en materia de reservas.

10) Estas son las razones por las cuales el proyecto de directriz 3.1.3 puntualiza que las reservas «implícitamente autorizadas» por no haber sido formalmente excluidas por el tratado deben ser compatibles con el objeto y el fin del tratado. Sería cuando menos paradójico, en efecto, que las reservas a tratados que contienen cláusulas de reserva se admitan con mayor liberalidad que en el caso de tratados que no contienen tales cláusulas[833]. En este supuesto, se aplica el criterio de la conformidad con el objeto y el fin del tratado.

3.1.4 *Validez de determinadas reservas*

Cuando el tratado prevea la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido, un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva únicamente si ésta no es incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Comentario

1) El proyecto de directriz 3.1.3 especifica que las reservas que no están prohibidas por el tratado están sujetas no obstante al respeto de los criterios del objeto y el fin del tratado. El proyecto de directriz 3.1.4 dice lo mismo en lo que concierne a determinadas reservas en el sentido del proyecto de directriz 3.1.1 cuando el tratado no especifica su contenido. Efectivamente, el problema se plantea del mismo modo y las consideraciones aducidas en apoyo del proyecto de directriz 3.1.3 se aplican *mutatis mutandis* en el presente supuesto.

2) La enmienda de Polonia al apartado *b* del artículo 19 adoptado por la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1968 limitó el supuesto de prohibición implícita de las reservas sólo a los tratados que disponen «que *únicamente* pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate»[834]. Pero esto no quiere decir que las reservas así autorizadas pueden hacerse a voluntad, sino que el razonamiento aplicable a las reservas que no están prohibidas[835] se aplica en este caso: desde el momento en que se adopta la definición amplia de determinadas reservas que cuenta con el apoyo de la mayoría de los miembros de la Comisión[836], conviene distinguir dentro de esta categoría de reservas entre las reservas cuyo contenido se especifica en el tratado mismo, por una parte, y las reservas que en principio están permitidas pero con respecto a las cuales no hay motivo para presumir que pueden privar al tratado de su objeto y su fin. Estas últimas deben estar sujetas a las mismas condiciones generales que las reservas a tratados que no incluyen cláusulas específicas.

3) La modificación introducida en el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 a raíz de la enmienda polaca es un argumento más en ese sentido. En el texto de la Comisión de Derecho Internacional, la redacción del apartado *c* era la siguiente: «[a menos que:] El tratado no contenga disposición alguna acerca de las reservas y la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado»[837]. Esto era conforme a la lógica del apartado *b* que prohibía la formulación de reservas que no fueran las autorizadas por una cláusula de reservas. Puesto que una autorización deja de ser interpretada *a contrario* en el sentido de excluir automáticamente otras reservas, no se podía mantener la fórmula[838], por lo que el Comité de Redacción de la Conferencia de Viena la sustituyó por el texto actual[839]. De ello resulta *a contrario* que si una reserva no entra en el ámbito de aplicación del apartado *b* (porque su contenido no está determinado), está sujeta al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

4) Tal fue, por lo demás, el razonamiento en que se fundó el Tribunal arbitral que resolvió la controversia relativa al asunto *Mer d'Iroise* para decidir que el solo hecho de que el artículo 12 de la Convención sobre la plataforma continental autorice ciertas reservas sin especificar su contenido[840] no permitía concluir automáticamente en favor de su validez[841].

---

[832] *Anuario... 1965*, vol. II, documento A/CN.4/177 y Add.1 y 2, pág. 52, párr. 4.

[833] En este sentido, véase la intervención de Rosenne durante los debates de la Comisión en su 17.º período de sesiones, *Anuario... 1965*, vol. I, 797.ª sesión, 8 de junio de 1965, pág. 155, párr. 10.

[834] Véanse *supra* el párrafo 3 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2 y la nota 783.

[835] Véase *supra* el párrafo 9 del comentario al proyecto de directriz 3.1.3.

[836] Véase *supra* el párrafo 13 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2.

[837] *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 222 (art. 16).

[838] Sin embargo, Polonia no había presentado ninguna enmienda al apartado *c* para deducir las consecuencias de la que había hecho adoptar en el apartado *b*. En cambio, una enmienda de Viet Nam tendente a suprimir las palabras «el tratado no contenga disposición alguna acerca de las reservas y» (A/CONF.39/C.1/L.125, *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 725 *supra*), pág. 144, párr. 177, fue rechazada por la Comisión Plenaria (ibíd., pág. 147, párr. 182).

[839] Curiosamente, el motivo que dio el Presidente del Comité de Redacción no relaciona esta modificación del apartado *c* con la introducida en el apartado *b*; Yasseen se limitó a indicar que «[a]lgunos miembros del Comité han estimado que no es concebible que un tratado contenga una disposición sobre las reservas que no esté comprendida en ninguna de las categorías previstas en los apartados *a* y *b*» (*Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer período de sesiones...* (véase la nota 728 *supra*), Comisión Plenaria, 70.ª sesión, 14 de mayo de 1968, pág. 457, párr. 17). Cf. una observación en tal sentido hecha por Briggs ya en 1965 durante los debates de la Comisión en su 17.º período de sesiones, *Anuario... 1965*, vol. I, 796.ª sesión, 4 de junio de 1965, pág. 152, párr. 37.

[840] Véanse *supra* el párrafo 5 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2 y la nota 790.

[841] Véase el asunto *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française* (nota 790 *supra*), pág. 161, párr. 39. Véase también *supra* el párrafo 6 del comentario al proyecto de directriz 3.1.2.

5) En un caso de este género, la validez de la reserva *cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are permitted* [no se puede presumir por el mero hecho de que es, o pretende ser, una reserva a un artículo al cual se permite formular reservas][842]. Su validez se debe apreciar a la luz de su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado[843].

6) Es evidente, *a contrario*, que cuando el contenido de una reserva determinada se indica específicamente en la propia cláusula de reserva, una reserva formulada conforme a esta disposición no está sujeta al criterio de la compatibilidad con el objeto y el fin del tratado.

1.6 *Alcance de las definiciones*

Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la validez y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

Comentario

1) Este proyecto de directriz fue aprobado provisionalmente por la Comisión en su 50.º período de sesiones, en 1998, con una redacción que se refería sólo a las reservas. En el proyecto de comentario que lo acompañaba se decía que su título y lugar en la Guía de la práctica se determinarían con posterioridad y que la Comisión estudiaría la posibilidad de reunir en un mismo *caveat* las reservas y las declaraciones interpretativas, que, en opinión de algunos miembros, planteaban problemas comparables[844]. En su 51.º período de sesiones, la Comisión en su conjunto se adhirió a esta opinión y estimó que era necesario aclarar y precisar el alcance de la totalidad de los proyectos de directriz relativos a la definición del conjunto de declaraciones unilaterales que prevén para poner claramente de relieve su objeto particular[845].

2) En su redacción inicial, el proyecto de directriz 1.6 disponía:

> Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la licitud y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

No obstante, en el 57.º período de sesiones de la Comisión, algunos miembros alegaron que el término *licéité* (licitud) no era apropiado. En derecho internacional un hecho internacionalmente ilícito generaba la responsabilidad de su autor[846], lo que manifiestamente no es el caso de la formulación de reservas que no respetan las condiciones de forma o de fondo impuestas por las Convenciones de Viena en materia de reservas. En su 58.º período de sesiones, la Comisión decidió sustituir ese vocablo por el término «validez» que, a juicio de la mayoría de sus miembros, parecía más neutro. El comentario del proyecto de directriz 1.6 se ha modificado en consecuencia[847].

3) Definir no es regular. En tanto que «proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial»[848], una definición tiene como única función determinar a qué categoría general corresponde una declaración determinada. Pero esa clasificación no prejuzga en absoluto la validez de las declaraciones de que se trate: una reserva, sea válida o no, sigue siendo una reserva si corresponde a la definición adoptada. *A contrario*, no es una reserva si no responde a los criterios enunciados en estos proyectos de directriz, pero ello no significa forzosamente que esas declaraciones sean válidas (o inválidas) según otras normas de derecho internacional. Lo mismo cabe decir de las declaraciones interpretativas, con respecto a las cuales se puede concebir que no sean válidas, bien porque desnaturalizarían el tratado, bien porque no hubieran sido formuladas en el momento debido[849], etc.[850].

4) Más aún: la determinación exacta de la naturaleza de una declaración es el acto preliminar indispensable para la aplicación de un régimen jurídico particular y, ante todo, para la apreciación de su validez. Sólo cuando un instrumento determinado se define como una reserva (o una declaración interpretativa, simple o condicional) se puede decidir si es o no válida, apreciar su alcance jurídico y determinar sus efectos. Pero esa validez y esos efectos no resultan afectados de otro modo por la definición, que requiere sólo que se apliquen las normas pertinentes.

---

[842] Bowett, *loc. cit.* (nota 707 *supra*), pág. 72. En este sentido, véanse Ruda, *loc. cit.* . (nota 708 *supra*), pág. 182; o G. Teboul, «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *Revue générale de droit international public*, vol. 86 (1982), págs. 691 y 692. *Contra*: Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977…», *loc. cit.* (nota 810 *supra*), págs. 50 a 53; esta opinión, a favor de la cual se aducen poderosos argumentos, no tiene suficientemente en cuenta las consecuencias de la modificación introducida en el apartado *c* del artículo 19 de la Convención de Viena de 1969 en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados (véase *supra* el párrafo 3 del comentario a este mismo proyecto de directriz).

[843] Tomuschat da un ejemplo pertinente: *If, for example, a convention on the protection of human rights prohibits in a "colonial clause" the exception of dependent territories from the territorial scope of the treaty, it would be absurd to suppose that consequently reservations of any kind, including those relating to the most elementary guarantees of individual freedom, are authorised, even if by these restrictions the treaty would be deprived of its very substance* [«Si, por ejemplo, una convención relativa a la protección de los derechos humanos prohíbe, en una "cláusula colonial", que se excluya a los territorios dependientes del ámbito de aplicación territorial del tratado, sería absurdo suponer que, a consecuencia de ello, quedan autorizadas todo tipo de reservas, incluso en lo que concierne a la garantía de las libertades más elementales, aun cuando tales reservas privasen al tratado de su sustancia misma»] (*loc. cit.* (nota 754 *supra*), pág. 474).

[844] *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 117 y 118.

[845] Véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 133 (párrafo 1 del comentario al proyecto de directriz 1.6).

[846] Cf. el artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 33, y resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, anexo.

[847] Al igual que el texto del proyecto de directriz 2.1.8 y su comentario. Por lo que respecta al texto inicial del comentario del proyecto de directriz 1.6, véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 133 y 134.

[848] *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

[849] Este problema puede surgir especialmente en relación con las declaraciones interpretativas condicionales (véase el proyecto de directriz 1.2.1 [1.2.4]).

[850] La misma observación se aplica evidentemente con respecto a las declaraciones unilaterales que no son ni reservas ni declaraciones interpretativas mencionadas en la sección 1.4.

5) Así, por ejemplo, el hecho de que en el proyecto de directriz 1.1.2 se indique que «puede formularse» una reserva en todos los casos a que se refieren tanto el proyecto de directriz 1.1 como el artículo 11 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no significa que tal reserva sea por fuerza válida; sólo lo es si reúne las condiciones enunciadas por el derecho de las reservas a los tratados y, en particular, las enunciadas en el artículo 19 de dichas Convenciones. De igual modo, la Comisión, al enunciar en el proyecto de directriz 1.1.1 [1.1.4] la práctica bien arraigada de las reservas «transversales», no pretende en absoluto pronunciarse sobre la validez de una reserva de esta índole en un caso determinado, que depende de su contenido y del contexto. Ese proyecto tiene como única función poner de manifiesto que una declaración que presente ese carácter constituye efectivamente una reserva y está sujeta en cuanto tal al régimen jurídico de las reservas.

6) Las «normas [...] aplicables» a las que remite el proyecto de directriz 1.6 son ante todo las normas pertinentes establecidas en las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 y, de una manera más general, las normas consuetudinarias aplicables a las reservas y a las declaraciones interpretativas que la presente Guía de la práctica tiene por objeto codificar y desarrollar progresivamente de conformidad con el mandato de la Comisión, y las relativas a las demás declaraciones unilaterales que los Estados y las organizaciones internacionales formulan en relación con tratados, pero que no corresponden al ámbito de la Guía de la práctica.

7) De una manera más general, el conjunto de los proyectos de directriz aprobados hasta ahora son interdependientes y no pueden ser leídos y entendidos aisladamente.

2.1.8 [2.1.7 *bis*] *Procedimiento en caso de reservas manifiestamente inválidas*

1. Cuando una reserva sea manifiestamente inválida a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa invalidez.

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará el texto de la reserva a los Estados y las organizaciones internacionales signatarios y a los Estados y las organizaciones internacionales contratantes y, si corresponde, al órgano competente de la organización internacional interesada, con indicación de la naturaleza de los problemas jurídicos planteados por la reserva.

Comentario

1) Con ocasión del examen del proyecto de directriz 2.1.7, algunos miembros de la Comisión estimaron que la aplicación pura y simple de las normas que establece en caso de reserva manifiestamente inválida suscitaba ciertas dificultades. En particular señalaron que no había motivo para establecer que el depositario examinara a fondo la validez formal de la reserva, como se hace en el primer párrafo de la directriz, impidiéndole al mismo tiempo reaccionar en caso de reserva manifiestamente inválida desde el punto de vista material (en especial, cuando no se dan las condiciones establecidas en el artículo 19 de las Convenciones de Viena).

2) Sin embargo, permitirle intervenir en este último supuesto constituye un desarrollo progresivo del derecho internacional que, a todas luces, se aparta del espíritu en que se redactaron las disposiciones de las Convenciones de Viena relativas a las funciones de los depositarios[851]. Por este motivo, en su 53.º período de sesiones la Comisión estimó útil consultar a los Estados Miembros de la Sexta Comisión de la Asamblea General acerca de la cuestión de saber si correspondía al depositario «negarse a comunicar a los Estados y organizaciones internacionales interesadas una reserva manifiestamente inadmisible, sobre todo cuando está prohibida por una disposición del tratado»[852].

3) Las respuestas, matizadas, que dieron a esta pregunta las delegaciones de los Estados en la Sexta Comisión inspiraron la redacción del proyecto de directriz 2.1.8. En general, los Estados manifestaron que preferían que la Guía de la práctica se ajustara estrictamente a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a las funciones de los depositarios, en particular el artículo 77. Algunas de las delegaciones que expresaron su opinión insistieron en la imparcialidad y la neutralidad de que debía dar prueba al depositario en el ejercicio de sus funciones y consideraron que, por consiguiente, debía limitarse a transmitir a las partes las reservas formuladas. Sin embargo, algunos representantes en la Sexta Comisión opinaron que, cuando una reserva fuera manifiestamente inválida, incumbía al depositario negarse a transmitirla o, por lo menos, no hacerlo, señalando el problema a la atención de las demás partes, hasta haber comunicado su posición al autor de la reserva, y si éste mantiene su reserva.

4) La mayoría de los miembros de la Comisión optaron por esa solución intermedia. En efecto, les pareció que no podía admitirse ninguna censura por parte del depositario pero que sería inapropiado obligarle a comunicar a los Estados y a las organizaciones internacionales contratantes o signatarios el texto de una reserva manifiestamente inválida sin haber señalado antes a la atención del Estado o de la organización internacional que hubiera formulado la reserva los vicios de que ésta, a su juicio, adolecía. Con todo, debe entenderse que si el autor de la reserva la mantiene, el procedimiento normal debe seguir su curso y la reserva debe transmitirse junto con una indicación de la índole de los problemas jurídicos que plantea. Esta precisión equivale de hecho a armonizar el procedimiento que debe seguirse en caso de reserva manifiestamente inválida en cuanto al fondo con el de las reservas que plantean problemas de forma: de conformidad con el proyecto de directriz 2.1.7, de surgir alguna discrepancia al respecto, el depositario «señalará la cuestión a la atención: *a*) de los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes; o *b*) si corresponde, del órgano competente de la organización internacional interesada».

5) Según algunos miembros de la Comisión, tal procedimiento sólo debería seguirse si la falta de validez invocada por el depositario se basa en los apartados *a* y *b* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 (reserva prohibida por el tratado o no prevista

[851] Véanse los párrafos 9 y 10 del comentario al proyecto de directriz 2.1.7.

[852] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 18, párr. 25.

por un tratado que autorice únicamente determinadas reservas). Por el contrario, para otros miembros el único problema real es el de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado (apartado *c* del artículo 19). La mayoría consideró que este procedimiento se aplicaba a todos los apartados y, por consiguiente, la Comisión estimó que no se justificaba establecer una distinción entre los diferentes tipos de invalidez enumerados en el artículo 19.

6) Asimismo, pese a la opinión contraria de algunos miembros, la Comisión no consideró útil fijar plazos estrictos para el intercambio de opiniones entre el autor de la reserva y el depositario que se desprende del proyecto de directriz 2.1.7. Este proyecto no invalida el apartado *b* del párrafo 1 del proyecto de directriz 2.1.6, según el cual el depositario deberá actuar «lo antes posible». Y en cualquier caso incumbe al Estado o a la organización internacional que formula la reserva indicar si tiene o no intención de entablar un diálogo con el depositario. De no ser así, el procedimiento debe seguir su curso y la reserva comunicarse a las demás partes contratantes o signatarias.

7) Aunque la Comisión hubiera empleado, al principio, el término «inadmisible» (en francés *illicite* y en inglés *impermissible*) para caracterizar a las reservas a las que se aplican las disposiciones del artículo 19 de las Convenciones de Viena[853], algunos miembros señalaron que ese término no era apropiado en el presente caso: en derecho internacional, un hecho internacionalmente ilícito genera la responsabilidad de su autor[854], lo que evidentemente no es el caso de la formulación de reservas contrarias a las disposiciones del tratado al que se refieren o incompatibles con su objeto o su fin, o que no respetan las condiciones de forma o de plazos impuestas por las Convenciones de Viena. En consecuencia, en su 58.º período de sesiones la Comisión acordó sustituir los términos «admisible» (en francés *licite* y en inglés *permissible*), «inadmisible» (en francés *illicite* y en inglés *impermissible*), «admisibilidad» (en francés *licéité* y en inglés *permissibility*) e «inadmisibilidad» (en francés *illicéité* y en inglés *impermissibility*) por «válida», «inválida», «validez» e «invalidez», y modificar en consecuencia el presente comentario[855].

---

[853] Para la versión inicial del proyecto de directriz 2.1.8 [2.1.7 *bis*] y de su comentario, véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), págs. 47 y 48.

[854] Cf. el proyecto de artículo 1 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (nota 846 *supra*).

[855] El texto y el comentario al proyecto de directriz 1.6 también se han modificado en el mismo sentido.

Capítulo IX

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

A. Introducción

160. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 48.º período de sesiones, en 1996, la Comisión propuso a la Asamblea que se incluyera, como tema apropiado para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, el derecho de los actos unilaterales de los Estados[856].

161. La Asamblea General, en el párrafo 13 de la resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, entre otras cosas invitó a la Comisión a que prosiguiera el examen del tema titulado «Actos unilaterales de los Estados» e indicara su alcance y su contenido.

162. En el 49.º período de sesiones, en 1997, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre ese tema, que informó a la Comisión sobre la oportunidad y viabilidad de su estudio, el alcance y el contenido posibles del tema y el esquema del estudio. En el mismo período de sesiones, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo[857].

163. También en el 49.º período de sesiones, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Víctor Rodríguez Cedeño[858].

164. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

165. Del 50.º período de sesiones (1998) al 57.º período de sesiones (2005), la Comisión recibió y examinó ocho informes del Relator Especial[859].

166. La Comisión volvió a convocar también al Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados desde el 50.º período de sesiones (1998) hasta el 53.º período de sesiones (2001) y desde el 55.º período de sesiones (2003) hasta el 57.º período de sesiones (2005). El Grupo de Trabajo, en su informe a la Comisión en su 56.º período de sesiones (2004), estableció una rejilla que permitiría utilizar instrumentos analíticos uniformes[860]. Varios miembros del Grupo de Trabajo se encargaron de diferentes estudios que se efectuaron de acuerdo con la rejilla establecida. Estos estudios se transmitieron al Relator Especial para que preparase su octavo informe. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo en el 57.º período de sesiones (2005) que examinara los puntos sobre los que había acuerdo general y que podrían constituir la base de conclusiones preliminares o de propuestas sobre el tema.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

167. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el noveno informe del Relator Especial (A/CN.4/569 y Add.1), que examinó en sus sesiones 2886.ª, 2887.ª y 2888.ª, los días 3, 4 y 5 de julio de 2006.

168. El noveno informe del Relator Especial tenía dos partes. La primera parte se refería a las causas de nulidad[861]

---

[856] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), documento A/51/10, párr. 248 y anexo II.

[857] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 194 y 196 a 210.

[858] Ibíd., párrs. 212 y 234.

[859] Primer informe: *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486; segundo informe: *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1; tercer informe: *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505; cuarto informe: *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519; quinto informe: *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/525 y Add.1 y 2; sexto informe: *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/534; séptimo informe: *Anuario... 2004*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/542, y octavo informe: *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557.

[860] La rejilla comprendía los elementos siguientes: fecha, autor/órgano, competencia del autor/órgano, forma, contenido, contexto y circunstancias, objetivos perseguidos, destinatarios, reacciones de los destinatarios, reacciones de terceros, fundamento, aplicación, modificación, terminación/revocación, alcance jurídico, decisión de un juez o un árbitro, observaciones y bibliografía, *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 247 y nota 516.

[861] Principio 5

Nulidad de un acto formulado por una persona no habilitada para ello

Un acto unilateral formulado por una persona no autorizada o habilitada para ello podrá ser declarado nulo, dejando a salvo la posibilidad de que el Estado del que emana dicho acto lo confirme de acuerdo con el principio rector 4.

Principio 6

Nulidad de un acto unilateral contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado que lo formula

El Estado autor de un acto unilateral no podrá invocar, como causa de nulidad, el que dicho acto sea contrario a una norma de su derecho interno, a menos que se trate de una norma de importancia fundamental de su derecho interno y que dicha contradicción sea manifiesta.

Principio 7

Nulidad de los actos unilaterales

1. *a*) El Estado autor de un acto unilateral no podrá invocar el error como causa que permita declarar nulo dicho acto unilateral, a menos que dicho acto hubiese sido formulado sobre la base de un error de hecho o de una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de su formulación y ese hecho o esa situación constituyera una base esencial para vincularse por tal acto unilateral.

b) Lo anterior no se aplicará si el Estado autor contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias eran tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de tal error.

2. Se podrá invocar el dolo como causa que permita declarar nulo un acto unilateral si el Estado autor ha sido inducido a formular dicho acto por la conducta fraudulenta de otro Estado.

(Continuación en la página siguiente.)

y a la terminación[862] de los actos unilaterales. La segunda parte trataba de la definición[863], la capacidad de un Estado para formular un acto unilateral[864], la competencia para formular actos unilaterales en nombre del Estado[865], la confirmación ulterior de un acto formulado por una persona sin autorización[866], el fundamento del carácter obligatorio de los actos unilaterales[867] y la interpretación de los actos unilaterales[868].

169. El 5 de julio de 2006, la Comisión decidió establecer nuevamente el Grupo de Trabajo de composición abierta bajo la presidencia del Sr. Alain Pellet. Se pidió al Grupo de Trabajo que preparase las conclusiones de la Comisión sobre el tema «Actos unilaterales de los Estados» teniendo en cuenta las diversas opiniones expresadas, el proyecto de principios rectores del Relator Especial y su labor anterior sobre el tema.

170. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 2906.ª sesión, celebrada el 4 de agosto de 2006. Después de estudiarlo, la Comisión aprobó un conjunto de diez «Principios rectores», junto con comentarios a los mismos, aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas (sección D *infra*)[869], y señala esos principios rectores a la atención de la Asamblea General.

C. Homenaje al Relator Especial

171. En su 2913.ª sesión, el 11 de agosto de 2006, la Comisión, tras aprobar el texto de los principios rectores, aprobó por aclamación la siguiente resolución:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo aprobado los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas y los comentarios a esos principios,

Expresa al Relator Especial, Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, su profundo agradecimiento y su calurosa felicitación por la extraordinaria contribución que ha aportado, mediante sus incansables esfuerzos y su dedicación a su trabajo, a la preparación de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, así como por los resultados conseguidos en la elaboración de los principios.

172. La Comisión también expresó su profundo reconocimiento al Grupo de Trabajo sobre los actos unilaterales de los Estados, presidido por el Sr. Alain Pellet, por sus incansables esfuerzos y su contribución a los trabajos sobre el tema.

D. Texto de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas aprobado por la Comisión

Nota introductoria

173. Habiendo examinado los nueve informes presentados por el Relator Especial y tras prolongados debates,

---

(Continuación de la nota 861.)

3. Se podrá invocar la corrupción del representante del Estado como causa que permita declarar nulo un acto unilateral si dicho acto ha sido formulado mediante la corrupción de la persona que lo realiza.

4. Se podrá invocar la coacción ejercida sobre la persona que realizó el acto unilateral como causa que permita declarar su nulidad si dicha persona lo ha formulado a consecuencia de actos o amenazas dirigidos contra ella.

5. Es nulo todo acto unilateral formulado como consecuencia de la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

6. Es nulo todo acto unilateral que en el momento de su formulación sea contrario a (o esté en oposición con) una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*).

[862] Principio 8

Terminación de los actos unilaterales

Un acto unilateral podrá darse por terminado o revocarse por el Estado que lo formuló:

a) Si se estableció un momento preciso de terminación de dicho acto en el momento de su formulación (o el mismo llevaba implícita su terminación tras la ejecución de uno o varios actos);

b) Si dicho acto se sometió a una condición resolutoria en el momento de su formulación;

c) Si ha desaparecido el objeto de dicho acto unilateral;

d) Si se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias que motivaron dicho acto (*rebus sic stantibus*) que haga imposible su cumplimiento;

e) Si después de su formulación ha surgido una norma imperativa de derecho internacional que esté en contradicción con el mismo.

[863] Principio 1

Definición de acto unilateral

Se entiende por acto unilateral del Estado una declaración unilateral formulada por un Estado con la intención de producir determinados efectos jurídicos en virtud del derecho internacional.

Destinatarios de los actos unilaterales de los Estados

Alternativa A

El destinatario de un acto unilateral puede ser uno o varios Estados, la comunidad internacional en su conjunto, una o varias organizaciones internacionales o cualquier otra entidad sometida al derecho internacional.

Alternativa B

Un acto unilateral formulado de conformidad con el derecho internacional producirá efectos jurídicos, sean cuales fueren sus destinatarios.

[864] Principio 2

Capacidad de los Estados para formular actos unilaterales

Todo Estado tiene capacidad para formular actos unilaterales de conformidad con el derecho internacional.

[865] Principio 3

Competencia para formular actos unilaterales en nombre del Estado

1. En virtud de sus funciones, se considerará que el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores representan a su Estado y tienen capacidad para formular actos unilaterales en su nombre.

2. Además de las personas mencionadas en el apartado anterior, se podrá considerar que otras personas pueden formular actos unilaterales en nombre del Estado, si ello se deduce de la práctica seguida al efecto por el Estado que lo formula y de las circunstancias en que dicho acto se formuló.

[866] Principio 4

Confirmación ulterior de un acto formulado por una persona sin autorización (o no habilitada para ello)

Un acto unilateral formulado por una persona no autorizada (o habilitada) para actuar en nombre del Estado, conforme a lo establecido en los principios rectores precedentes, podrá ser ulteriormente confirmado por el Estado o bien de forma expresa o bien por actos concluyentes de los que se deduzca claramente dicha confirmación.

[867] Principio 10

Fundamento del carácter obligatorio de los actos unilaterales

La obligatoriedad de los actos unilaterales de los Estados se fundamenta en el principio de buena fe y en la intención de obligarse por parte del Estado que formuló dicho acto.

[868] Principio 11

Interpretación de los actos unilaterales

El contexto en que se formuló un acto unilateral por parte de un Estado, así como la claridad y precisión de sus términos, serán tenidos en cuenta con carácter prioritario para llevar a cabo su interpretación.

[869] Véanse los asuntos *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia), pronunciamientos de 20 de diciembre de 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 253 y 457, en particular pág. 267, párr. 43, y pág. 472, párr. 46.

la Comisión estima necesario enunciar algunas conclusiones sobre un tema cuya dificultad y utilidad se han hecho patentes. Es manifiestamente importante, en efecto, que los Estados estén en condiciones de apreciar con razonable certidumbre si los comportamientos que observan unilateralmente los vinculan jurídicamente en el plano internacional, y hasta qué punto los vinculan.

174. No se le oculta a la Comisión, sin embargo, que el concepto de acto unilateral no tiene un sentido unívoco. Por un lado, ciertos actos unilaterales se realizan en el marco y sobre la base de una autorización expresa del derecho internacional[870], mientras que otros se realizan en ejercicio de la libertad de los Estados de actuar en el plano internacional; de conformidad con decisiones anteriores de la Comisión, sólo estos últimos han sido examinados por la Comisión y su Relator Especial[871]. Por otro lado, en esta segunda hipótesis existe una amplia variedad de comportamientos que pueden considerarse comprendidos en la denominación de «actos unilaterales», y las diferencias de cultura jurídica explican en parte los malentendidos que surgen a este respecto, puesto que, para algunos, el concepto de acto jurídico implica necesariamente una manifestación expresa de la voluntad de obligarse por parte del Estado autor, mientras que, para otros, cualquier comportamiento unilateral del Estado que surta efectos jurídicos en el plano internacional puede calificarse de acto unilateral.

175. Como decidió la Comisión en su 56.º período de sesiones, en 2004[872], la Comisión y su Relator Especial concedieron prioridad al estudio de los actos unilaterales en la primera de esas acepciones, aun teniendo presente que un Estado puede obligarse por comportamientos distintos de declaraciones formales.

1. Texto de los principios rectores

176. A continuación se transcribe el texto de los principios rectores aprobados por la Comisión.

PRINCIPIOS RECTORES APLICABLES A LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE LOS ESTADOS CAPACES DE CREAR OBLIGACIONES JURÍDICAS

La Comisión de Derecho Internacional,

Observando **que los Estados pueden resultar obligados por su comportamiento unilateral en el plano internacional,**

Observando **que los comportamientos capaces de obligar jurídicamente a los Estados pueden adoptar la forma de declaraciones formales o consistir simplemente en una conducta informal, incluido, en determinadas situaciones, el silencio, en la que razonablemente pueden basarse los demás Estados,**

Observando también **que la cuestión de si un comportamiento unilateral del Estado obliga a éste en una situación determinada depende de las circunstancias de cada caso,**

Observando además **que a menudo es difícil en la práctica determinar si los efectos jurídicos dimanantes del comportamiento unilateral de un Estado son la consecuencia de la intención que ha manifestado o dependen de las expectativas que su conducta ha suscitado entre otros sujetos de derecho internacional,**

Aprueba **los siguientes principios rectores, que sólo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional,**

1. Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones;

2. Todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales;

3. Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron;

4. Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado sólo si emana de una autoridad que tenga competencia a estos efectos. En virtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores son competentes para formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a éste, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia;

5. Las declaraciones unilaterales podrán ser formuladas oralmente o por escrito;

6. Las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades;

7. Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló;

8. Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general;

9. De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración;

10. Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta:

***a*) Todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación;**

***b*) La medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas;**

***c*) La medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias.**

---

[870] Cf. las leyes que fijan la extensión del mar territorial o las reservas a los tratados, que son actos unilaterales estrechamente delimitados por determinadas normas de derecho internacional.

[871] Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 65 y 66, párrs. 198 a 208.

[872] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 245 a 247. Véase también *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 293.

2. Texto de los principios rectores y los comentarios correspondientes aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones

177. A continuación se reproducen el texto de los principios rectores y los comentarios correspondientes[873] aprobados por la Comisión en su 58.º período de sesiones.

PRINCIPIOS RECTORES APLICABLES A LAS DECLARACIONES UNILATERALES DE LOS ESTADOS CAPACES DE CREAR OBLIGACIONES JURÍDICAS

La Comisión de Derecho Internacional,

***Observando* que los Estados pueden resultar obligados por su comportamiento unilateral en el plano internacional,**

***Observando* que los comportamientos capaces de obligar jurídicamente a los Estados pueden adoptar la forma de declaraciones formales o consistir simplemente en una conducta informal, incluido, en determinadas situaciones, el silencio, en la que razonablemente pueden basarse los demás Estados,**

***Observando también* que la cuestión de si un comportamiento unilateral del Estado obliga a éste en una situación determinada depende de las circunstancias de cada caso,**

***Observando además* que a menudo es difícil en la práctica determinar si los efectos jurídicos dimanantes del comportamiento unilateral de un Estado son la consecuencia de la intención que ha manifestado o dependen de las expectativas que su conducta ha suscitado entre otros sujetos de derecho internacional,**

***Aprueba* los siguientes principios rectores, que sólo versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional:**

1. Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones.

Comentario

1) El enunciado del principio rector 1, que tiene por objeto tanto definir los actos unilaterales *stricto sensu* como indicar su fundamento, se inspira muy directamente en los *dicta* de las sentencias de la CIJ de 20 de diciembre de 1974 relativas a los asuntos *Essais nucléaires*[874]. En el asunto *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí), la Corte recalcó que «[t]odo depende, pues, de la intención del Estado de que se trate»[875].

2) La mayoría de los casos estudiados ilustran este principio. Además de las declaraciones francesas de 1974 relativas a la cesación de los ensayos nucleares en la atmósfera[876], puede considerarse que el carácter público de la declaración formulada por Egipto el 24 de abril de 1957 en relación con el canal de Suez[877] o de la renuncia de Jordania a los territorios de la Ribera Occidental[878] constituyen un elemento importante que manifiesta la voluntad de obligarse de sus autores. El caso de la declaración Ihlen, formulada durante una entrevista estrictamente bilateral entre el Ministro de Relaciones Exteriores de Dinamarca y el Embajador de Noruega en Copenhague[879], o el de la nota diplomática de Colombia dirigida únicamente a las autoridades venezolanas[880], no constituyen contraejemplos, pues se limitan al ámbito de las relaciones bilaterales entre los dos Estados interesados[881].

2. Todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales.

Comentario

Del mismo modo que «[t]odo Estado tiene capacidad para celebrar tratados»[882], todo Estado puede obligarse mediante actos por los que contrae unilateralmente obligaciones jurídicas en las condiciones indicadas en los presentes principios rectores. Esa capacidad ha sido reconocida por la CIJ[883].

3. Para determinar los efectos jurídicos de tales declaraciones, es necesario tener en cuenta su contenido, todas las circunstancias de hecho en que se produjeron y las reacciones que suscitaron.

---

[873] Estos comentarios son notas explicativas en las que se pasa revista a la jurisprudencia de la CIJ y a la práctica pertinente de los Estados analizadas por varios miembros del Grupo de Trabajo y por el Relator Especial y resumidas en el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557.

[874] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), págs. 267 y 268, párrs. 43 y 46, y págs. 472 y 473, párrs. 46 y 49.

[875] *Différend frontalier* (Controversia fronteriza) (Burkina Faso/República de Malí), fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág 573, párr. 39.

[876] Véanse los asuntos *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (nota 869 *supra*), págs. 265 y 266, párrs. 34 y 37, y págs. 469 y 471, párrs. 35 y 40.

[877] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 265, n.º 3821, pág. 299. Esta declaración fue examinada por el Relator Especial en su octavo informe, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 55 a 58; véanse también los párrafos 62 y 63.

[878] *International Legal Materials*, vol. 27 (1988), pág. 1638. Véase también el octavo informe del Relator Especial (nota *supra*), párrs. 44 y 45.

[879] Véase la sentencia de la CPJI en el asunto *Statut juridique du Groenland oriental, 1933, C.P.J.I., série A/B, n.º 53*, pág. 22, en particular págs. 70 y 71. Véase también el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 116 a 126. No obstante, conviene señalar que la naturaleza de acto unilateral de esta declaración es controvertida (ibíd., párr. 122).

[880] A. Vázquez Carrizosa, *Las relaciones de Colombia y Venezuela. La historia atormentada de dos naciones*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983, págs. 337 a 339.

[881] Véase *infra* el principio rector 6.

[882] Convención de Viena de 1969, art. 6.

[883] Véase la jurisprudencia citada en relación con los principios rectores 1 y 3.

Comentario

1) El texto del principio rector 3 se inspira también en un pasaje de las sentencias dictadas por la CIJ en los asuntos *Essais nucléaires*[884]; esa jurisprudencia se recordó en las sentencias de 22 de diciembre de 1986 en el asunto *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí)[885] y de 3 de febrero de 2006 en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo*[886]. En los asuntos *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* y *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí), la Corte no encontró nada en el contenido de las declaraciones invocadas ni en las circunstancias en que se formularon «que permitiera concluir que existía la intención de contraer un compromiso jurídico»[887].

2) En general, los asuntos estudiados por la Comisión confirman la pertinencia de este principio. A juicio de la Comisión, es particularmente importante tener en cuenta el contexto y las circunstancias en que se formuló la declaración en los casos de las declaraciones de Suiza sobre los privilegios e inmunidades del personal de las Naciones Unidas[888], de la declaración de Egipto de 1957[889] o de la renuncia de Jordania al territorio de la Ribera Occidental[890].

3) Varios de esos ejemplos ponen de manifiesto que para evaluar el alcance jurídico de los actos unilaterales es muy importante tener en cuenta las reacciones de los demás Estados interesados, en la medida en que éstos tengan presentes los compromisos contraídos[891] (o, en algunos casos, los derechos reivindicados[892]), se opongan a ellos[893] o duden del carácter obligatorio de los «compromisos» de que se trate[894].

4. Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado sólo si emana de una autoridad que tenga competencia a estos efectos. En virtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores son competentes para formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a éste, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia.

Comentario

1) El principio rector 4 se inspira igualmente en la jurisprudencia constante de la CPJI y de la CIJ relativa a los actos unilaterales y a la competencia de las autoridades del Estado para representar y obligar a éste en el plano internacional. En su reciente sentencia sobre la competencia y la admisibilidad dictada en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo*, la CIJ observó, refiriéndose a la norma consuetudinaria análoga en materia de derecho de los tratados[895], que, «de conformidad con una jurisprudencia constante (*Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia), sentencia, *C.I.J. Recueil 1974*, págs. 269 y 270, párrs. 49 a 51; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), excepciones preliminares, sentencia, *C.I.J. Recueil 1996* (II), pág. 622, párr. 44; y *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c*. Bélgica), sentencia, *C.I.J. Recueil 2002*, págs. 21 y 22, párr. 53; véase también *Statut juridique du Groenland oriental* (Dinamarca *c*. Noruega), sentencia, *1933, C.P.I.J. Série A/B, n.º 53*, pág. 71), es una norma bien arraigada de derecho internacional considerar que el jefe del Estado, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores representan al Estado por el mero hecho de ejercer sus funciones, inclusive para realizar en nombre de dicho Estado actos unilaterales que tienen el valor de una obligación internacional»[896].

---

[884] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), págs. 269 y 270, párr. 51, y págs. 474 y 475, párr. 53.

[885] *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí) (véase la nota 875 *supra*), págs. 573 y 574, párrs. 39 y 40.

[886] *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (véase la nota 637 *supra*), pág. 28, párr. 49.

[887] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América), fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 14, en pág. 132, párr. 261; *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí) (véase la nota 875 *supra*), pág. 573, párr. 39.

[888] Véase el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 138 a 156.

[889] Ibíd., párrs. 58 a 60 ó 66. Véanse asimismo, por analogía, en relación con comportamientos distintos de una declaración unilateral, los comportamientos observados por Tailandia y Camboya en el marco del asunto *Temple de Préah Vihéar* (octavo informe del Relator Especial, párrs. 160 a 167) y la propia sentencia del asunto, de 15 de junio de 1962 (fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 6, y en particular págs. 32 a 34).

[890] Véase la nota 878 *supra*. Véase también el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 47 y 48.

[891] Véanse las reacciones de la comunidad internacional a la declaración formulada por Egipto en 1957 sobre el canal de Suez (ibíd., párrs. 63 y 64) y las reacciones a la declaración de Jordania sobre la Ribera Occidental (ibíd., párrs. 48, 50 y 51).

[892] Véase A. García Robles *et al*., «Proclama del Presidente Truman del 28 de septiembre de 1945 acerca de la política de los Estados Unidos en relación a los recursos naturales del subsuelo y el lecho marino de la plataforma continental», *México y el régimen del mar*, Tlatelolco, México, D. F., Secretaría de Relaciones Exteriores, 1974, apéndice 5, pág. 300. Véanse las reacciones de algunos Estados a la Proclamación Truman (octavo informe del Relator Especial *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 132 a 134); véase también la nota del Gobierno de Venezuela de 22 de noviembre de 1952 sobre el archipiélago de Los Monjes (Vázquez Carrizosa, *op. cit*. (nota 880 supra), pags. 340 y 341, citada en el octavo informe del Relator Especial, párr. 17); no obstante, como la declaración Ihlen (véase la nota 879 *supra*), esta nota se inscribe claramente en el marco de negociaciones bilaterales con Colombia.

[893] Véanse en particular el rechazo por el Uruguay de vacunas donadas por Cuba (octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 38 y 39) o la protesta de Rusia contra la Ley aprobada por Turkmenistán en 1993 sobre la delimitación de sus aguas interiores y territoriales en el mar Caspio (ibíd., párrs. 84 a 98).

[894] Véanse las reacciones de los Estados no poseedores de armas nucleares a las declaraciones formuladas en abril de 1995 por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en la Conferencia de Desarme (ibíd., párrs. 113 a 115); además, el contenido mismo de las declaraciones confirma ese escepticismo (A/50/151 a 155; S/1995/261 a 265).

[895] Véase el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969.

[896] *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (véase la nota 637 *supra*), pág. 27, párr. 46.

2) La práctica de los Estados muestra por otra parte que, con frecuencia, los jefes de Estado o de gobierno[897] o los ministros de relaciones exteriores[898] formulan declaraciones unilaterales que crean obligaciones jurídicas sin que se ponga en duda su competencia para obligar al Estado. En los dos casos examinados en los que se plantearon problemas acerca del alcance de la competencia del autor de la declaración, éstos se referían al respeto del derecho interno del Estado interesado[899]. En el caso de la declaración del Rey de Jordania relativa a la Ribera Occidental, esta declaración, considerada por algunos *ultra vires* con respecto a la Constitución del Reino, fue confirmada por actos internos ulteriores[900]. En el caso de la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia acerca de la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago de Los Monjes, la nota diplomática misma fue anulada en el ordenamiento jurídico interno debido a la incompetencia de su autor para asumir tales obligaciones, sin que por ello las autoridades colombianas pusieran en tela de juicio la validez de la obligación en el plano internacional[901].

3) En su sentencia antes citada de 3 de febrero de 2006[902], la Corte, sin embargo, reconoció igualmente «que es cada vez más frecuente en las relaciones internacionales modernas que otras personas que representan a un Estado en determinados ámbitos sean autorizadas por dicho Estado para obligarlo mediante sus declaraciones en las materias de su competencia. Este puede ser el caso, por ejemplo, de los titulares de carteras ministeriales técnicas que ejerzan, en las relaciones exteriores, poderes que estén dentro de su esfera de competencia, e incluso de determinados funcionarios»[903].

5. Las declaraciones unilaterales podrán ser formuladas oralmente o por escrito.

Comentario

1) Se admite por lo general que la forma de una declaración unilateral no es determinante en lo que respecta a su validez o a sus efectos jurídicos. La CIJ recordó la importancia limitada de las consideraciones de forma[904] en su sentencia sobre el asunto *Temple de Préah Vihéar* en relación con comportamientos unilaterales[905]. En los asuntos *Essais nucléaires*, la Corte subrayó que «[e]n cuanto a la forma, conviene señalar que no se trata de un aspecto en el que el derecho internacional imponga reglas estrictas o especiales. El hecho de que una declaración sea oral o escrita no supone ninguna diferencia esencial, puesto que tales enunciados hechos en circunstancias particulares pueden constituir obligaciones en derecho internacional sin haber sido necesariamente consignados por escrito. La forma no es pues decisiva»[906].

2) La práctica de los Estados muestra, por lo demás, la diversidad de formas que pueden asumir las declaraciones unilaterales de los Estados. De este modo, las diferentes declaraciones de Francia acerca de la suspensión de los ensayos nucleares en la atmósfera fueron en forma de comunicado de la Presidencia de la República, de nota diplomática, de carta del Presidente de la República dirigida directamente a los destinatarios de la declaración, de declaración hecha durante una conferencia de prensa y de intervención ante la Asamblea General[907]. Otros ejemplos ponen también de manifiesto que, aunque predomine la forma escrita[908], no es infrecuente que los Estados se obliguen mediante simples declaraciones orales[909].

3) Por otra parte, las declaraciones francesas relativas a la suspensión de los ensayos nucleares en la atmósfera muestran asimismo que la obligación unilateral del Estado puede materializarse mediante un conjunto de declaraciones en el mismo sentido que, por separado,

---

[897] Véase la declaración del Rey de Jordania de 31 de julio de 1988, mediante la cual Jordania renunció a los territorios de la Ribera Occidental (octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párr. 44), la declaración de Egipto de 24 de abril de 1957 relativa al canal de Suez hecha por el Gobierno egipcio (ibíd., párr. 55), las declaraciones del Presidente de la República Francesa de 8 de junio y 25 de julio de 1974, así como su carta de 1.º de julio de 1974 (ibíd., párr. 71), o la declaración del Presidente de los Estados Unidos Truman de 28 de septiembre de 1945 relativa a la plataforma continental (ibíd., párr. 127).

[898] Véase la nota de 22 de noviembre de 1952 del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia relativa a la soberanía de Venezuela sobre el archipiélago de Los Monjes (ibíd., párr. 13), la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Cuba sobre el suministro de vacunas al Uruguay (ibíd., párr. 36), la declaración de 25 de septiembre de 1974 del Ministro de Relaciones Exteriores de la República Francesa ante la Asamblea General relativa a la suspensión de los ensayos nucleares en la atmósfera (ibíd., párr. 71), las declaraciones formuladas por el Ministro de Relaciones Exteriores de la Federación de Rusia y el Secretario de Estado de los Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad en su calidad de Estados poseedores de armas nucleares (ibíd., párr. 106), así como la declaración del Sr. Ihlen, Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega (ibíd., párr. 116).

[899] Véase el caso de la declaración del Ministro Relaciones Exteriores de Colombia de 22 de noviembre de 1952 (ibíd., párrs. 24 a 35) y la declaración del Rey de Jordania relativa a la Ribera Occidental (ibíd., párrs. 53 y 54).

[900] Ibíd., párr. 54.

[901] Ibíd., párr. 35.

[902] *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (véase la nota 637 *supra*).

[903] Ibíd., pág. 27, párr. 47.

[904] Véanse los asuntos *Concessions Mavrommatis en Palestine* (nota 26 *supra*), pág. 34, y *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina *c*. Yugoslavia), excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 595, en particular pág. 612, párr. 24, y pág. 613, párr. 26.

[905] Véase el asunto *Temple de Préah Vihéar*, excepciones preliminares, fallo de 26 de mayo de 1961, *C.I.J. Recueil 1961*, pág. 17, en particular pág. 31.

[906] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), págs. 267 y 268, párr. 45, y pág. 473, párr. 48.

[907] Véase el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 71 y 72.

[908] Véanse los ejemplos de la nota del Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia de 22 de noviembre de 1952 (nota diplomática, ibíd., párr. 13), la declaración de Egipto de 24 de abril de 1957 (ibíd., párrs. 55 y ss.), las protestas de la Federación de Rusia dirigidas a Turkmenistán y Azerbaiyán (ibíd., párrs. 85 y 99), las declaraciones formuladas por los Estados poseedores de armas nucleares (declaraciones hechas ante un órgano internacional, ibíd., párrs. 106 y 107), la Proclamación Truman de 28 de septiembre de 1945 (ibíd., párr. 127) y las declaraciones de Suiza relativas a las Naciones Unidas y su personal (exenciones de impuestos y privilegios) (ibíd., párrs. 140 a 142).

[909] Véase, por ejemplo, la renuncia de Jordania a los territorios de la Ribera Occidental hecha en un discurso público (ibíd., párr. 44) o la declaración Ihlen (ibíd., párr. 117; véase la sentencia de la CPJI en el asunto *Statut juridique du Groenland oriental* (nota 879 *supra*), pág. 71).

no es seguro que hubiesen obligado al Estado. En sus sentencias de 1974 en los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ no centró su atención en tal o cual declaración hecha por las autoridades francesas, sino que las consideró como un todo: «Las declaraciones [del Presidente de la República francesa] y las de los miembros del Gobierno francés que están bajo su autoridad, incluida la última declaración del Ministro de Defensa, de 11 de octubre de 1974, deben considerarse como un todo. Así, tengan la forma que tengan, conviene considerar que constituyen un compromiso del Estado, habida cuenta de su intención y de las circunstancias en que se produjeron»[910].

6. Las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades.

Comentario

1) Varios de los asuntos estudiados no salen del marco de las relaciones puramente bilaterales entre dos Estados; estas declaraciones unilaterales de un Estado tienen, pues, al otro Estado como único destinatario. Este fue el caso de la nota diplomática de Colombia dirigida a Venezuela[911], de las declaraciones de Cuba relativas al suministro de vacunas al Uruguay[912], de las protestas de la Federación de Rusia dirigidas a Turkmenistán y Azerbaiyán[913] y de la declaración Ihlen[914].

2) Aunque inicialmente se referían a un círculo restringido de Estados, otras declaraciones se dirigían a la comunidad internacional en su conjunto y entrañaban obligaciones *erga omnes*. De este modo, la declaración de Egipto relativa al Canal de Suez no iba dirigida simplemente a los Estados Partes en el Convenio para asegurar a todas las Potencias y en todo tiempo el libre uso del Canal de Suez a los Estados miembros de la Asociación de Usuarios del Canal de Suez, sino al conjunto de la comunidad internacional[915]. De manera análoga, la Proclamación Truman[916], al igual que las declaraciones francesas relativas a la suspensión de los ensayos nucleares en la atmósfera, aunque estas últimas interesaban más directamente a Australia y Nueva Zelandia, así como a ciertos Estados vecinos[917], fueron hechas *erga omnes* y tienen, pues, como destinataria a la comunidad internacional en su conjunto[918]. La misma constatación puede hacerse en lo que respecta a la declaración de 31 de julio de 1988 mediante la cual el Rey de Jordania renunció a los territorios de la Ribera Occidental, declaración que va dirigida al mismo tiempo a la comunidad internacional, a otro Estado (Israel) y a otra entidad, la Organización de Liberación de Palestina (OLP)[919].

7. Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado sólo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obligaciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló.

Comentario

1) En sus sentencias en los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ subrayó que una declaración unilateral no puede tener por efecto crear obligaciones jurídicas respecto del Estado autor de ella más que si así se declara en términos claros y específicos[920]. La Corte reiteró este entendimiento, sin cambios, en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo*[921].

2) En caso de duda sobre el alcance jurídico de una declaración unilateral, conviene interpretar ésta de forma restrictiva, como afirmó claramente la CIJ en sus sentencias en los asuntos *Essais nucléaires* al sostener que, «cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura, se impone una interpretación restrictiva»[922]. Por tanto, el intérprete debe proceder con gran cautela para determinar los efectos jurídicos de las declaraciones unilaterales, en particular cuando éstas no tienen destinatario específico[923].

3) En lo que concierne, más concretamente, a los métodos e instrumentos de interpretación, conviene señalar con la CIJ que «[e]l régimen que se aplica a la interpretación de las declaraciones hechas en virtud del Artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[924] no es idéntico al establecido para la interpretación de los tratados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...]. En sus informes, España declaró que

---

[910] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), pág. 269, párr. 49, y pág. 474, párr. 51. Véanse también las declaraciones de Suiza relativas a las Naciones Unidas y su personal (exenciones de impuestos y privilegios), octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párrs. 138 a 156.

[911] Octavo informe del Relator Especial (nota *supra*), párrs. 15 y 16.

[912] Ibíd., párr. 36.

[913] Ibíd., párrs. 85 y 99.

[914] Ibíd., párr. 117.

[915] Ibíd., párr. 62.

[916] Ibíd., párr. 127.

[917] Fiji solicitó intervenir en las actuaciones. Los Gobiernos de la Argentina, Fiji y el Perú pidieron que se les proporcionasen los alegatos y los documentos anexos. Véase *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (nota 869 *supra*), pág. 255, párrs. 7 y 9, y pág. 459, párrs. 7 y 9.

[918] Ibíd., págs. 269 y 270, párrs. 50 y 51, y págs. 474 y 475, párrs. 52 y 53.

[919] Véase el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párr. 45. Otras declaraciones unilaterales, como es el caso de las declaraciones de Suiza relativas a las Naciones Unidas y su personal (exenciones de impuestos y privilegios) (ibíd., párrs. 138 y ss.), tienen como destinatarias a una o varias organizaciones internacionales.

[920] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), pág. 267, párr. 43, y págs. 269 y 270, párr. 51; y pág. 472, párr. 46, y págs. 474 y 475, párr. 53.

[921] *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (véase la nota 637 *supra*), págs. 28 y 29, párrs. 50 y 52.

[922] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), pág. 267, párr. 44, y pág. 473, párr. 47.

[923] Véase *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí) (nota 875 *supra*), págs. 573 y 574, párr. 39.

[924] Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ hechas en virtud del Artículo 36 del Estatuto de la Corte no entran ciertamente en el marco de este estudio (véase la nota 856 *supra*). No obstante, el razonamiento de la Corte sigue siendo totalmente aplicable a los actos y declaraciones unilaterales propiamente dichos.

"esto no significa que las reglas jurídicas y el arte de la interpretación de las declaraciones (y de las reservas) no coincidan con las que rigen la interpretación de los tratados". La Corte señala que las disposiciones de la Convención de Viena pueden aplicarse solamente por analogía en la medida en que sean compatibles con el carácter *sui generis* de la aceptación unilateral de la jurisdicción de la Corte»[925]. En aplicación del *dictum* de la Corte y por analogía con el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, hay que tomar en consideración con prioridad el texto de la declaración unilateral que mejor refleje las intenciones de su autor. Además, como la Corte reconoció en su sentencia en el asunto *Différend frontalier*, «[p]ara determinar las intenciones del autor de un acto unilateral, hay que tener en cuenta todas las circunstancias de hecho en las que se produjo dicho acto»[926], lo que constituye una aplicación por analogía del párrafo 2 del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969.

8. Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

Comentario

La nulidad de un acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional general se inspira en la norma análoga enunciada en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969. La mayoría de los miembros de la Comisión consideró que nada se opone a trasponer esta norma al caso de las declaraciones unilaterales[927]. En su sentencia en el asunto *Activités armées sur le territoire du Congo,* la Corte no descartó la posibilidad de que una declaración unilateral de Rwanda[928] pudiera estar desprovista de validez en el caso de que contraviniera una norma *de jus cogens*, lo que sin embargo se demostró que no sucedía[929].

9. De la declaración unilateral de un Estado no puede resultar ninguna obligación para los demás Estados. No obstante, el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral de esa índole en la medida en que hayan aceptado claramente tal declaración.

Comentario

1) Está perfectamente establecido en derecho internacional que un Estado no puede imponer obligaciones a otro Estado sin el consentimiento de éste. En lo que concierne al derecho de los tratados, este principio fue codificado en el artículo 34 de la Convención de Viena de 1969[930]. No hay razón alguna para no aplicar este principio a las declaraciones unilaterales; de él resulta que un Estado no puede imponer obligaciones a otros Estados destinatarios de un acto unilateral a menos que éstos acepten inequívocamente las obligaciones resultantes de esa declaración[931]. En esas circunstancias, el Estado o los Estados interesados quedan vinculados, de hecho, por su propia aceptación.

2) La Proclamación Truman de 1945, por la que los Estados Unidos se proponían imponer obligaciones a otros Estados o, al menos, limitar sus derechos en la plataforma continental americana, en rigor no fue aceptada por parte de otros Estados. No obstante, como subrayó la Corte, «el régimen de la plataforma continental es el ejemplo de una teoría jurídica nacida de una solución particular que ha hecho escuela»[932]. En efecto, los otros Estados respondieron a la Proclamación Truman con reclamaciones y declaraciones análogas[933], y poco después el contenido de la Proclamación fue incorporado en el artículo 2 de la Convención sobre la plataforma continental, de 1958. Por tanto, esa declaración en cierto modo ha sido generalmente aceptada y constituyó el punto de partida de un proceso consuetudinario que condujo, en muy poco tiempo, a una nueva norma de derecho internacional. La CIJ señaló a este respecto: «Sin embargo, la Proclamación Truman fue considerada como un punto de partida en la elaboración del derecho positivo en esta esfera, y la doctrina principal enunciada en ella [...] se impuso finalmente sobre todas las demás y encuentra hoy día su expresión en el artículo 2 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental, de 1958»[934].

10. Una declaración unilateral que ha creado obligaciones jurídicas para el Estado que hace la declaración no puede ser revocada arbitrariamente. Para determinar si una revocación sería arbitraria, habrá que tener en cuenta:

***a*) todos los términos de la declaración que se refieran específicamente a la revocación;**

---

[925] *Compétence en matière de pêcheries* (España *c*. Canadá), competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 432, en pág. 453, párr. 46. Véase también *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* (Camerún *c*. Nigeria) excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 275, en particular pág. 293, párr. 30.

[926] *Différend frontalier* (Burkina Faso/República de Malí) (véase la nota 875 *supra*), pág. 574, párr. 40; véanse también los asuntos *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (nota 637 *supra*), pág. 29 , párr. 53, y *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (nota 869 *supra*), pág. 269, párr. 51, y págs. 474 y 475, párr. 53.

[927] Véanse *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), documento A/54/10, pág. 145, párr. 557, y *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), documento A/55/10, pág. 104, párr. 597.

[928] Se trataba en este caso de una reserva, acto unilateral que no cae dentro del campo de aplicación de estos principios rectores (véase el párrafo 174 *supra*).

[929] Véase *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (nota 637 *supra*), pág. 33, párr. 69.

[930] Este artículo dispone lo siguiente: «Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento». Véase también *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (nota 714 *supra*), pág. 21.

[931] O si existe una norma general que faculte a los Estados a actuar en ese sentido; ahora bien, los actos unilaterales realizados con arreglo a tal norma quedan excluidos del ámbito de estos principios rectores (véase el párrafo 175 *supra*).

[932] *Plateau continental de la mer du Nord* (véase la nota 789 *supra*), pág. 53, párr. 100.

[933] Véase el caso de México, *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas*, vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: 1951.V.2), pág. 13. Véase también el octavo informe del Relator Especial, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/557, párr. 132.

[934] *Plateau continental de la mer du Nord* (véase la nota 789 *supra*), págs. 32 y 33, párr. 47.

***b*) la medida en que los sujetos a quienes se deba el cumplimiento de las obligaciones se hayan basado en ellas;**

***c*) la medida en que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias.**

Comentario

1) En sus sentencias de 1974 en los asuntos *Essais nucléaires*, la CIJ consideró que «el compromiso unilateral resultante de las declaraciones [francesas] no puede interpretarse que conlleve la invocación de un poder arbitrario de revisión»[935]. Sin embargo, esto no excluye todo poder de poner fin a un acto unilateral, sino sólo la retirada (o modificación) arbitraria de ese acto.

2) En efecto, no cabe ninguna duda de que los actos unilaterales pueden ser revocados o modificados en determinadas circunstancias particulares. La Comisión ha señalado, de manera no limitativa, los criterios que hay que tener en cuenta para determinar el carácter eventualmente arbitrario de la retirada de un acto.

3) Así sucede, en particular, en los casos en los que la propia declaración establece las circunstancias en las que su autor puede poner fin a la misma[936] o cuando los destinatarios de la declaración se han remitido a ella de buena fe y en consecuencia se han visto obligados «a modificar su posición en detrimento suyo y a sufrir un perjuicio»[937]. La revocación de una declaración unilateral también es posible en caso de cambio fundamental de las circunstancias en el sentido y dentro de los límites estrictos de la norma consuetudinaria incorporada en el artículo 62 de la Convención de Viena de 1969[938].

---

[935] *Essais nucléaires* (Australia *c*. Francia) y (Nueva Zelandia *c*. Francia) (véase la nota 869 *supra*), pág. 270, párr. 51, y pág. 475, párr. 53.

[936] Cuando no se dan las circunstancias establecidas como condición.

[937] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua *c*. Estados Unidos de América), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 392, en pág. 415, párr. 51.

[938] Véanse los asuntos *Compétence en matière de pêcheries* (República Federal de Alemania *c*. Islandia), competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 1973*, pág. 49, en particular pág. 63, párr. 36, y *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (nota 363 *supra*), pág. 64, párr. 104.

Capítulo X

EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

A. Introducción

178. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión seleccionó el tema «Efectos de los conflictos armados en los tratados» para que se incluyera en su programa de trabajo a largo plazo[939]. En el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones se incluyó, en un anexo, un breve resumen en el que se describía la posible estructura general y el planteamiento del tema[940]. En el párrafo 8 de su resolución 55/152, de 12 de diciembre de 2000, la Asamblea General tomó nota de la inclusión del tema.

179. En su 56.º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión decidió, en su 2830.ª sesión, celebrada el 6 de agosto de 2004, incluir el tema «Efectos de los conflictos armados en los tratados» en su programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Ian Brownlie[941]. En el párrafo 5 de su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa.

180. En su 57º período de sesiones, celebrado en 2005, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial[942] y un memorando preparado por la Secretaría, «El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina»[943]. En su 2866.ª sesión, el 5 de agosto de 2005, la Comisión hizo suya la sugerencia del Relator Especial de que se pidiera a la Secretaría que enviara una nota a los Estados para pedir información acerca de su práctica en relación con este tema, en particular la práctica más reciente, y cualquier otra información pertinente[944].

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

181. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial (A/CN.4/570). La Comisión examinó el informe del Relator Especial en sus sesiones 2895.ª a 2898.ª, celebradas del 18 al 21 de julio de 2006.

1. Observaciones generales sobre el tema

a) *Presentación por el Relator Especial*

182. El Relator Especial observó que su segundo informe, que debía leerse junto con el primero[945], se centraba en dos asuntos: *a*) el examen de elementos específicos de los debates de la Comisión y de las observaciones de fondo hechas por algunos gobiernos en las deliberaciones celebradas en la Sexta Comisión en el sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General, y *b*) la puesta en práctica del primer informe, pidiendo a la Comisión que examinase los siete primeros proyectos de artículo con miras a remitirlos al Comité de Redacción o a un grupo de trabajo.

183. El Relator Especial señaló que había recibido amplio apoyo su opinión de que, en general, el tema formaba parte del derecho de los tratados y no del derecho relativo al uso de la fuerza. También recordó las opiniones expresadas en la Sexta Comisión en el sentido de que el tema estaba estrechamente relacionado con otras esferas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario, la legítima defensa y la responsabilidad de los Estados.

b) *Resumen del debate*

184. Se reiteró que no era posible mantener una separación estricta entre el derecho de los tratados y otras ramas del derecho internacional, tales como las normas relativas a la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, el derecho internacional humanitario y el derecho relativo a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que también eran pertinentes al tema.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

185. El Relator Especial estimó que, teniendo en cuenta la naturaleza de los debates de la Comisión y la existencia de considerables diferencias de opinión en relación con aspectos importantes del tema, sería prematuro enviarlo a un grupo de trabajo. Además, un grupo de trabajo creado en el primer año del nuevo quinquenio de la Comisión, en 2007, no estaría necesariamente familiarizado con los debates habidos sobre el tema durante el actual quinquenio. En consecuencia, se señaló que lo mejor sería que el Relator Especial preparase un tercer informe sobre el tema, informe que, junto con los dos primeros, serviría de base para el futuro examen de la cuestión por un grupo de trabajo.

---

[939] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729.

[940] Ibíd., anexo.

[941] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 364.

[942] *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/552.

[943] Documento A/CN.4/550 y Corr.1 y 2 (mimeografiado).

[944] *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 112.

[945] Véase la nota 942 *supra*.

2. Artículo 1. Alcance[946]

a) *Presentación por el Relator Especial*

186. El Relator Especial se refirió a la sugerencia hecha en la Sexta Comisión en el sentido de que, dado que el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969 permitía la aplicación provisional de los tratados, el proyecto de artículos debería abarcar asimismo los tratados que se aplican provisionalmente. También señaló que algunos miembros de la Comisión habían sugerido que se hiciera una distinción entre las partes contratantes, en el sentido del apartado *f* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969, y las demás partes.

b) *Resumen del debate*

187. Se sugirió que se estudiara la posibilidad de incluir en el tema los efectos sobre los derechos de terceros Estados partes en el tratado en cuestión; la distinción entre los efectos sobre distintas disposiciones del tratado y sobre el tratado en su conjunto, así como entre los efectos sobre el propio tratado y sobre las obligaciones dimanantes de él; y la distinción entre la suspensión y la terminación del tratado o de sus disposiciones.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

188. El Relator Especial admitió que tendría que estudiar con mayor detenimiento las cuestiones relativas al alcance del tema. Sin embargo, advirtió que no se debería hacer una distinción entre los efectos sobre el tratado y los efectos sobre las obligaciones dimanantes de él, ya que procediendo así se podría alterar el equilibrio del tema al entrar en cuestiones que no estaban comprendidas en su ámbito tradicional. No era partidario de tratar cuestiones como la fuerza mayor y la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento, que entrañaban el riesgo de duplicar cuestiones ya reguladas en la Convención de Viena de 1969.

3. Artículo 2. Términos empleados[947]

a) *Presentación por el Relator Especial*

189. En lo que se refiere al apartado *a*, el Relator Especial observó que se apoyaba la inclusión de los tratados concertados por organizaciones internacionales.

190. Señaló que la cuestión más problemática era la definición de conflicto armado en el apartado *b*, que ya se había examinado en su primer informe. Observó que se seguía considerando de carácter básico la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, e indicó que esa cuestión había dado lugar a marcadas diferencias de opinión en la Sexta Comisión. Pidió a la Comisión que diera alguna indicación general sobre si se debían incluir o no los conflictos armados no internacionales. Al mismo tiempo, advirtió que no sería procedente que la Comisión tratara de formular una definición de «conflicto armado» para todas las ramas del derecho internacional público.

b) *Resumen del debate*

191. En relación con el apartado *a*, si bien se apoyó en general la definición de «tratado», algunos miembros manifestaron también que preferían que se incluyeran los tratados concertados por organizaciones internacionales. Otros opinaron que sería mejor no abarcar las organizaciones internacionales, en razón de su especificidad. Se propuso que se considerasen asimismo los tratados que todavía no hubieran entrado en vigor o que todavía no hubieran sido ratificados por las partes en el conflicto armado. Según otra sugerencia, la definición podría ser más flexible a fin de abarcar los acuerdos entre una Potencia ocupante y la administración del territorio ocupado, como sería el caso del régimen basado en los Acuerdos de Oslo[948]. Otros preferían restringir el tema a los acuerdos concertados en el marco del derecho internacional.

192. La definición de «conflicto armado» que figura en el apartado *b* fue objeto de críticas: se hizo referencia al carácter intrínsecamente tautológico de la definición de ese concepto como «un estado de guerra o un conflicto que da lugar a operaciones armadas». Se sugirió que la definición se refiriese expresamente a los conflictos armados internos, que eran más comunes en el mundo contemporáneo, y algunos miembros consideraron preferible la definición empleada en el asunto *Tadic*[949], porque abarcaba los conflictos internos en los que no intervenían fuerzas armadas del Estado.

193. Según otra opinión, los conflictos internos no afectaban directamente a las relaciones entre los Estados partes en el tratado, aunque podían dar lugar a circunstancias que afectasen indirectamente a la aplicación del tratado. Tales circunstancias podían ser la imposibilidad de cumplimiento o un cambio de la coyuntura, y podrían llevar a la suspensión o terminación de un tratado en el que fuese parte el Estado envuelto en un conflicto interno y en el que no estuvieran involucrados los demás Estados partes en el tratado, por lo cual era más adecuado analizarlo en el marco de la Convención de Viena de 1969.

194. Se apoyó asimismo la opinión de los Países Bajos de que también deberían incluirse las ocupaciones militares,

---

[946] El proyecto de artículo 1 decía lo siguiente:

«Alcance

El presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de los conflictos armados en los tratados entre Estados».

[947] El proyecto de artículo 2 decía lo siguiente:

«Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) Se entiende por "conflicto armado" un estado de guerra o un conflicto que da lugar a operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados entre los Estados Partes en el conflicto armado o entre esos Estados y terceros Estados, con independencia de toda declaración formal de guerra o de cualquier otra declaración hecha por todas las partes en el conflicto armado o por cualquiera de ellas».

[948] Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, firmada en Washington D.C. el 13 de septiembre de 1993 por el Gobierno del Estado de Israel y la Organización de Liberación de Palestina (A/48/486, anexo).

[949] *Le Procureur* c. *Dusko Tadic alias "DULE"*, Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, caso n.º IT-94-1-AR72, fallo de 2 de octubre de 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. 1, pág. 428, párr. 70. Véase también *International Legal Materials*, vol. 35, n.º 1 (enero de 1996), págs. 54 y 55, párr. 70.

según lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, y también se hizo referencia a la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[950]. Otros se opusieron a esta propuesta, señalando que las ocupaciones militares debían considerarse más bien como una consecuencia de los conflictos armados y no como parte de la definición del conflicto armado en sí. Según otra sugerencia, también habría que tratar los territorios bajo administración internacional. Otros opinaron que esas situaciones no debían examinarse, ya que no constituían un «conflicto armado». Con arreglo a otra sugerencia, habría que considerar si convenía tratar un «tercer tipo» de conflictos, tales como la «guerra contra el terrorismo», aunque sólo fuera para excluirlos del ámbito del tema. Otros advirtieron que no debían incluirse las actividades de los agentes no estatales, ya que de hacerlo se podría amenazar la estabilidad del sistema de tratados.

195. Se reiteró que un Estado agresor no podía ser tratado en pie de igualdad con los Estados que ejercieran su derecho a la legítima defensa, individual o colectiva, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Se hizo referencia a la resolución de 1985 del Instituto de Derecho Internacional en la que se establecía esa distinción[951]. Compartieron esta opinión la mayoría de los miembros de la Comisión.

196. Se propuso que se incluyera un tercer apartado para definir el término «efectos».

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

197. Por lo que se refiere a la inclusión de las organizaciones internacionales, el Relator Especial, si bien prefería no introducir por analogía elementos de otros proyectos, reconoció el argumento práctico de que no era viable estudiar como tema distinto los efectos en los tratados de organizaciones internacionales, por lo que había motivos para incluir esos tratados en el proyecto de artículos que se examinaba.

198. En respuesta a los comentarios relativos a la definición de «conflicto armado», el Relator Especial confirmó que estaba dispuesto a hacer referencia a los conflictos armados internos. Le preocupaba que algunos comentarios dieran a entender que se requería una definición global de conflicto armado, siendo así que el objetivo del apartado *a* era dar una definición únicamente para los efectos del proyecto de artículos. En su opinión, la inclusión de los conflictos armados internos se regía, en el proyecto de artículo 4, por la intención de las partes. Uno de los criterios para determinar la intención de las partes era la naturaleza y el alcance del conflicto en cuestión. En cuanto al uso ilegal de la fuerza, reiteró su posición del año anterior de que el proyecto de artículo 10 debía reformularse cuidadosamente.

4. Artículo 3. Terminación o suspensión de la aplicación *ipso facto*[952]

a) *Presentación por el Relator Especial*

199. El Relator Especial observó que el proyecto de artículo 3 era el principal, porque se basaba en la premisa central de que el estallido de un conflicto armado no llevaba *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación. Señaló que el proyecto de artículo 3 no era estrictamente necesario, ya que el proyecto de artículo 4 podía ser válido sin él. Sin embargo, era útil para rebatir la idea tradicional de que el conflicto armado, de hecho, suspendía la aplicación de los tratados. Recordó que la expresión «*ipso facto*» se sustituiría por «necesariamente».

b) *Resumen del debate*

200. Se apoyó en general el mantenimiento del proyecto de artículo 3, que se consideraba fundamental para el proyecto de artículos. También se apoyó la propuesta del Relator Especial de sustituir las palabras «*ipso facto*» por «necesariamente», lo cual serviría para indicar que, si bien en algunos casos los conflictos armados producían la suspensión o la terminación de la aplicación de los tratados, en otros no lo hacían, es decir, que podía haber efectos distintos en el caso de distintos tratados. Otros se opusieron al cambio de redacción propuesto y dijeron que preferían que se mantuviera la expresión *ipso facto* para indicar que el estallido de un conflicto armado no surtía efectos automáticos sobre la terminación o la suspensión de la aplicación de un tratado.

5. Artículo 4. Los indicios de la posibilidad de terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado[953]

a) *Presentación por el Relator Especial*

201. El Relator Especial señaló que la utilización de la noción de intención de las partes había suscitado fuerte escepticismo. Si bien compartía tal escepticismo, opinaba que ése era el único concepto viable con que se contaba. Observó que no era infrecuente que las autoridades y los tribunales tuvieran que interpretar la intención de las partes. Al mismo tiempo, reconoció que era necesario incluir otros factores, como el objeto y el fin del tratado y las circunstancias del conflicto armado.

---

[950] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado), opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 2004*, pág. 136.

[951] Resolución titulada «Los efectos de los conflictos armados en los tratados» (art. 7), *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61-II (1986).

[952] El proyecto de artículo 3 decía lo siguiente:

«Terminación o suspensión de la aplicación ipso facto

El estallido de un conflicto armado no produce *ipso facto* la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación:

a) Entre las partes en el conflicto armado;

b) Entre una o varias partes en el conflicto armado y un tercer Estado».

[953] El proyecto de artículo 4 decía lo siguiente:

«Los indicios de la posibilidad de terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado

1. La posibilidad de terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado se determina de conformidad con la intención de las partes en el momento en que se celebró el tratado.

2. La intención de las partes en un tratado con respecto a la posibilidad de su terminación o de la suspensión de su aplicación se determinará de conformidad con:

a) Las disposiciones de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; y

b) La naturaleza y el alcance del conflicto armado de que se trate».

202. Quedaba la cuestión de la relación entre los proyectos de artículo 4 y 7. El Relator Especial tenía el propósito de que ambas disposiciones se aplicasen de forma coordinada. Además, el proyecto de artículo 4 se remitía a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969, lo que era necesario porque no se trataba de formular principios de interpretación concebidos especialmente para su uso exclusivo en este contexto.

b) *Resumen del debate*

203. Se expresó el parecer de que el criterio de la intención había perdido trascendencia después de la segunda guerra mundial, fuera de determinados tratados concretos, dado el reforzamiento del principio de la prohibición de recurrir a la fuerza armada en las relaciones internacionales. Además, algunos miembros suscribieron la opinión de que no era realista pensar que las partes previesen el efecto de un conflicto armado sobre un tratado en el momento de concertarlo. Se dijo que era preferible que se considerase la viabilidad de la continuidad del tratado, o de algunas de sus disposiciones, en el contexto de los conflictos armados, así como la legalidad de los actos de cada una de las partes en el conflicto. Algunos miembros también hicieron referencia al criterio del objeto y el fin del tratado, a la naturaleza del conflicto o de la situación surgida de éste y al carácter de la propia obligación dimanante del tratado. Asimismo, se señaló la necesidad de tener en cuenta la evolución posterior del tratado, conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

204. El Relator Especial confirmó su propósito de seguir examinando la cuestión de la intención. Al mismo tiempo, no podía aceptar que la intención ya no formase parte del derecho internacional. Era bastante corriente que se hiciera referencia a la intención de las partes o del legislador. De hecho, la propia Comisión empleaba ese concepto en el contexto de las reservas a los tratados. El problema era, en realidad, cómo determinar la intención.

6. Artículo 5. Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados[954]

a) *Presentación por el Relator Especial*

205. El Relator Especial observó que el proyecto de artículo era redundante desde el punto de vista estricto de la redacción. Sin embargo, en su opinión resultaba útil contar con una disposición de esa índole para mayor claridad, y observó que la Comisión, en general, había apoyado esa posición.

b) *Resumen del debate*

206. Se sugirió que los dos párrafos se recogieran en dos proyectos de artículos distintos. También se propuso que el párrafo 1 fuese sustituido por la versión propuesta en el apartado *a* del artículo 35 del proyecto de convención sobre el derecho de los tratados del Harvard Research in International Law[955]. Se hizo referencia a la opinión consultiva de la CIJ sobre el asunto *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*[956], en la que la Corte confirmó que los tratados de derechos humanos no quedaban excluidos por la aplicación de *lex specialis*.

7. Artículo 6. Tratados relativos al motivo para recurrir al conflicto armado[957]

a) *Presentación por el Relator Especial*

207. El Relator Especial confirmó que ya no apoyaba el proyecto de artículo 6 porque éste no era estrictamente necesario a la luz del proyecto de artículo 3. Con él se pretendía regular el caso especial en que un acuerdo hubiera sido el objeto de un conflicto y en que, posteriormente, se hubiera iniciado algún procedimiento de arreglo pacífico.

b) *Resumen del debate*

208. La propuesta del Relator Especial de suprimir la disposición fue apoyada en general.

8. Artículo 7. Aplicación de los tratados que por su objeto y fin son necesariamente aplicables[958]

a) *Presentación por el Relator Especial*

209. El Relator Especial observó que la disposición complementaba el proyecto de artículo 4. También era

---

[954] El proyecto de artículo 5 decía lo siguiente:

«Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados

1. Los tratados aplicables a situaciones de conflicto armado de conformidad con sus disposiciones expresas permanecen en vigor en caso de conflicto armado, sin perjuicio de la celebración de acuerdos lícitos entre la partes en el conflicto armado sobre la suspensión de la aplicación de esos tratados o la renuncia a su aplicación.

2. El estallido de un conflicto armado no afecta a la competencia de las partes en el conflicto armado para celebrar tratados de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

[955] *American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), Suplemento, pág. 657, en particular pág. 1183.

[956] Véase la nota 950 *supra*.

[957] El proyecto de artículo 6 decía lo siguiente:

«Tratados relativos al motivo para recurrir al conflicto armado

Se presume que un tratado cuya situación jurídica o interpretación es el objeto de la cuestión que motivó el recurso al conflicto armado no termina por efecto del derecho, pero esa presunción podrá destruirse por la prueba de la intención en contrario de las partes contratantes».

[958] El proyecto de artículo 7 decía lo siguiente:

«Aplicación de los tratados que por su objeto y fin son necesariamente aplicables

1. En el caso de los tratados que por su objeto y fin necesariamente continúan aplicándose durante un conflicto armado, el estallido de un conflicto armado no impedirá por sí mismo su aplicación.

2. Los tratados de esta naturaleza comprenden, entre otros, los siguientes:

a) Los tratados expresamente aplicables en caso de conflicto armado;

b) Los tratados por los que se declaran, crean o regulan derechos permanentes o un régimen o una situación permanente;

c) Los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados;

d) Los tratados para la protección de los derechos humanos;

e) Los tratados relativos a la protección del medio ambiente;

f) Los tratados relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas;

(Continuación en la página siguiente.)

el principal objeto de los debates y de las observaciones de los gobiernos. Se habían aducido algunos argumentos convincentes, como el esgrimido por los Estados Unidos en el sentido de que era un error recurrir a la clasificación de los tratados en categorías. Expuso algunas otras sugerencias destinadas a tener en cuenta posibles principios rectores o elementos de política para discernir el elemento de la intención. Sin embargo, se debía reconocer que había normas consuetudinarias, o normas consuetudinarias incipientes, que apoyaban algunas categorías, si no todas, y que había que encontrar un medio adecuado de reflejar esa práctica. Una posibilidad sería incluir un anexo en el que se analizasen la práctica de los Estados y la jurisprudencia, anexo que podría ser preparado por la Secretaría con ayuda del Relator Especial.

b) *Resumen del debate*

210. Se expresaron opiniones divergentes sobre el artículo 7. Para algunos, la disposición era útil pero debía ser aclarada. Se hizo referencia al memorando de la Secretaría titulado «El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina»[959] con sugerencias para la ampliación de la lista. Además, se sugirió que se enumerasen de forma más precisa algunas categorías de tratados, por ejemplo los tratados normativos multilaterales. Se apoyó la actual inclusión de los tratados de derechos humanos (párr. 2 *d*)). Otros miembros se mostraron a favor de que se suprimiera la disposición. Se señaló que cualquier lista de ejemplos de tipos de tratados creaba una presunción *a contrario* en el sentido de que los tratados no comprendidos en esas categorías dejarían automáticamente de aplicarse, lo cual podría equivaler a una excepción potencialmente amplia, aunque no intencional, de la norma general del proyecto de artículo 3. Se apoyó la propuesta del Relator Especial de sustituir la lista por un anexo que recogiese la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Sin embargo, otros miembros seguían considerando más útil enumerar los factores que podrían llevar a la conclusión de que un tratado o algunas de sus disposiciones deberían continuar en vigor o deberían ser objeto de suspensión o terminación de su aplicación en caso de conflicto armado.

c) *Observaciones finales del Relator Especial*

211. El Relator Especial recordó que con la lista de categorías del proyecto de artículo 7 sólo se pretendía dar una orientación para determinar la intención en el proyecto de artículo 4, y reiteró que estaba dispuesto a examinar de nuevo la disposición.

(Continuación de la nota 958.)

g) Los tratados multilaterales normativos;

h) Los tratados relativos a la solución de controversias entre Estados por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la mediación, el arbitraje o la sumisión a la Corte Internacional de Justicia;

i) Las obligaciones derivadas de convenciones multilaterales relativas al arbitraje comercial y a la ejecución de laudos arbitrales;

j) Los tratados relativos a las relaciones diplomáticas;

k) Los tratados relativos a las relaciones consulares».

[959] Véase la nota 943 *supra*.

Capítulo XI

LA OBLIGACIÓN DE EXTRADITAR O JUZGAR (*AUT DEDERE AUT JUDICARE*)

A. Introducción

212. En su 56.º período de sesiones (2004), la Comisión seleccionó el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» para incluirlo en su programa de trabajo a largo plazo[960]. En el anexo del informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 56.º período de sesiones figuraba una breve sinopsis en la que se indicaba la manera de abordar el tema y su posible estructura general[961]. En su resolución 59/41, de 2 de diciembre de 2004, la Asamblea General tomó nota del informe de la Comisión sobre su programa de trabajo a largo plazo.

213. En su 57.º período de sesiones (2005), la Comisión acordó, en su 2865.ª sesión, el 4 de agosto de 2005, incluir el tema «La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)» en su actual programa de trabajo y nombrar Relator Especial del tema al Sr. Zdzislaw Galicki[962]. La Asamblea General, en el párrafo 5 de su resolución 60/22, de 23 de noviembre de 2005, hizo suya la decisión de la Comisión de incluir el tema en su programa de trabajo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

214. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial (A/CN.4/571). La Comisión examinó el informe en sus sesiones 2899.ª a 2903.ª, del 25 de julio al 2 de agosto de 2006.

1. Presentación por el Relator Especial

215. El Relator Especial señaló que su informe comprendía una serie de observaciones de fondo preliminares sobre el tema, subrayaba los puntos más importantes que había que seguir examinando e incluía un plan de acción preliminar para los futuros trabajos sobre el tema. Aunque era prematuro adoptar una decisión, convendría que la Comisión le diese alguna indicación sobre la forma que podría adoptar el resultado final de los trabajos sobre el tema.

216. Una cuestión clave que había que examinar era si la obligación dimanaba exclusivamente del tratado pertinente o si también reflejaba una obligación general de derecho internacional consuetudinario, al menos en lo que se refería a determinadas infracciones internacionales. Señaló que no había consenso en la doctrina, si bien eran cada vez más numerosos los tratadistas que apoyaban la idea de una obligación jurídica internacional «*aut dedere aut judicare*» como obligación general fundada no sólo en las disposiciones de determinados tratados internacionales, sino también en normas consuetudinarias generalmente vinculantes, al menos en lo referente a ciertas categorías de delitos. Además se sugirió que se debía analizar la relación entre el principio de jurisdicción universal en materia penal y el principio *aut dedere aut judicare*.

217. En lo concerniente al alcance de la obligación de extraditar o juzgar, el Relator Especial señaló que estaba delimitado por la alternativa que permitía a un Estado elegir qué parte de la obligación tenía intención de cumplir. Se presumía que, una vez cumplida una parte de la obligación (bien *dedere*, bien *judicare*), el Estado quedaba eximido de cumplir la otra.

218. El Relator Especial recordó que, si bien la obligación de extraditar o juzgar se formulaba tradicionalmente a modo de alternativa, existía la posibilidad de introducir en ésta un tercer elemento, que preveía la existencia de una competencia jurisdiccional que sería ejercida por un tribunal penal internacional.

219. En lo referente a la metodología, el Relator Especial expresó su intención de proceder en los futuros informes a la elaboración de proyectos de normas sobre el concepto, la estructura y la aplicación de la obligación *aut dedere aut judicare*. Era necesario asimismo llevar a cabo un análisis minucioso de la práctica de los Estados en esta materia y compilar una lista completa de las disposiciones convencionales pertinentes que enunciaban esa obligación. Propuso que la Comisión solicitase por escrito a los Estados Miembros información sobre su práctica reciente.

2. Resumen del debate

220. La Comisión acogió con satisfacción el informe preliminar, incluido el plan de acción preliminar propuesto. Se sugirió que el ámbito del tema se limitase al objetivo de la obligación, es decir, a la reducción de los casos de impunidad de las personas presuntamente responsables de la comisión de delitos internacionales privándolas de refugios seguros. Se propuso que el tema se limitase además a determinadas categorías de delito, como los que eran particularmente graves y constituían una amenaza para la comunidad internacional en su conjunto. Se sugirió asimismo que se trazara una distinción entre los delitos de derecho internacional (definidos en instrumentos convencionales) y los delitos reconocidos en virtud del derecho internacional consuetudinario, como los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de

[960] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 362 y 363.

[961] Ibíd., anexo.

[962] *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 500.

lesa humanidad. Obtuvo apoyo general la idea de excluir del ámbito del estudio los delitos que estaban tipificados solamente en el derecho interno.

221. Se observó, además, que existía una forma más limitada de la obligación en relación con los delitos definidos en tratados. Por ejemplo, muchos tratados, entre ellos las convenciones sectoriales para la represión del terrorismo internacional, incluían una formulación más cauta, consistente en la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes «a efectos de enjuiciamiento», en contraposición a una obligación de «juzgar». Se recordó que los gobiernos solían resistirse a aceptar una obligación de «juzgar», ya que la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal era un principio fundamental de sus procedimientos penales internos.

222. Se sugirió que la Comisión se centrase en las lagunas de los tratados existentes, como la ejecución de las penas y la falta de un sistema de vigilancia del cumplimiento de la obligación de juzgar. En relación con la existencia de una obligación consuetudinaria de extraditar o juzgar, se señaló que cualquier obligación de esa índole tendría que basarse, como se hacía en los tratados vigentes, en un sistema de dos niveles en virtud del cual se diese a ciertos Estados prioridad en el ejercicio de la jurisdicción, mientras que otros Estados estarían obligados a ejercer la jurisdicción si el presunto infractor no fuese extraditado a un Estado que tuviera jurisdicción prioritaria.

223. En cuanto a la obligación de extraditar, se señaló que la existencia de tal obligación dependía de los tratados vigentes entre las partes y de las circunstancias. Además, como los delitos estaban tipificados con gran precisión en las leyes internas, lo que se planteaba era si existía una obligación de extraditar o juzgar en el caso de un delito exactamente definido en circunstancias exactamente definidas. Se señaló también que la mayoría de las complejas cuestiones relativas a la extradición se resolvían pragmáticamente. Algunos miembros consideraron que la obligación de extraditar o juzgar había cobrado carácter consuetudinario, por los menos en lo que se refería a los delitos definidos en el derecho internacional. Según otra opinión, el procedimiento de deportación guardaba relación con el tema.

224. Se propuso que la Comisión examinara las dificultades prácticas con que se tropezaba en el proceso de extradición, en particular los problemas de la suficiencia de las pruebas, la existencia de leyes internas y tratados bilaterales y multilaterales obsoletos que ofrecían múltiples motivos para la denegación, las limitaciones relativas a la extradición de nacionales y el hecho de que no se reconociesen salvaguardias específicas para la protección de los derechos de la persona extraditada, principalmente en situaciones en que la extradición podía exponer a esa persona a la tortura, a la reclusión perpetua o incluso a la pena de muerte. Se recordó asimismo que, en el caso de los delitos internacionales, eran inaplicables algunas limitaciones de la extradición.

225. Otros miembros señalaron que no había que examinar los aspectos técnicos del derecho de extradición. Lo específico del tema y el significado exacto de la máxima latina *aut dedere aut judicare* era que, de no concederse la extradición, nacía una obligación de juzgar. Por consiguiente, se debía centrar la atención en las condiciones que hacían que surgiese la obligación de juzgar. Se expresó la opinión de que la Comisión no debía tratar todas las normas colaterales relativas a esta materia, que estaban relacionadas con ella pero no formaban necesariamente parte de ella. También se propuso que los trabajos se limitasen a la elaboración de normas secundarias.

226. En general, se consideró preferible trazar una distinción clara entre el concepto de la obligación de extraditar o juzgar y el concepto de la jurisdicción penal universal. Se recordó que la Comisión había decidido centrarse en la primera y no en la segunda, aunque, en el caso de algunos delitos, ambos conceptos existían simultáneamente. Se señaló que el tema no requería necesariamente un estudio de la jurisdicción penal extraterritorial. Se sugirió que si, a pesar de ello, la Comisión decidiese abordar el examen del concepto de jurisdicción universal, se estudiasen los diferentes tipos de jurisdicción universal, en especial si su ejercicio era potestativo u obligatorio. Se consideró asimismo que convenía examinar si tal jurisdicción sólo podía ser ejercida cuando la persona se encontraba en un Estado determinado o si cualquier Estado podía solicitar a otro Estado la extradición de una persona basándose en la jurisdicción universal.

227. También se sugirió que el tema no abarcase la «triple» opción, que entrañaba la jurisdicción concurrente de un tribunal internacional, puesto que los tribunales existentes tenían sus propias normas, constitutivas de *lex specialis*. Según otra opinión, sería necesario, en la medida de lo posible, favorecer esa tercera vía.

228. Se sugirió que el Relator Especial realizara un estudio sistemático de la práctica de los Estados, centrándose en la práctica contemporánea, incluida la jurisprudencia interna.

229. En cuanto a la cuestión de la forma definitiva, si bien se reconoció que era prematuro estudiarla, se estimó preferible que en definitiva se elaborase una serie de proyectos de artículos; no obstante, se señaló que, si la Comisión llegase a la conclusión de que la obligación existía sólo en virtud de tratados internacionales, sería más apropiado que el proyecto tuviese carácter recomendatorio.

3. Conclusiones del Relator Especial

230. El Relator Especial observó que durante el debate se habían expresado toda una serie de opiniones. Mencionó, en particular, que en la Comisión había consenso en que se limitase en lo posible el ámbito del tema, a fin de centrarse en las cuestiones directamente relacionadas con la obligación de extraditar o juzgar, así como en el análisis de los principales elementos de la obligación, es decir, «*dedere*» y «*judicare*». Él también apoyaba ese planteamiento, especialmente en lo referente a la idea de que se trazase una clara distinción entre la obligación de extraditar o juzgar y el principio de la jurisdicción universal, y estimaba que se debía abordar con cautela la existencia de

una «triple opción» en el contexto de la jurisdicción de los tribunales penales internacionales.

231. En cuanto a si procedía limitar la fuente de la obligación a los tratados únicamente o hacerla extensiva a las normas consuetudinarias o a los principios generales del derecho, el Relator Especial señaló que la Comisión había optado por un planteamiento prudente, reconociendo el fundamento convencional de la obligación y expresando al mismo tiempo algunas reservas sobre la existencia de una obligación consuetudinaria general de extraditar o juzgar aplicable a todas las infracciones penales. Había obtenido cierto apoyo, en cambio, la idea de reconocer ese fundamento consuetudinario en relación con ciertas categorías de delitos, con respecto a las cuales los Estados ya habían reconocido en general el concepto de jurisdicción universal, así como el principio *aut dedere aut judicare*. El Relator Especial se declaró partidario de ese planteamiento, aunque sin perjuicio de la posibilidad de elaborar normas generales aplicables a todos los delitos. Recordó también la sugerencia de que se prestara especial atención a la aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos. Además, estuvo de acuerdo con la sugerencia de que todos los trabajos se centraran en la elaboración de normas secundarias. El Relator Especial también estuvo de acuerdo con la recomendación de que se tuvieran en cuenta las decisiones judiciales tanto nacionales como internacionales.

232. Por lo que se refería al título del tema, recordó que durante el debate se había hecho alusión al «principio» *aut dedere aut judicare*, pero dijo que prefería que se mantuviera la actual referencia a la «obligación». En cuanto a la forma que debía revestir finalmente el resultado de los trabajos de la Comisión sobre el tema, el Relator Especial señaló que en principio se apoyaba la elaboración de un proyecto de artículos. Por consiguiente, anunció su intención de iniciar en sus próximos informes la elaboración de unos proyectos de normas sobre el concepto, la estructura y la aplicación de la obligación *aut dedere aut judicare*.

Capítulo XII

FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL: DIFICULTADES DERIVADAS DE LA DIVERSIFICACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Introducción

233. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión decidió incluir el tema «Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional» en su programa de trabajo[963], estableció un Grupo de Estudio y posteriormente decidió cambiar el título del tema por el de «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional»[964]. La Comisión aprobó asimismo una serie de recomendaciones, entre ellas la de realizar cinco estudios[965], comenzando por el que habría de preparar el Presidente del Grupo de Estudio, titulado «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos"».

234. En los períodos de sesiones 55.º (2003) a 57.º (2005) de la Comisión, el Grupo de Estudio se reconstituyó sucesivamente bajo la presidencia del Sr. Martti Koskenniemi y llevó a cabo diversas tareas. En 2003 estableció un calendario provisional de los trabajos que habría de llevar a cabo durante el resto del quinquenio (2003 a 2006), distribuyó entre sus miembros los trabajos sobre los demás estudios acordados en 2002 y decidió la metodología que había que adoptar para esa labor[966]. En 2004, el Grupo de Estudio examinó el estudio realizado por su Presidente sobre «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)», así como los esquemas preparados para el resto de los estudios[967]. En 2005, el Grupo de Estudio examinó: *a*) un memorando sobre el regionalismo, preparado en relación con el estudio sobre «La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos" (*self-contained regimes*)»; *b*) un estudio sobre 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 de 1969) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional; *c*) un estudio sobre la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención); *d*) un estudio sobre la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención), y *e*) un estudio sobre la jerarquía normativa en derecho internacional: el *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas como normas de conflicto. El Grupo de Estudio también examinó un documento oficioso sobre la «cláusula de desconexión»[968].

235. El Grupo de Estudio decidió abordar los distintos estudios centrándose en los aspectos sustantivos de la fragmentación a la luz de la Convención de Viena de 1969 y dejando de lado las consideraciones institucionales relativas a la fragmentación. Su propósito era lograr un resultado concreto y de utilidad práctica, especialmente para los juristas del servicio exterior del Estado y de las organizaciones internacionales. En consecuencia, decidió preparar como resultado sustantivo de sus trabajos: *a*) un estudio analítico relativamente amplio sobre la cuestión de la fragmentación, elaborado sobre la base de los distintos esquemas y estudios presentados por los miembros del Grupo de Estudio de 2003 a 2005 y examinados en el Grupo, y *b*) un único documento de síntesis que incluiría una serie de conclusiones dimanantes de los estudios y los debates del Grupo de Estudio. Este último documento consistiría en una serie de exposiciones breves, concretas y prácticas que servirían, por una parte, de resumen y conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio y, por otra, de directrices prácticas para ayudar a reflexionar sobre la cuestión de la fragmentación en la práctica jurídica y a ocuparse de ella[969].

---

[963] En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo a largo plazo (véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729) después de haber examinado un estudio de viabilidad de G. Hafner («Los riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional», ibíd., anexo, pág. 151).

[964] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 492 a 494.

[965] Los temas de estudio elegidos en 2002 fueron los siguientes:

«*a*) La función y el alcance de la norma de la *lex specialis* y la cuestión de los "regímenes autónomos";

b) 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 de 1969) en el contexto de la evolución general del derecho internacional y de las preocupaciones de la comunidad internacional;

c) La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia (artículo 30 de la Convención);

d) La modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención);

e) La jerarquía normativa en derecho internacional: *jus cogens*, obligaciones *erga omnes*, Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, como normas de conflicto» (ibíd., párr. 512).

[966] *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 415 a 435.

[967] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 303 a 358.

[968] *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párrs. 449 a 493.

[969] Ibíd., párrs. 447 y 448. Véanse también *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. IX; *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párrs. 416 a 418, y *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párrs. 301 y 302.

236. En sus sesiones 2859.ª, 2860.ª y 2864.ª, celebradas el 28 y el 29 de julio y el 3 de agosto de 2005, la Comisión tuvo un cambio de impresiones sobre el tema basándose en una comunicación del Presidente del Grupo de Estudio relativa a la situación de los trabajos del Grupo.

B. Examen del tema en el actual período de sesiones

237. En el actual período de sesiones se reconstituyó el Grupo de Estudio, que celebró diez sesiones los días 17 y 26 de mayo, 6 de junio y 4, 11, 12, 13 y 17 de julio de 2006. El Grupo de Estudio tuvo ante sí un estudio completado por el Presidente del Grupo, Sr. Martti Koskenniemi, así como un proyecto de conclusiones basadas en ese estudio (A/CN.4/L.682 y Corr.1 y Add.1). En el documento se resumía y analizaba el fenómeno de la fragmentación basándose en los estudios preparados por los distintos miembros del Grupo y teniendo en cuenta las observaciones formuladas por sus miembros. La adenda al documento contiene el proyecto de conclusiones de los trabajos realizados por el Grupo de Estudio entre 2002 y 2005, así como un proyecto de conclusiones adicionales y una sección sobre antecedentes. La labor sustantiva del Grupo de Estudio durante el actual período de sesiones se centró en ultimar esas conclusiones. En la sesión de 17 de julio de 2006, el Grupo de Estudio terminó sus trabajos y aprobó un informe en el que figuraban 42 conclusiones (véase la sección D.2 *infra*). El Grupo de Estudio resaltó la importancia del carácter colectivo de sus conclusiones. También subrayó que esas conclusiones tenían que interpretarse en el marco del estudio analítico ultimado por el Presidente, en el cual se basaban.

238. En las sesiones 2901.ª y 2902.ª de la Comisión, celebradas los días 27 y 28 de julio de 2006, el Presidente del Grupo de Estudio presentó el informe del Grupo de Estudio.

239. En sus sesiones 2902.ª, 2911.ª y 2912.ª, celebradas el 28 de julio y el 9 y el 10 de agosto de 2006, la Comisión examinó el informe del Grupo de Estudio (véase la sección D *infra*). La propuesta de un miembro de que se distinguiese entre la fragmentación positiva y la fragmentación negativa no fue aceptada por la Comisión. Tras un cambio de impresiones, la Comisión decidió, en su 2902.ª sesión, tomar nota de las conclusiones del Grupo de Estudio (véase la sección D.2 *infra*), y en su 2912.ª sesión las señaló a la atención de la Asamblea General. En su 2911.ª sesión, la Comisión pidió que, conforme a la práctica usual, el estudio analítico finalizado por el Presidente del Grupo de Estudio se publicase en el sitio web de la Comisión y, además, en su *Anuario*.

C. Homenaje al Grupo de Estudio y a su Presidente

240. En su 2911.ª sesión, el 9 de agosto de 2006, la Comisión aprobó por aclamación la siguiente resolución:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo tomado nota del informe y las conclusiones del Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional,

Expresa al Grupo de Estudio y a su Presidente, Sr. Martti Koskenniemi, su profundo agradecimiento y su calurosa felicitación por la extraordinaria contribución que han aportado a la preparación del informe sobre la fragmentación del derecho internacional y por los resultados conseguidos en la elaboración de las conclusiones, así como por el estudio que lo acompaña sobre la fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional, finalizado por el Presidente.

D. Informe del Grupo de Estudio

1. Antecedentes

241. En el último medio siglo, el alcance del derecho internacional ha aumentado de manera espectacular. De ser un instrumento dedicado a la reglamentación de la diplomacia formal, ha pasado a ocuparse de la mayoría de las formas de actividad internacional más diversas, desde el comercio hasta la protección del medio ambiente, desde los derechos humanos hasta la cooperación científica y tecnológica. Se han creado nuevos organismos multilaterales, de ámbito regional y universal, en las esferas del comercio, la cultura, la seguridad, el desarrollo, etc. Es difícil concebir actualmente un campo de actividad social que no esté sujeto a algún tipo de reglamentación jurídica internacional.

242. Ahora bien, esta expansión se ha producido sin coordinación, en el marco de determinadas agrupaciones regionales o funcionales de Estados. Se ha centrado la atención en la solución de problemas concretos en vez de en el establecimiento de una regulación normativa general similar a la legislación. Esto responde a lo que los sociólogos han denominado la «diferenciación funcional», la creciente especialización de partes de la sociedad y la consiguiente autonomización de esas partes. Es una conocida paradoja de la mundialización que, aunque ha dado lugar a una uniformización cada vez mayor de la vida social en todo el mundo, ha conducido también a su creciente fragmentación, es decir, a la aparición de esferas especializadas y relativamente autónomas de estructura y acción social.

243. La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.

244. Aunque no se puede poner en duda la realidad y la importancia de la fragmentación, las evaluaciones del fenómeno son diversas. Algunos tratadistas han criticado acerbamente lo que consideran como la erosión del derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable y la pérdida de la seguridad jurídica. Otros la han considerado primordialmente como un problema

técnico que ha surgido naturalmente con el aumento de la actividad jurídica internacional y que puede controlarse mediante la racionalización técnica y la coordinación[970]. Con objeto de valorar la relevancia del problema y, quizás, sugerir posibles maneras de hacerle frente, la Comisión creó en 2002 el Grupo de Estudio para que se ocupara de esta cuestión.

245. Al principio, la Comisión reconoció que la fragmentación planteaba problemas tanto institucionales como sustantivos. Los primeros tienen que ver con la jurisdicción y competencia de las distintas instituciones que aplican normas jurídicas internacionales, así como con las relaciones jerárquicas entre ellas. La Comisión decidió dejar de lado esta cuestión. Lo mejor es que el problema de las competencias institucionales sea resuelto por las propias instituciones. La Comisión, en cambio, ha deseado centrarse en la cuestión sustantiva: la división del derecho en «marcos» sumamente especializados que pretenden tener autonomía relativa tanto entre sí como respecto del derecho general. ¿Cuáles son los efectos sustantivos de esa especialización? ¿Cómo debe entenderse la relación entre esos «marcos»? Más concretamente, si las normas de dos o más regímenes entran en conflicto, ¿qué se puede hacer para resolver esos conflictos?

246. Como la mayoría de los tratadistas, la Comisión ha considerado que la cuestión tiene aspectos positivos y negativos, como lo prueba su reformulación del título del tema: «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional». Por una parte, la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorios e incompatibles. Por otra parte, refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la consiguiente diversificación de sus objetos y de sus técnicas. La fragmentación y diversificación explican el desarrollo y la expansión del derecho internacional en respuesta a las demandas de un mundo plural. Al mismo tiempo, a veces crean conflictos entre normas y regímenes de modo tal que pueden menoscabar su aplicación efectiva. Aunque la fragmentación puede suscitar problemas, éstos no son totalmente nuevos ni de tal naturaleza que no puedan resolverse mediante las técnicas que los juristas internacionales han utilizado para resolver los conflictos de normas que han surgido en el pasado.

247. La razón por la que la Comisión se ocupa de la fragmentación es que la aparición de tipos nuevos y especiales de derecho, los llamados «regímenes autónomos (*self-contained regimes*)», y de sistemas de tratados limitados geográfica o funcionalmente crea problemas de coherencia en el derecho internacional. Los nuevos tipos de derecho especializado no surgen accidentalmente sino que tratan de responder a nuevas necesidades técnicas y funcionales. La aparición del «derecho ambiental», por ejemplo, es una respuesta a la creciente preocupación por el estado del medio ambiente internacional. El «derecho mercantil» surge como instrumento para responder a las oportunidades creadas por las ventajas comparativas en las relaciones económicas internacionales. El «derecho de los derechos humanos» pretende proteger los intereses de las personas, y el «derecho penal internacional» da expresión jurídica a la «lucha contra la impunidad». Cada conjunto de normas o «régimen» llega con sus propios principios, su propia forma de conocimientos especializados y sus propios valores, que no coinciden necesariamente con los valores de la especialización vecina. Por ejemplo, el «derecho mercantil» y el «derecho ambiental» tienen objetivos sumamente específicos y se basan en principios que frecuentemente pueden apuntar en direcciones diferentes. El nuevo derecho, para ser eficiente, incluye a veces nuevos tipos de cláusulas convencionales o de prácticas que quizás no sean compatibles con el antiguo derecho general o con el derecho de otra rama especializada. Con mucha frecuencia surgen nuevas normas o regímenes precisamente a fin de apartarse de lo anteriormente dispuesto por el derecho general. Cuando esas desviaciones resultan generales y frecuentes, padece la unidad del derecho.

248. Es muy importante señalar que esas desviaciones no aparecen como «errores» tecnicojurídicos. Reflejan los diferentes propósitos y preferencias de los sujetos en una sociedad plural (mundial). Un derecho que no consiguiera reflejar las diferencias existentes entre intereses o valores que parecen pertinentes en situaciones o esferas problemáticas particulares parecería totalmente inaceptable. Ahora bien, si bien la fragmentación es una evolución «natural» (de hecho, el derecho internacional estuvo siempre relativamente «fragmentado» a causa de la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales que participaban en él), siempre ha habido también procesos compensatorios igualmente naturales que llevaban en dirección opuesta. Por ejemplo, el derecho internacional general se ha seguido desarrollando mediante la aplicación de la Convención de Viena de 1969, el derecho consuetudinario y «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». El hecho de que diversos tratados recojan normas de derecho internacional general y de que, a su vez, ciertas disposiciones de tratados pasen a formar parte del corpus del derecho internacional general es reflejo de la vitalidad y la sinergia del sistema y de la predisposición del derecho mismo a la coherencia.

---

[970] La «fragmentación» es un tema muy frecuente de las publicaciones y conferencias académicas en la actualidad. Entre los diversos estudios en los que se examina la diversificación de las fuentes de regulación internacional se pueden consultar, por ejemplo, E. Loquin y C. Kessedjian (coords.), *La mondialisation du droit*, París, Litec, 2000, y P. S. Berman (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2005. La actividad de las organizaciones tradicionales se examina en la obra de José E. Álvarez *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, 2005. También se presentan diferentes concepciones de la actividad normativa distinta de los tratados en R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlín, Springer, 2005, págs. 417 a 586, y R. D. Lipschutz y C. Fogel, «"Regulation for the rest of us?" Global civil society and the privatization of transnational regulation», en R. B. Hall y T. J. Biersteker, *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002, págs. 115 a 140. Véanse también «Symposium: The proliferation of international tribunals: piecing together the puzzle», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, n.º 4 (1999), págs. 679 a 933; A. Zimmermann y R. Hofman (eds.), con la colaboración de H. Goeters, *Unity and Diversity of International Law - Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther Schücking Institute of International Law, November 4-7, 2004*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, y K. Wellens y R. Huesa Vinaixa (coords.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruselas, Bruylant, 2006. Se hace un enérgico alegato a favor de la unidad en P. -M. Dupuy, «L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 297 (2002). Se puede ver más bibliografía en M. Koskenniemi y P. Leino, «Fragmentation of international law? Postmodern anxieties», *Leiden Journal of International Law*, vol. 15 (2002), págs. 553 a 579.

249. La justificación de los trabajos de la Comisión sobre la fragmentación radica en que, aunque la fragmentación sea inevitable, es deseable disponer de un marco para poder evaluarla y gestionarla de forma tecnicojurídica. La Convención de Viena de 1969 constituye ese marco. Un aspecto que une a prácticamente todos los nuevos regímenes (e indudablemente a todos los más importantes) es que esos regímenes basan su fuerza de obligar en el derecho de los tratados y que los sujetos interesados entienden que se rigen por ese derecho. Esto significa que la Convención de Viena constituye ya un marco unificador de esos fenómenos. Como órgano que en su momento preparó la Convención de Viena, la Comisión está en una situación privilegiada para analizar la fragmentación del derecho internacional desde ese punto de vista.

250. Para ello, el Grupo de Estudio de la Comisión consideró útil tener presente el acervo de técnicas que ofrece el derecho tradicional para hacer frente a las tensiones o conflictos entre normas y principios jurídicos. Lo común a esas técnicas es que tratan de establecer relaciones útiles entre esas normas y principios con objeto de determinar cómo deben aplicarse a un conflicto o controversia determinados. En las siguientes conclusiones se establecen algunos de los principios que se deben tener en cuenta para resolver los conflictos reales o potenciales entre normas y principios jurídicos.

2. Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio

251. Las conclusiones a que llegó el Grupo de Estudio en su labor son las siguientes:

a) *Generalidades*

1) *El derecho internacional como sistema jurídico*. El derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de éstos. Como sistema jurídico, el derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores.

2) En la aplicación del derecho internacional es necesario, a menudo, determinar la relación exacta existente entre dos o más normas y principios que son a un mismo tiempo válidos y aplicables con respecto a una situación[971]. A estos efectos, las relaciones pertinentes se dividen en dos tipos generales:

- *Relaciones de interpretación*. Son las que se dan cuando una norma ayuda a la interpretación de otra. Una norma puede contribuir a la interpretación de otra, por ejemplo como aplicación, aclaración, actualización o modificación de ésta. En tal situación, ambas normas se aplican conjuntamente.

- *Relaciones de conflicto*. Estas relaciones se producen cuando dos normas que son válidas y aplicables llevan a decisiones incompatibles, por lo que hay que escoger entre ellas. Las normas básicas relativas a la solución de conflictos normativos figuran en la Convención de Viena de 1969.

3) *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Cuando se quiere determinar la relación de dos o más normas entre sí, esas normas deben interpretarse de conformidad o por analogía con la Convención de Viena, y especialmente las disposiciones de sus artículos 31 a 33, referentes a la interpretación de los tratados.

4) *El principio de armonización*. Es un principio generalmente aceptado que, cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles.

b) *La máxima* lex specialis derogat legi generali

5) *Principio general*. La máxima *lex specialis derogat legi generali* es una técnica generalmente aceptada para la interpretación y la solución de conflictos en derecho internacional. Conforme a esta máxima, cuando dos o más normas tratan de una misma cuestión, se deberá dar precedencia a la que sea más específica. Este principio puede aplicarse en varios contextos: entre disposiciones de un mismo tratado, entre disposiciones de dos o más tratados, entre un tratado y una norma no establecida por un tratado, y entre dos normas no establecidas por un tratado[972]. La fuente de la norma (sea un tratado, la costumbre o un principio general del derecho) no es decisiva para la determinación de la norma más

[971] Que dos normas sean *válidas* con respecto a una situación significa que cada una de ellas regula los hechos en que consiste la situación. Que dos normas sean *aplicables* en una situación significa que tienen fuerza vinculante con respecto a los sujetos de derecho que se encuentran en la situación de que se trate.

[972] Por lo que respecta a la aplicación en relación con disposiciones de un mismo tratado, véanse *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI (n.º de venta: E/F.95.V.2), págs. 53 y ss., en particular págs. 99 y 100, párrs. 36, 38 y 39 (o bien *International LawReports*, vol. 52 (1979), págs. 97 y ss., en particular pág. 141); asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*, sentencia de 11 de julio de 2002, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, Parte I (2002 7), págs. 06367 y ss., en particular págs. 6398 y 6399, párrs. 35 y 36, y pág. 6404, párr. 59; *Brannigan et McBride* c. *Royaume-Uni*, sentencia de 26 de mayo de 1993, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 258 (1993), págs. 34 y ss., en particular pág. 57, párr. 76; *De Jong, Baljet et van den Brink*, sentencia de 22 de mayo de 1984, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ibíd., vol. 77 (1984), págs. 6 y ss., en particular pág. 27, párr. 60; *Murray* c. *Royaume-Uni*, sentencia de 28 de octubre de 1994, ibíd., vol. 300 (1995), en particular pág. 37, párr. 98; y *Nikolova* c. *Bulgarie*, sentencia de 25 de marzo de 1999, ídem., *Recueil des arrêts et décisions 1999-II*, , págs. 203 y ss., en particular pág. 225, párr. 69. En cuanto a la aplicación en relación con disposiciones de diferentes instrumentos, véase *Concessions Mavrommatis en Palestine* (nota 26 *supra*), pág. 31. En lo que concierne a la aplicación en relación con las disposiciones de un tratado y las normas de otro tipo de instrumento, véase *INA Corporation* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran*, caso n.º 161, 12 de agosto de 1985, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 8, pág. 373, en particular pág. 378. Por lo que atañe a la aplicación respecto de la costumbre particular y general, véase *Droit de passage sur territoire indien*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 6. En este asunto, la CIJ declaró que, «Cuando, por tanto, la Corte encuentra una práctica claramente establecida entre dos Estados que ha sido aceptada por las Partes como elemento que regula las relaciones entre ellas, la Corte debe atribuir un efecto decisivo a esa práctica al objeto de determinar sus derechos y obligaciones específicos. Esa práctica particular debe tener primacía sobre las normas generales» (pág. 44).

específica. Sin embargo, en la práctica los tratados surten a menudo efectos de ley especial en relación con el derecho consuetudinario pertinente y con los principios generales[973].

6) *Apreciación contextual*. La relación entre la norma de la ley especial y otras normas de interpretación o de solución de conflictos no puede determinarse de modo general. La consideración que deba prevalecer —es decir, el carácter especial o el momento de aparición de la norma— ha de decidirse según el contexto.

7) *Justificación del principio*. La precedencia de la ley especial sobre la ley general se justifica por el hecho de que la ley especial, al ser más concreta, suele tener más en cuenta que cualquier ley general aplicable las características particulares del contexto en el que debe aplicarse. Además, con frecuencia su aplicación puede llevar a un resultado más equitativo y a menudo puede reflejar mejor el propósito de los sujetos de derecho.

8) *Funciones de la ley especial*. La mayor parte del derecho internacional es dispositivo. Esto significa que la ley especial puede ser utilizada para aplicar, aclarar, actualizar o modificar la ley general, así como para dejarla sin efecto.

9) *Efecto de ley especial en la ley general*. Normalmente, la aplicación de la ley especial no extingue la ley general aplicable[974]. La ley general seguirá siendo válida y aplicable y, de conformidad con el principio de armonización recogido en la conclusión 4 *supra*, seguirá sirviendo de orientación para la interpretación y la aplicación de la ley especial pertinente y será plenamente aplicable en las situaciones no previstas en esta última[975].

10) *Tipos particulares de leyes generales*. Sin embargo, ciertos tipos de leyes generales[976] no pueden ser derogados por la ley especial. El *jus cogens* es expresamente no derogable, como se indica en las conclusiones 32, 33, 40 y 41 *infra*[977]. Además, existen otras consideraciones que pueden justificar la conclusión de que una ley general prevalecerá, en cuyo caso no será aplicable la presunción de la ley especial. Esas consideraciones son las siguientes:

- Que esa prevalencia pueda inferirse de la forma o la naturaleza de la ley general o de la intención de las partes, según corresponda;

- Que la aplicación de la ley especial pueda frustrar el propósito de la ley general;

- Que terceros beneficiarios puedan resultar afectados negativamente por la ley especial, y

- Que el equilibro de derechos y obligaciones establecido en la ley general resulte afectado negativamente por la ley especial.

c) *Regímenes especiales («autónomos»)*

11) *Regímenes especiales («autónomos»), como ley especial*. Un grupo de normas y principios relativos a una cuestión en particular puede constituir un régimen especial («régimen autónomo») y ser aplicable como ley especial. Con frecuencia, estos regímenes especiales tienen sus propias instituciones que aplican las normas pertinentes.

12) Pueden distinguirse tres tipos de regímenes especiales:

- En ocasiones, la vulneración de un conjunto determinado de normas (primarias) va acompañada de una serie especial de normas (secundarias) relativas a la infracción y a las reacciones a la infracción. Este es el principal supuesto previsto en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[978].

- En otras ocasiones, sin embargo, una serie de normas especiales constituye un régimen especial, compuesto de derechos y obligaciones, en relación con una cuestión especial. Esas normas pueden referirse a una zona

[973] En el asunto *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo (véase la nota 887 *supra*), la CIJ manifestó que: «En general, como las normas convencionales son *lex specialis*, no sería apropiado que un Estado entablara una reclamación fundada en una norma de derecho consuetudinario si, en virtud de un tratado, ya ha establecido arbitrios para el arreglo de esa reclamación» (pág. 137, párr. 274).

[974] Así, en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo (véase la nota 887 *supra*), la CIJ observó que «quedará claro que el derecho internacional consuetudinario sigue existiendo y siendo aplicable independientemente del derecho internacional de los tratados, aun cuando las dos categorías de derecho tengan idéntico contenido» (pág. 96, párr. 179).

[975] En *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1996*, pág. 226, la CIJ describió como sigue la relación entre el derecho relativo a la los derechos humanos y el derecho relativo a los conflictos armados: «la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto en lo que se refiere a la aplicación del artículo 4 del Pacto [...]. Ahora bien, para identificar el criterio que permita determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la *lex specialis* aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades. De ese modo, la cuestión de si una pérdida particular de vidas humanas, debido a la utilización en la guerra de un arma determinada, se debe considerar como privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto sólo puede decidirse por referencia al derecho aplicable a los conflictos armados y no es deducible de las disposiciones del Pacto mismas» (pág. 240, párr. 25).

[976] No existe una definición aceptada de «derecho internacional general». A los efectos de las presentes conclusiones, sin embargo, es suficiente definir qué es «general» haciendo referencia a su contrapartida lógica, a saber, qué es «especial». En la práctica, los juristas normalmente pueden hacer esa distinción teniendo en cuenta el contexto en que aparecen esos conceptos.

[977] En *Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, decisión definitiva, de 2 de julio de 2003, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII (n.º de venta: E/F.04.V.15), pág. 59, el tribunal observó que, «incluso en tal caso, [el Convenio OSPAR] debe dar precedencia al *jus cogens* entonces aplicable con el que la *lex specialis* de las partes puede ser incompatible» (pág. 87, párr. 84); para este asunto véase también *International Legal Reports*, vol. 126 (2005), pág. 364.

[978] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 149 y 150. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (véase la nota 190 *supra*), la CIJ señaló que «[e]n resumen, las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo que, por una parte, establece las obligaciones del Estado receptor en lo que respecta a los servicios, las prerrogativas y las inmunidades que se deben otorgar a las misiones diplomáticas y, por la otra, prevé la posibilidad de que los miembros de la misión puedan cometer abusos y establece los medios de que dispone el Estado receptor para contrarrestar ese tipo de abusos» (pág. 40, párr. 86).

geográfica (por ejemplo, un tratado sobre la protección de un río determinado) o a una cuestión sustantiva (por ejemplo, un tratado sobre la reglamentación de los usos de un arma particular). Estos regímenes especiales pueden surgir sobre la base de un solo tratado, de varios tratados, o de uno o varios tratados junto con hechos no derivados de tratados (práctica subsiguiente o derecho consuetudinario)[979].

- Por último, a veces todas las normas y principios que regulan un determinado sector problemático se agrupan para dar forma a un «régimen especial». Algunos de estos regímenes son el «derecho del mar», el «derecho humanitario», el «derecho relativo a los derechos humanos», el «derecho del medio ambiente», el «derecho mercantil», etc. A efectos de interpretación, estos regímenes pueden considerarse muchas veces como un todo.

13) *Efecto del carácter «especial» de un régimen*. La significación de un régimen especial estriba a menudo en la manera en que sus normas expresan un objeto y un fin únicos. Así pues, su interpretación y su aplicación deberían reflejar, en la medida de lo posible, ese objeto y ese fin.

14) *Relación entre los regímenes especiales y el derecho internacional general*. Un régimen especial puede prevalecer sobre la ley general en las mismas condiciones que la ley especial en general (véanse las conclusiones 8 y 10 *supra*).

15) *Función de la ley general en los regímenes especiales: colmar lagunas*. El alcance de las leyes especiales es, por definición, menos amplio que el de las leyes generales. Así pues, con frecuencia se plantea una cuestión que no está regulada por la ley especial en las instituciones encargadas de aplicarla. En tales casos, será aplicable la ley general correspondiente[980].

16) *Función de la ley general en los regímenes especiales: fallo de los regímenes especiales*. Puede ocurrir que los regímenes especiales o las instituciones creadas por ellos no funcionen del modo previsto. Se entenderá que ha habido un fallo del régimen especial cuando las leyes especiales no ofrezcan perspectivas razonables de alcanzar de modo adecuado los objetivos para los cuales fueron promulgadas. El fallo puede manifestarse, por ejemplo, en el hecho de que las instituciones del régimen no respondan a los objetivos que se les han asignado, de que una o varias de las partes incumplan habitualmente la ley, de que el régimen caiga en desuso o de que se retiren las partes que son indispensables para el régimen, entre otras causas. Sin embargo, el que un régimen haya fallado en este sentido es algo que debe decidirse, sobre todo, mediante la interpretación de sus instrumentos constitutivos. Si se ha producido un fallo, pasa a ser aplicable la ley general correspondiente.

d) *Apartado* c *del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*

17) *Integración sistémica*. El apartado c del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados define, dentro del marco de la Convención, un medio para la aplicación de las relaciones de interpretación (a las que se hace referencia en la conclusión 2 *supra*). Requiere que el intérprete de un tratado tenga en cuenta «toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes». Ese artículo es expresión del objetivo de la «integración sistémica», según la cual los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho.

18) *La interpretación como integración en el sistema*. La integración sistémica inspira toda interpretación de los tratados, y los demás aspectos pertinentes de ella se exponen en los otros párrafos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969. En esos párrafos se describe un proceso de razonamiento jurídico en el que determinados elementos tendrán mayor o menor relevancia según la naturaleza de las disposiciones del tratado en el contexto de la interpretación. En muchos casos, la cuestión de la interpretación podrá resolverse en el marco del propio tratado. El apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31 es aplicable cuando deban tenerse en cuenta en la interpretación fuentes materiales externas al tratado,

---

[979] Véase *Vapeur Wimbledon, 1923, C.P.J.I., série A, n.º 1*, donde se señala, con respecto a las disposiciones relativas al canal de Kiel en el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania de 1919 (Tratado de Versalles), que «esas normas difieren en más de una cuestión de las aplicables a los demás cursos de agua navegables internos del Imperio [Alemán] [...] el canal de Kiel está abierto a los buques de guerra y al tráfico de tránsito de todas las naciones que estén en paz con Alemania, mientras que el libre acceso a los demás cursos navegables de Alemania [...] está limitado exclusivamente a las Potencias Aliadas y Asociadas [...]. En consecuencia, las disposiciones del canal de Kiel son autónomas» (págs. 23 y 24).

[980] Así, en *Bankovic et autres* c. *Belgique et autres*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 52207/99, fallo de 12 de diciembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XII, el Tribunal examinó del modo siguiente la relación existente entre, por una parte, el Convenio europeo de derechos humanos y, por otra, el derecho internacional general: «El Tribunal recuerda que los principios subyacentes al Convenio no se pueden interpretar y aplicar en un vacío. El Tribunal también debe tener en cuenta todas las normas pertinentes del derecho internacional cuando examina cuestiones relativas a su competencia y, en consecuencia, determina la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios que rigen el derecho internacional, aunque debe tener presente la naturaleza especial del Convenio en su condición de tratado de derechos humanos. En la medida de lo posible, el Convenio se debe interpretar en armonía con otros principios de derecho internacional del que forma parte» (pág. 380, párr. 57).

De modo análogo, en *Corea-Medidas que afectan a la contratación pública*, informe del Grupo Especial (WT/DS163/R), de 1.º de mayo de 2000, el Órgano de Apelación de la OMC consideró del modo siguiente la relación existente entre los acuerdos de la OMC y el derecho internacional general: «Tenemos presente que en virtud del párrafo 2 del artículo 3 del ESD debemos tratar, en el contexto de cada diferencia en particular, de aclarar las disposiciones vigentes de los Acuerdos de la OMC de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Sin embargo, la relación entre los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional consuetudinario tiene mayor alcance. El derecho internacional consuetudinario se aplica en forma general a las relaciones económicas entre los miembros de la OMC, siempre que los Acuerdos de la OMC no se "aparten" de él. Para decirlo de otra forma, siempre que no exista conflicto o incompatibilidad, o una expresión en un Acuerdo de la OMC abarcado que implique otra cosa, opinamos que las normas consuetudinarias del derecho internacional son aplicables a los Tratados de la OMC y al proceso de elaboración de tratados en el marco de la OMC» (párr. 7.96).

por ejemplo otros tratados, normas consuetudinarias o principios generales del derecho[981].

19) *Aplicación de la integración sistémica*. Cuando un tratado funcione en el contexto de otros acuerdos, será aplicable como presunción, con aspectos tanto positivos como negativos, el objetivo de la integración sistémica:

a) se considera que las partes se remiten al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho en relación con todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa[982];

b) al asumir obligaciones en virtud de un tratado, las partes no se proponen actuar en contradicción con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos[983].

Desde luego, si se obtiene cualquier otro resultado empleando los métodos ordinarios de interpretación de los tratados, se deberá dar efecto a ese resultado, a menos que el principio pertinente forme parte del *jus cogens*.

20) *Aplicación de la costumbre y de los principios generales del derecho*. El derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho son particularmente importantes para la interpretación de un tratado, de conformidad con el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, especialmente cuando:

a) la disposición del tratado es confusa o ambigua;

b) los términos empleados en el tratado tienen un significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario o de conformidad con los principios generales del derecho;

c) el tratado no dice nada sobre la ley aplicable y es necesario que el intérprete, aplicando la presunción enunciada en el apartado *a* de la conclusión 19 *supra*, recurra a normas desarrolladas en otra parte del derecho internacional para resolver la cuestión.

21) *Aplicación de normas de otros tratados*. Conforme al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete deberá tener en cuenta otras normas convencionales para inferir un sentido coherente. Esas otras normas son especialmente importantes cuando las partes en el tratado que es objeto de interpretación son también partes en el otro tratado, cuando la norma del tratado se ha convertido en derecho internacional consuetudinario o expresa una norma de éste, o cuando esas normas demuestran la existencia de una coincidencia de pareceres de las partes con respecto al objeto y el fin del tratado que se interpreta o al sentido de un término determinado.

22) *Intertemporalidad*. El derecho internacional es un sistema jurídico dinámico. Un tratado puede indicar si, al aplicar el apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31, el intérprete debe remitirse únicamente a las normas de derecho internacional vigentes en el momento de la conclusión del tratado o si también puede tener en cuenta los cambios legislativos producidos ulteriormente. Además, el sentido de una disposición de un tratado puede también verse afectado por hechos posteriores, especialmente cuando esa evolución subsiguiente se produce en el derecho consuetudinario y en los principios generales del derecho[984].

23) *Conceptos abiertos o en evolución*. Podrán tenerse en cuenta normas de derecho internacional posteriores al tratado que haya de interpretarse, especialmente cuando los conceptos empleados en el tratado sean abiertos o estén evolucionando. Así ocurre, en particular, cuando *a*) el concepto implique que hayan de tenerse en cuenta novedades técnicas, económicas o jurídicas posteriores[985];

---

[981] En el asunto *Plates-formes pétrolières* (República Islámica del Irán *c*. Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 161, la Corte habló de las relaciones entre un tratado bilateral y el derecho internacional general haciendo referencia al apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31: «Además, de conformidad con las normas generales de interpretación de tratados enunciadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la interpretación habrá de tener en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes" (apartado *c* del párrafo 3 del artículo 31). La Corte no puede aceptar que hubiese voluntad de que el apartado *d* del párrafo 1 del artículo XX del Tratado de 1955 funcionase de modo totalmente independiente de las normas del derecho internacional […]. Así pues, la aplicación de las normas del derecho internacional relativas a esta cuestión forma parte integral de la labor de interpretación encomendada a la Corte en [...] el Tratado de 1955» (pág. 182, párr. 41).

[982] Asunto *Pinson*, Comisión Mixta de Reclamaciones Franco-mexicana, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, pág. 422. Se observó que las partes deben remitirse a los principios generales del derecho internacional en relación con las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa o de modo diferente.

[983] En *Droit de passage sur territoire indien*, objeciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 125, la Corte declaró: «Es norma de interpretación que un texto procedente de un gobierno, en principio, debe ser interpretado en el sentido de que produce y pretende producir efectos conformes con el derecho vigente y no en violación del mismo» (pág. 142).

[984] La norma tradicional fue formulada por el magistrado Huber en la causa *Île de Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 829, en el contexto de las reclamaciones territoriales: «Un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia […]. El mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige que la existencia del derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación» (pág. 845).

[985] En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*) la Corte observó: «Al introducir en el tratado estas disposiciones evolutivas, las partes reconocieron la eventual necesidad de adaptar el proyecto. Por consiguiente, el Tratado no es estático y puede adaptarse a las nuevas normas del derecho internacional. Por medio de los artículos 15 y 19 se pueden incorporar nuevas normas medioambientales al Plan Contractual Conjunto» (págs. 67 y 68, párr. 112).

En la sentencia arbitral del asunto *Chemin de fer dit Iron Rhine ("Ijzeren Rijn")* (Bélgica/Países Bajos), de 24 de mayo de 2005 (Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVII (n.º de venta: 06.V.8), pág. 35), la cuestión que se planteaba no era un término conceptual o genérico sino un avance técnico relativo al funcionamiento y la capacidad de un ferrocarril. Se utilizó una interpretación evolutiva para asegurar la aplicación efectiva del tratado desde el punto de vista de su objeto y fin. El Tribunal observó que: «El objeto y fin del Tratado de Separación era resolver los numerosos problemas complejos que dificultaban una separación estable de Bélgica y los Países Bajos: las disposiciones del artículo XII establecían vínculos de transporte desde Bélgica a Alemania, a través de una ruta establecida por el Tratado sobre Fronteras de 1842. Ese objeto no tenía una duración determinada y su fin eran las "comunicaciones comerciales". De ello se deduce necesariamente, incluso en ausencia de un texto específico al respecto, que los trabajos que iban del restablecimiento de las líneas al logro de su funcionalidad anterior, que pudieran hacerse de tiempo en tiempo necesarios o convenientes para adaptarse al comercio moderno, serían una exigencia concomitante del derecho de tránsito que Bélgica

b) el concepto comporta la obligación de un ulterior desarrollo progresivo por las partes, o *c*) el concepto es muy general o se expresa en términos tan generales que debe tenerse en cuenta la evolución de las circunstancias[986].

e) *Conflictos entre normas sucesivas*

24) *Lex posterior derogat legi priori*. Conforme al párrafo 3 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969, cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Esta norma es expresión del principio según el cual «la ley posterior deroga la ley anterior».

25) *Límites del principio de la ley posterior*. Sin embargo, la aplicabilidad del principio de la ley posterior es limitada. Por ejemplo, no podrá aplicarse automáticamente cuando las partes en el tratado posterior no sean idénticas a las partes en el tratado anterior. En esos casos, conforme al párrafo 4 del artículo 30 de la Convención de Viena de 1969, el Estado que sea parte en dos tratados incompatibles está obligado para con las partes en ambos tratados por separado. Si no puede cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de ambos tratados, corre el riesgo de ser responsable de la conculcación de uno de ellos, a menos que las partes afectadas acuerden otra cosa al respecto. En tal caso, podría ser aplicable también el artículo 60 de la Convención. No puede resolverse con una norma general la cuestión de cuál de los tratados incompatibles debe aplicarse ni la cuestión de cuál de ellos es aquél cuya violación debe hacer que el Estado de que se trate incurra en responsabilidad[987]. En las conclusiones 26 y 27 *infra* se hacen consideraciones que podrían ser tenidas en cuenta en esa situación.

26) *Distinción entre las disposiciones de tratados que pertenecen al mismo «régimen» y las disposiciones de distintos «regímenes»*. El principio de la ley posterior es aplicable sobre todo para resolver conflictos o duplicaciones entre normas que forman parte de tratados institucionalmente conexos o que tienen por objeto alcanzar objetivos análogos (es decir, que forman parte del mismo régimen). Si hay conflicto o superposición de tratados de distintos regímenes, la determinación de cuál de ellos es posterior no entrañará necesariamente ninguna presunción de prioridad entre ellos. En cambio, los Estados vinculados por obligaciones dimanantes de tratados deberán intentar cumplirlas en la medida de lo posible mediante transacciones mutuas y de acuerdo con el principio de la armonización. Sin embargo, ello no redundará en detrimento de los derechos sustantivos de las partes en los tratados o de terceros beneficiarios.

27) *Tipos particulares de tratados o de disposiciones de tratados*. La presunción de que prevalece la ley posterior puede no ser aplicable cuando haya sido otra la intención de las partes, intención que puede inferirse de la naturaleza de las disposiciones o de los instrumentos pertinentes, o de su objeto y su fin. Las limitaciones expuestas en la conclusión 10 con respecto a la presunción relativa a la ley especial pueden también ser aplicables a la ley posterior.

28) *Solución de conflictos dentro de los regímenes y entre ellos*. Los conflictos entre Estados que guarden relación con disposiciones convencionales incompatibles entre sí deberán resolverse normalmente mediante negociaciones entre las partes en los tratados pertinentes. Sin embargo, si no se puede llegar a una solución negociada, se debería poder recurrir, cuando proceda, a otros medios disponibles para la solución de conflictos. La incompatibilidad, cuando se refiera a disposiciones de un mismo régimen (según se define éste en la conclusión 26 *supra*), podrá resolverse aplicando el mecanismo específico del régimen. En cambio, cuando la incompatibilidad se refiera a disposiciones de tratados que no pertenezcan al mismo régimen, se debería prestar especial atención a la independencia del órgano elegido para la solución del conflicto.

29) *Acuerdos* inter se. La celebración de acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (acuerdos *inter se*) está regulada por el artículo 41 de la Convención de Viena de 1969. Esos acuerdos son una técnica empleada a menudo para lograr una aplicación más eficaz del tratado original entre un pequeño número de partes en él que estén dispuestas a adoptar medidas más eficaces y de mayor alcance para la

pudiera solicitar. De ese modo, la totalidad del artículo XII, con su cuidadoso equilibrio de derechos y obligaciones de las partes, sigue siendo aplicable en principio a la adaptación y modernización solicitadas por Bélgica» (pág. 74, párr. 83).

[986] Véase *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* (nota 51 *supra*). La Corte afirmó que el concepto de «misión sagrada» estaba, por definición, sujeto a evolución, y que «se debe considerar por tanto que las partes en el Pacto han aceptado ese hecho. Es por esto que, aun teniendo presentes las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo que ha transcurrido desde entonces, y su interpretación no puede no quedar afectada por la transformación que se ha producido en el derecho con posterioridad a aquella fecha, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la evolución del derecho internacional consuetudinario. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco de la totalidad del régimen jurídico vigente en el momento de la interpretación» (pág. 31, párr. 53).

En el asunto *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (véase la nota 363 *supra*), la CIJ señaló que: «[L]a Corte desea señalar que las recientes normas del derecho ambiental son pertinentes a la hora de aplicar el Tratado, y que las partes podrían, de mutuo acuerdo, incorporarlas [al] Tratado. Estos artículos no contienen obligaciones de hacer, sino que requieren a las partes que, en cumplimiento de sus obligaciones de velar por que la calidad del agua del Danubio no se degrade y por que la naturaleza esté protegida, tengan en consideración las nuevas normas ambientales al convenir los medios que han de especificarse en el Plan Contractual Conjunto » (pág. 67, párr. 112).

[987] Es escasa la jurisprudencia relativa a los conflictos entre normas sucesivas. Sin embargo, se produjo una situación de conflicto a ese respecto en el contexto de un tratado en el asunto *Slivenko* c. *Lettonie*, demanda n.º 48321/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, decisión sobre la admisibilidad de 23 de enero de 2002, *Recueil des arrêts et décisions, 2002-II*, pág. 493, en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que no se podía invocar un tratado bilateral anterior entre Letonia y Rusia para limitar la aplicación del Convenio europeo de derechos humanos: «Como se desprende del texto del párrafo 1 del artículo 57 del [Convenio europeo de derechos humanos], leído en conjunción con el artículo 1, la ratificación del Convenio por un Estado presupone que todo derecho vigente en su territorio debe estar en consonancia con el Convenio […]. A juicio del Tribunal, los mismos principios deben aplicarse a cualquiera de las disposiciones de tratados internacionales que un Estado contratante haya concluido antes de la ratificación del Convenio y que puedan diferir de algunas de sus disposiciones» (págs. 509 y 510, párrs. 60 y 61).

consecución del objeto y el fin del tratado original. Podrán celebrarse acuerdos *inter se* si ello está previsto o no está prohibido expresamente en el tratado original, siempre que el acuerdo «i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto» (apartado *b* del párrafo 1 del artículo 41 de la Convención de Viena de 1969).

30) *Cláusulas relativas a conflictos de normas*. Cuando los Estados concierten tratados que puedan estar en conflicto con otros tratados, deberían tratar de definir la relación entre esos tratados adoptando en los propios tratados las cláusulas apropiadas sobre conflictos. Al adoptar esas cláusulas, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

a) que no afecten a los derechos de terceros;

b) que sean lo más claras y específicas posible; en particular, deberán referirse a disposiciones específicas del tratado y no deberán menoscabar el objeto y el fin del tratado;

c) que estén vinculadas, según proceda, a mecanismos apropiados de solución de conflictos.

f) *La jerarquía normativa en el derecho internacional: el* jus cogens*, las obligaciones* erga omnes *y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*

31) *Relaciones jerárquicas entre las normas de derecho internacional*. No existe ninguna relación jerárquica entre las principales fuentes de derecho internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho, como se indica en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia)[988]. Generalmente, no es procedente hacer analogías con las jerarquías vigentes en los ordenamientos jurídicos nacionales, a causa de las diferencias existentes entre esos ordenamientos y el derecho internacional. Sin embargo, algunas normas de derecho internacional son más importantes que otras y por ello gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional. Algunas veces se expresa esto calificando algunas normas de «fundamentales», de reflejo de «consideraciones elementales de humanidad»[989] o de «principios inquebrantables del derecho internacional consuetudinario»[990]. El efecto que esas designaciones pueden tener suele depender del contexto o del instrumento en el que aparezca esa designación.

32) *Relación jerárquica reconocida por el fondo de las normas:* jus cogens. Una norma de derecho internacional puede ser superior a otras por la importancia de su contenido y por la aceptación universal de su superioridad. Así ocurre con las normas imperativas de derecho internacional (*jus cogens*, artículo 53 de la Convención de Viena de 1969), es decir, toda norma «aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario»[991].

33) *Contenido del* jus cogens. Los ejemplos de normas de *jus cogens* citados con mayor frecuencia son las que prohíben la agresión, la esclavitud, la trata de esclavos, el genocidio, la discriminación racial, el a*partheid* y la tortura, así como las normas básicas de derecho internacional humanitario aplicables en conflictos armados, y el derecho a la libre determinación[992]. Otras normas también pueden tener el carácter de *jus cogens* en la medida en que sean aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario.

34) *Relación jerárquica reconocida en virtud de una disposición de un tratado: Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*. Una norma de derecho internacional también puede ser superior a otras normas en virtud de una disposición de un tratado. Así ocurre con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud del cual «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta».

35) *Ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*. El ámbito de aplicación del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad[993]. Teniendo en cuenta el carácter de algunas disposiciones de la Carta, el carácter constitucional de la Carta y la práctica establecida de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, las obligaciones de la Carta pueden prevalecer también sobre las normas del derecho internacional consuetudinario que sean incompatibles con ellas.

36) *Rango de la Carta de las Naciones Unidas*. También se reconoce que la propia Carta de las Naciones Unidas tiene un carácter especial a causa de la naturaleza

---

[988] Además, en el apartado *d* del párrafo 1 del Artículo 38 se mencionan «las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho».

[989] *Détroit de Corfou* (véase la nota 197 *supra*), pág. 22.

[990] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (véase la nota 975 *supra*), pág. 257, párr. 79.

[991] Artículo 53 de la Convención de Viena de 1969: «Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

[992] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, págs. 120 y 121 (comentario al artículo 40 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, párrs. 4 a 6). Véase también ibíd., págs. 90 y 91 (comentario al artículo 26, párr.5). Véase asimismo *Actividades armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (nota 637 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 64.

[993] Véanse *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Jamahiriya Árabe Libia *c*. Estados Unidos de América), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 114, en particular pág. 126, párr. 42, y (Jamahiriya Árabe Libia *c*. Reino Unido), medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, ibíd., pág. 3, en particular pág. 15, párrs. 39 y 40.

fundamental de algunas de sus normas, en particular sus Propósitos y Principios y su aceptación universal[994].

37) *Normas en que se establecen obligaciones para con la comunidad internacional en su conjunto: obligaciones* erga omnes. Algunas normas gozan de un rango especial a causa de su ámbito de aplicación universal. Así ocurre con las obligaciones *erga omnes*, es decir, las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto. Esas normas son aplicables a todos los Estados, y se puede considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de los derechos de que se trata[995]. Todo Estado puede invocar la responsabilidad del Estado que vulnere esas normas[996].

38) *Relación entre las normas de* jus cogens *y las obligaciones* erga omnes. Se reconoce que, mientras que todas las obligaciones establecidas por normas de *jus cogens*, mencionadas en la conclusión 33 *supra*, tienen también el carácter de obligaciones *erga omnes*, lo contrario no siempre es cierto[997]. No todas las obligaciones *erga omnes* son establecidas por normas imperativas de derecho internacional general. Este es el caso, por ejemplo, de determinadas obligaciones basadas en los «principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana»[998], así como de algunas obligaciones relativas a espacios públicos internacionales[999].

39) *Distintos enfoques del concepto de obligaciones* erga omnes. El concepto de obligaciones *erga omnes* se ha utilizado también para referirse a las obligaciones que un tratado impone a un Estado para con todos los demás Estados partes (obligaciones *erga omnes partes*)[1000] o para con Estados no partes en cuanto terceros beneficiarios. Además, las cuestiones relativas al régimen jurídico de territorios se han tratado a menudo en términos *erga omnes*, refiriéndose a su oponibilidad a todos los Estados[1001]. Así, se ha dicho que los tratados sobre fronteras y territorios «representan una realidad jurídica que necesariamente afecta a terceros Estados, porque tienen efecto *erga omnes*»[1002].

40) *Relación entre el* jus cogens *y las obligaciones establecidas en la Carta de las Naciones Unidas*. La Carta de las Naciones Unidas ha sido aceptada universalmente por los Estados, por lo que resulta difícil imaginar un conflicto entre normas de *jus cogens* y obligaciones impuestas por la Carta. En cualquier caso, según el párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas, que comprenden normas que han sido posteriormente tratadas como *jus cogens*.

41) *Funcionamiento y efectos en caso de conflicto entre normas de* jus cogens *y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas*:

a) la norma que entre en conflicto con una norma de *jus cogens* quedará por esa razón anulada *ipso facto*;

---

[994] Véase el párrafo 6 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

[995] En palabras de la CIJ, «debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones del Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas respecto de otro Estado en la esfera de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos involucrados, puede considerase que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones *erga omnes*» (*Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), pág. 32, párr. 33). O, según la definición del Instituto de Derecho Internacional, una obligación *erga omnes* es «[u]na obligación, establecida por el derecho internacional general, que un Estado tiene en cualquier caso determinado con respecto a la comunidad internacional, habida cuenta de sus valores comunes y de su preocupación por la observancia de los mismos, de forma que una violación de esa obligación permite a todos los Estados adoptar medidas» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, período de sesiones de Cracovia (2005), vol. 71-II (2006), pág. 286, resolución I («Obligations *erga omnes* in International Law»), art. 1 *a*).

[996] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y corrección, pág. 134 (apartado *b* del párrafo 1 del artículo 48 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos). Aquí se incluiría el artículo 1 común al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); al Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II); al Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III) y al Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), todos ellos de 12 de agosto de 1949.

[997] Según la CIJ, «[e]sas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección han entrado en el cuerpo del derecho internacional general [...] otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal» (*Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), pág. 32, párr. 34). Véase también *Timor oriental* (Portugal *c*. Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90, especialmente pág. 102, párr. 29. Véase asimismo *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (nota 950 *supra*), págs. 199 y 200, párrs. 155 y 159 (donde se incluyen como obligaciones *erga omnes* «determinadas obligaciones del derecho internacional humanitario», así como el derecho a la libre determinación). En cuanto a la prohibición del genocidio como obligación *erga omnes*, véanse *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnia y Herzegovina *c*. Yugoslavia) (nota 904 *supra*), págs. 615 y 616, párr. 31, y *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nueva demanda: 2002) (nota 637 *supra*), págs. 31 y 32, párr. 64. En el asunto *Furundzija* se definió la prohibición de la tortura como norma perentoria y como obligación *erga omnes*; véase *Prosecutor* v. *Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, caso n.º IT-95-17/1, Trial Chamber II, *International Law Reports*, vol. 121 (2002), pág. 260, párr. 151.

[998] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo (nota 35 *supra*), pág. 32, párr. 34.

[999] Son ejemplos de esas obligaciones las establecidas por el artículo I del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y el artículo 136 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[1000] Véase *Annuaire de l'Institut de droit international* (nota 995 *supra*), resolución I, art. 1 *b*.

[1001] «En mi opinión, cuando existe un título sobre una zona de jurisdicción marítima, ya sea una plataforma continental o (*arguendo*) una zona pesquera, existe *erga omnes*, es decir que es oponible en derecho internacional a todos los Estados» (voto particular concurrente del magistrado Oda, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, fallo, *C.I.J. Recueil 1993*, pág. 38, en pág. 100, párr. 40). Véase también el voto particular concurrente del magistrado De Castro en el asunto *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* (nota 51 *supra*): «el régimen jurídico —como los *jura in re* con los que a veces se confunde— tiene efectividad *inter omnes* y *erga omnes*» (pág. 177). Véase asimismo el voto discrepante del magistrado Skubiszewski en el asunto *Timor oriental* (nota 997 *supra*), especialmente pág. 248, párrs. 78 y 79.

[1002] *Government of the State of Eritrea* v. *The Government of the Republic of Yemen (Phase one: Territorial sovereignty and scope of the dispute)*, Tribunal de Arbitraje, 9 de octubre de 1998, *International Law Reports*, vol. 114 (1999), pág. 1, en pág. 48, párr. 153.

b) la norma que entre en conflicto con el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas será inaplicable como resultado de ese conflicto y en toda la amplitud de ese conflicto.

42) *La jerarquía y el principio de armonización*. Los conflictos entre normas de derecho internacional deberán resolverse aplicando el principio de armonización, como se indica en la conclusión 4 *supra*. En caso de conflicto entre una de las normas jerárquicamente superiores mencionadas en esta sección y otra norma de derecho internacional, esta última deberá interpretarse, en la medida de lo posible, de manera compatible con la primera. De no ser ello posible, prevalecerá la norma superior.

Capítulo XIII

OTRAS DECISIONES Y CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN

A. Expulsión de extranjeros

252. La Comisión tuvo ante sí el segundo informe del Relator Especial para el tema, Sr. Maurice Kamto (A/CN.4/573), y un memorando preparado por la Secretaría (A/CN.4/565 y Corr.1). La Comisión decidió examinar el informe en su próximo período de sesiones, en 2007.

B. Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación

253. En su 2899.ª sesión, celebrada el 25 de julio de 2006, la Comisión estableció un Grupo de Planificación para el actual período de sesiones[1003].

254. El Grupo de Planificación celebró tres sesiones. Tuvo ante sí la sección I del resumen por temas, preparado por la Secretaría, de los debates habidos en la Sexta Comisión de la Asamblea General durante su sexagésimo período de sesiones, titulada «Otras decisiones y conclusiones de la Comisión» (A/CN.4/560), y la resolución 60/22 de la Asamblea General, en particular sus párrafos 6, 7, 8, 13 y 16, relativa al informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57.º período de sesiones. También tuvo ante sí el proyecto de marco estratégico para el período 2008-2009; Programa 6: Asuntos jurídicos, Subprograma 3 (Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional), del que tomó nota.

255. En su 2907.ª sesión, celebrada el 7 de agosto de 2006, la Comisión tomó nota del informe del Grupo de Planificación.

1. Programa de trabajo a largo plazo

256. El Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo, establecido por el Grupo de Planificación en el 54.º período de sesiones de la Comisión (2002), con el Sr. Alain Pellet como Presidente, volvió a constituirse en el actual período de sesiones[1004]. El Grupo de Trabajo presentó su informe al Grupo de Planificación el 27 de julio de 2006. De conformidad con la práctica establecida, se había pedido al Grupo de Trabajo que presentara un informe al final del quinquenio, en el 58º período de sesiones (2006) de la Comisión. El Grupo de Trabajo examinó durante el quinquenio diversos temas y pidió a sus miembros, a los demás miembros de la Comisión y a la Secretaría que preparasen anteproyectos sobre esos temas. Para la elección de los temas, el Grupo de Trabajo se guió por los criterios que había recomendado la Comisión en su 49.º período de sesiones (1997):

a) el tema debía reflejar las necesidades de los Estados en materia de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional;

b) el tema debía encontrarse en una etapa suficientemente avanzada desde el punto de vista de la práctica de los Estados para permitir el desarrollo progresivo y la codificación;

c) el tema debía ser concreto y viable para el desarrollo progresivo y la codificación;

[y]

[...] la Comisión no debería limitarse a los temas tradicionales sino que podría examinar también temas que reflejaran las nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y las preocupaciones urgentes de la comunidad internacional[1005].

257. Teniendo en cuenta esos criterios, durante el presente quinquenio el Grupo de Trabajo ha recomendado y la Comisión ha respaldado la inclusión de los siguientes temas en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión:

a) la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*);

b) inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado;

c) inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales;

d) protección de las personas en casos de desastre;

e) protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información, y

f) jurisdicción extraterritorial.

258. Las sinopsis de los temas cuya inclusión en el programa de trabajo a largo plazo se ha recomendado figuran, excepto en lo que concierne a «la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)», en los anexos al presente informe. En lo que se refiere al tema «la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut*

[1003] Por lo que respecta a la composición del Grupo de Planificación, véase el párrafo 6 *supra.*

[1004] Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 521. Por lo que respecta a la composición del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 10 *supra*.

[1005] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 72 y 73, párr. 238.

judicare)», se recordará que, durante el 56.º período de sesiones de la Comisión (2004), se presentó un informe provisional, junto con una sinopsis de la materia, y se recomendó que se incluyera el tema en el programa de trabajo a largo plazo[1006]. En el mismo período de sesiones, la Comisión acordó incluir este tema en su programa de trabajo a largo plazo[1007].

259. En cuanto al tema «La cláusula de la nación más favorecida», sobre el que el Grupo de Planificación no formuló ninguna recomendación definitiva, la Comisión decidió que se solicitara la opinión de los gobiernos en cuanto a la utilidad de que la Comisión prosiguiera sus trabajos sobre ese tema (véase *supra* capítulo III, párr. 33)[1008].

260. La lista refundida incluida en el programa de trabajo a largo plazo desde el 44.º período de sesiones de la Comisión (1992) es la siguiente[1009]:

a) la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados[1010];

b) la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas[1011];

c) protección diplomática[1012];

d) la propiedad y protección de los pecios más allá de los límites de la jurisdicción marítima nacional[1013];

e) actos unilaterales de los Estados[1014];

f) responsabilidad de las organizaciones internacionales[1015];

g) recursos naturales compartidos de los Estados[1016];

h) riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional[1017];

i) efectos de los conflictos armados en los tratados[1018];

j) expulsión de extranjeros[1019];

k) la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*)[1020];

l) inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado[1021];

m) inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales[1022];

n) protección de las personas en casos de desastre[1023];

o) la protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información[1024], y

p) jurisdicción extraterritorial[1025].

[1006] *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 362 y anexo.

[1007] Ibíd., párr. 363.

[1008] La Comisión incluyó el tema «La cláusula de la nación más favorecida» en su programa de trabajo en su 20.º período de sesiones, en 1967 (*Anuario... 1967*, vol. II, pág. 384, párr. 48) y nombró sucesivamente Relatores Especiales al Sr. Endre Ustor (ibíd.) y al Sr. Nikolai Ushakov (*Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 125, párr. 77). La Comisión completó la segunda lectura del tema en su 30.º período de sesiones, en 1978 (*Anuario... 1978*, vol. II, (segunda parte), págs. 17 a 72, párr. 74). En sus períodos de sesiones trigésimo quinto, trigésimo sexto, trigésimo octavo, cuadragésimo y cuadragésimo tercero (1980, 1981, 1983, 1985 y 1988), la Asamblea General pidió a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales que hicieran observaciones sobre el proyecto de artículos propuesto por la Comisión. En su cuadragésimo sexto período de sesiones (1991), la Asamblea General, en su decisión 46/416, de 9 de diciembre de 1991, tomó nota con reconocimiento de la labor realizada por la Comisión, así como de las observaciones y comentarios de los gobiernos y de las organizaciones intergubernamentales, y decidió señalar el proyecto de artículos a la atención de los Estados Miembros y de las organizaciones intergubernamentales para que lo tuvieran en cuenta en los casos y en la medida en que lo estimasen necesario.

[1009] Para dar un panorama general de los principales campos del derecho internacional público, la Comisión, en su 48.º período de sesiones (1996), elaboró un plan general de temas clasificados en 13 campos principales. La lista no pretendía ser exhaustiva sino servir como referencia general. Se puede ver esa lista en *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), anexo II.

[1010] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párr. 427. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 45.º período de sesiones (1993), ibíd., párr. 440. Véase también la resolución 48/31 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993. El título se modificó posteriormente para que dijera «Las reservas a los tratados», *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), párr. 487 *a*.

[1011] *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), párr. 427. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 45.º período de sesiones (1993), ibíd., párr. 440. Véase también la resolución 48/31 de la Asamblea General. El título se modificó posteriormente para que dijera «La nacionalidad en relación con la sucesión de Estados», *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 83. Véase también la resolución 51/160 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1996.

[1012] *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), párr. 501. En cumplimiento de la resolución 51/160 de la Asamblea General, la Comisión incluyó este tema en su programa en el 49.º período de sesiones (1997), *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 169 a 171.

[1013] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), párr. 248.

[1014] Ibíd. En cumplimiento de la resolución 51/160 de la Asamblea General, la Comisión incluyó este tema en su programa en el 49.º período de sesiones (1997), *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 191 a 194.

[1015] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 54.º período de sesiones (2002), *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 517 *b*.

[1016] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 54.º período de sesiones (2002), *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 518 *a*.

[1017] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 54.º período de sesiones (2002), *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 518 *b*. El título se modificó posteriormente para que dijera «Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional», ibíd., párr. 494.

[1018] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 56.º período de sesiones (2004), *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 364.

[1019] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 729. La Comisión incluyó este tema en su programa en el 56.º período de sesiones (2004), *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 364.

[1020] Ibíd., párrs. 362 y 363 y anexo.

[1021] Véanse el párrafo 257 *supra* y el anexo I *infra*.

[1022] Ibíd. y anexo II *infra*.

[1023] Ibíd. y anexo III *infra*. Se recordará que el Sr. M. Kamto preparó una propuesta titulada «La protección internacional de las personas en situaciones críticas» (2004) para que fuera examinada por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. Puede consultarse una copia en los archivos de la División de Codificación.

[1024] Véanse el párrafo 257 *supra* y el anexo IV *infra*.

[1025] Ibíd. y anexo V *infra*. Se recordará que el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao preparó una propuesta titulada «Aplicación extraterritorial de la legislación nacional» (1993) para que fuera examinada por el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo. Puede consultarse una copia en la División de Codificación.

261. La Comisión expresó su reconocimiento a la División de Codificación por la valiosa asistencia que le había prestado en relación con las propuestas sobre «Protección de las personas en casos de desastre», «La protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información», «Jurisdicción extraterritorial» y «La aquiescencia y sus efectos sobre los derechos y obligaciones jurídicos de los Estados», preparadas a petición del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo y para que éste las examinara.

2. Documentación y publicaciones

262. La Comisión examinó la cuestión de la presentación puntual de los informes de los Relatores Especiales. Teniendo en cuenta las normas y reglamentos relativos a la presentación de documentos en las Naciones Unidas, así como el gran volumen de trabajo de los servicios pertinentes de la Organización, la Comisión hizo hincapié una vez más en la importancia que atribuía a la presentación puntual de los informes de los Relatores Especiales, a fin de que pudieran ser tramitados y distribuidos con suficiente antelación para que sus miembros pudiesen estudiarlos.

263. La Comisión reiteró la importancia de proporcionar y distribuir todos los datos sobre la práctica de los Estados y otras fuentes de derecho internacional que fueran de interés para el desempeño de la función de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional de la Comisión. Aunque es consciente de las ventajas de la mayor concisión posible, la Comisión cree firmemente que no se puede imponer *a priori* ninguna limitación a la extensión de su documentación y de sus proyectos de investigación, en particular los informes de los Relatores Especiales.

264. La Comisión expresó su reconocimiento por la valiosa asistencia de la División de Codificación en relación con la prestación de servicios sustantivos a la Comisión y la preparación de proyectos de investigación, mediante la aportación y el análisis de documentación jurídica. En particular, expresó su agradecimiento por la amplia labor de investigación reflejada en el memorando de la Secretaría sobre la «Expulsión de extranjeros».

265. La Comisión pidió a la Secretaría que le proporcionara información sobre las publicaciones relacionadas con sus trabajos.

266. Teniendo en cuenta la utilidad de la publicación *La Comisión de Derecho Internacional y su obra* y el hecho de que la sexta edición se había publicado en 2004, la Comisión pidió a la División de Codificación que preparase la séptima edición de esa publicación.

267. La Comisión expresó su reconocimiento por los resultados de los trabajos realizados por la Secretaría para crear el nuevo sitio web de la Comisión[1026]. El nuevo sitio web constituye un recurso inestimable para la Comisión en el desempeño de su función, así como un instrumento informativo para investigar sobre sus trabajos, y contribuye de ese modo a reforzar en general la enseñanza, el estudio, la divulgación y una mayor valoración del derecho internacional. La Comisión alentó a la Secretaría a que siguiera desarrollando la base electrónica de datos sobre la labor de la Comisión, incluido el nuevo sitio web de la Comisión, y a que estudiase otras posibilidades de divulgación electrónica.

3. Reunión con expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas

268. Conforme al párrafo 1 del artículo 25 de su estatuto[1027], la Comisión recomendó que la Secretaría, en consulta con el Relator Especial encargado del tema de las reservas a los tratados, organizara en el 59.º período de sesiones de la Comisión una reunión con expertos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular representantes de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, para celebrar un debate sobre las cuestiones relativas a las reservas a los tratados de derechos humanos.

4. Honorarios

269. La Comisión reiteró una vez más su opinión, expresada en anteriores informes[1028], sobre la cuestión de los honorarios, planteada como resultado de la aprobación de la resolución 56/272, de 27 de marzo de 2002, por la Asamblea General. La Comisión subrayó una vez más que esa resolución afecta especialmente a los Relatores Especiales, en particular los procedentes de países en desarrollo, ya que compromete el apoyo a sus trabajos de investigación. La Comisión insta a la Asamblea General a que reconsidere este asunto, con miras a restablecer, en la fase actual, los honorarios de los Relatores Especiales.

C. Fecha y lugar de celebración del 59.º período de sesiones de la Comisión

270. La Comisión decidió que el 59.º período de sesiones de la Comisión se celebrara en Ginebra del 7 de mayo al 8 de junio y del 9 de julio al 10 de agosto de 2007.

D. Cooperación con otros organismos

271. En su 2899.ª sesión, el 25 de julio de 2006, la jueza Rosalyn Higgins, Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, hizo uso de la palabra e informó a la Comisión sobre las actividades recientes de la Corte y sobre los asuntos actualmente sometidos a su consideración[1029]. A continuación hubo un intercambio de opiniones.

272. La Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana (AALCO) estuvo representada en el actual período de sesiones de la Comisión por su Secretario General, Sr. Wafik Z. Kamil. El Sr. Kamil hizo uso de la

[1026] Ubicado en www.un.org/law/ilc/.

[1027] El párrafo 1 del artículo 25 del estatuto dispone que «La Comisión podrá, si lo juzga necesario, consultar con cualquiera de los órganos de las Naciones Unidas respecto de todo asunto que esté dentro de la competencia de tal órgano».

[1028] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 525 a 531; *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 447; *Anuario... 2004*, vol. II (segunda parte), párr. 369, y *Anuario... 2005*, vol. II (segunda parte), párr. 501.

[1029] Su declaración consta en el acta resumida de esa sesión, *Anuario... 2006*, vol. I.

palabra ante la Comisión en su 2898.ª sesión, el 21 de julio de 2006[1030]. Hubo después un intercambio de opiniones.

273. El Comité Jurídico Interamericano estuvo representado en el actual período de sesiones de la Comisión por su Vicepresidente, Sr. Jean-Paul Hubert, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2904.ª sesión, el 3 de agosto de 2006[1031]. Hubo después un intercambio de opiniones. La Comisión decidió también felicitar al Comité con motivo de su centenario y hacerse representar en la ceremonia conmemorativa por el Sr. João Baena Soares.

274. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica y el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público del Consejo de Europa estuvieron representados en el actual período de sesiones de la Comisión por el Director General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, Sr. Guy de Vel, quien hizo uso de la palabra ante la Comisión en su 2904.ª sesión, el 3 de agosto de 2006[1032]. Hubo luego un intercambio de opiniones.

E. Representación en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General

275. La Comisión decidió que su Presidente, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, la representase en el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General.

276. La Comisión expresó su pesar por el hecho de que, a causa de las limitaciones presupuestarias, no fuera posible que un Relator Especial asistiera al sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General.

F. Seminario de derecho internacional

277. Conforme a la resolución 60/22 de la Asamblea General, el 42.º período de sesiones del Seminario de derecho internacional se celebró en el Palacio de las Naciones del 3 al 21 de julio de 2006, durante el período de sesiones en curso de la Comisión. El Seminario está dirigido a estudiantes avanzados que se especializan en derecho internacional y a jóvenes profesores o funcionarios públicos que tienen la intención de seguir una carrera académica o diplomática o de trabajar en la administración pública de su país.

278. Pudieron asistir al período de sesiones 25 participantes de diferentes nacionalidades, en su mayoría de países en desarrollo[1033]. Los participantes en el Seminario asistieron a las sesiones de la Comisión y a conferencias organizadas especialmente para ellos, y participaron en grupos de trabajo sobre temas específicos.

279. El Presidente de la Comisión, Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, inauguró el Seminario. El Sr. Ulrich von Blumenthal, Asesor Jurídico Superior de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, estuvo encargado de la administración, organización y desarrollo del Seminario, con la ayuda del Sr. Vittorio Mainetti, Asesor Jurídico de la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

280. Los siguientes miembros de la Comisión dictaron las conferencias que se indican: Sr. Giorgio Gaja: «Responsabilidad de las organizaciones internacionales»; Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao: «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»; Sr. Chusei Yamada: «Recursos naturales compartidos: el derecho de los acuíferos transfronterizos»; Sr. Zdzislaw Galicki: «*Aut dedere aut judicare*»; Sr. Ian Brownlie: «La labor de la Corte Internacional de Justicia»; Sr. John Dugard: «Protección diplomática»; Sr. Djamchid Momtaz: «El caso Darfur sometido a la Corte Penal Internacional»; Sr. Martti Koskenniemi: «Fragmentación del derecho internacional».

281. También dictaron conferencias el Sr. Vittorio Mainetti, Ayudante del Director del Seminario de derecho internacional: «Introducción a la labor de la Comisión de Derecho Internacional»; la Sra. María Isabel Torres Cazorla, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Málaga: «Actos unilaterales de los Estados»; el Sr. Betrand Ramcharan, ex Alto Comisionado Adjunto y Alto Comisionado Interino para los Derechos Humanos: «El nuevo Consejo de Derechos Humanos»; la Sra. Jelena Pejic, Asesora Jurídica del CICR: «Problemas actuales del derecho internacional humanitario», y la Sra. Brigitte Stern, Magistrada del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU): «La labor del TANU». También se organizó una reunión con el Sr. Nicolas Michel, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, que habló a los participantes en el Seminario sobre las actividades de la Oficina de Asuntos Jurídicos.

282. Los participantes fueron invitados a visitar la Organización Europea de Investigaciones Nucleares (CERN), donde se los informó sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con la CERN. También se dedicó una mañana a visitar la Organización Mundial del Comercio (OMC) por invitación del Sr. Georges Abi-Saab, Presidente del Órgano de Apelación de la OMC, y del Sr. Werner Zdouc, Director de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC. Los participantes recibieron información sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y sobre la jurisprudencia del Órgano de Apelación.

[1030] Ibíd.

[1031] Ibíd.

[1032] Ibíd.

[1033] Participaron en el 42.º período de sesiones del Seminario de derecho internacional el Sr. Andy Aron (Indonesia), la Sra. Shakira María Bedoya-Sánchez (Perú), el Sr. Kemoko Diakité (Senegal), la Sra. Sasha Franklin (Trinidad y Tabago), la Sra. Sandra García-Loredo (México), la Sra. Syuzanna Gevorgyan (Armenia), el Sr. Henok Teferra (Etiopía), el Sr. Tamás Hoffmann (Hungría), el Sr. Dan Oduor Juma (Kenya), la Sra. Tomdwsam Kadjika (Togo), el Sr. Andrey Kalinin (Rusia), la Sra. Chie Kojima (Japón), la Sra. Sanaa Kourkmadi (Marruecos), el Sr. Emad Masalmeh (Jordania), la Sra. Godelive Mbomakonga (Congo), el Sr. Malefetsane Seth Moseme (Lesotho), la Sra. Ilona Nieminen (Finlandia), el Sr. Vasileios Pergantis (Grecia), el Sr. Dahai Qi (China), el Sr. Yannick Radi (Francia), el Sr. Emanuele Rebasti (Italia), el Sr. Gustavo Ribeiro (Brasil), la Sra. Myrtelle Rochette (Haití), el Sr. Visal Som (Camboya) y la Sra. Cassandra Steer (Australia). El Comité de Selección, bajo la presidencia del Sr. Jean-Marie Dufour (Presidente de la Red Universitaria Internacional de Ginebra), se reunió el 9 de mayo de 2006 y seleccionó a 26 candidatos de entre las 150 solicitudes presentadas para participar en el Seminario. Uno de los 26 candidatos seleccionados desistió a última hora.

283. Además se organizó una conferencia-debate en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en presencia del Sr. Helmut Buss, Jefe de la Sección de Asuntos Jurídicos, y del Sr. Stevenson Wolfson, Jurista Superior de la Sección de Asesoramiento Letrado y Política de Protección. La conferencia se centró en la estructura y el mandato del ACNUR y en el derecho de los refugiados.

284. Los participantes en el Seminario visitaron también, en el Palacio Wilson, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Tras asistir a una reunión de orientación sobre la labor del Comité de Derechos Humanos con el Sr. Markus Schmidt (ACNUDH), los participantes estuvieron presentes en la presentación del informe de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK) al Comité de Derechos Humanos.

285. Los participantes en el Seminario fueron repartidos entre tres grupos de trabajo sobre «La fragmentación del derecho internacional», «Los actos unilaterales de los Estados» y «La protección diplomática». El Presidente del Grupo de Estudio y los Relatores Especiales de la Comisión encargados de esos temas, Sr. Martti Koskenniemi, Sr. Víctor Rodríguez Cedeño y Sr. John Dugard, ayudaron con su asesoramiento a los grupos de trabajo. Además, dos antiguas participantes en el Seminario, la Sra. María Isabel Torres Cazorla, de la Universidad de Málaga, y la Sra. Annemarieke Künzli, de la Universidad de Leiden, ayudaron a organizar y coordinar los grupos de trabajo. Los grupos presentaron sus conclusiones al Seminario. Se pidió también a cada participante que presentara un informe resumido por escrito sobre una de las conferencias. Esos informes se recopilaron y se distribuyeron a todos los participantes.

286. La República y el Cantón de Ginebra brindaron su tradicional hospitalidad a los participantes con una visita guiada a la Sala de Alabama del Ayuntamiento, seguida de una recepción.

287. El Sr. Guillaume Pambou-Tchivounda, Presidente de la Comisión, el Sr. Ulrich von Blumenthal, Director del Seminario, y la Sra. Cassandra Steer, en nombre de los participantes, hicieron uso de la palabra ante la Comisión y los participantes en la clausura del Seminario. Cada participante recibió un certificado de asistencia al 42.º período de sesiones del Seminario.

288. La Comisión tomó nota con especial agradecimiento de que los Gobiernos de Alemania, Austria, China, Chipre, Finlandia, Irlanda, Noruega, la República Checa, Suecia y Suiza habían hecho o prometido contribuciones voluntarias al Fondo Fiduciario de las Naciones Unidas para el Seminario de Derecho Internacional. La situación financiera del Fondo permitía conceder un número suficiente de becas a candidatos de mérito de países en desarrollo para lograr una distribución geográfica adecuada de los participantes. Este año se concedieron becas completas (viajes y dietas) a 18 candidatos y becas parciales (sólo dietas) a un candidato.

289. De los 952 participantes, en representación de 157 nacionalidades, que han concurrido al Seminario desde 1965, año de su creación, 576 han recibido becas.

290. La Comisión destaca la importancia que concede al Seminario, que permite a juristas jóvenes, especialmente de países en desarrollo, familiarizarse con la labor de la Comisión y con las actividades de las numerosas organizaciones internacionales que tienen su sede en Ginebra. La Comisión recomienda a la Asamblea General que haga un nuevo llamamiento a los Estados para que aporten contribuciones voluntarias a fin de que la celebración del Seminario en 2007 tenga la participación más amplia posible.

291. La Comisión observó con satisfacción que en 2006 el Seminario había dispuesto de servicios de interpretación completos y expresó la esperanza de que en el próximo período de sesiones se dispusiera de los mismos servicios, dentro de los límites de los recursos existentes.

Anexo I

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN PENAL EXTRANJERA DE LOS FUNCIONARIOS DEL ESTADO

(Roman A. Kolodkin)

A. Actualidad del tema

1. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal de los funcionarios de un Estado ante los tribunales de otros Estados ha sido objeto de creciente atención en los últimos años. Ello se explica en gran medida por el desarrollo de la institución de la protección de los derechos humanos, la menor tolerancia de las violaciones graves de los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transnacional, la corrupción y el blanqueo de dinero. La sociedad ya no quiere resignarse a la impunidad de quienes perpetran estos delitos, cualquiera sea su cargo oficial en el Estado. Al mismo tiempo, es indudable que la inmunidad de los funcionarios del Estado es indispensable para la estabilidad de las relaciones internacionales.

2. Como consecuencia de la apertura de la causa del ex dictador chileno General Augusto Pinochet en Gran Bretaña[1], se dio un fuerte impulso a los debates científicos y públicos sobre esta cuestión, así como a la práctica de los Estados en la materia, y en particular la jurisprudencia. De 1998 a 2001, en más de 20 casos se intentó iniciar actuaciones penales ante los tribunales nacionales en contra de altos funcionarios o de anteriores altos funcionarios de otros Estados[2]. En particular, se intentó procesar al Presidente de la República Democrática del Congo Laurent-Désiré Kabila en Bélgica y Francia, en 1998; al Primer Ministro de Israel Ariel Sharon en Bélgica, en 2001-2002; al Presidente de Libia Muamar el Gadafi; al Presidente de la República del Congo Denis Sasu Nguesso, y al dirigente de Cuba Fidel Castro en Francia, en 2000-2001, y al ex Presidente del Chad Hissène Habré en Senegal, en 2001[3].

3. En 2002, la CIJ dictó sentencia en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*[4]. En esa sentencia se hace una importante apreciación de la situación del derecho internacional en esta esfera.

4. Se halla ante la Corte un asunto relativo a determinados procedimientos penales incoados en Francia, *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo *c*. Francia), que también se centra en la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los altos dirigentes de un Estado. En relación con ese asunto, en 2003 la Corte dictó una orden sobre la adopción de medidas provisionales que presenta interés en el contexto de la cuestión que se examina[5].

5. Tras el fallo de la Corte, los tribunales nacionales dictaron varias decisiones que también revisten importancia para el examen del tema. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América en 2004 los tribunales de apelación dictaron decisiones firmes en las causas del Presidente de Zimbabwe Robert Mugabe y del ex dirigente de China Jiang Zemin[6]. Esas dos sentencias, pese a que se referían a la inmunidad de jurisdicción civil, son asimismo interesantes para el estudio de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera.

6. Cabe señalar que, tanto en el contexto del enjuiciamiento de los asuntos mencionados como fuera del marco de los procedimientos judiciales, en varias ocasiones se ha expresado recientemente la posición de diversos órganos del Estado, entre ellos los que representan el poder ejecutivo, sobre esta cuestión desde el punto de vista del derecho internacional[7].

---

[1] Véanse Alto Tribunal de Justicia del Reino Unido, Queen's Bench Division (Divisional Court): *In Re Augusto Pinochet Ugarte*, *International Legal Materials*, vol. 38 (1999), págs. 68 y ss., especialmente págs. 68 a 90; Cámara de los Lores del Reino Unido: *Regina* v. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others - Ex parte Pinochet*, ibíd., vol. 37 (1998), págs. 1302 y ss., especialmente págs. 1302 a 1339, y Cámara de los Lores del Reino Unido: *Regina* v. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others - Ex parte Pinochet*, ibíd., vol. 38 (1999), págs. 581 y ss., especialmente págs. 581 a 663.

[2] Véase, por ejemplo, A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2003, págs. 361 a 369.

[3] «En varios asuntos que suscitaron gran atención en la prensa al final de los años 90 se plantearon los límites de la inmunidad de jurisdicción de que gozaban los jefes de Estado o ex jefes de Estado» (P. Daillier y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, pág. 453).

[4] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (Mandamiento de detención de 11 de abril de 2000) (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 3. El texto de la sentencia puede consultarse también en www.icj-cij.org.

[5] *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo *c*. Francia), medida provisional, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 102. El texto de la sentencia puede consultarse también en www.icj.cij.org.

[6] *Tachiona* v. *United States*, 386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879 (2d Cir. Oct. 6, 2004) (Tachiona II); *Wei Ye* v. *Jiang Zemin*, 383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944 (7th Cir. Sept. 8, 2004). Véanse comentarios sobre estos procesos en S. Andrews , «U.S. Courts rule on absolute immunity and inviolability of foreign heads of State: The cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin», The American Society of International Law, *Insights* (noviembre de 2004), www.asil.org/insights.cfm.

[7] Por ejemplo, en 2005, en relación con la visita proyectada a Rusia de la Primera Ministra de Ucrania Yulia Timoshenko, contra la cual se había entablado en Rusia un proceso penal mucho antes de

(Continuación en la página siguiente.)

7. La cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado suele adquirir gran resonancia pública cuando se trata de inculpar a tales personas por la comisión de violaciones graves de los derechos humanos (por ejemplo, tortura o genocidio) o del derecho internacional humanitario. En relación con tales delitos, últimamente algunos Estados han intentado ejercer jurisdicción universal. Ahora bien, la cuestión se plantea no sólo con respecto a la jurisdicción universal sobre los delitos internacionales (o los delitos que infringen el derecho internacional), sino también en lo que se refiere a otros tipos de jurisdicción. Tal es el caso, por ejemplo, cuando un Estado intenta procesar, conforme a su derecho penal, a funcionarios o ex funcionarios de otro Estado sospechosos de haber cometido delitos que no están relacionados con violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos pero que están dirigidos contra el Estado que ejerce la jurisdicción o contra sus nacionales.

8. Inicialmente, mucho antes de que cobrase actualidad la problemática de los derechos humanos, el problema de la inmunidad del Estado, de sus representantes o de sus bienes había surgido del conflicto entre, por una parte, los derechos de ese Estado dimanantes del principio de la igualdad soberana de los Estados y, por otra, los derechos dimanantes del principio de la jurisdicción territorial total del Estado en cuyo territorio se encontraban esos representantes o bienes. Parece que ese conflicto entre derechos y principios sigue teniendo pertinencia hoy día. Además, evidentemente se puede decir que en ese conflicto han surgido nuevos matices relacionados con el desarrollo de la jurisdicción penal universal y de otros tipos de jurisdicción penal nacional, incluyendo la jurisdicción extraterritorial, en la lucha contra las violaciones manifiestas de los derechos humanos, el terrorismo, la delincuencia transnacional, el blanqueo de dinero, etc., en un contexto de mundialización.

9. No obstante, a pesar de esta correlación, la inmunidad y la jurisdicción son cuestiones independientes reguladas por normas jurídicas diferentes. Como señaló la CIJ en el citado fallo, «las normas que rigen la jurisdicción de los tribunales nacionales han de distinguirse cuidadosamente de las que rigen las inmunidades de jurisdicción: jurisdicción no implica inexistencia de inmunidad, e inexistencia de inmunidad no implica jurisdicción. Así, aunque diversos convenios internacionales sobre la prevención y la sanción de determinados delitos graves imponen a los Estados obligaciones en materia de procesamiento o extradición, exigiéndoles así que extiendan su jurisdicción penal, tal extensión de la jurisdicción no afecta en modo alguno a las inmunidades dimanantes del derecho internacional consuetudinario»[8]. En una reciente publicación sobre el tema se señaló también acertadamente que «un tribunal que se encuentra ante una violación del derecho internacional debe distinguir en primer lugar entre las inmunidades de jurisdicción y las normas que rigen las jurisdicciones penales de los tribunales nacionales»[9]. La inmunidad es un obstáculo para la jurisdicción[10] y, en cuanto tal, merece un análisis separado.

10. El problema de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los altos funcionarios del Estado fue estudiado a fines del siglo XX por el Instituto de Derecho Internacional. El Instituto aprobó una resolución que contiene 16 artículos[11] y que constituye, junto con los trabajos preparatorios correspondientes, una importante fuente doctrinal para determinar el contenido del derecho internacional en esta esfera.

11. En 2004 la Asamblea General de las Naciones Unidas, por su resolución 59/38, de 2 de diciembre de 2004, aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. De conformidad con los incisos i) y iv) del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención, el término «Estado» incluye los diversos órganos de gobierno y los representantes del Estado cuando actúen con tal carácter. Al mismo tiempo, el párrafo 2 del artículo 3 de la Convención dispone que ésta se entenderá sin perjuicio de los privilegios e inmunidades que el derecho internacional reconoce *ratione personae* a los jefes de Estado. No está del todo claro lo que esto significa con respecto a la inmunidad *ratione personae* de otros funcionarios, y en particular de los altos funcionarios, como los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores[12]. Sin embargo, en todo caso, en el párrafo 2 de esa resolución se señala que la Asamblea General está de acuerdo con la interpretación general a que se llegó en el Comité Especial sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes en el sentido de que la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes no comprende las actuaciones

(Continuación de la nota 7.)

que fuera nombrada para ocupar ese cargo, la posición oficial acerca de su inmunidad ante la jurisdicción penal de la Federación de Rusia fue formulada públicamente por el Fiscal General de la Federación de Rusia. Éste señaló, en particular, que la Primera Ministra de Ucrania, Yulia Timoshenko, no tendría problemas si deseaba viajar a Rusia, en la medida en que los altos dirigentes de los Estados, incluidos los jefes de gobierno, gozaban de inmunidad. Al mismo tiempo añadió que el proceso penal contra la Sra. Timoshenko continuaría. El Jefe de la Fiscalía Militar de Rusia no anunció hasta el 26 de diciembre de 2006 el sobreseimiento de la causa penal contra la ex Primera Ministra de Ucrania por expiración del plazo de prescripción (http://genproc.gov.ru).

[8] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (véase la nota 4 *supra*), párr. 59.

[9] E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlín, Springer, 2005, pág. 296.

[10] En el proyecto de artículo 2 del proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados se decía lo siguiente: «Todo Estado tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y las cosas que en él se encuentren, sin perjuicio de las inmunidades reconocidas por el derecho internacional» (*Yearbook of the International Law Commission 1949*, pág. 287, y anexo de la resolución 375 (IV) de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1949; véase también *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 6.ª ed., vol. I (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.04.V.6), anexo IV, pág. 278).

[11] *Annuaire de l'Institut de droit international*, período de sesiones de Vancouver (2000-2001), vol. 69 (2001), págs. 442 a 709.

[12] En el comentario de la Comisión sobre este párrafo del artículo 3 del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en 1991 se indica lo siguiente: «El párrafo 2 se ha ideado para incluir una referencia expresa a las inmunidades que el derecho internacional vigente reconoce *ratione personae* a los soberanos u otros jefes de Estado extranjeros en su carácter privado. Las inmunidades jurisdiccionales de los Estados en lo que concierne a los soberanos u otros jefes de Estado cuando actúan como órganos o representantes del Estado se rigen por el artículo 2. Los incisos i) y v) [inciso iv) en la Convención] del apartado *b* del párrafo 1 del artículo 2 se aplican a los diversos órganos de gobierno del Estado y a los representantes del Estado, incluidos los jefes de Estado, independientemente del sistema de gobierno. Por consiguiente, la reserva del párrafo 2 del artículo 3 se refiere exclusivamente a los actos privados o a las inmunidades y privilegios personales concedidos y reconocidos en la práctica de los Estados, indicándose que su situación no se verá en absoluto afectada por los presentes artículos. El derecho consuetudinario vigente permanece inalterado» (*Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 23).

penales[13]. El Presidente del Comité Especial, al presentar el informe del Comité a la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones, señaló que la Convención no se aplica cuando existe un régimen especial de inmunidad, incluidas las inmunidades *ratione personae (lex specialis)*[14].

12. Los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* (de Nuremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Rwanda) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional contienen disposiciones que privan a los funcionarios del Estado, incluidos los altos funcionarios, de la inmunidad de jurisdicción de esos órganos internacionales[15]. Con todo, lo que nos ocupa es la jurisdicción penal internacional[16].

13. En lo que concierne a la inmunidad de los funcionarios de un Estado ante la jurisdicción penal nacional de otro Estado, son bien conocidas las disposiciones sobre esta cuestión de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consultares, de 1963, la Convención sobre las Misiones Especiales, de 1969, la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973, y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, de 1975. Sin embargo, estos instrumentos se refieren solamente a algunos aspectos concretos del tema que se examina. La fuente principal de derecho internacional relativa a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado es la costumbre internacional.

B. Inmunidad de los funcionarios del Estado en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional

14. La Comisión ha abordado este tema más de una vez, de una forma u otra. Lo hizo, por ejemplo, en sus trabajos sobre el proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados[17]; el proyecto de principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg[18]; el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1954[19]; el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, de 1996[20]; el proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas[21]; el proyecto de artículos sobre relaciones consulares[22]; el proyecto de artículos sobre misiones especiales[23]; el proyecto de artículos sobre la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales[24]; el proyecto de artículos sobre la prevención y el castigo de delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas con derecho a protección internacional[25], y, como ya se mencionó, el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes[26].

15. Sin embargo, la Comisión nunca examinó particularmente por separado la cuestión de la inmunidad de los funcionarios del Estado ante la jurisdicción penal extranjera[27].

C. Conveniencia de que la Comisión de Derecho Internacional examine la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado

16. La práctica de los Estados, los fallos de los tribunales nacionales, las convenciones mencionadas, el fallo de la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* y los trabajos anteriores de la Comisión parecen demostrar que existe un derecho internacional consuetudinario en esta esfera. Aunque hay diversas opiniones al respecto, a nuestro juicio la doctrina jurídica internacional confirma también esta conclusión[28].

17. Sin duda, es importante que los funcionarios del Estado, y ante todo los altos funcionarios que hayan cometido delitos, especialmente violaciones manifiestas y masivas de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, incurran en responsabilidad, incluso en el orden penal. Es importante que el Estado, cuando se hayan violado con actos delictivos los derechos de sus nacionales, pueda ejercer su jurisdicción penal sobre los sospechosos. No obstante, también es de capital importancia que las relaciones interestatales, basadas en los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y particularmente en el principio de la igualdad soberana de los Estados, sean estables y previsibles, y, en consecuencia, que los funcionarios que actúen en nombre de su Estado puedan ser independientes de otros Estados.

---

[13] La recomendación hecha a este respecto figura en el párrafo 14 del informe del Comité Especial, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 22* (A/59/22).

[14] Ibíd., *Sexta Comisión, 13.ª sesión* (A/C.6/59/SR.13) y corrección, párr. 37.

[15] Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 82, pág. 289); artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (véase *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII, pág. 354); párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (véase S/25704, anexo); párrafo 2 del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda (véase la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994, anexo), y artículo 27 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[16] En el asunto relativo al mandamiento de detención, la CIJ parece haber hecho una clara distinción, en lo que se refiere a la situación de los altos funcionarios del Estado, entre la inmunidad de jurisdicción penal internacional y la inmunidad de jurisdicción penal nacional (véase *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 4 *supra*), párrs. 56 a 58).

[17] Véase, en particular, el proyecto de artículo 2 y el comentario al respecto (nota 10 *supra*).

[18] Véanse, en particular, el proyecto de principio III y el comentario al respecto, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 192.

[19] Véanse, en particular, el proyecto de artículo 3 y el comentario al respecto, *Yearbook of the International Law Commission 1954*, vol. II, págs. 119 y 120.

[20] Véanse, en particular, el proyecto de artículo 7 y el comentario al respecto, *Anuario... 1996*, vol II (segunda parte), págs. 29 y 30.

[21] *Anuario... 1958*, vol. II, págs. 96 a 113.

[22] *Anuario... 1961,* vol. II, págs. 103 a 142.

[23] Véanse, en particular, el proyecto de artículo 21 y el comentario al respecto, *Anuario... 1967*, vol. II, pág. 373.

[24] *Anuario... 1971*, vol. I, págs. 300 y ss.; *Anuario... 1971*, vol. II (segunda parte), págs. 105 a 114.

[25] *Anuario... 1972*, vol. II, págs. 337 a 352.

[26] Véase la nota 12 *supra*.

[27] En cierta etapa de los trabajos se propuso que se incluyera en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes una disposición sobre la inmunidad de jurisdicción penal de los soberanos y otros jefes de Estado. Véase, en particular, el proyecto de artículo 25 que figura en el séptimo informe del Relator Especial encargado de este tema, Sompong Sucharitkul, *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), págs. 46 a 48.

[28] Se adjunta una breve lista de publicaciones sobre esta cuestión.

18. La Comisión podría aportar una contribución a este respecto, estableciendo un equilibrio adecuado entre esos conceptos mediante la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, si examinara la cuestión de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y formulara su opinión sobre el contenido del derecho internacional en esta esfera.

D. Posible ámbito del tema propuesto

19. Al analizar este tema en la Comisión, parece oportuno examinar en particular las siguientes cuestiones:

1) El análisis debe tratar sólo de la inmunidad de jurisdicción nacional. El régimen jurídico de esta institución, como se ha señalado más arriba, es diferente del régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción internacional.

Se sugiere que el análisis se limite a la inmunidad de jurisdicción penal. (Al mismo tiempo, se podría considerar la posibilidad de añadir a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera la inmunidad *ratione personae* de jurisdicción extranjera en materia civil y administrativa, como se hace, por ejemplo, en el mencionado proyecto de artículos del Instituto de Derecho Internacional[29].)

Evidentemente, los trabajos deben centrarse en la inmunidad ante la jurisdicción extranjera (sabido es que en los ordenamientos jurídicos nacionales se establece la inmunidad de algunos funcionarios del Estado ante la jurisdicción de ese mismo Estado) y en la inmunidad con arreglo al derecho internacional y no con arreglo al derecho interno.

2) Tal vez sea necesario examinar primero, a los efectos de este tema, el concepto de inmunidad (incluyendo la inmunidad *ratione materiae* y *ratione personae)* y el concepto de jurisdicción penal (incluyendo los principios en que se basa), así como la relación entre ellos. Algunos opinan que el examen de la jurisdicción debe preceder al examen de la inmunidad, en particular porque la cuestión de la inmunidad de jurisdicción se plantea sólo cuando el Estado tiene la jurisdicción necesaria[30].

Conviene definir la posición de la Comisión sobre la naturaleza de la inmunidad (si es de carácter procesal o material), y también, quizás, sobre si tiene carácter imperativo. El estudio de esta última cuestión puede resultar útil para el examen de la relación entre, por una parte, la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado y, por otra, las normas de *jus cogens* que prohíben la tortura, el genocidio, etc.[31].

Aquí habría que examinar la relación entre, por una parte, la inmunidad de jurisdicción y, por otra, otras doctrinas jurídicas que tienen efectos similares, tales como la doctrina del «acto del Estado» y la doctrina de la «no justiciabilidad»[32].

Conviene asimismo estudiar la relación entre la inmunidad de los funcionarios del Estado y la inmunidad del propio Estado y la inmunidad diplomática.

Es preciso también analizar la relación enre las nociones de «inmunidad de jurisdicción», «inviolabilidad», «inmunidad respecto de medidas procesales coercitivas» e «inmunidad de ejecución».

Sería importante incluir en el resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema (independientemente de su forma) disposiciones sobre la diferencia entre, por una parte, la institución de la inmunidad de jurisdicción de los funcionarios y, por otra, la institución de la responsabilidad penal. Inmunidad no significa impunidad[33].

3) Al iniciar el estudio, es importante examinar el fundamento racional en que se basa la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, ¿la inmunidad resulta solamente de una necesidad funcional, es decir, está relacionada exclusivamente con las funciones que desempeñan los funcionarios del Estado? ¿O no sólo es importante el componente funcional, sino también, por ejemplo, el hecho de que el funcionario actúe en nombre de un Estado soberano que participe en pie de igualdad con otros Estados en las relaciones internacionales, la estabilidad de las cuales interesa a todos los Estados? ¿Es la inmunidad de los funcionarios de un Estado una manifestación de los derechos de ese Estado dimanantes de su soberanía? ¿O se debe la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios a que el Estado que tiene esa jurisdicción consiente en no ejercerla en vista de la necesidad práctica reconocida de observar la cortesía internacional (*comitas gentium*)?[34] ¿Puede el fundamento de la inmunidad de los funcionarios del Estado ser el mismo que el de la inmunidad del propio Estado?[35] La lógica subyacente al examen de este tema dependerá en gran medida del concepto en que se base la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado.

---

[29] Véase la nota 11 *supra*.

[30] Véase, en particular, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 4 *supra*), voto particular conjunto de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párrs. 3 a 5.

[31] Con respecto a esa relación véase, por ejemplo, la sentencia sobre el fondo dictada por la Sala General en el asunto *Al-Adsani* c. *Royaume-Uni*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 35763/97, fallo de 21 de noviembre de 2001, *Recueil des arrêts et décisions, 2001-XI,* , párrs. 57 a 67, y especialmente el voto particular conjunto de los magistrados Rozakis y Caflisch, a los que se sumaron los magistrados Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic.

[32] «Sin embargo, importa tener presente que la inmunidad de los Estados puede parecer una doctrina de inadmisibilidad o de no justiciabilidad más que de inmunidad en sentido estricto» (I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 1998, pág. 326). Véase también, por ejemplo, A. Bianchi, «Immunity versus human rights: the Pinochet case», *European Journal of International Law*, vol. 10, n.º 2 (1999), págs. 266 a 270.

[33] Véase a este respecto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 4 *supra*), párr. 60.

[34] Caplan, por ejemplo, considera como fundamento de la inmunidad del Estado la manifestación de «cortesía práctica» por parte del Estado que tiene jurisdicción territorial (véase L. M. Caplan, «State immunity, human rights and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», *The American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), págs. 741 y ss., en particular págs. 745 a 757.

[35] En relación con los fundamentos de la inmunidad, incluida la inmunidad de los funcionarios, en la práctica de la CIJ, véase, por ejemplo, V. S. Vereshchetin y C. J. Le Mon, «Immunities of individuals under international law in the jurisprudence of the International Court

4) Es necesario determinar qué funcionarios del Estado gozan de esta inmunidad. En la sentencia dictada por la CIJ en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* se hace referencia a la inmunidad de los ministros de relaciones exteriores y de los jefes de Estado y de gobierno, y se menciona a esas personas como ejemplos de altos funcionarios del Estado que gozan de inmunidad ante la jurisdicción extranjera[36]. En el proyecto de artículos del Instituto de Derecho Internacional se habla sólo de los jefes de Estado y de gobierno.

La Comisión podría tratar de examinar la cuestión de la inmunidad de los altos funcionarios del Estado, incluidos los jefes de Estado y de gobierno y los ministros de relaciones exteriores. Ahora bien, en ese caso habría que tener en cuenta las dificultades con que evidentemente se tropezará para determinar quiénes son exactamente los funcionarios comprendidos en la categoría de altos funcionarios del Estado. Una segunda posibilidad sería examinar la cuestión de la inmunidad no sólo de los altos funcionarios sino también de cualesquiera otros funcionarios del Estado.

Con todo, sería preferible que, al principio, la Comisión se limitase a los jefes de Estado y de gobierno y a los ministros de relaciones exteriores. Al menos en relación con ese grupo de funcionarios, existen una práctica estatal (incluso judicial) y una doctrina suficientes.

La inmunidad debe estudiarse en lo que se refiere tanto a los funcionarios en activo como a los ex funcionarios.

Además, convendría estudiar la inmunidad de los miembros de las familias de los funcionarios cuya inmunidad examine la Comisión.

5) Parece que conviene estudiar si, en el contexto de esta cuestión, procede examinar la cuestión del reconocimiento de los Estados y gobiernos extranjeros y de sus jefes. Por ejemplo, en la asunto *M. A. Noriega*, el Tribunal de Apelación de los Estados Unidos señaló que «el tribunal de distrito rechazó la petición de inmunidad de Noriega como Jefe de Estado porque el Gobierno de los Estados Unidos nunca había reconocido a Noriega como dirigente legítimo y constitucional de Panamá»[37].

6) El problema central a este respecto es el alcance o los límites de la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado. A este respecto se plantean varias cuestiones.

Primero, el período durante el cual la persona de que se trate goza de inmunidad (mientras ejerce el cargo correspondiente, y después de haber abandonado el cargo).

Segundo, los actos del funcionario del Estado que gozan de inmunidad de jurisdicción penal extranjera. Actos de carácter oficial, actos de carácter privado (personal). Criterios que permiten distinguir esas categorías de actos. Actos realizados antes, durante y después del ejercicio del cargo. A este respecto, también procede estudiar si los actos punibles penalmente, en particular los delitos internacionales, pueden considerarse como actos realizados con carácter oficial[38].

Tercero, ¿depende la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado de si éste ha cometido el delito en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción o fuera de él? ¿Depende de si, en el momento en que se ejerza la jurisdicción penal extranjera, se encuentra en el territorio del Estado que la ejerce o fuera de él?

Cuarto, ¿depende la inmunidad del carácter de la presencia del funcionario en el territorio del Estado extranjero que ejerce la jurisdicción (visita oficial, visita privada, exilio, etc.)?

Quinto, ¿significa la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del funcionario del Estado que el Estado extranjero no puede procesar a esa persona, o impide únicamente determinados procedimientos penales (en particular, sólo los actos procesales que afecten directamente a la persona que goza de inmunidad y limiten su capacidad para desempeñar sus funciones oficiales)? Por ejemplo, a juzgar por la resolución sobre medidas provisionales adoptada en el asunto *Certaines procédures pénales engagées en France*, la CIJ no considera que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera del Jefe de Estado impida todo procedimiento penal que pueda incoar el Estado extranjero[39].

Sexto, ¿depende la inmunidad de la gravedad del delito que se sospeche que ha cometido el funcionario? Se puede considerar también que esta cuestión, que evidentemente es de capital importancia, es la cuestión de si existen excepciones a la inmunidad.

---

of Justice», *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2004*, vol. I, págs. 77 a 89.

[36] «[E]n derecho internacional está firmemente establecido que, lo mismo que los agentes diplomáticos y consulares, algunos titulares de altos cargos del Estado, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Relaciones Exteriores, gozan de inmunidad de jurisdicción, tanto civil como penal, de los Estados extranjeros» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 4 *supra*), párr. 51).

[37] *United States* v. *Noriega* (117 F.3d 1206; 47 Fed. R. Evid. Serv. (Callaghan) 786; 11 Fla. L. Weekly Fed. C 103).

[38] Véase, por ejemplo, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (nota 4 *supra*), voto particular conjunto de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal, párr. 85.

[39] En todo caso, la Corte no estimó que los procedimientos penales que se habían incoado en Francia en relación con funcionarios del Congo y que el Congo exigía que se anularan violasen los derechos del Congo dimanantes de la inmunidad de esas personas. En consecuencia, no consideró necesario poner fin a esos procedimientos (véase *Certaines procédures pénales engagées en France* (República del Congo *c*. Francia), medida provisional, providencia de 17 de junio de 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, pág. 102, y en particular págs. 109 y 110, párrs. 30 a 35).

La opinión de que en el caso de los crímenes más graves tipificados en el derecho internacional no existe inmunidad, ni siquiera de los funcionarios del Estado en activo, se expuso, por ejemplo, en la Cámara de los Lores del Reino Unido cuando se vio el asunto *Pinochet* y, con considerable detalle, en el memorando de Bélgica en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* sometido a la CIJ[40]. Se ha sostenido incluso que en el caso de los delitos internacionales hay un principio de «inexistencia de inmunidad» de jurisdicción penal extranjera[41].

No obstante, en opinión de la CIJ, la inmunidad es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción penal extranjera respecto de un alto funcionario del Estado en activo, independientemente de la gravedad del delito que se sospeche haya cometido[42]. En lo que se refiere a los jefes de Estado y de gobierno en activo, esta opinión se refleja también en el proyecto de artículos preparado por el Instituto de Derecho Internacional[43].

Hay que señalar que la cuestión del alcance o los límites de la inmunidad ha de examinarse por separado en relación con los funcionarios en activo y con los ex funcionarios.

7) Si se decide que la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de un funcionario del Estado no comprende la inviolabilidad de ese funcionario, la inmunidad de medidas procesales coercitivas y la inmunidad de ejecución, se plantea la cuestión de si se deben incluir en el tema estas cuestiones. Aquí se podría examinar la inmunidad de medidas procesales coercitivas y la inmunidad de ejecución con respecto a los bienes del funcionario que se encuentren en el territorio del Estado extranjero que ejerza la jurisdicción penal.

8) Será preciso examinar la cuestión de la renuncia a la inmunidad. Evidentemente, quien tiene derecho a renunciar a la inmunidad no es el funcionario sino el Estado. La cuestión es qué órgano del Estado puede hacerlo (¿qué derecho ha de aplicarse para determinarlo, el nacional o el internacional?) y en qué forma el Estado tiene derecho a renunciar a la inmunidad de su funcionario (renuncia explícita, renuncia implícita, renuncia *ad hoc*, renuncia de carácter general, por ejemplo mediante la conclusión de un tratado internacional, etc.).

9) Es necesario definir la forma que habrá de revestir el resultado final de la labor de la Comisión sobre el tema propuesto.

Si la Comisión decide preparar un proyecto de artículos, convendría considerar si procede incluir en él disposiciones relativas a las dos cuestiones siguientes:

10) *Lex specialis*. Parece que cualquier proyecto de artículos debería contener una disposición que determinase su relación con los regímenes convencionales especiales que regulan la cuestión de otra manera.

11) Arreglo de controversias. La Comisión tal vez estime conveniente establecer un régimen especial de solución de controversias entre los Estados que en lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de sus funcionarios.

---

[40] Cámara de los Lores del Reino Unido: *Regina* v. *Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others - Ex parte Pinochet* (véase la nota 1 *supra*), págs. 581 a 663, en particular pág. 651 (Lord Millett) y pág. 661 (Lord Phillips of Worth Matravers); *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), Counter Memorial of the Kingdom of Belgium, 28 de septiembre de 2001, www.icj-cij.org, párrs. 3.5.10 a 3.5.150. Véase también, por ejemplo, A. Watts, «The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-III*, vol. 247, págs. 82 a 84 (hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta sección de la conferencia de Sir Arthur Watts trata de la responsabilidad internacional del jefe del Estado). Véase asimismo *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, fallo (nota 4 *supra*), voto particular disconforme del magistrado Al-Khasawneh, párrs. 5 a 7.

[41] Borghi, *op. cit.* (nota 2 *supra*), págs. 287 a 331.

[42] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, fallo (nota 4 *supra*), párrs. 56 a 61.

[43] Véase la nota 11 *supra*. Véase, en particular, el artículo 2 de la resolución aprobada por el Instituto.

Bibliografía sumaria

ALEBEEK, R. van: «The *Pinochet* case: international human rights law on trial", *The British Year Book of International Law*, vol. 71 (2000), 29-70.

AKANDE, D.: «International law immunities and the International Criminal Court», *American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), 407-433.

AMBOS, K.: «Impunity and international criminal law. A case study on Colombia, Peru, Bolivia and Argentina», *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), 1-15.

ASCENSIO, H., E. DECAUX y A. PELLET (dirs.): *Droit international pénal*, París, Pedone, 2000, 26-27, 84-87, 183-237.

AVELLÁN HONRUBIA, V.: «La responsabilité international de l'individu et les principes généraux du droit international», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1999*, vol. 280 (2000), 219-230.

BAKER, B.: «Twilight of impunity for Africa's presidential criminals», *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), 1487-1499.

BANKAS, E. K.: *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Heidelberg/Berlín, Springer, 2005.

BARKER, J. C.: «State immunity, diplomatic immunity and act of State: a triple protection against legal action?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), 950-958.

BASS, P. E.: «Ex-Head of State immunity: a proposed statutory tool of foreign policy», *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), 299-319.

BASSIOUNI, Ch.: *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2003, 64-89, 712-715.

BIANCHI, A.: «Immunity versus human rights: the *Pinochet* case», *European Journal of International Law*, vol. 10, n.º 2 (1999), 237-277.

— «Serious violations of human rights and foreign States' accountability before municipal courts», en L. Ch. VOHRAH, y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 2003, 149-181.

BOISTER, N. y R. Burchill: «The implications of the *Pinochet* decisions for the extradition or prosecution of former South African Heads of State for crimes committed under Apartheid», *African Journal of International and Comparative Law/Revue Africaine de droit international et comparé*, vol. 11 (1999), 619-637.

BOJIC, M.: «Immunity of High State Representatives with regard to international crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still untouchable?», Master thesis, Facultad de Derecho, Universidad de Lund, 2005.

BORGHI, A.: *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Ginebra, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

BOUTRUCHE, T.: «L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), 77-103.

BRÖHMER, J.: *State Immunity and the Violation of Human Rights*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1997, 29-32.

BULLIER, A. J.: «Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d'État et chefs de guerre en Afrique?», *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), 47-51.

CAFLISCH, L.: «Immunité de juridiction et respect des droits de l'homme», en L. BOISSON DE CHAZOURNES y V. GOWLLAND-DEBBAS (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, Liber Amicorum *Georges Abi-Saab*, La Haya/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2001, 651-676.

CALLAN, E. M.: «In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the Grand Jury and the Head of State immunity doctrine», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), 117-139.

CAPLAN, L. M.: «State immunity, human rights, and *jus cogens*: a critique of the normative hierarchy theory», *American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), 741-781.

CARA, J.-Y.: «L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords», *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 72-100.

CASEY, L. A. y D. B. RIVKIN: «The limits of legitimacy: the Rome Statute's unlawful application to non-State parties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003-2004), 63-89.

CASSESE, A.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, 264-274.

— «Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire Congo c/ Belgique (C.I.J.)», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), 479-499.

— y M. DELMAS-MARTY: *Juridictions nationales et crimes internationaux*, París, Presses universitaires de France, 2002.

CHINKIN, C. M., y otros: «*In re* Pinochet», *American Journal of International Law*, vol. 93 (1999), 690-711.

COMITÉ DE ASESORES JURÍDICOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: *Meeting Report*, 23rd meeting (Strasbourg, 4 and 5 March 2002).

COSNARD, M.: «Les immunités du chef d'État», en SOCIETÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Colloque de Clermont-Ferrand. Le chef d'État et le droit international*, París, Pedone, 2002, 189-268.

— «Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet», *Revue générale de droit international public* (1999-2), 309-328.

COT, J.-P.: «Éloge de l'indécision. La Cour et la compétence universelle», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 546-553.

DANILENKO, G. M.: «The Statute of the International Criminal Court and third States», *Michigan Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3 (2000), 445-494.

DAY, A.: «Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), 489-512.

DE SENA, P.: «Immunity of State organs and defence of superior orders as an obstacle to the domestic enforcement of international human rights», en B. CONFORTI y F. FRANCIONI (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1997, 367-403.

— y otros (eds.): «Italian practice relating to international law. Judicial decisions», *Italian Yearbook of International Law*, vol. 8 (1988-1992), 43-57.

DE SMET, L. y F. NAERT: «Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's Act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 471-511.

DE SMET, S.: «The immunity of Heads of States in US Courts after the decision of the International Court of Justice», *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, n.º 3 (2003), 313-339.

DELLAPENNA, J. W.: «Head-of-State immunity-Foreign Sovereign Immunities Act-suggestion by the Department of State», *American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), 528-532.

DOMINICÉ, Ch.: «Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État», *Revue générale de droit international public* (1999-2), 297-308.

DU PLESSIS, M. y S. BOSCH: «Immunities and universal jurisdiction - The World Court steps in (or on?)», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 246-262.

DUPUY, P.-M.: «Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes», *Revue générale de droit international public* (1999-2), 289-296.

FASSBENDER, B.: «S. v. Berlin Court of Appeal and District Court», *American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), 74-78.

FENET, A.: «La responsabilité pénale internationale du chef d`État», *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), 585-615.

FITZGERALD, A.: «The Pinochet case: Head of State immunity within the United States», *Whittier Law Review*, vol. 22, n.º 4 (2001), 987-1028.

FLAUSS, J.-F.: «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 10 (2000), 299-324.

FOX, H.: «The first Pinochet case: immunity of a former Head of State», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), 207-216.

— «The resolution of the Institute of International Law on the immunities of Heads of State and Government», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 119-125.

— «Some aspects of immunity from criminal jurisdiction of the State and its officials: the *Blaskic* case», en L. Ch. VOHRAH, y otros (eds.), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haya/Londres/Nueva York, Kluwer Law International, 2003, 297-307.

— *The Law of State Immunity*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2002.

GAETA, P.: «Official capacity and immunities», en A. CASSESE, y otros (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2002, 975-1002.

GARNETT, R.: «State immunity triumphs in the European Court of Human Rights», *The Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), 367-373.

GEORGE, S. V.: «Head-of-State immunity in the United States courts: still confused after all these years», *Fordham Law Review*, vol. 64, n.º 3 (1995), 1051-1088.

GROSSCUP, S.: «The trial of Slobodan Milosevic: the demise of Head of State immunity and the specter of Victor's justice», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32, n.º 2 (2004), 355-381.

HENZELIN, M.: «L'immunité pénale des chefs d'État en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption ?», *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 12 (2002), 179-212.

HICKEY, Ch. E.: «The dictator, drugs and diplomacy by indictment: Head-of-State immunity in *United States v. Noriega*», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4, n.º 3 (1989), 729-765.

HOPKINS, J.: «Immunity-Head of foreign State», *The Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), 4-6.

— «Former Head of foreign State-Extradition-Immunity», *The Cambridge Law Journal*, vol. 58-3 (1999), 461-465.

HOPKINS, K.: «The International Court of Justice and the question of sovereign immunity: why the *Yerodia case* is an unfortunate ruling for the development of public international law», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 256-263.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: «L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des États étrangers», en H. WEHBERG (ed.), *Tableau général des résolutions (1873-1956)*, Basilea, Editions juridiques et sociologiques, 1957, 14-18.

— *Annuaire*, vol. 69 (2000-2001), *Session de Vancouver, 2001*, París, Pedone, 441-709.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: «Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences», *Report of the Sixty-ninth Conference held in London 25-29th July 2000*, Londres, 2000, 403-431.

JACKSON, V. C.: «Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence», *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), 521-609.

KAMTO, M.: «Une troublante "Immunité totale" du Ministre des affaires étrangères (Sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*)», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 518-530.

KITTICHAISAREE, K.: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, 43-63.

KLINGBERG, V.: «(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of *Charles Taylor* before the Special Court for Sierra Leone», *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), 537-564.

KNOOPS, G. J.: *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2001, 70-72.

KOFELE-KALE, N.: *International Law of Responsibility for Economic Crimes. Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment*, La Haya/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1995.

KOIVU, V.: «Head-of-State immunity *v.* individual criminal responsibility under international law», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 12 (2001), 305-330.

KOLLER, D. S.: «Immunities of Foreign Ministers: paragraph 61 of the *Yerodia* Judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court», *American University International Law Review*, vol. 20, (2004-2005), 7-42.

LABUSCHAGNE, J. M. T.: «Diplomatic immunity: a jurisdictional or substantive-law defence?», *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), 291-295.

LANSING, P. y J. King PERRY: «Should former Government leaders be subject to prosecution after their term in office? The case of South African President P.W. Botha», *California Western International Law Journal*, vol. 30, n.º 1 (1999), 91-115.

LLOYD JONES, D.: «Article 6 ECHR and immunities arising in public international law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), 463-472.

MALLORY, J. L.: «Resolving the confusion over Head of State immunity: the defined rights of kings», *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), 169-197.

MANGU, A.: «Immunities of Heads of State and Government: a comment on the indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the reaction of the Ghanaian Government», *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), 238-245.

MCLACHLAN, C.: «The influence of international law on civil jurisdiction», *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de droit international*, vol. 6 (1993), 125-144.

— «Pinochet revisited», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 959-966.

MITCHELL, A. D.: «Leave your hat on? Head of State immunity and Pinochet», *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), 225-256.

MOREAU DEFARGES, Ph.: «Punir les tyrans», *Défense nationale*, vol. 55 (1999), 46-54.

MURPHY, S. D. (ed.): «Contemporary practice of the United States relating to international law», *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), 873-903.

— «Head-of-State immunity for former Chinese President Jiang Zemin», *American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), 974-977.

NEIER, A.: «Accountability for State crimes: the past twenty years and the next twenty years», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), 351-362.

NICHOLLS, C.: «Reflections on Pinochet», *Virginia Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1 (2000), 140-151.

O'NEILL, K. C.: «A new customary law of Head of State immunity?: Hirohito and Pinochet», *Stanford Journal of International Law*, vol. 38, n.º 2 (2002), 289-317.

ORREGO VICUÑA, F.: «Diplomatic and consular immunities and human rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 34-48.

PANHUYS, H. F. van: «In the borderland between the Act of State doctrine and questions of jurisdictional immunities», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), 1193-1213.

PENROSE, M. M.: «It's good to be the King!: Prosecuting Heads of State and former Heads of State under international law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39, n.º 1 (2000), 193-220.

PIERSON, Ch.: «Pinochet and the end of immunity: England's House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), 263-326.

PROUVÈZE, R.: «Les Tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXIème siècle : L'affaire MILOSEVIC ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale», *L'Observateur des Nations Unies*, n.º 11 (2001), 201-221.

— «L'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique) : Quelle contribution de la Cour internationale de justice au droit international pénal ?», *L'Observateur des Nations Unies*, n.º 12 (2002), 285-309.

PRZETACZNIK, F.: «Protection of foreign officials», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 33 (1977), 113-151.

— «Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69 (1991), 51-81.

RANDALL, K. C.: «Book Review: *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*», *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), 293-298.

RAU, M.: «After *Pinochet*: foreign sovereign immunity in respect of serious human rights violations - The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* case», *German Law Journal*, vol. 3, n.º 6 (2002).

ROBERTSON, G.: *Crimes Against Humanity. The Struggle for Global Justice*, Londres, Allen Lane the Penguin Press, 1999, 190-224, 342-407.

RODLEY, N. S.: «Breaking the cycle of impunity for gross violations of human rights: the Pinochet case in perspective», *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), 11-26.

ROUSSEAU, Ch.: *Droit international public. Tome IV: Les relations internationales*, París, Sirey, 1980, 8-19, 123-126, 171-210, 247-263.

SALMON, J.: «Libres propos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique)*», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 512-517.

— y E. DAVID: «Chef d'État, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères.», en N. ANGELET (dir.), «La pratique du pouvoir exécutif et le contrôle des chambres législatives en matière de droit international (1995-1999)», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 122-125.

SANDS, Ph.: «What is the ICJ for?», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 537-545.

— «After Pinochet: the role of national courts», en Ph. SANDS (ed.), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2003, 68-108.

— «International law transformed? From Pinochet to Congo…?», *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 37-53.

SASSÒLI, M.: «L'arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international», *Revue générale de droit international public*, vol. 106 (2002), 797-817.

SEARS, J. M.: «Confronting the "Culture of Impunity": Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*», *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), 125-146.

SHAW, M. N.: «The *Yerodia* case: remedies and judicial function», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 554-559.

— *International Law*, 5.ª ed., Cambridge University Press, 2003, 655-667.

SHELTON, D.: *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, 1999, 64-92.

SIMBEYE, Y.: *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2004.

SISON, G.: «A king no more: the impact of the Pinochet decision on the doctrine of Head of State immunity», *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), 1583-1602.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL: *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d'État et le droit international*, París, Pedone, 2002.

STONE, C. R.: «Head of State immunity. New standard on a narrow issue. Waiver of Head of State immunity *In Re: Grand Jury proceedings, John Doe # 700*», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1988-1989), 491-502.

SUMMERS, M. A.: «The International Court of Justice's decision in *Congo v. Belgium*: how has it affected the development of a principle of universal jurisdiction that would obligate all States to prosecute war criminals?», *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), 63-100.

THOMAS, K. R. y J. SMALL: «Human rights and State immunity: is there immunity from civil liability for torture?», *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), 1-30.

TOMONORI, M.: «The individual as beneficiary of State immunity: problems of the attribution of *ultra vires* conduct», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29, n.º 3/4 (2001), 261-287.

TOMUSCHAT, C.: «General Course on Public International Law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1999*, vol. 281 (2001), 176-183.

TONER, P. J.: «Competing concepts of immunity: the (r)evolution of the Head of State immunity defense», *Penn State Law Review*, vol. 108, n.º 3 (2004), 899-927.

TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 501-514.

TUNKS, M. A.: «Diplomats or defendants? Defining the future of Head of State immunity», *Duke Law Journal*, vol. 52, n.º 3 (2002), 651-682.

VERHOEVEN, J.: «Quelques réflexions sur l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*», *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), 531-536.

VILLALPANDO, S.: «L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien ? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999», *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), 393-427.

WALSH, N. M.: «The President and Foreign Minister of Zimbabwe are entitled to Head of State immunity under United States and international law, but their political party is not immune and was properly served by notice of process on it in New York», *New York International Law Review*, vol. 15 (2002), 91-99.

WARBRICK., C.: «Immunity and international crimes in English law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), 769-774.

WATTS, A.: «The legal position in international law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-III*, vol. 247 (1995), 52-63.

WELLER, M.: «On the hazards of foreign travel for dictators and other international criminals», *International Affairs*, vol. 75, n.º 3 (1999), 599-617.

WEYEMBERGH, A.: «Sur l'ordonnance du juge d'instruction Vandermeersch rendue dans l'affaire *Pinochet* le 6 novembre 1998», *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), 178-204.

WHITE, M.: «Pinochet, universal jurisdiction, and impunity», *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), 209-226.

WHOMERSLEY, C. A.: «Some reflections on the immunity of individuals for official acts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 848-858.

WICKREMASINGHE, C.: «Difference relating to immunity from legal process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), 724-730.

WILSON, R. A.: «Diplomatic immunity from criminal jurisdiction: essential to effective international relations», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), 113-138.

WILSON, R. J.: «Prosecuting Pinochet: international crimes in Spanish domestic law», *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), 927-979.

WOUTERS, J.: «The judgment of the International Court of Justice in the *Arrest Warrant* case: some critical remarks», *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), 253-267.

YANG, X.: «Immunity for international crimes: a reaffirmation of traditional doctrine», *The Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), 242-246.

— «State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmations and misconceptions», *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), 333-408.

ZAPPALÀ, S.: «Do Heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The *Ghaddafi* case before the French *Cour de Cassation*», *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), 595-612.

ZIMAN, G. M.: «Holding foreign Governments accountable for their human rights abuses: a proposed amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976», *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), 185-213.

ZUPPI, A. L.: «Immunity v. universal jurisdiction: the Yerodia Ndombasi decision of the International Court of Justice», *Louisiana Law Review*, vol. 63, n.º 2 (2003), 309-339.

Anexo II

INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

(Giorgio Gaja)

1. La adopción de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969, y del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en 2001, indujo a la Comisión a iniciar estudios paralelos con respecto a las organizaciones internacionales. La reciente adopción, en virtud de la resolución 59/38 de la Asamblea General, de 2 de diciembre de 2004, de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes brinda a la Comisión la oportunidad de considerar de nuevo si debe emprender un estudio sobre la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales.

2. El tema figura desde hace 30 años en el programa de la Comisión, como parte del estudio de las «Relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales». Con respecto a la segunda parte del tema, titulada «Condición jurídica, privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales y sus funcionarios», el Sr. Abdullah El-Erian y el Sr. Leonardo Díaz González actuaron sucesivamente como Relatores Especiales. Los proyectos de artículos se remitieron al Comité de Redacción, pero no fueron devueltos al Pleno. En 1992, la Comisión decidió «aplazar por el momento la consideración de un tema que no parecía responder a una necesidad apremiante de los Estados o de las organizaciones internacionales»[1].

3. Es verdad que en muchos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, protocolos sobre privilegios e inmunidades o acuerdos de sede se reconoce la inmunidad. Sin embargo, esas disposiciones son a menudo muy generales. Por otra parte, no es raro que la cuestión de la inmunidad se plantee ante los tribunales de Estados que no están obligados por ningún tratado a este respecto. La pertinencia del tema también depende de la constante expansión de las actividades de muchas organizaciones internacionales. Por ejemplo, plantea algunos problemas la práctica de organizar reuniones fuera del territorio de los Estados con los que existen acuerdos de sede en vigor.

4. La existencia, en derecho internacional general, de una obligación de conceder la inmunidad a las organizaciones internacionales ha sido reconocida por varios tribunales. Según el Tribunal del Trabajo de Ginebra en el asunto *ZM* v. *Permanent Delegation of the League of Arab States to the United Nations*, «las organizaciones internacionales, de carácter universal o regional», gozan de una «inmunidad de jurisdicción absoluta»[2]. El Tribunal Supremo de los Países Bajos sostuvo, en el asunto *Iran-United States Claims Tribunal* v. *AS*, que, «incluso a falta de tratado, [...] se desprende del derecho internacional no escrito que una organización internacional goza del privilegio de la inmunidad de jurisdicción en las mismas condiciones que se establecen generalmente en los tratados antes mencionados, y en cualquier caso en el Estado en cuyo territorio tiene su sede la organización, con el consentimiento del gobierno del Estado anfitrión»[3]. En el asunto *T. M.* c. *Ligue des Etats Arabes*, el Tribunal de Casación de Bélgica se refirió a la inmunidad reconocida a las organizaciones internacionales, bien por un principio general de derecho internacional, bien por acuerdos especiales[4].

5. Adoptaron decisiones similares el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia de los Estados Unidos en el asunto *Weidner* v. *International Telecommunications Satellite Organization*[5] y el Tribunal Supremo de Filipinas en una serie de sentencias. Por ejemplo, en el asunto *Southeast Asian Fisheries Development Center* v. *Acosta*, este último Tribunal declaró: «Una de las inmunidades básicas de una organización internacional es la inmunidad de la jurisdicción local, lo que significa que goza de inmunidad respecto de los procedimientos y resoluciones judiciales de los tribunales del país donde se encuentra»[6].

6. Precedentes como los mencionados hacen pensar que es necesario proceder a un examen minucioso de la práctica de los Estados a fin de llegar a conclusiones adecuadas desde el punto de vista de la codificación o del desarrollo progresivo.

7. Un estudio sobre la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales no requerirá simplemente determinar hasta qué punto las normas relativas a la inmunidad de los Estados pueden aplicarse también a las organizaciones internacionales. La inmunidad de estas últimas debe estudiarse en el contexto de los recursos disponibles para el ejercicio de acciones contra una organización, según las normas de la organización o los acuerdos de arbitraje. Es necesario evitar el riesgo de que se produzca una denegación de justicia. Así, por ejemplo, en la sentencia antes mencionada del Tribunal del Trabajo de Ginebra, éste estudió si existía una «posibilidad real de recurso ante el tribunal administrativo de la Organización

[1] *Anuario… 1992*, vol. II (segunda parte), pág. 57, párr. 362.

[2] *ZM* v. *Permanent Delegation of the League of Arab States to the United Nations*, sentencia de 17 de noviembre de 1993, *International Law Reports*, vol. 116, págs. 643 y ss., en pág. 647.

[3] *Iran-United States Claims Tribunal* v. *AS*, sentencia de 20 de diciembre de 1985, ibíd., vol. 94, págs. 327 y ss., en pág. 329.

[4] *T. M.* c. *Ligue des Etats Arabes*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, que se puede consultar en la página web www.cassonline.be.

[5] *Weidner* v. *International Telecommunications Satellite Organization*, sentencia de 21 de septiembre de 1978, *International Law Reports*, vol. 63, págs. 191 y ss.

[6] *South-east Asian Fisheries Development Center* v. *Acosta*, sentencia de 2 de septiembre de 1993, que se puede consultar en la página web www.lawphil.net.

demandada»[77]. Más recientemente, en *Pistelli* c. *Istituto universitario europeo*, el Tribunal de Casación de Italia resolvió que la inmunidad de jurisdicción de una organización internacional es admisible cuando las normas de la organización garantizan «la tutela judicial de los mismos derechos e intereses ante un tribunal independiente e imparcial»[8].

8. Principales cuestiones que plantea el tema:

– Definición de las organizaciones internacionales que abarcará el estudio.

– Inmunidad de la jurisdicción contenciosa. En especial: modalidades para dar efecto a la inmunidad, consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción, efectos de la participación en un proceso ante un tribunal, reconvenciones; cuestiones relativas a los actos de comercio, contratos de trabajo, asuntos relacionados con la propiedad, participación en sociedades u otras entidades colectivas; efectos de un acuerdo de arbitraje.

– Inmunidad respecto de medidas coercitivas relacionadas con un proceso ante un tribunal.

– Protección de los derechos de las personas naturales y jurídicas en relación con la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales. En especial, función de los medios alternativos de solución de controversias.

9. Tratados aplicables, principios generales o legislación o decisiones judiciales pertinentes:

En este documento se ha hecho referencia a algunas tendencias observadas en los tratados, la legislación nacional y las decisiones judiciales. Mientras que los tratados y la legislación se refieren a un número limitado de organizaciones, en algunas decisiones judiciales se ha examinado también en términos generales la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales.

10. Doctrina actual:

Actualmente hay división de opiniones acerca de la existencia de normas de derecho internacional general que regulen las inmunidades de las organizaciones internacionales. Algunos estudios siguen negando que tales normas existan[9], pero la tendencia dominante en los últimos trabajos se inclina más a admitir que alguna forma de inmunidad[10] —a veces incluso la inmunidad absoluta— forma parte del derecho internacional. La inmunidad de jurisdicción respecto de las medidas de ejecución goza de una aceptación más amplia[11]. Se adjunta una nota bibliográfica.

11. Ventajas de elaborar un proyecto de convención:

Dado el número de casos en que no se aplican los tratados relativos a las inmunidades de las organizaciones internacionales, y habida cuenta también del carácter general de la mayoría de las disposiciones convencionales, convendría a todos los interesados que se pudieran determinar más fácilmente cuáles son las normas de derecho internacional por las que se rigen las inmunidades de las organizaciones internacionales. Se debería tomar debidamente en consideración, cuando proceda, la necesidad de desarrollo progresivo. La creciente importancia de las actividades económicas de las organizaciones internacionales, que a menudo compiten directamente con el sector privado, hace que la cuestión cobre urgencia.

Si se decidiera estudiar el tema, éste se prestaría a la preparación de un proyecto de convención que se aplicaría junto con la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

---

[7] *ZM* v. *Permanent Delegation of the League of Arab States to the United Nations* (véase la nota 2 *supra*), pág. 649.

[8] *Pistelli* c. *Istituto universitario europeo*, sentencia de 28 de octubre de 2005, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 89 (2006), págs. 248 y ss., en pág. 254.

[9] Véanse P. Glavinis, *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, pág. 122; S. De Bellis, *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci, 1992, pág. 18; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruselas, Bruylant, 1998, pág. 230, y H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, pág. 469.

[10] Véanse J.-F. Lalive, «L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, vol. 84 (1955), págs. 209 y ss., especialmente pág. 304; E. H. Fedder, «The functional basis of international privileges and immunities: a new concept in international law and organization», *American University Law Review*, vol. 9 (1960), págs. 60 a 69, y B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2002, pág. 259. Dominicé sostiene que ha surgido una norma consuetudinaria únicamente con respecto a las Naciones Unidas y a los organismos especializados (véase C. Dominicé, «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-IV*, vol. 187 (1985), págs. 145 y ss., especialmente pág. 220).

[11] Véanse F. Schröer, «Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol 13 (1977), págs. 575 y ss., especialmente pág. 584; Dominicé, *loc. cit.* (nota *supra*), pág. 225; J. Moussé, *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruselas, Établissements Émile Bruylant, 1997, págs. 376 y 377, y C. Zanghì, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2001, pág. 330.

Bibliografía sumaria*

ABRAHAMSON, N. G.: «Waiver of immunity for World Bank denied, *Mendaro* v. *The World Bank*», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 8 (1984), 413-422.

AHLUWALIA, K.: *The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1964, 230 págs.

AKEHURST, M.: «Settlement of claims by individuals and companies against international organizations», *Annuaire de l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de la Haye* (1967-1968), vol. 37/38 (1969), 69-98.

AMERASINGHE, C. F.: *The Law of the International Civil Service. As Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford University Press, 1994.

— *Principles of the Institutional Law of the International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, 519 págs.

ARCHER, C.: *International Organizations*, Londres/Nueva York, Routledge, 1992, 205 págs.

ARISTODEMOU, M.: «Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 695-701.

ARSANJANI, M. H.: «Claims against international organizations: *Quis custodiet ipsos custodes*», *The Yale Journal of World Public Order*, vol. 7, n.º 2 (1981), 131-176.

AUFRICHT, H.: «The expansion of the concept of sovereign immunity, with special reference to international organizations», *Proceedings of the American Society of International Law at its Forty-sixth Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24-26, 1952)*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1952, 85-100.

BARDOS, R.: «Judicial abstention through the act of State doctrine. *International Association of Machinists v. Organization of Petroleum Exporting Countries*», *International Trade Law Journal*, vol. 7, n.º 1 (1981-1982), 177-192.

BATTAGLIA, R. M.: «Jurisdiction over NATO employees», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 4 (1978-1979), 166-184.

BAXTER, R. R.: «Jurisdiction over visiting forces and the development of international law», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24-26, 1958)*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1958, 174-180.

BEDERMAN, D. J.: «The souls of international organizations: legal personality and the lighthouse at Cape Spartel», *Virginia Journal of International Law*, vol. 36 (1995), 275-377.

BEKKER, P.: *The Legal Position of Intergovernmental Organizations. A Functional Necessity Analysis of their Legal Status and Immunities*, Dordrecht/Boston, Martinus Nijhoff, 1994, 265 págs.

BENTIL, J. K.: «Involvement of an international organization in litigation in England», *Litigation*, vol. 8, n.º 3 (1989), 90-97.

— «Suing an international organization for debt payment», *Solicitor's Journal*, vol. 134 (1990), 475-479.

BERTRAND, C.: «La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Cooperation en Europe (OSCE)», *Revue générale de droit international public*, vol. 102, n.º 2 (1998), 365-406.

BISCOTTINI, G.: *Il diritto delle organizzazioni internazionali*, vol. 1, Padova, CEDAM, 1971, 185 págs.

BOWETT, D.: *The Law of International Institutions*, 4.ª ed., Londres, Stevens, 1982, 431 págs.

BRADLOW, D. D.: «International organizations and private complaints: the case of the World Bank Inspection Panel», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), 553-613.

BROWER, C. H.: «International immunities: some dissident views on the role of municipal courts», *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), 1-92.

BYK, C.: «Case note to Hintermann v. UEO», *Journal du droit international* (1997), 141-151.

CAHIER, Ph.: *Étude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les États où elles résident*, Milán, A. Giuffrè, 1959, 449 págs.

CANE, P.: «Prerogative acts, acts of State and justiciability», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29 (1980), 680-700.

CASSESE, A.: «L'immunité de juridiction civile des organisations internationales dans la jurisprudence italienne», *Annuaire français de droit international*, vol. 30 (1984), 556-566.

CHANDRASEKHAR, S.: «Cartel in a can: the financial collapse of the International Tin Council», *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 10, n.º 2 (1989), 309-332.

CHEN, K.: «The legal status, privileges and immunities of the specialized agencies», *American journal of international law*, vol. 42 (1948), 900-906.

CHEYNE, I.: «Status of international organizations in English law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), 981-983.

CULLY, K.: «Jurisdictional immunities of intergovernmental organizations», *The Yale Law Journal*, vol. 91, n.º 6 (1982), 1167-1195.

D'ARGENT, P.: «Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003)», *Revue belge de droit international*, vol. 36, n.º 2 (2003).

DAVID, E.: «Ligue des Etats arabes c. T... M... (Observations)», *Journal des tribunaux*, n.º 6020 (2001), 610-613.

— «Bruxelles (9e ch.) 4 mars 2003. (Observations : Une décision historique ?)», *Journal des tribunaux*, n.º 6110 (2003), 686-687.

DE BELLIS, S.: *L'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione*, Bari, Cacucci, 1992.

DE VISSCHER, P.: «De l'immunité de juridiction de l'Organisation des Nations Unies et du caractère discrétionnaire de la compétence de protection diplomatique», *Revue critique de jurisprudence belge* (1971), 456-462.

DISTEFANO, G.: «Le CICR et l'immunité de juridiction en droit international contemporain : fragments d'investigation autour d'une notion centrale de l'organisation internationale», *Revue Suisse de droit international et de droit européen*, vol. 3 (2002), 355-370.

DOMINICÉ, C.: «L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 187 (1984), 145-238.

— «L'arbitrage et les immunités des organisations internationales», en C. DOMINICÉ, R. PATRY y C. REYMOND (eds.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing y Lichtenhahn, 1993, 483-497.

— «Problèmes actuels des immunités juridictionelles internationales», en J. CARDONA LLORENS (coord.), *Cursos euromediterráneos Bancaja de derecho internacional*, vol. II (1998), Castellón de la Plana, Aranzadi, 1999, 305-348.

— «Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privées», *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), 623-648.

DROUILLAT, R.: «L'actualité judiciaire. L'immunité de juridiction des organismes internationaux», *Recueil Sirey. Jurisprudence* (1954), 97.

DUFFAR, J.: *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, 392 págs.

DURANTE, F. y E. SPATAFORA, *Gli Accordi di Sede. Immunità e privilegi degli enti e dei funzionari internazionali in Italia*, Milán, Giuffrè, 1993, 512 págs.

* Preparada por Stefano Dorigo, doctorando en la Universidad de Pisa (Italia).

EBENROTH, C. T.: «Shareholders' liability in international organizations. The settlement of the International Tin Council case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 4 (1991), 171-183.

EHRENFELD, A.: «United Nations immunity distinguished from sovereign immunity», *Proceedings of the American Society of International Law at its Fifty-second Annual Meeting held at Washington, D. C. (April 24-26, 1958)*, Washington, D.C., American Society of International Law, 1958, 88-94.

EISEMANN, P. M.: «Crise du Conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation intergouvernmentale», *Annuaire français de droit international*, vol. 31 (1985), 730-746.

FARRUGIA, A. A.: «*Boimah v. United Nations General Assembly*: international organizations immunity is absolutely not restrictive», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2 (1989), 497-525.

FEDDER, E. H.: «The functional basis of international privileges and immunities: a new concept in international law and organization», *American University Law Review*, vol. 9 (1960), 60-69.

FISCHER, G.: «Organisation internationale du travail. Privilèges et immunités», *Annuaire français de droit international* (1955), 385-392.

FLAUSS, J.-F.: «Contentieux de la fonction publique européenne et Convention européenne des droits de l'homme», en J.-F. FLAUSS y P. WACHSMANN (comp.), *Le droit des organisations internationales. Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruselas, Bruylant, 1997, 157-173.

— «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *Revue Suisse de droit international et de droit européen* (2000), 299-324.

FOX, H.: *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, 572 págs.

FREYMOND, P.: «Remarques sur l'immunité de juridiction des organisations internationales en matière immobilière», *Die Friedens-Warte. Blätter für internationale Verständigung und zwischenstaatliche Organisation*, vol. 53, n.º 4 (1956), 365-379.

GAILLARD, E.: «Convention d'arbitrage et immunités de juridiction et d'exécution des États et des organisations internationales», *Bulletin de l'Association Suisse d'Arbitrage*, vol. 18, n.º 3 (2000), 471-481.

GAJA, G.: «L'esecuzione su beni di Stati esteri: l'Italia paga per tutti?», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 68, n.º 2 (1985), 345-347.

GLAVINIS, P.: *Les litiges relatifs aux contrats passés entre organisations internationales et personnes privées*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990, 271 págs.

GLAZER, J. H.: «A functional approach to the international finance corporation», *Columbia Law Review*, vol. 57, n.º 8 (1957), 1089-1112.

GLENN, G. H., M. M. KEARNEY y D. J. PADILLA: «Immunities of international organizations», *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n.º 2 (1982), 247-290.

GOETTEL, J. G.: «Is the International Olympic Committee amenable to suit in a United States Court?», *Fordham International Law Journal*, vol. 7, n.º 1 (1983-1984), 61-82.

GORDON, M.: «International organizations: immunity-*Broadbent v. Organization of American States*», *Harvard International Law Journal*, vol. 21, n.º 2 (1980), 552-561.

GREGORIDES, F.: *Die Privilegien und Immunitäten der internationalen Beamten, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Österreich*, Viena, [s. n.], 1972, 214 págs.

GRIFFITH, J. C.: «Restricting the immunity of international organizations in labor disputes: reforming an obsolete shibboleth», *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, n.º 4 (1985), 1007-1033.

HABSCHEID, W. J.: «Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess», *Zeitschrift für Zivilprozess* (1997), 269-286.

HAILBRONNER, K.: «Immunity of international organizations from German national jurisdiction», *Archiv des Völkerechts* (2004), 329-342.

HAMMERSCHLAG, D.: «Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development», *Maryland Journal of International Law and Trade*, vol. 16 (1992), 279-303.

HENDERSON, F. W.: «How much immunity for international organizations? Mendaro v. World Bank», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 10 (1985), 487-497.

JENKS, C. W.: *International Immunities*, Londres, Stevens and Sons, 1961.

KING, J. K.: *The Privileges and Immunities of the Personnel of International Organizations*, Odense, Strandberg Bogtryk, 1949.

KLABBERS, J.: *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, 2002.

KLEIN, P.: *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruselas, Bruylant, 1998.

KNAPP, B.: «Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents devant les tribunaux internationaux», *Revue générale de droit international public* (1965), 615-681.

KUNZ, J. L.: «Privileges and immunities of international organizations», *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), 828-862.

LALIVE, J.-F.: «L'immunité de juridiction des États et des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, vol. 84 (1955), 209-396.

LA ROSA, R.: «Immunità delle organizzazioni internazionali dall'esecuzione e principi costituzionali», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1987), 453-474.

LEE, K. R.: «International organizations. Immunity. Personnel decisions of an international organization are not "commercial activities" and thus may not form the basis for an action against the organization», *Virginia Journal of International Law*, vol. 20, n.º 4 (1980), 913-923.

LEWIS, R. P.: «Sovereign immunity and international organizations: Broadbent v. OAS», *Journal of International Law and Economics*, vol. 13 (1978-1979), 675-693.

LIANG, YUEN-LI: «The legal status of the United Nations in the United States», *The International Law Quarterly*, vol. 2, n.º 4 (1948-1949), 577-602.

MACGLASHAN, M. E.:«The International Tin Council: should a trading organisation enjoy immunity?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 46 (1987), 193-195.

MERKATZ, H. J. von: «Les privilèges et immunités des organisations internationales et de leurs agents», *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 46, n.º 2 (1968), 147-164.

MICHAELS, D. B.: *International Privileges and Immunities. A Case for a Universal Statute*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1971, 249 págs.

MITRANY, D.: *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization (and other essays)*, Londres, Oxford University Press for The Royal Institute of International Affairs, 1943, 56 págs.

MORGENSTERN, F.: *Legal Problems of International Organizations*, Cambridge, Grotius, 1986, 147 págs.

MOUSSÉ, J.: *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruselas, Bruylant, 1997, 828 págs.

MULLER, A. S.: *International Organizations and their Host States. Aspects of their Legal Relationship*, La Haya, Kluwer Law International, 1995, 317 págs.

NAKAMURA, O.: «The status, privileges and immunities of international organizations in Japan», *Japanese Annual of International Law*, vol. 35 (1992), 116-129.

NGUYEN QUOC, D.: «Les privilèges et immunités des organismes internationaux d'après les jurisprudences nationales depuis 1945», *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), 262-304.

OPARIL, R. J.: «Immunity of international organizations in United States Courts: absolute or restrictive?», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 24, n.º 4 (1991), 689-710.

O'TOOLE, T. J.: «Sovereign immunity redivivus: suits against international organizations», *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 4 (1979-1980), 1-16.

PATEL, B. N.: «The accountability of international organizations: a case study of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons», *Leiden Journal of International Law*, vol. 13 (2000), 571-597.

PERRENOUD, G.: *Régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse*, Lausana, F. Rouge, 1949, 253 págs.

PESCATORE, P.: «Les relations extérieures des Communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961-II*, vol. 103 (1962), 1-244.

PINGEL-LENUZZA, I.: «Autonomie juridictionnelle et employeur privilégié: concilier les contraires», *Revue générale de droit international public* (2000), 445-464.

— y E. GAILLARD: «International organisations and immunity from jurisdiction: to restrict or to bypass», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), 1-15.

PINGEL-LENUZZA, I. (ed.): *Droit des immunités et exigences du procès équitable : actes du colloque du 30 avril 2004*, París, Pedone, 2004, 162 págs.

PISILLO MAZZESCHI, R.: «Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e Costituzione italiana», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 59, n.º 3 (1976), 489-521.

PREUSS, L.:«The International Organizations Immunities Act», *American Journal of International Law*, vol. 40 (1946), 332-345.

PUSTORINO, P.: «Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan*», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, n.º 1 (2000), 132-150.

REINISCH, A.: *International Organizations Before National Courts*, Cambridge University Press, 2000, 449 págs.

— y U. A. WEBER: «In the shadow of Waite and Kennedy. The jurisdictional immunity of international organizations, the individual's right of access to the courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement», *International Organizations Law Review*, vol. 1 (2004), 59-110.

SALMON, J.: «Immunités et actes de la fonction», *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), 314-357.

SCHNEIDER, M. E.: «International organizations and private persons: the case for a direct application of international law», en C. DOMINICÉ, R. PATRY y C. REYMOND (eds.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing y Lichtenhahn, 1993, 345-358.

SCHREUER, C. H.: «Concurrent jurisdiction of national and international tribunals», *Houston Law Review*, vol. 13, n.º 3 (1976), 508-526.

SCHRÖER, F.: «De l'application de l'immunité juridictionnelle des États étrangers aux organisations internationales», *Revue générale de droit international public* (1971), 712-741.

— «Sull'applicazione alle organizzazioni internazionali dell'immunità statale dalle misure esecutive», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol 13 (1977), 575.

SCOBBIE, I.: «International organizations and internal relations», en R. J. DUPUY (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2.ª ed.,Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 831-896.

SEIDL-HOHENVELDERN, I.: «L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats et des organisations internationales», en P. WEIL (dir.), *Cours et travaux de l'Institut des hautes études internationales de Paris. Droit International 1*, París, Pedone, 1981, 109-167.

— «L'immunité de juridiction des Communautés européennes», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 338 (1990), 475-479.

— «Functional immunity of international organizations and human rights», en W. BENEDEK, y otros (eds.), *Development and Developing International and European law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, 137-149.

— y G. LOIBL: *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, Colonia, C. Heymanns, 1996, 414 págs.

SEYERSTED, F.: «Jurisdiction over organs and officials of States, the Holy See and intergovernmental organizations», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14 (1965), 31-82.

SINCLAIR, I. M.: «The law of sovereign immunity: recent developments», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1980-II*, vol. 167 (1980), 113-284.

SINGER, M.: «Jurisdictional immunity of international organizations: human rights and functional necessity concerns», *Virginia Journal of International Law*, vol. 36, n.º 1 (1995), 53-165.

TIGROUDJA, H.: «L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.º 41 (2000), 83-106.

VERHOEVEN, J. (ed.): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation ?*, Bruselas/París, Larcier/Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, 283 págs.

WENCKSTERN, M.: *Die Immunität internationaler Organisationen*, Tübingen, Mohr, 1994, 399 págs.

WHITE, N. D.: *The Law of International Organisations*, Manchester/Nueva York, Manchester University Press, 1996, 285 págs.

ZACKLIN, R.: «Diplomatic relations: status, privileges and immunities», en R. J. DUPUY (ed.), *A Handbook on International Organizations*, 2.ª ed.,Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1998, 179-198.

ZANGHÌ, C.: *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2001.

Note: «The status of international organizations under the Law of the United States», *Harvard Law Review*, vol. 71 (1957-1958), 1300-1324.

Anexo III

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN CASOS DE DESASTRE

(Secretaría)

A. Introducción

1. El tema «protección de las personas en casos de desastre» quedaría comprendido en la categoría de «nuevas cuestiones surgidas en el ámbito del derecho internacional y preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto», que fue prevista por la Comisión en su 49.º período de sesiones al establecer las directrices para la inclusión de los temas en el programa de trabajo a largo plazo[1]. El tema se centraría, en su fase inicial, en la protección de las personas en el contexto de los desastres naturales o de los componentes de desastres naturales de emergencias más amplias, mediante la realización de actividades destinadas a la prevención y la mitigación de los efectos de desastres naturales y mediante la prestación de socorro humanitario inmediatamente después de tales desastres. En vista de la actual situación de la evolución de las normas internacionales vigentes sobre el socorro para casos de desastre, así como de la necesidad de que se sistematicen esas normas, percibida especialmente entre las entidades que se ocupan del socorro en casos de desastre (tanto dentro de las Naciones Unidas como fuera de éstas), el tema merece ser examinado por la Comisión.

2. Los desastres naturales forman parte, sin embargo, de una gama más amplia de catástrofes que incluye los desastres producidos por el hombre y otros desastres tecnológicos. Cabe establecer otra distinción entre emergencias derivadas de un solo desastre (natural o de otro tipo) y «emergencias complejas», que pueden tener su origen en varios desastres, bien naturales bien provocados por el hombre (como los conflictos armados)[2]. Además, se observa que esta distinción entre los desastres naturales y los desastres de otro tipo, como los tecnológicos, no siempre se mantiene en los textos jurídicos vigentes ni en los documentos de otra índole que tratan de los desastres, ya que, de hecho, no siempre se puede establecer una distinción clara. Por consiguiente, aunque se señala que la necesidad más inmediata tal vez sea examinar las actividades que se realizan en el contexto de los desastres naturales, ello no impide que se puedan estudiar asimismo los principios y las normas internacionales que rigen las medidas adoptadas en relación con otros tipos de catástrofes.

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 238.

[2] Las emergencias complejas se han definido como «una crisis humanitaria producida en un país, región o sociedad que implica una pérdida total de autoridad resultante de un conflicto interno o externo y que requiere una respuesta internacional que va más allá del mandato o la capacidad de un solo organismo o del programa en curso de las Naciones Unidas» (Documento de trabajo sobre la definición de emergencia compleja, Comité Permanente entre Organismos, diciembre de 1994).

B. Antecedentes

Desastres naturales

3. Dejando aparte las consideraciones de los efectos de las actividades humanas sobre el medio ambiente y sus posibles vinculaciones con la frecuencia y la gravedad de los desastres naturales, éstos se distinguen por dimanar de episodios naturales de la historia geológica o hidrometeorológica, según el caso, del planeta. Estos «peligros naturales» pueden ser terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas, deslizamientos de tierras, huracanes (tifones, ciclones), tornados, *tsunamis* (maremotos), sequías y plagas, que por lo general causan elevadas pérdidas, tanto de vidas como de bienes[33]. Los terremotos se suelen producir súbitamente y dan lugar a derrumbamientos de edificios, deslizamientos de tierras o *tsunamis*, que causan la destrucción generalizada de bienes y la pérdida de vidas humanas[4]. Aunque los huracanes (ciclones y tifones), los tornados e incluso las erupciones volcánicas pueden preverse con antelación, el fenómeno en sí puede producirse de forma súbita y violenta y arrasar grandes superficies, causando la desorganización o el derrumbamiento de los sistemas de abastecimiento de alimentos y de agua potable, así como brotes epidémicos. Por su parte, la sequía, la escasez de alimentos o las malas cosechas, si bien se producen paulatinamente, tienen también repercusiones devastadoras. Esos desastres, que frenan de golpe el proceso de desarrollo, constituyen un gran obstáculo para el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza[5].

4. El que esos fenómenos se conviertan en «desastres» refleja más bien la vulnerabilidad de los seres humanos a los efectos adversos de los peligros naturales[6]. De hecho, el rápido aumento de los asentamientos humanos en zonas históricamente propensas a los desastres, como las llanuras aluviales, las zonas costeras y las fallas geológicas

[3] Se ha calculado que, sólo en 2004, se produjeron 360 desastres que afectaron a más de 145 millones de personas y causaron más de 103.000 millones de dólares de los EE.UU. en daños materiales (Informe del Secretario General sobre el fortalecimiento de la Coordinación de la Asistencia Humanitaria de Emergencia de las Naciones Unidas, 2005, A/60/87-E/2005/78, párr. 4).

[4] Se calcula que el *tsunami* generado por el violento terremoto que se produjo frente a las costas de Sumatra el 26 de diciembre de 2004 afectó a 12 países ribereños del océano Índico y causó más de 240.000 muertes y el desplazamiento de más de un millón de personas (ibíd.).

[5] Declaración de Hyogo, aprobada en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres el 22 de enero de 2005 (A/CONF.206/6, resolución 1).

[6] Véase *infra* la nota 45 donde se examina el término «amenaza/peligro» y su relación con los «desastres».

(los llamados «puntos calientes» de las zonas sísmicas), se ha traducido en un aumento de la probabilidad de sufrir pérdidas y destrucciones de bienes. Además, para la naturaleza no hay fronteras políticas. Muchos desastres naturales, como el *tsunami* de 2004, afectan al mismo tiempo a varios Estados o incluso a regiones enteras. En esos casos, el socorro adquiere dimensiones y carácter internacionales.

Actividades recientes de socorro en casos de desastre

5. Aunque, cuando se producen desastres naturales, el Estado afectado es el responsable de la intervención y de la coordinación, ese Estado puede pedir ayuda internacional. La participación de la comunidad internacional no se limita a los desastres que afectan a varios países, sino que puede ser solicitada expresamente por Estados que, a título individual, piden asistencia para hacer frente a los efectos de catástrofes que tienen lugar exclusivamente dentro de sus fronteras. En la actualidad, un grupo heterogéneo de entidades, del que forman parte organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y sus organismos especializados, los principales donantes y las organizaciones no gubernamentales, destina una cantidad considerable de recursos a la asistencia a los Estados y poblaciones que han sufrido los efectos de desastres naturales[7].

6. La Asamblea General, en su resolución 46/182, de 19 de diciembre de 1991, señaló que las actividades fundamentales realizadas en esta esfera eran: la prevención y mitigación de los desastres; la preparación, en particular aumentando la capacidad de alerta temprana; el mejoramiento de la capacidad contingente, como los mecanismos de financiación contingente; los llamamientos unificados para recabar asistencia; y la coordinación, la cooperación y el liderazgo para proporcionar socorro de emergencia[8]. Esa clasificación de actividades sigue siendo en general válida hoy en día, aunque el tipo de actividades que se llevan a cabo ha evolucionado considerablemente desde 1991.

7. En el plano operacional, es fundamental la rapidez en la intervención, inmediatamente después del desastre, y cobra particular importancia la coordinación *in situ* de los recursos de la respuesta en tiempo real[9]. Sin embargo, el personal de socorro humanitario se suele enfrentar a diversos problemas que obstaculizan su labor. Entre éstos cabe destacar las dificultades de la coordinación sectorial (tanto intersectorial como intrasectorial); las limitaciones de la capacidad para movilizar a expertos técnicos en el momento en que son necesarios; la insuficiencia de la capacidad de suministro de agua, del saneamiento, del alojamiento, y de la protección y administración de los campamentos; los problemas de la puntualidad y la insuficiencia de los fondos; las dificultades en la preparación nacional y local; las deficiencias en la capacidad de respuesta y el hostigamiento y la muerte intencionales del personal de socorro humanitario.

8. Aunque algunos obstáculos son de carácter técnico, otros son jurídicos, y sería preciso disponer de un marco normativo que agilizara considerablemente las disposiciones técnicas. Cabe citar, como ejemplo de ello, las insuficiencias de los marcos normativos actuales, que por lo general se han pensado para momentos de normalidad y resultan insuficientes o inadecuados para facilitar las medidas de respuesta durante las emergencias. En ocasiones, el personal de socorro humanitario no puede acceder rápidamente al lugar en el que se ha producido el desastre a causa de los trámites relacionados con los visados o con los servicios de inmigración y de aduanas, o a causa de los procedimientos y autorizaciones necesarios para los sobrevuelos y los aterrizajes. A veces se producen atascos y retrasos logísticos en los puntos de transbordo, debido a los controles de exportación y de importación, así como a la tramitación de documentación y al pago de derechos de aduanas. Otras veces se plantea el problema de las prerrogativas e inmunidades, así como el de la delimitación de las responsabilidades. Además, la comunidad jurídica internacional se ha ocupado recientemente de la seguridad del personal de socorro humanitario, en particular el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado[10]. En las emergencias complejas, esos problemas pueden verse agravados por la situación política del momento en el Estado que se enfrenta a un desastre natural.

Protección de las víctimas

9. La asistencia humanitaria, incluido el socorro en casos de desastre, se presta, en particular, en el contexto normativo más amplio de la protección de las víctimas de los desastres, incluidos los desastres naturales, cuestión que sigue siendo objeto de debate entre las entidades que se ocupan del socorro en casos de desastre[11]. No obstante, la actual propuesta debe considerarse como parte de la reflexión actual sobre un nuevo principio que conlleva la responsabilidad de proteger[12], principio que, aunque se formula primordialmente en el contexto de los conflictos, puede ser también de aplicación a los desastres.

10. De las tres responsabilidades específicas señaladas en 2004 por el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio como implícitas en la responsabilidad general de proteger, la responsabilidad de prevenir que incumbe a la comunidad internacional se considera la

[7] Dentro de las Naciones Unidas, la responsabilidad de la coordinación de la intervención internacional en casos de desastre corresponde al Coordinador del Socorro de Emergencia, que es también el Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios, encargado de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH).

[8] En la resolución también se destaca la vinculación entre socorro, rehabilitación y desarrollo.

[9] Véase A. Katoch, «International natural disaster response and the United Nations», en V. Bannon (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, pág. 48.

[10] Véanse la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, aprobada en 1994, así como su Protocolo Facultativo, aprobado por la Asamblea General en su resolución 60/42, de 8 de diciembre de 2005 (por el que se amplía el alcance de la Convención de 1994 a las operaciones de las Naciones Unidas destinadas, en particular, a prestar asistencia humanitaria de emergencia y se ofrece a los Estados anfitriones la posibilidad de declarar que no aplicará el Protocolo cuando la asistencia humanitaria se preste con el fin exclusivo de responder a un desastre natural).

[11] Véase «Humanitarian Response Review. An independent report commissioned by the United Nations Emergency Relief Coordinator and Under-Secretary-General for Humanitarian Affairs» (agosto de 2005), párr. 4.2, págs. 30 y 31.

[12] Véase el informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, «Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos», de 2004, documento A/59/565 y Corr.1.

de mayor importancia para la cuestión de que se trata[13]. El principio de la prevención, que comprende la reducción del riesgo, está bien establecido en la esfera del socorro en casos de desastre y fue reafirmado recientemente en la Declaración de Hyogo[14] aprobada en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres, celebrada en enero de 2005. En la Declaración, al tiempo que se reconoce la importancia de lograr la participación de todos los interesados, en particular las instituciones financieras y las organizaciones regionales e internacionales, la sociedad civil, incluyendo las organizaciones no gubernamentales y los voluntarios, el sector privado y la comunidad científica, se afirma que incumbe principalmente a los Estados la protección de su población y de sus bienes en su territorio frente a los peligros, bien naturales, bien inducidos por procesos humanos[15].

C. Reseña de las normas y reglas vigentes

11. Las distintas actividades emprendidas a nivel internacional en respuesta a los desastres han llegado a estar reguladas por una serie de normas jurídicas que, colectivamente, se han denominado «derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre»[16]. No se trata de una esfera totalmente nueva del derecho internacional[17]. Sus orígenes se remontan por lo menos a mediados del siglo XVIII, cuando Emer de Vattel escribió:

> cuando se presente la ocasión, toda nación deberá prestar su ayuda para impulsar el avance de otras naciones y salvarlas del desastre y la ruina, siempre y cuando pueda hacerlo sin correr un riesgo excesivo[18].

> [...] Si una nación padece hambre, todas las que dispongan de provisiones sobrantes deberán brindarle asistencia en su necesidad, sin exponerse, no obstante, a la escasez [...] Prestar ayuda en tal trance es un acto de humanidad tan instintivo que se haría difícil encontrar una nación civilizada que se negara por completo a hacerlo [...] Cualquiera sea la calamidad que fecte a una nación, la ayuda que se le debe es la misma[19].

12. En su forma moderna, el derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre consiste en las normas y principios de la asistencia internacional humanitaria que se aplican en el contexto de un desastre, natural o tecnológico, en tiempo de paz[20]. Más concretamente, el «núcleo» de ese derecho se ha descrito como «[l]as leyes, normas y principios aplicables al acceso, la facilitación, la coordinación, la calidad y la rendición de cuentas de las actividades internacionales de intervención en casos de desastres no relacionados con conflictos, que abarcan la preparación para desastres inminentes y la realización de actividades de socorro y asistencia humanitaria»[21].

13. En sí mismos, los desastres no se han considerado fuente directa de derechos y obligaciones internacionales. Sin embargo, ocasionalmente han dado lugar a la concertación de acuerdos internacionales[22]. En la actualidad, el derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre está formado por un conjunto relativamente grande de disposiciones de derecho convencional que comprende diversos acuerdos multilaterales (de ámbito tanto mundial como regional)[23], así como una importante red de tratados bilaterales que ha ido creándose en Europa y en otros lugares[24]. Muchos de esos acuerdos se refieren

---

[13] Se propone que la Comisión, siguiendo su práctica tradicional de centrarse en la interacción pacífica entre los Estados, no examine la cuestión de la responsabilidad de actuar como respuesta, incluso con medidas coercitivas y, en casos extremos, mediante intervención militar.

[14] Véase la nota 5 *supra*, resolución 1.

[15] Ibíd., párrafos 2 y 4 de la parte dispositiva, respectivamente.

[16] En el título de esta propuesta se usa el término «socorro» para conferir un sentido más amplio al tema, es decir, para no limitarlo a la fase de «respuesta». Sin embargo, en la medida en que la «respuesta» abarque otras actividades conexas, como las de mitigación del riesgo en previsión de los desastres, ambos términos podrán utilizarse de forma intercambiable.

[17] Véase M. H. Hoffman, «What is the scope of international disaster response law?», en V. Bannon (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, pág. 13.

[18] E. de Vattel, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns*, texto de 1758, tomos I, II, III y IV, traducción de Charles G. Fenwick con una introducción de Albert de Lapradelle, Institución Carnegie de Washington, 1916, vol. III, pág. 114.

[19] Ibíd., pág. 115. El autor observa al mismo tiempo que, si el Estado puede pagar las provisiones suministradas, éstas se le podrán vender por un precio justo, y señala que no existe obligación alguna de dar al Estado lo que éste pueda obtener por sí mismo, y, por consiguiente, tampoco de hacerle donación de cosas que sea capaz de comprar.

[20] Véase Hoffman, *loc. cit.* (nota 17 *supra*), pág. 13.

[21] FICR, «Derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre (DIICD), Proyecto DIICD 2002-2003», 2003, págs. 16 y 17.

[22] Véase J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1973, pág. 47.

[23] Aunque desde el final de la guerra sólo se han aprobado dos grandes acuerdos multilaterales que tratan específicamente sobre el socorro en casos de desastre, a saber, la Convención sobre asistencia en caso de accidente nuclear o emergencia radiológica (1986) y el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofe (aprobado en la Conferencia Intergubernamental sobre Telecomunicaciones de Emergencia celebrada en Tampere (Finlandia) del 16 al 18 de junio de 1998), varios otros tratados multilaterales también pueden ser pertinentes en la medida en que tratan algunos aspectos del socorro en casos de desastre en el contexto del transporte terrestre, aéreo y marítimo, así como de los procedimientos aduaneros. Ejemplos de esos tratados son la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (1946), el Convenio sobre el Transporte Internacional por Ferrocarril (1980) el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944), el Convenio para Facilitar el Tráfico Marítimo Internacional (1965), el Convenio relativo a la admisión temporal (1990), el Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (aprobado en Kyoto en 1973 con los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera) y el Convenio internacional (revisado) para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (aprobado en Kyoto en 1999 con los auspicios de la Organización Mundial de Aduanas), que incluyen disposiciones para facilitar la salida, la entrada o el tránsito de suministros de socorro, así como para agilizar los procedimientos de aduanas. También son pertinentes hasta cierto punto la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado (1994) y su Protocolo Facultativo de 2005 (véase la nota 10 *supra*), donde, entre otras cosas, se establece la obligación de los Estados de reprimir y castigar los delitos cometidos contra una clase específica de personal protegido.

[24] Los acuerdos regionales son el Acuerdo parcial abierto del Consejo de Europa para la prevención, la protección y la organización del socorro en caso de catástrofes naturales y tecnológicas graves (1987), resolución (87) 2 (aprobada por el Comité de Ministros el 20 de marzo de 1987), y el Acuerdo para la importación temporal en régimen de franquicia aduanera, a título de préstamo gratuito y con fines diagnósticos o terapéuticos, de material medicoquirúrgico y de laboratorio destinado a los establecimientos sanitarios (1960); la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en Casos de Desastre (aprobada en el 21.º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Santiago de Chile el 6 de julio de 1991) y el Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre Gestión en Casos de Desastre e Intervención en Situaciones de Emergencia (aprobado en Ventiane el 26 de julio de 2005).

a la prestación de asistencia mutua, la reglamentación de las solicitudes y ofrecimientos de asistencia, la facilitación de la entrada en territorio soberano, la cooperación técnica, el intercambio de información y la capacitación. Otras disposiciones comunes se refieren a la reglamentación de la entrada del personal y del material y a la circulación dentro del territorio, la entrada de suministros de socorro y las normas de aduanas, el estatuto, la inmunidad y la protección del personal y los gastos relacionados con las operaciones de socorro[25].

14. También se puede encontrar otra fuente de normas en el considerable número de memorandos de entendimiento y acuerdos de sede que suelen concertarse entre las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales y los Estados. Aunque muchos de esos instrumentos se refieren a un contexto específico, se pueden discernir en ellos algunas disposiciones generales o comunes que han sido aceptadas como reflejo de la percepción común de que son cuestiones de derecho internacional.

15. Además, gran parte del desarrollo del derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre ha tenido lugar en el ámbito del derecho no vinculante, por ejemplo en el contexto de resoluciones de la Asamblea General, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y de otros órganos como la Conferencia Internacional de la Cruz Roja; de declaraciones políticas, y de códigos de conducta, directrices operacionales y normas y reglamentos internos de las Naciones Unidas que proporcionan instrumentos de interpretación para la preparación, la movilización, la coordinación, la facilitación y la prestación de asistencia humanitaria en casos de desastre[26]. Actualmente, la «piedra angular» es la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, que, junto con otros instrumentos como la resolución de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja sobre medidas para acelerar la prestación de socorro internacional[27], es un elemento clave de un marco reglamentario en expansión cuya base y complemento es una serie de resoluciones de la Asamblea General[28]y otros instrumentos, el más reciente de los cuales es el Marco de Acción de Hyogo[29].

Aplicabilidad del derecho internacional humanitario y de otras normas pertinentes del derecho internacional

16. Los comentaristas suelen tomar el derecho internacional humanitario como punto de referencia y comparación cuando se trata de desarrollar el derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre[30]. Los vínculos entre ambos campos son reflejo del patrimonio común del impulso humanitario y apuntan a las misiones específicas tanto del CICR como de la FICR. Aunque no es seguro que el derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre evolucione de forma similar al derecho internacional humanitario[31], existen ejemplos de normas de derecho internacional humanitario que serían aplicables a la prestación de socorro en casos de desastre, aunque sólo fuera por analogía.

17. Análogamente, algunos principios y aspectos de otras normas del derecho internacional, como las relativas al medio ambiente, a los derechos humanos, a los refugiados y a los desplazados internos, pueden ser de interés a los efectos de un marco jurídico más amplio del socorro en casos de desastre.

Sistematización mediante la codificación y el desarrollo progresivo

18. Aunque se reconoce cada vez más la existencia del derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre es cada vez más reconocida, también se considera que, en general, ese sector carece de coherencia como conjunto de normas constitutivas de un único cuerpo de derecho[32]. Las propuestas de codificación se remontan a fines del siglo XIX, a las malogradas sugerencias de ampliar el «régimen de Ginebra», que regulaba el derecho internacional humanitario, para que abarcase también a las víctimas de los desastres. La creación de la Unión Internacional de Socorros en 1927[33], con los auspicios

[25] Véase «Derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre (DIICD), Proyecto DIICD 2002-2003» (nota 21 *supra*), pág. 18.

[26] Véanse, por ejemplo, las medidas para acelerar la prestación de socorro internacional aprobadas en la 23.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, resolución 6, CICR/FICR, *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 13.ª ed., Ginebra, 1994, págs. 811 a 815; la resolución 2102 (LXIII) del Consejo Económico y Social, de 3 de agosto de 1977; la Declaración de principios para el socorro humanitario internacional a la población civil en situaciones de desastre, de 1969, aprobada por la 21.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja, resolución 26, *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, pág. 808; la Recomendación del Consejo de Cooperación Aduanera para acelerar la expedición de los envíos de socorro, de 8 de junio de 1970, documento T2-423 (puede consultarse en www.wcoomd.org/); *Proyecto Esfera, la Carta Humanitaria y las normas mínimas de respuesta humanitaria en casos de desastre*, Ginebra, Proyecto Esfera, 2004, y el Código de Conducta para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales que se ocupan del socorro en casos de desastre, anexo VI de las resoluciones de la 26.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *International Review of the Red Cross*, n.º 310 (enero-febrero 1996), págs. 119 y ss.

[27] Véase la nota *supra*.

[28] Véanse las resoluciones de la Asamblea General 2816 (XXVI), de 14 de diciembre de 1971; 36/225, de 17 de diciembre de 1981; 37/144, de 17 de diciembre de 1982; 39/207, de 17 de diciembre de 1984; 41/201, de 8 de diciembre de 1986; 45/221, de 21 de diciembre de 1990; 48/57, de 14 de diciembre de 1993; 49/139, de 20 de diciembre de 1994; 51/194, de 17 de diciembre de 1996; 52/12, de 12 de noviembre de 1997; 52/172, de 16 de diciembre de 1997; 54/233, de 22 de diciembre de 1999; 55/163, de 14 de diciembre de 2000; 56/103, de 14 de diciembre de 2001; 56/164, de 19 diciembre de 2001; 56/195, de 21 de diciembre de 2001; 57/150, de 16 de diciembre de 2002; 57/153, de 16 de diciembre de 2002; 58/177, de 22 de diciembre de 2003; y 59/231, de 22 de diciembre de 2004.

[29] Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, aprobado el 22 de enero de 2005 en la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres (A/CONF.206/6, resolución 2).

[30] Véase Hoffman, *loc. cit.* (nota 17 *supra*), págs. 14 y 15.

[31] Ibíd., pág. 15.

[32] Véase FICR, «International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law. Summary of the study on existing treaty law prepared by Professor Horst Fischer, Bochum University, Germany» (enero de 2003), pág. 2.

[33] Establecida en virtud de la Convención y los estatutos constitutivos de la Unión Internacional de Socorros, que entró en vigor en 1932 con 30 Estados Partes. Véase B. Morse, «Practice, norms and reform of international humanitarian rescue operations», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1977-IV*, vol. 157 (1980), págs. 121 a 194, especialmente págs. 132 y 133.

de la Sociedad de las Naciones, fue la primera tentativa importante del siglo XX de establecer un marco jurídico e institucional que reglamentase la prestación de socorro internacional en casos de desastre. En el preámbulo de la Convención por la que se creó la Unión se establecía expresamente como uno de sus propósitos contribuir al avance del derecho internacional en esa esfera.

19. Aunque la Unión resultó en gran medida ineficaz y fue sustituida por las Naciones Unidas y sus organismos especializados, posteriormente se siguieron haciendo varias propuestas para la codificación de algunos aspectos del derecho internacional de las intervenciones en casos de desastre[34]. En las Naciones Unidas, ya en 1971, la Asamblea General, en su resolución 2816 (XXVI), invitó a los posibles gobiernos beneficiarios a que estudiaran la posibilidad de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran apropiadas para facilitar la recepción de la ayuda, incluidos los derechos de vuelo y aterrizaje y las prerrogativas e inmunidades necesarios para los grupos de socorro. A principios de los años ochenta, por iniciativa del Coordinador del Socorro de Emergencia de las Naciones Unidas, se realizó un estudio sobre la posibilidad de negociar un instrumento relativo a las operaciones de socorro en casos de desastre. Éste fue estudiado posteriormente, en 1983, por un grupo de expertos en derecho internacional, encabezado por el entonces Presidente de la Comisión de Derecho Internacional, y tuvo como resultado la propuesta del Secretario General de que se preparase un proyecto de convenio internacional para acelerar la prestación de socorro de emergencia[35]. La propuesta no se siguió estudiando después de su presentación inicial al Consejo Económico y Social, en 1984, y tampoco prosperó una propuesta ulterior, presentada a finales de los años ochenta, relativa a una convención sobre el deber de asistencia humanitaria, a causa principalmente de la renuencia de varias grandes organizaciones no gubernamentales[36]. Se planteó una iniciativa similar en el Consejo Mundial de la Alimentación (del Programa Mundial de Alimentos) en su 15.º período de sesiones, celebrado en El Cairo en 1989, que tuvo ante sí una propuesta relativa a un acuerdo internacional sobre el tránsito en condiciones de seguridad de la ayuda alimentaria de urgencia para las poblaciones afectadas por disturbios civiles, guerras o desastres naturales[37].

20. Resumiendo la situación en 1990, el Secretario General, en su informe sobre la asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, señaló de nuevo que se consideraba conveniente «crear nuevos instrumentos jurídicos para superar los obstáculos con que tropezaba la asistencia humanitaria», pero limitó sus sugerencias a «nuevos instrumentos jurídicos, por ejemplo declaraciones de los derechos de las víctimas de los desastres a recibir asistencia de socorro y acuerdos bilaterales entre los donantes y los países receptores y entre los países receptores»[38].

21. La idea de crear un marco jurídico para la asistencia internacional relacionada con los desastres naturales y las situaciones de emergencia ambientales ha resurgido en los últimos años. En su informe de 2000 sobre el fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas[39], el Secretario General observó que en un marco de ese tipo se podrían definir a grandes rasgos las responsabilidades de los Estados receptores y proveedores de asistencia. En consecuencia, sugirió que los Estados Miembros considerasen la posibilidad de elaborar un convenio sobre el despliegue y la utilización de equipos internacionales de búsqueda y rescate en zonas urbanas, afirmando que un convenio de esa índole

> aportaría un marco operativo para las cuestiones complejas, como la utilización del espacio aéreo, las reglamentaciones aduaneras para la importación de equipos, las responsabilidades respectivas de los países aportantes y los países receptores, que deben resolverse antes de la iniciación de la respuesta internacional ante un desastre natural repentino[40].

22. Análogamente, en el *World Disasters Report* de 2000, publicado por la FICR, también se deploraban de forma general los escasos progresos realizados en el ámbito jurídico. Después de observar que algunos tratados comprendían los elementos jurídicos que intervenían en la labor de socorro humanitario, el informe describía la situación de la forma siguiente:

> [...] fundamentalmente, existe una enorme deficiencia. No hay una fuente definitiva y ampliamente aceptada de derecho internacional que defina en detalle las normas jurídicas, los procedimientos, los derechos y las obligaciones relacionados con la intervención y la asistencia en casos de desastre. No se ha hecho ningún intento sistemático de conciliar las diversas tendencias del derecho vigente, de formalizar el derecho consuetudinario ni de ampliar y desarrollar el derecho de nuevas maneras[41].

---

[34] Por ejemplo, la Asociación de Derecho Internacional, en su 59.ª Conferencia, celebrada en Belgrado en 1980, aprobó un informe que comprendía un proyecto de acuerdo de cooperación para la prestación de socorro en casos de desastre; véase Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 17-23 August 1980*, Londres, 1982, pág. 5.

[35] Véase A/39/267/Add.1-E/1984/96/Add.1.

[36] Véase A/45/587, párrs. 43 y 44. Antes ya se había manifestado una resistencia similar respecto de una propuesta sobre el estudio de un «nuevo orden humanitario internacional», que entrañaba, entre otras cosas, la elaboración de un marco internacionalmente reconocido de principios jurídicos generales que rigiesen las relaciones entre pueblos y naciones en tiempo de guerra y de paz; véase A/40/348.

[37] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo cuarto período de sesiones, Suplemento n.º 19* (A/44/19), primera parte. En el 16.º período de sesiones del Consejo, celebrado en Bangkok en 1990, los Ministros del Consejo pidieron al Director Ejecutivo que siguiera «consultando a todas las instituciones interesadas sobre la formulación de directrices relativas a unas medidas más eficaces para garantizar el tránsito en condiciones de seguridad de la ayuda alimentaria de urgencia» (ibíd., *cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.º 19* (A/45/19), párr. 31). También se recomendó al Secretario General que considerase la conveniencia de solicitar el apoyo de la Asamblea General para la elaboración de un proyecto de acuerdo internacional (ibíd.).

[38] A/45/587, párrs. 41 y 45.

[39] A/55/82-E/2000/61.

[40] Ibíd., párr. 135 *m*.

[41] P. Walker y J. Walter (eds.), *World Disasters Report 2000*, Ginebra, FICR, 2000, pág. 145. En 2001, la FICR inició un estudio sobre la idoneidad de los mecanismos jurídicos y de otra índole existentes para facilitar las actividades humanitarias realizadas en respuesta a desastres naturales y tecnológicos. El estudio tiene por objeto determinar los problemas jurídicos que surgen más corrientemente en la respuesta internacional en casos de desastre, analizar el ámbito y la aplicación de las normas internacionales vigentes y proponer soluciones para subsanar las deficiencias. Véanse FICR, *International Disaster Response Law, Briefing paper*, abril de 2003, pág. 2, y *Revised IDRL Strategic Plan*, 2005-2007, que pueden consultarse en www.ifrc.org/idrl. En el preámbulo de su resolución 57/150, de 16 de diciembre de 2002, la Asamblea General observó este hecho y destacó en lo que se refería a sus principios, su alcance y sus objetivos. En 2003, la 28.ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (integrada por todos los miembros del Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra, de 1949)

23. Por otra parte, se ha hecho más hincapié en los componentes encaminados a la reducción de riesgos y a la prevención tras la aprobación de la Declaración de Hyogo y del Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015, donde se pide expresamente que se consideren, entre otras cosas, los medios de reforzar los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la reducción de los riesgos de desastres[42].

D. Propuesta de examen del tema por la Comisión

24. El objetivo de la propuesta sería elaborar una serie de disposiciones que sirvieran de marco jurídico para las actividades de socorro internacional en casos de desastre, aclarar los principios y conceptos jurídicos básicos y crear así un «espacio» jurídico que sirviera de sólida base para las actividades de socorro. Podría tomarse como modelo la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, que en el limitado campo de las prerrogativas e inmunidades sirve como punto de referencia de la posición jurídica dominante y se suele incorporar por remisión en los acuerdos entre las Naciones Unidas, por un lado, y los Estados y otras entidades, por otro. Análogamente, el texto que se propone para regular el socorro en casos de desastre podría servir como marco básico de referencia para gran número de acuerdos específicos entre los distintos actores en esta esfera, entre ellos las Naciones Unidas.

25. En vista de la naturaleza de esta esfera, que está en rápida evolución, se prevé que los trabajos sobre el tema se limiten principalmente a la codificación de las reglas y normas existentes y que si se estima procedente se preste especial atención al desarrollo progresivo. La labor se centraría, pues, en la concreción de las normas actuales para facilitar las actividades que se llevan a cabo sobre el terreno, más que en la elaboración innecesaria de nuevas normas que podrían obstaculizar inadvertidamente esas actividades operacionales.

Breve examen sustantivo

a) *Alcance*

26. Como ya se ha señalado (párrs. 1 y 2 *supra*), se propone que la Comisión limite inicialmente el alcance *ratione materiae* del tema a los desastres naturales (desastres relacionados con los peligros/amenazas naturales) o a los componentes consistentes en desastres naturales de situaciones de emergencia más amplias. Al mismo tiempo, cabría también estudiar las repercusiones de la distinción entre desastres naturales y desastres de otro tipo, aunque fuera mediante una cláusula «sin perjuicio». Por otra parte, como los distintos desastres naturales tienen características propias muy diferentes, el análisis de esas características tal vez deba realizarse cuando se determine el alcance *ratione materiae*.

27. Por lo que respecta al alcance *ratione loci*, el tema abarcaría principalmente las normas que se aplican a la escena del desastre, pero también llegarían al lugar en el que tienen lugar la planificación, la coordinación y la supervisión. El alcance *ratione temporis* del tema comprendería no sólo las fases de «respuesta» al desastre, sino también las fases anteriores y posteriores al desastre[43].

28. Por lo que hace al alcance *ratione personae*, de la naturaleza del tema se desprende que, aunque existen prácticas de los Estados, la actividad tiene lugar principalmente por conducto de los órganos de organizaciones intergubernamentales como las Naciones Unidas, así como mediante las actividades de organizaciones no gubernamentales y otras entidades no estatales, como la FICR, y por consiguiente es en ese marco donde tiene lugar buena parte de la elaboración de las normas jurídicas. Aunque en instrumentos anteriores se tiende a excluir, explícita o implícitamente, a las organizaciones no gubernamentales de su ámbito de aplicación, se propone que la Comisión adopte un enfoque más amplio e incluya también al personal de esas entidades. De ese modo, tal enfoque estaría en consonancia con las tendencias actuales, de las que es buena muestra el enfoque adoptado en el Convenio de Tampere sobre el suministro de recursos de telecomunicaciones para la mitigación de catástrofes y las operaciones de socorro en casos de catástrofes, convenio en el que, por ejemplo, se incluye en las disposiciones sobre prerrogativas e inmunidades a los funcionarios de las organizaciones no gubernamentales que participan en la prestación de asistencia en materia de telecomunicaciones con arreglo al Convenio[44]. Ese enfoque también sería acorde a la situación actual, en que una parte considerable del componente operacional de las operaciones de socorro en casos de desastre está a cargo de organizaciones no gubernamentales.

29. Dado que las obligaciones existentes en materia de derechos humanos son aplicables en el contexto de los desastres naturales, sin perjuicio de la posibilidad de no observarlas en situaciones de emergencia en la medida que lo permita el derecho internacional aplicable, puede ser también necesario considerar, desde el punto de vista de los derechos humanos, las consecuencias de la difícil situación de las víctimas de esos desastres, particularmente en lo que se refiere al derecho a la protección y al acceso al socorro y a la satisfacción de las necesidades básicas. Ese examen puede limitarse a una reafirmación de la obligación del Estado afectado de respetar y

pidió a la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y a las sociedades nacionales que siguieran «impulsando medidas de colaboración, con la participación de los Estados, de las Naciones Unidas y de otros organismos pertinentes, para efectuar estudios y realizar actividades de sensibilización» en esta esfera y que informaran a la Conferencia Internacional en 2007 (FICR, «28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, 2-6 December 2003. Declaration, Agenda for Humanitarian Action, Resolutions», pág. 25 (Objetivo final 3.2.6)). Se expone una visión distinta de la eficacia del derecho internacional en esta esfera en D. P. Fidler, «Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), págs. 458 y ss., especialmente págs. 471 a 473.

[42] Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015 (véase la nota 29 *supra*), párr. 22.

[43] Véase la nota 16 *supra*.

[44] Análogamente, en el contexto del régimen de protección establecido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, la Asamblea General, en su resolución 58/82, de 9 de diciembre de 2003, observó, entre otras cosas, que el Secretario General había preparado un modelo de disposición para incluir en los acuerdos que se concertaran entre las Naciones Unidas y las organizaciones u organismos no gubernamentales de asistencia humanitaria a fin de aclarar la aplicación de la Convención a las personas desplegadas por esas organizaciones u organismos; véase A/58/187.

garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren dentro de su territorio. Tal reafirmación también puede ser un factor para determinar la importancia que deba concederse al alcance del tema *ratione personae*.

b) *Definiciones*

30. Una parte importante de la labor que ha de realizarse es la definición de los principales conceptos que deban incluirse en un texto futuro. La definición de las expresiones «desastre natural» y «amenazas/peligros naturales»[45] serviría para distinguir otros tipos de desastres, como los «desastres tecnológicos».

31. Cabe mencionar, como ejemplos de expresiones que se han definido en diversos textos relativos a, entre otras cosas, el suministro de socorro en casos de desastre, «personal de socorro para casos de desastre», «bienes del personal de socorro para casos de desastre», «envío de socorro», «operación de socorro de las Naciones Unidas», «socorro internacional en casos de desastre», «Estado u organización asistente», «Estado receptor», «Estado de tránsito», «recursos militares y de defensa civil», «suministros de socorro», «servicios de socorro», «mitigación de desastres», «riesgo de desastres», «peligro para la salud», «organización no gubernamental», «entidades no estatales» y «telecomunicaciones».

32. Además, se podría estudiar la inclusión de expresiones técnicas específicas relativas a aspectos operacionales particulares del socorro para casos de desastre, si se decidiera tratar de esos asuntos.

c) *Principios básicos*

33. Hay varios principios básicos en los que se fundan las actividades actuales en la esfera de la protección de personas en casos de desastre. Muchos son reflejo de principios vigentes que se aplican a la asistencia humanitaria, es decir, que son aplicables en un contexto que no se limita al socorro en situaciones de emergencia causadas por desastres naturales, pero que siguen siendo igualmente aplicables. Otros proceden de otros campos, como la normativa internacional de derechos humanos. Aunque en general se considera que el instrumento clave es la resolución 46/182 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1991, en la que la Asamblea aprobó, entre otras cosas, una serie de principios rectores de la asistencia humanitaria de emergencia, existen también otros enunciados de principios análogos[46]. Todos ellos comparten una valoración común de la importancia de la asistencia humanitaria para las víctimas de los desastres naturales y de otras situaciones de emergencia.

34. Esos principios comprenden[47]:

- *El principio de humanidad*. Los sufrimientos humanos han de mitigarse dondequiera que se produzcan, y se deben respetar y proteger la dignidad y los derechos de todas las víctimas.

- *El principio de neutralidad*. La prestación de asistencia humanitaria tiene lugar fuera del contexto político, religioso, étnico o ideológico.

- *El principio de imparcialidad*. La prestación de asistencia humanitaria se basa en la evaluación de las necesidades efectuada conforme a las normas internacionalmente reconocidas, dando prioridad a los casos más urgentes y respetando el principio de la no discriminación.

- *El principio del pleno respeto de la soberanía e integridad territorial de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*. La asistencia humanitaria ha de prestarse con el consentimiento del país afectado.

- *El principio de acceso*. Los Estados cuyas poblaciones necesiten asistencia humanitaria han de facilitar la prestación de esa asistencia por las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales, particularmente en lo que se refiere al suministro de alimentos, medicamentos, alojamiento y atención médica, para lo cual es indispensable el acceso sin restricciones a las zonas y las víctimas afectadas.

- *El principio de no discriminación*. El socorro ha de prestarse sin discriminación de ningún tipo basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, la edad, la discapacidad o cualquier otra condición.

- *El principio de rendición de cuentas*. Los organismos de asistencia humanitaria y las demás entidades que prestan asistencia humanitaria han de rendir cuentas ante las personas a las que prestan asistencia y ante aquellos de los que aceptan recursos.

- *El principio de cooperación*. La cooperación internacional[48] debe efectuarse de conformidad con el derecho internacional y respetando la legislación nacional.

- *El principio de protección*. Incumbe a cada Estado la responsabilidad primordial de atender a las víctimas de los desastres naturales y otras situaciones de emergencia que se produzcan en su territorio.

[45] En el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015 (véase la nota 29 *supra*) se insiste en la reducción de la vulnerabilidad y el riesgo a una «amenaza/peligro», que se define como «un evento físico potencialmente perjudicial, fenómeno o actividad humana que puede causar pérdida de vidas o lesiones, daños materiales, grave perturbación de la vida social y económica o degradación ambiental. Las amenazas incluyen condiciones latentes que pueden materializarse en el futuro. Pueden tener diferentes orígenes: natural (geológico, hidrometeorológico y biológico) o antrópico (degradación ambiental y amenazas tecnológicas)» (párr. 1, nota 2).

[46] Véase, por ejemplo, el Código de Conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales (nota 26 *supra*).

[47] Sin perjuicio de la aplicabilidad de algunos de los principios a un nivel más general.

[48] Tanto entre los Estados como entre el Estado afectado y las entidades que participen en la operación internacional de socorro humanitario.

- *El principio de seguridad*. La seguridad del personal humanitario, de su carga y de sus bienes es la base de la prestación de la asistencia.

- *El principio de prevención*. Los Estados han de examinar la legislación y las políticas vigentes para integrar las estrategias encaminadas a la reducción de los riesgos de desastres en todos los instrumentos jurídicos, normativos y de planificación, en los planos nacional e internacional, a fin de reducir la vulnerabilidad a los desastres.

- *El principio de mitigación*. Los Estados han de adoptar medidas operacionales para reducir los riesgos de desastres en los planos local y nacional a fin de minimizar los efectos de los desastres tanto dentro como fuera de sus fronteras.

35. Habría que estudiar tanto la medida en que esos principios son reflejo de obligaciones jurídicas específicas de los Estados y de derechos de los particulares ya existentes como si se aplican a un nivel más general.

d) *Disposiciones específicas*

36. Se propone que la Comisión examine también diversas cuestiones jurídicas específicas relativas a los aspectos operacionales de la prestación de socorro en casos de desastre. Esas cuestiones no se limitarían a las lagunas del marco jurídico actual, sino que se adoptaría un enfoque más holístico con el fin de incluir la mayor parte de los aspectos jurídicos de las actividades que se llevan a cabo en esta esfera, aunque no fuera más que a un nivel general.

37. En el siguiente apéndice se enumeran las cuestiones que deberían ser tenidas en consideración en todo instrumento jurídico relativo a estos asuntos.

Apéndice

ESQUEMA PROPUESTO

1. Disposiciones generales:
   - *a*) ámbito de aplicación
   - *b*) definiciones
2. Principios aplicables:
   - *a*) humanidad
   - *b*) neutralidad
   - *c*) imparcialidad
   - *d*) soberanía e integridad territorial de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas
   - *e*) acceso
   - *f*) no discriminación
   - *g*) rendición de cuentas
   - *h*) cooperación
   - *i*) protección
   - *j*) seguridad
   - *k*) prevención
   - *l*) mitigación
3. Protección y socorro en casos de desastre:
   - *a*) derecho de las víctimas a la protección y a la seguridad
   - *b*) derecho de las víctimas al acceso al socorro y a la satisfacción de las necesidades básicas
   - *c*) Obligación del Estado receptor de proteger al personal de socorro, sus bienes y los locales, instalaciones, medios de transporte, envíos de socorro y material que deban utilizarse en relación con la asistencia
4. Prestación de socorro en casos de desastre:
   - *a*) condiciones de la prestación de asistencia
   - *b*) ofrecimientos y solicitudes de asistencia
   - *c*) coordinación
   - *d*) comunicaciones e intercambio de información
   - *e*) distribución y utilización de la asistencia
   - *f*) costos de las operaciones de respuesta a los desastres
   - *g*) conformidad con las leyes, normas y reglamentos nacionales
   - *h*) responsabilidad
   - *i*) seguros
5. Acceso:
   - *a*) Personal:
     - i) visados, permisos de entrada y de trabajo
     - ii) reconocimiento de las cualificaciones profesionales
     - iii) libertad de circulación
     - iv) condición jurídica
     - v) identificación
     - vi) prerrogativas e inmunidades
     - vii) obligaciones en materia de notificación
   - *b*) Envíos de socorro:
     - i) aduanas, derechos, aranceles y cuarentena
     - ii) condición jurídica
     - iii) transporte y tránsito de bienes
     - iv) obligaciones en materia de notificación
     - v) identificación
6. Prevención de desastres y reducción de riesgos:
   - *a*) alerta temprana
   - *b*) actividades de coordinación
   - *c*) capacitación e intercambio de información

Bibliografía sumaria

1. Libros

Alexander, D.: *Natural Disasters*, Londres, UCL Press, 1993, 632 págs.

— *Confronting Catastrophe: New Perspectives on Natural Disasters*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, 282 págs.

Beigbeder, Y.: *The Role and Status of International Humanitarian Volunteers and Organizations: The Right and Duty to Humanitarian Assistance*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991.

Brown, B. J.: *Disaster Preparedness and the United Nations: Advance Planning for Disaster Relief*, Nueva York, Pergamon Press, 1979, 147 págs.

Dynes, R. R.: *Organized Behavior in Disaster*, Lexington (Massachusetts), Heath Lexington Books, 1974.

El Baradei, M.: *Model Rules for Disaster Relief Operations*, Nueva York, United Nations Institute for Training and Research, 1982, 68 págs.

Fidler, D. P.: *International Law and Infectious Diseases*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

Green, S.: *International Disaster Relief: Toward A Responsive System*, Nueva York, McGraw-Hill, 1977.

Holborn, L. W.: *The International Refugee Organization. A Specialized Agency of the United Nations: Its History and Work, 1946-1952*, Londres/Nueva York, Oxford University Press, 1956.

Kälin, W.: *Guiding Principles on Internal Displacement. Annotations*, Studies in Transnational Legal Policy, Washington D.C., The American Society of International Law and the Brookings Institution, vol. 32, 2000.

Macalister-Smith, P.: *International Humanitarian Assistance. Disaster Relief Actions in International Law and Organization*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985.

Naciones Unidas. International Strategy for Disaster Reduction (ISDR): *Living with Risk. A Global Review of Disaster Reduction Initiatives*, vols. I and II (2004).

Pan American Health Organization, *Humanitarian Assistance in Disaster Situations. A Guide for Effective Aid*, PAHO/WHO Emergency Preparedness and Disaster Relief Coordination Program, Washington D.C., 1999.

Posner, R. A.: *Catastrophe. Risk and Response*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

Ramcharan, B. G.: *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, 185 págs.

2. Artículos y otros documentos

Alexander, D.: «The study of natural disasters, 1977-1997: some reflections on a changing field of knowledge», *Disasters*, vol. 21, n.º 4 (1997), 284-304.

Awoonor, K. N.: «The concerns of recipient nations», en K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival. Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1999, 63-81.

Bannon, V. y D. Fisher: «Legal lessons in disaster relief from the tsunami, the Pakistan earthquake and hurricane Katrina», The American Society of International Law, *Insights*, vol. 10, n.º 6 (marzo de 2006), www.asil.org/insights.cfm.

Baudot-Quéguiner, E.: «The laws and principles governing preparedness, relief and rehabilitation operations: the unique case of the International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies», en V. Bannon (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, 128-137.

Berramdane, A.: «L'obligation de prévention des catastrophes et risques naturels», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 113 (1997), 1717-1751.

Bettati, M.: «Un droit d'ingérence?», *Revue générale de droit international public*, vol. 95 (1991), 639-670.

Bothe, M.: «Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-eighth Conference*, *Manila*, *27 August-2 September 1978*, Londres, 1980, 461-466.

— «Rapport spécial sur un projet d'accord-type relative aux actions de secours humanitaires», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-ninth Conference*, *Belgrade*, *17-23 August 1980*, Londres, 1982, 520-527.

— «Relief actions: the position of the recipient State», en F. Kalshoven (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters. Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 91-97.

— «Relief Actions», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, 168-173.

Brown, B. J.: «An overview of the structure of the current system», en L. H. Stephens y S. J. Green (eds.), *Disaster Assistance. Appraisal, Reform and New Approaches*, Nueva York, New York University Press, 1979, 3-27.

Burley, L. A.: «Disaster relief administration in the Third World», *International Development Review*, vol. 15, n.º 1 (1973), 8-12.

Callamard, A.: «Accountability to disaster-affected populations», en V. Bannon (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, 153-164.

Caron, D. D.: «Addressing catastrophes: conflicting images of solidarity and separateness», en D. D. Caron y C. Leben (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 3-29.

Coursen-Neff, Z.: «Preventive measures pertaining to unconventional threats to the peace such as natural and humanitarian disasters», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 30 (1998), 645-707.

Ebersole, J. M.: «The Mohonk criteria for humanitarian assistance in complex emergencies. Task force on ethical and legal issues in humanitarian assistance», *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n.º 1 (1995), 192-208.

El-Khawas, M.: «A reassessment of international relief programs», en M. H. Glantz (ed.), *The Politics of Natural Disaster. The Case of the Sahel Drought*, Nueva York, Praeger, 1976, 77-100.

Farah, A. A.: «Responding to emergencies: a view from within», en K. M. Cahill (ed.), *A Framework for Survival. Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1999, 259-274.

Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, «International Disaster Response Law: A Preliminary Overview and Analysis of Existing Treaty Law. Summary of the study on existing treaty law prepared by Professor Horst Fischer, Bochum University, Germany» (enero de 2003).

FIDLER, D. P.: «The Indian Ocean tsunami and international law», The American Society of International Law, *Insights* (enero de 2005), www.asil.org/insights.cfm.

— «Disaster relief and governance after the Indian Ocean tsunami: what role for international law?», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6 (2005), 458-473.

FINUCANE, A.: «The changing roles of voluntary organizations», en K. M. CAHILL (ed.), *A Framework for Survival. Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1999, 175-190.

FISCHER, H.: «International disaster response law treaties: trends, patterns, and lacunae», en V. BANNON (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, 24-44.

FONROUGE, J. M.: «Droit international: approche des problèmes liés à la survenue des catastrophes technologiques ou naturelles», *Médecine de catastrophe - urgences collectives*, vol. 1, n.os 4-5 (1998), 113-123.

GOLD, J.: «Natural disasters and other emergencies beyond control: assistance by the IMF», *The International Lawyer*, vol. 24 (1990), 621-641.

GOLDSTEIN, R. J.: «Proposal for institutionalization of emergency response to global environmental disasters», *Pace Yearbook of International Law*, vol. 4 (1992), 219-240.

GOSTELOW, L.: «The Sphere Project: the implications of making humanitarian principles and codes work», *Disasters: The Journal of Disaster Studies, Policy and Management*, vol. 23, n.º 4 (1999), 316-325.

GREEN, S. J.: «Expanding assistance for national preparedness and prevention programs», en L. H. STEPHENS y S. J. GREEN (eds.), *Disaster Assistance. Appraisal, Reform and New Approaches*, Nueva York, New York University Press, 1979, 83-103.

GUNN, S. W. A.: «The language of disasters: a brief terminology of disaster management and humanitarian action», en K. M. CAHILL, *Basics of International Humanitarian Missions*, Nueva York, Fordham University Press/The Center for International Health and Cooperation, 2003, 35-46.

HARDCASTLE, R. J. y A. T. L. CHUA: «Humanitarian assistance: towards a right of access to victims of natural disasters», *International Review of the Red Cross*, n.º 325 (1998), 589-609.

— y A. T. L. CHUA: «Victims of natural disasters: the right to receive humanitarian assistance», *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, n.º 4 (1997), 35-49.

HELTON, A. C.: «The legality of providing humanitarian assistance without the consent of the Sovereign», *International Journal of Refugee Law*, vol. 4 (1992), 373-375.

— «Legal dimensions of responses to complex humanitarian emergencies», *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, n.º 3 (1998), 533-546.

HOFFMAN, M.: «Towards an international disaster response law», en P. WALKER y J. WALTER (eds.), *World Disasters Report 2000*, Ginebra, FICR, 2000, 144-157.

— «What is the scope of international disaster response law?», en V. BANNON (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, 13-20.

HOLLAND, G. L.: «Observations on the International Decade for Natural Disaster Reduction», *Natural Hazards*, vol. 2 (1989), 77-82.

JAKOVLJEVIC, B.: «The right to humanitarian assistance - Legal aspects», *International Review of the Red Cross*, n.º 260 (1987), 469-484.

— «International disaster relief law», *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 34 (2004), 251-286.

— y J. PATRNOGIC: «Protection of human beings in disaster situations - A proposal for guiding principles», *Collection of Publications*, n.º 8, Sanremo, International Institute of Humanitarian Law, 1989.

KALSHOVEN, F.: «Assistance to the victims of armed conflicts and other disasters», en F. KALSHOVEN (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters. Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 13-26.

KATOCH, A.: «International disaster response and the United Nations», en V. BANNON (coord.), *International Disaster Response Laws, Principles and Practice: Reflections, Prospects and Challenges*, Ginebra, FICR, 2003, 47-56.

LA PRADELLE, P. de: «L'organisation des secours en cas de désastre naturel», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-fifth Conference, New York, 21-26 August 1972*, Londres, 1974, 317-327.

— «L'organisation des secours en cas de désastre naturel», Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Fifty-seventh Conference, Madrid, 30 August-4 September 1976*, Londres, 1978, 309-320.

LEBEN, C.: «Vers un droit international des catastrophes ?», en D. D. CARON y C. LEBEN (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 31-91.

LIENHARD, C.: «Pour un droit des catastrophes», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, n.º 13 (1995), 91-98.

MACALISTER-SMITH, P.: «Disaster relief: reflections on the role of international law», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 45 (1985), 25-43.

— «The International Relief Union: reflections on the Convention Establishing an International Relief Union of July 12, 1927» *Legal History Review/Revue d'Histoire du Droit*, vol. 54 (1986), 363-374.

— «Les organisations non gouvernementales et la coordination de l'assistance humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n.º 767 (1987), 524-531.

— «The right to humanitarian assistance in international law», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques - The International Law Review*, vol. 66, n.º 3 (1988), 211-233.

— *International Guidelines for Humanitarian Assistance Operations*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (1991).

OKERE, B. y E. M. MAKAWA: «Global solidarity and the international response to disasters», en D. D. CARON y C. LEBEN (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 429-456.

OWEN, D.: «Obligations and responsibilities of donor nations», en K. M. CAHILL (ed.), *A Framework for Survival. Health, Human Rights, and Humanitarian Assistance in Conflicts and Disasters*, 2.ª ed. rev., Londres/Nueva York, Routledge, 1999, 52-62.

PATRNOGIC, J.: «Some reflections on humanitarian principles applicable in relief actions», en C. SWINARSKI (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Ginebra/La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, 925-936.

PETIT, E. W.: «Les actions d'urgence dans les catastrophes: evolution des activités des organisations interétatiques et des organisations non gouvernementales», en D. D. CARON y C. LEBEN (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 537-589.

RABIN, R. L.: «Dealing with disasters: some thoughts on the adequacy of the legal system», *Stanford Law Review*, vol. 30 (1978), 281-298.

ROMANO, C. P. R.: «L'obligation de prévention des catastrophes industrielles et naturelles», en D. D. CARON y C. LEBEN (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 379-428.

SAMUELS, J. W.: «Organized responses to natural disasters», en R. S. J. MACDONALD, D. M. JOHNSTON yG. L. MORRIS (eds.), *The International Law and Policy of Human Welfare*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978, 675-690.

— «The relevance of international law in the prevention and mitigation of natural disasters», en L. H. STEPHENS y S. J. GREEN (eds.), *Disaster Assistance. Appraisal, Reform and New Approaches*, Nueva York, New York University Press, 1979, 245-266.

SÉGUR, P.: «La catastrophe et le risque naturels: essai de définition juridique», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*,vol. 113 (1997), 1693-1716.

SHIBATA, A.: «Creating an international urgent assistance mechanism in case of natural and industrial catastrophes», en D. D. CARON y C. LEBEN (eds.), *The International Aspects of Natural and Industrial Catastrophes*, La Haya/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2001, 457-535.

SLIM, H.: «By what authority? The legitimacy and accountability of non-governmental organisations», *The Journal of Humanitarian Assistance* (2002), http://www.jha.ac.

THOUVENIN, J.-M.: «L'internationalisation des secours en cas de catastrophe naturelle», *Revue générale de droit international public*, vol. 102 (1998), 327-363.

TOMAN, J.: «Towards a disaster relief law. Legal aspects of disaster relief operations», en F. KALSHOVEN (ed.), *Assisting the Victims of Armed Conflicts and Other Disasters. Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, 181-199.

TSUI, E.: «Initial response to complex emergencies and natural disasters», en K. M. CAHILL (ed.), *Emergency Relief Operations*, Nueva York, Fordham University Press/The Center for International Health and Cooperation, 2003, 32-54.

WALKER, P.: «Victims of natural disaster and the right to humanitarian assistance: a practitioner's view», *International Review of the Red Cross*, n.º 325 (1998), 611-617.

WALTER, J. (ed.): «Risk reduction: challenges and opportunities», *World Disasters Report 2002*, Ginebra, FICR, 2002, 8-39.

— «Accountability: a question of rights and duties», *World Disasters Report 2002*, Ginebra, FICR, 2002, 149-169.

WESTGATE, K. N. y P. O'KEEFE: *Some Definitions of Disaster*, University of Bradford Disaster Research Unit, Occasional Paper n.º 4 (junio de 1976).

3. Documentos de las Naciones Unidas

Asamblea General. Asistencia en casos de desastres naturales, Informe del Secretario General, 5 de enero de 1965 (A/5845).

Consejo Económico y Social. Asistencia en casos de desastres naturales, Informe detallado del Secretario General, 13 de mayo de 1971 (E/4994).

Asamblea General. Oficina del Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro en Casos de Desastre, Informe del Secretario General, 12 de mayo de 1977 (A/32/64 y Corr.1).

Asamblea General. Nuevo Orden Humanitario Internacional, Informe del Secretario General, 3 de junio y 9 de octubre de 1985 (A/40/348 y Add.1).

Asamblea General. Nuevo Orden Humanitario Internacional. Asistencia humanitaria a las víctimas de desastres naturales y situaciones de emergencia similares, Informe del Secretario General, 24 de octubre de 1990 (A/45/587).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 1.º de noviembre de 1994 (A/49/177 y Add.1-E/1994/80 y Add.1).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 15 de junio de 1999 (A/54/154-E/1999/94).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 30 de mayo de 2000 (A/55/82-E/2000/61).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Aplicación de la Estrategia Internacional de Reducción de Desastres, Informe del Secretario General, 8 de mayo de 2001 (A/56/68-E/2001/63).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 18 de junio de 2001 (A/56/95-E/2001/85).

Asamblea General. Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo, Informe del Secretario General, 20 de agosto de 2001 (A/56/307).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 14 de mayo de 2002 (A/57/77-E/2002/63).

Asamblea General. Respuesta de emergencia en casos de desastres, Informe del Secretario General, 16 de agosto de 2002 (A/57/320).

Asamblea General. Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo, Informe del Secretario General, 29 de octubre de 2002 (A/57/578).

Asamblea General. Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo, Informe del Secretario General, 14 de octubre de 2003 (A/58/434).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 11 de junio de 2004 (A/59/93-E/2004/74).

Asamblea General. Aplicación de la Estrategia Internacional de Reducción de Desastres, Informe del Secretario General, 11 de agosto de 2004 (A/59/228).

Asamblea General. Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo, Informe del Secretario General, 21 de septiembre de 2004 (A/59/374).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 23 de junio de 2005 (A/60/87-E/2005/78).

Asamblea General. Aplicación de la Estrategia Internacional de Reducción de Desastres, Informe del Secretario General, 1.º de agosto de 2005 (A/60/180).

Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento n.º 1*, 8 de agosto de 2005 (A/60/1).

Asamblea General. Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en los casos de desastres naturales: desde el socorro hasta el desarrollo, Informe del Secretario General, 12 de agosto de 2005 (A/60/227).

Asamblea General. Los derechos humanos y los éxodos en masa, Informe del Secretario General, 1.º de septiembre de 2005 (A/60/325).

Asamblea General. Carta de fecha 31 de enero de 2006 dirigida al Presidente de la Asamblea General por el Secretario General, 2 de febrero de 2006 (A/60/664).

Asamblea General. Consejo Económico y Social. Fortalecimiento de la coordinación de la asistencia humanitaria de emergencia de las Naciones Unidas, Informe del Secretario General, 2 de junio de 2006 (A/61/85-E/2006/81).

Anexo IV

LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL MOVIMIENTO TRANSFRONTERIZO DE INFORMACIÓN

(Secretaría)

1. Se propone que la Comisión estudie la posibilidad de incluir en su programa de trabajo a largo plazo el tema «La protección de los datos personales en el movimiento transfronterizo de información».

A. Naturaleza del problema

2. La recopilación y el almacenamiento de datos no es un fenómeno nuevo. Las instituciones públicas y las entidades privadas, incluidas las personas naturales y jurídicas, han recogido y guardado datos y documentos desde tiempo inmemorial[1]. Sin embargo, los cambios radicales e inimaginables introducidos por los adelantos de la ciencia y de la tecnología desde la segunda guerra mundial[2], y más particularmente en las tecnologías de la información y de las comunicaciones[3] desde los años 60, han redefinido la manera en que se generan, recopilan, almacenan, archivan, difunden y transmiten la información y los datos personales. En particular, Internet ha demostrado ser una poderosa infraestructura de información mundial que transciende las fronteras físicas tradicionales, cuestionando así las concepciones tradicionales de la soberanía del Estado[4]. La transferencia electrónica internacional de datos es ahora más fácil, más barata, casi instantánea y omnipresente. El tiempo y el espacio se han reducido notablemente. Los datos generados electrónicamente son detallados, susceptibles de tratamiento, indizados por personas y permanentes[5]. Los diversos actores —los gobiernos, la industria, otras empresas y organizaciones y los usuarios individuales— dependen cada vez más de las tecnologías de la información y de las comunicaciones para el suministro de bienes esenciales, la prestación de servicios esenciales, el comercio y el intercambio de información en múltiples ámbitos de la actividad humana[6]. Diariamente se recogen datos de carácter personal sobre los individuos, por diversas razones, por diversos medios y por múltiples agentes, datos que se guardan en los sectores público y privado[7]. Cuando esos datos son compartidos o distribuidos por diversos agentes han surgido serias cuestiones acerca del respeto del derecho a la intimidad de la persona, aunque estas preocupaciones no son nuevas[8].

3. La preocupación de la política pública por la invasión de la intimidad de la persona ha estimulado el debate a medida que las nuevas tecnologías han facilitado la identificación y el rastreo de fuentes[9]. Los adelantos de la tecnología en materia de vigilancia de datos, tecnología audiodigital, red digital de servicios integrados, teléfonos digitales, en particular datos sobre la ubicación de teléfo-

---

[1] Daniel J. Solove en «Privacy and power: computer databases and the metaphors for information privacy», *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), págs. 1393 a 1462, señala en la página 1400 que, en el siglo XI, Guillermo el Conquistador recopilaba información sobre sus súbditos para fines fiscales. Actualmente muchos Estados, si no todos, elaboran periódicamente censos en los que se solicitan diversos detalles personales.

[2] Ibíd., pág. 1402. La aparición de la computadora central en 1946 revolucionó la recopilación de información.

[3] Entre éstas cabe mencionar las computadoras, las cámaras, los sensores, la comunicación inalámbrica, el sistema de posicionamiento global, la biometría, la teledetección y otras tecnologías.

[4] Véase J. S. Bauchner, «State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), págs. 689 a 722.

[5] Véase J. Kang, «Information privacy in cyberspace transactions», *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998), págs. 1193 a 1294, en particular pág. 1199.

[6] Véase la resolución 57/239 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2002, sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética. Véanse también la resolución 59/220 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 2004, y el párrafo 6 de la Declaración ministerial de la serie de sesiones de alto nivel [del período de sesiones sustantivo de 2000 del Consejo Económico y Social] presentada por el Presidente del Consejo, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones*, *Suplemento n.º 3* (A/55/3/Rev.1), cap. III.

[7] Por ejemplo, se dispone de información personal, almacenada en archivos de datos computadorizados, actividades bancarias, sueldos, documentos de viaje, seguridad social y seguros, así como sobre suscripciones a clubes, diarios y todas las demás actividades sociales mundanas que ahora se archivan y someten a tratamiento fácilmente.

[8] La posibilidad de que haya cuestiones relativas a la intimidad de la persona que surjan en las relaciones horizontales entre personas naturales, o entre personas jurídicas en cuanto personas naturales, parece diferenciar las inquietudes contemporáneas de las surgidas en decenios anteriores, en los que dominaba la preocupación por las relaciones verticales entre el Estado y los particulares; véase, en general, el Informe del Secretario General sobre las aplicaciones de la electrónica que pueden afectar a los derechos de la persona y los límites que se deberían fijar para esas aplicaciones en una sociedad democrática, de 1974 (E/CN.4/1142 [y Corr.3] y Add.1 y 2). Véase también el Informe del Secretario General sobre el respeto a la vida privada de los individuos y a la integridad y la soberanía de las naciones ante los progresos de las técnicas de registro y de otra índole, de 1973 (E/CN.4/1116 [y Corr.1] y Add.1 a 3 [y Add.3/Corr.1] y Add.4).

[9] Véase, en general, S. Hetcher, «Changing the social meaning of privacy in cyberspace», *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15 (2001-2002), págs. 149 a 209. Véase también Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, *APEC Privacy Framework*, Singapur, APEC, 2005, preámbulo, párr. 1. Cabe señalar que el aumento de la interconectividad ha sometido también los sistemas y redes de información a un número y a una diversidad de amenazas y vulnerabilidades cada vez mayores que exigen una mayor seguridad cibernética. Los piratas informáticos han atacado la integridad de las redes. Internet se ha utilizado para difundir mensajes de odio y para realizar diversas formas de delincuencia, en particular la pornografía infantil y el robo de identidades.

nos móviles, el ADN y la biometría, las cajas negras, los chips de identificación por radiofrecuencia y el sistema de posicionamiento global implantable, así como su amplia accesibilidad, han impulsado a los comentaristas y a los defensores de la libertad civil a advertir, utilizando una metáfora orwelliana[10], del riesgo de que nos convirtamos en una sociedad vigilada[11].

4. No es sorprendente que la comunidad internacional, y últimamente la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, hayan expresado preocupación por la confianza y la seguridad en la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y hayan tratado de hallar la manera de reforzar el «marco de confianza», en particular aumentando la protección de la información personal, de la intimidad de la persona y de los datos personales[12]. Además, se ha hecho un llamamiento a las Naciones Unidas para que preparen un instrumento jurídico vinculante en el que se enuncien en detalle los derechos a la protección de los datos personales y de la intimidad como derechos humanos exigibles[13].

5. Los escépticos han puesto en tela de juicio que exista un derecho del «ciberespacio» o del «espacio cibernético» tanto como que exista un «derecho del caballo»[14]. Este debate, sobre si el espacio cibernético puede o debe regularse, en lo esencial se ha desvanecido y en gran parte es un hito del pasado[15]. No obstante, se han planteado varias cuestiones, y una de ellas es ¿qué derechos y expectativas tienen los usuarios del espacio electrónico y digital en virtud de su participación en el espacio cibernético y de su utilización cada vez mayor de las tecnologías de la información y de las comunicaciones?[16]. Cabe distinguir tres respuestas jurídicas diferentes para responder a los problemas relacionados con las computadoras[17]. Evidentemente, estas respuestas no se distinguen fácilmente entre sí y hay superposiciones. En primer lugar, el derecho vigente se ha aplicado muchas veces a nuevas situaciones; en segundo lugar, el derecho vigente quizás no sea adecuado, pero se ha adaptado y se ha aplicado para responder a las nuevas situaciones; en tercer lugar, los nuevos problemas exigen la creación de un nuevo derecho[18]. En este derecho del ciberespacio, se han aplicado o adaptado diversas ramas del derecho para responder a los problemas planteados por las tecnologías de la informa-

[10] George Orwell, en *1984* (1949), utilizó la metáfora del «Gran hermano».

[11] Véase Informe de la American Civil Liberties Union, por Jay Stanley y Barry Steinhardt, «Bigger Monster, Weaker Chains: The Growth of an American Surveillance Society» (2003), disponible en el sitio web www.aclu.org/Privacy/Privacylist.cfm?c=39 (consultado el 16 de marzo de 2006).

[12] Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, Documentos finales, Ginebra 2003-Túnez 2005. La Cumbre Mundial se celebró en dos fases: en Ginebra del 10 al 12 de diciembre de 2003 y en Túnez del 16 al 18 de noviembre de 2005. La Declaración de Principios de Ginebra, el Plan de Acción de Ginebra, el Compromiso de Túnez y el Programa de Acciones de Túnez para la sociedad de la información constituyen los documentos finales, disponibles en en el sitio web www.itu.int/wsis (consultado el 16 de marzo de 2006).

[13] Declaración de Montreux sobre la protección de datos personales y de la intimidad en el mundo globalizado: un derecho universal que respeta diversidades, aprobada por los Comisarios de Protección de Datos y de la Intimidad reunidos en Montreux (Suiza) en la 27.ª Conferencia Internacional de Protección de Datos, 14 a 16 de septiembre de 2005, que se puede consultar en el sitio web www.privacyconference2005.org. Véase también el interés en el tema que se refleja en el párrafo 51 de la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de los países que comparten la lengua francesa en la Cumbre de Uagadugú, celebrada en noviembre de 2004:

«Hemos acordado conceder particular importancia a la protección de las libertades y de los derechos humanos fundamentales de las personas, en particular de su vida privada, en la utilización de archivos y elaboración de datos de carácter personal. Pedimos que se establezcan o se consoliden las reglas que garantizan esta protección. Alentamos la cooperación internacional entre las autoridades independientes encargadas en cada país de vigilar el respeto de estas reglas».

El Foro para la Gobernanza de Internet ha incluido también la protección de datos entre las cuestiones que han de debatirse; véase en general el sitio web www.intgovforum.org.

[14] F. H. Easterbrook, «Cyberspace and the law of the horse», *University of Chicago Legal Forum* (1996), págs. 207 a 216.

[15] Véase R. S. R. Ku, M. A. Farber y A. J. Cockfield, *Cyberspace Law: Cases and Materials*, NuevaYork, Aspen Law and Business, 2002, pág. 37, citado por V. N. Nguy en «Using architectural constraints and game theory to regulate international cyberspace behavior», *San Diego International Law Journal*, vol. 5, (2004), págs. 431 a 463, en pág. 432.

[16] Otros temas relativos a la gobernanza son: ¿quién debería gobernar y, por tanto, regular el espacio electrónico y digital ofrecido por el adelanto de la tecnologías de la información y de las comunicaciones, cómo debería regularse ese espacio electrónico y digital y qué instrumentos pueden aplicarse para regularlo? En general, la respuesta analítica a la gobernanza del espacio electrónico y digital por parte de los distintos agentes ha adoptado una de las tres posiciones siguientes: *a*) un planteamiento estatista tradicional, en el que el Gobierno es el principal regulador de Internet y de las actividades y la tecnología de la información y de las comunicaciones; *b*) un planteamiento liberal que considera Internet y la tecnología de la información y de las comunicaciones como una nueva frontera social en las que las normas tradicionales son inaplicables e inadecuadas; en vez de ellas, los criterios operacionales dominantes son la autonomía y la autorregulación; por último, *c*) una actitud más internacionalista. Este último planteamiento considera que el carácter mundial e interconectado de Internet y la aparición de la sociedad de la información se prestan mucho más a ser regulados por el derecho internacional. Estas respuestas se superponen, están interrelacionadas y se refuerzan entre sí. Véase, en general, V. Mayer-Schönberger, «The shape of gobernance: analysing the Word Internet regulation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), págs. 605 a 673, quien esboza estos tres tipos de planteamiento del derecho cibernético y los denomina como sigue: *a*) el planteamiento tradicionalista basado en el Estado; *b*) el planteamiento separatista cibernético, y *c*) el planteamiento internacionalista-cibernético, y hace una crítica de cada uno de estos planteamientos (pág. 612). La otra cuestión que se plantea es ¿cómo debería regularse el espacio electrónico y digital, y qué instrumentos pueden aplicarse para regularlo?

[17] Véase F. W. Hondius, «Data Law in Europe», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), págs. 87 a 111, en particular pág. 88. Los cuatro tipos de limitaciones de la conducta humana existentes en la vida ordinaria —el espacio real, a saber: el derecho, las normas sociales, el mercado y la «arquitectura»— se han desplegado e intervienen e interactúan aportando una comprensión analítica del derecho del espacio cibernético. Habitualmente, los diversos agentes que participan en el movimiento transfronterizo de datos han utilizado esos instrumentos para establecer una reglamentación a diversos niveles. Por ejemplo, el gobierno puede aprobar una ley sobre la intimidad de las personas, y los proveedores de líneas e instalaciones de transmisión pueden acordar un marco para las normas de compatibilidad técnica, tarifas y protocolos; los suministradores de servicios pueden tener su propio código sobre la intimidad de las personas; los usuarios pueden comportarse de conformidad con cierta ética de Internet y los fabricantes pueden convenir en ciertos códigos que garanticen la compatibilidad y la interconexión de las computadoras. Véase, en general, L. Lessig, «The law of the horse: what cyberlaw might teach», *Harvard Law Review*, vol. 113 (1999-2000), págs. 501 a 549, quien define la arquitectura como «el mundo físico tal como nos lo encontramos» o «tal como ya ha sido hecho» (pág. 507); la arquitectura del espacio cibernético es su código: «los programas informáticos y el material que conforman el espacio cibernético tal como es» (pág. 509).

[18] Hondius, *loc. cit.* (nota *supra*), pág. 88.

ción y de las comunicaciones[19]. Por una parte, el derecho de los contratos, la culpa extracontractual, el derecho de la prueba, la propiedad intelectual o el conflicto de leyes son pertinentes para resolver las cuestiones que plantean la aplicación y la utilización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones; por otra, la protección de datos se ha convertido en un ejemplo del tercer tipo de respuesta jurídica: un nuevo derecho que ha de aplicarse a una nueva situación[20]. La presente propuesta se centra en este aspecto. La protección de datos se define como la protección de los derechos y libertades y de los intereses esenciales de las personas en lo que respecta al procesamiento de la información personal relativa a ellas, particularmente en las situaciones en que las tecnologías de la información y de las comunicaciones ayudan en los procedimientos de procesamiento de datos[21]. La protección de datos tiene por finalidad lograr que los datos no se utilicen indebidamente y que las personas a las que se refieran tengan y conserven la capacidad de corregir los errores[22].

B. Sinopsis de las normas y reglas vigentes

6. Desde finales de los años 60, la protección de datos viene preocupando a la comunidad internacional[23]. La tendencia general ha sido garantizar la libre circulación de información[24]. Esta disposición general tiene consecuencias sobre el comercio internacional, la protección de la propiedad intelectual y la protección de los derechos humanos, en particular el derecho a la intimidad de la persona. Los distintos planteamientos adoptados por los Estados o por la industria tienden a acentuar la diferente importancia que se concede a los distintos valores. Este ámbito está regulado por diversos instrumentos, vinculantes y no vinculantes, por las legislaciones nacionales y por decisiones judiciales. Los esfuerzos realizados anteriormente en las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OCDE, culminaron con la adopción de los instrumentos de la «primera generación» y sirvieron de estímulo a nivel nacional para promulgar las disposiciones legislativas de la «primera generación» a partir de los años 70[25].

[19] La UIT se centra en la infraestructura institucional y el funcionamiento técnico del movimiento transfronterizo de datos, y otras organizaciones se ocupan de la elaboración de normas para el procesamiento, la transmisión y la seguridad de los datos; véase M. Bothe «Data, transborder flow and protection», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, págs. 950 a 961, y especialmente pág. 954. La CNUDMI aprobó en 1985 una recomendación sobre el valor jurídico de los registros computadorizados (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento n.º 17* (A/40/17), cap. VI, párr. 360). En su resolución 40/71, de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General elogió a la CNUDMI por su recomendación. Véase también la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Véanse asimismo, por ejemplo, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (*Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 167, de 22 de junio de 2001, pág. 10), y la Ley del milenio digital de los Estados Unidos sobre los derechos de autor, de 1998.

[20] Hondius, *loc. cit.* (nota 17 *supra*), pág. 88.

[21] Ibíd., pág. 89.

[22] Véase B. P. Smith, reseña de *Policing across National Boundaries*, *Yale Journal of International Law*, vol. 20 (1995), págs. 215 a 217, especialmente págs. 216 y 217.

[23] En el párrafo 18 de la Proclamación de Teherán y en la resolución XI relativa a los derechos humanos y los progresos científicos y tecnológicos, de 12 de mayo de 1968, aprobadas por la Conferencia internacional de derechos humanos (Acta final de la Conferencia internacional de derechos humanos celebrada en Teherán entre el 22 de abril y el 13 de mayo de 1968 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.XIV.2), A/CONF.32/41, págs. 3 y 13, respectivamente), se expresó la preocupación de que los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos, que han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, puedan comprometer los derechos y las libertades de los individuos y de los pueblos. En la resolución 2450 (XXIII) de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1968, la Asamblea General invitó al Secretario General a llevar a cabo un estudio de los problemas que en relación con los derechos humanos plantean los progresos de la ciencia y de la tecnología. Véanse los informes a que se hace referencia en la nota 8 *supra*. La Comisión de Derechos Humanos se ocupó finalmente de la cuestión; véase, por ejemplo, la resolución 10 (XXVII) de la Comisión de Derechos Humanos, de 18 de marzo de 1971. El Consejo de Europa estableció en 1968 el Comité de Expertos sobre la armonización de los medios jurídicos de la programación de datos en las computadoras, y también constituyó en 1969, en el seno de la OCDE, su primer grupo de expertos, el Grupo sobre los Bancos de Datos. El siguiente órgano, el Grupo de Expertos en los Obstáculos al Movimiento Transfronterizo de Datos y la Protección de la Vida Privada, se estableció en 1978.

[24] El derecho a buscar, recibir e impartir información e ideas sin limitación de fronteras está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), así como en los instrumentos regionales de derechos humanos. Véanse también el artículo 10 del Convenio europeo de derechos humanos, de 1950; el artículo 13 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica», de 1969; el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981; el documento final de la Reunión de Viena de 1986 de los representantes de los Estados participantes en la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (*International Legal Materials*, vol. 28, n.º 2 (1989), págs. 531 y ss., en particular págs. 540 y 541, párrs. 34 a 46); el Documento de la Reunión de Copenhague de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 29 de junio de 1990 (ibíd., vol. 29, n.º 5 (1990), págs. 1305 y ss., en particular pág. 1311, párr. 9); el Documento de la Reunión de Moscú de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 3 de octubre de 1991 (ibíd., vol. 30, n.º 6 (1991), págs. 1671 y ss., en particular párr. 26); y el artículo 23 de la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, aprobada en la Conferencia Islámica de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en El Cairo del 31 de julio al 5 de agosto de 1990.

[25] En 1973 el Consejo de Europa aprobó por primera vez una resolución (Res (73) 22 E, de 26 de septiembre de 1973) sobre la protección de la vida privada de las personas físicas con respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado y posteriormente, en 1974, otra resolución sobre la protección de la vida privada de las personas físicas con respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector público (Res (74) 29 E, de 20 de septiembre de 1974). La OCDE aprobó las Directrices de la OCDE sobre la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales en 1980, y el Consejo de Europa aprobó el Convenio sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en 1981. En las Naciones Unidas, los esfuerzos a ese respecto tardaron más en dar resultados. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 10B (XXXIII), de 11 de marzo de 1977, pidió a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que iniciara un segundo estudio relativo a los principios rectores sobre la utilización de ficheros computadorizados de datos personales. El Sr. Louis Joinet (Francia) actuó como Relator Especial de la Subcomisión. En el informe se recomendaba que se estudiasen las posibles opciones para la preparación de las normas mínimas que habían de establecerse por la legislación nacional e internacional (véase E/CN.4/Sub.2/1983/18). En la resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990, la Asamblea General aprobó los principios rectores sobre la utilización de ficheros computadorizados de datos personales, principios enunciados en la resolución 1990/38 del Consejo Económico y Social, de 25 de mayo de 1990. Las actividades de seguimiento para la aplicación de los principios pueden verse, por ejemplo, en el documento E/CN.4/1995/75, preparado en cumplimiento de la decisión 1993/113 de la Comisión de Derechos Humanos, de 10 de marzo de 1993; en el documento E/CN.4/1997/67, preparado en cumplimiento de la decisión de la Comisión de Derechos Humanos 1995/114, de 8 de marzo de 1995, y en el documento E/CN.4/1999/88, preparado en cumplimiento de la decisión

Estos instrumentos reconocen que la cuestión básica es el conflicto entre el ideal de la protección de datos y el ideal de la libre circulación de información entre los Estados[26]. El Estado de Hesse, en Alemania, fue el primero que promulgó disposiciones legislativas generales de protección de datos en 1970[27], en tanto que Suecia fue el primer país que lo hizo en 1973[28]. Algunos otros Estados optaron por adoptar disposiciones legislativas más sectoriales por temas específicos[29].

7. Las disparidades y divergencias surgidas en la aplicación de las disposiciones legislativas de la «primera generación» impulsaron la adopción de medidas y la introducción de otras novedades en el contexto de la Unión Europea y en otras partes. Esas novedades condujeron a la adopción de los instrumentos de la «segunda generación»[30], algunos de los cuales, como la directiva de la Unión Europea, tienen consecuencias para terceros Estados[31] y de las disposiciones legislativas de la «segunda generación»[32]. Se ha trabajado también para promover la

1997/122 de la Comisión de Derechos Humanos, de 16 de abril de 1997. En su decisión 1999/109, de 28 de abril de 1999, la Comisión de Derechos Humanos decidió, sin proceder a votación: *a*) suprimir la cuestión de su programa, habida cuenta de que los Estados tienen cada vez más en cuenta los principios rectores aplicables, y *b*) pedir al Secretario General que encomendase a los organismos de inspección competentes la labor de hacer que las organizaciones interesadas del sistema de las Naciones Unidas aplicasen los principios rectores.

[26] Véase J. Bing, «The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), págs. 271 a 303, especialmente pág. 273.

[27] La protección de datos toma su nombre de la palabra alemana *Datenschutz*. Suecia: Ley sobre los datos de 1973 (*Datalagen*, 1973:289), que entró en vigor el 1.º de julio de 1974. Véase también, por ejemplo, Noruega: Ley de registro de datos de carácter personal de 1978 (*lov om personregistre mm av 9 juni 1978 nr 48*), que entró en vigor el 1.º de enero de 1980; Dinamarca: Ley de registros privados de 1978 (*lov nr 293 af 8 juni 1978 om private registre mv*) y Ley de registros de las autoridades públicas de 1978 (*lov nr 294 af 8 juni 1978 om offentlige myndigheders registre*), que entraron en vigor el 1.º de enero de 1979; Canadá: Ley de derechos humanos de 1977 y Ley federal sobre la intimidad de las personas de 1982; Alemania: Ley federal de protección de los datos *(Bundesdatenschutzgesetz (BDSG))* de 1977; Francia: Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978 relativa a la elaboración de datos, los archivos y las libertades; Reino Unido: Ley de protección de datos de 1984.

[28] Bing, *loc. cit.* (nota 26 *supra*), pág. 271.

[29] En los Estados Unidos, por ejemplo, se promulgaron las siguientes disposiciones legislativas: Ley sobre la intimidad de las personas, Pub. L. No. 93-579 (1974); Ley de información sobre créditos equitativos, Pub. L. No. 91-508 (1970); Ley sobre el derecho a la privacidad financiera, Pub. L. No. 95-630 (1978); Ley sobre política de comunicación por cable, Pub. L. No. 98-549 (1984); Ley sobre los derechos educacionales y la intimidad de las familias, Pub. L. No. 93-380 (1974).

[30] El artículo XIV, sobre excepciones generales, del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (anexo al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio), de 1994, prevé, entre otras cosas, la posible adopción de medidas de aplicación que sean «necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a [...] la protección de la intimidad de los particulares en relación con el procesamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de registros y cuentas individuales». Véase también la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al procesamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que contiene una estructura regulatoria detallada destinada a ser adoptada en el derecho interno por los Estados miembros de la Unión Europea, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 281, de 23 de noviembre de 1995, pág. 31. Véanse asimismo el Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, de 2001; la directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 201, de 31 de julio de 2002, pág. 37, que deroga la anterior directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, ibíd., n.º L 24, de 30 de enero de 1998, pág. 1. Véase también la directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la directiva 2002/58/CE, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 105, de 13 de abril de 2006, pág. 54. El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000, que aún no está en vigor, contiene una disposición específica sobre la protección de datos de carácter personal:

> «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
> 2. Esos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
> 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

(*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000, pág. 1.)

El Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico aprobó también en 2004 un marco relativo a la intimidad de las personas en materia de cooperación económica para Asia y el Pacífico, con el fin de promover un planteamiento homogéneo en cuanto a la privacidad de la información como medio de asegurar la libre circulación de información en la región de Asia y el Pacífico (véase la nota 9 *supra*).

[31] El artículo 25 de la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (véase la nota *supra*) se refiere a la transferencia de datos personales a terceros países sobre la base de un nivel suficiente de protección, y el artículo 26 enumera las circunstancias en las que se permiten excepciones. En respuesta a la directiva de la Unión Europea, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos aprobó los Principios para la seguridad de la protección de la vida privada, por los que se alentaba a las empresas a cooperar. Los Principios fueron publicados por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos el 21 de julio de 2000 (véase *Federal Register*, vol. 65, n.os 142 y 182 (2000); véase también www.ita.doc.gov). La decisión 2000/520/CE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 2000, reconoció que estos principios de seguridad para la protección de la vida privada daban una protección suficiente, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 215, de 25 de agosto de 2000, pág. 7. La suficiencia del nivel de protección en materia de transmisión de datos a los Estados Unidos es una cuestión sobre la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó sentencia el 30 de mayo de 2006, en los asuntos acumulados C-317/04 y C-318/04 (véase *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º C 178, de 29 de julio de 2006, pág. 1). El Parlamento Europeo pidió, entre otras cosas, que se anulara la decisión 2004/535/CE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 2004, por la que se autorizaba la transmisión de los datos de los registros de nombres de los pasajeros al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º L 235, de 6 de julio de 2004, pág. 11. El Tribunal anuló la decisión del Consejo por una cuestión técnica que caía fuera del ámbito de competencia de la Comunidad.

[32] Alemania: Ley federal de protección de datos (*Bundesdatenschutzgesetz*), de 18 de mayo de 2001, y leyes de protección de datos de los *Länder* promulgadas para aplicar la directiva europea; Argentina: Ley de protección de los datos personales (Ley n.º 25.326), de 4 de octubre de 2000; Australia: Ley sobre la intimidad de 1988 y Ley modificada sobre la intimidad de las personas (sector privado) de 2000; Austria: Ley de protección de datos de carácter personal, de 17 de agosto de 1999, y disposiciones legislativas de los *Länder* para aplicar la directiva de la Comunidad Europea; Bélgica: Ley sobre la protección de la intimidad de las personas en materia de procesamiento de datos de carácter personal, de 8 de diciembre de 1992, modificada por la

(Continuación en la página siguiente.)

promulgación de disposiciones legislativas sobre la base de la legislación modelo preparada en un marco multilateral[33]. Otros Estados siguen inclinados a promulgar disposiciones legislativas sectoriales sobre temas específicos[34]. Las opciones preferidas por los Estados están profundamente arraigadas en sus tradiciones históricas, jurídicas y políticas[35]. En términos generales, las leyes adoptadas en el contexto europeo fijan límites a la recogida de datos[36]. Requieren la notificación previa de los fines para los que se necesitan los datos. Además, toda utilización ulterior de los datos, a menos que sea autorizada por el consentimiento de la persona a la que se refieran éstos o de otra manera autorizada por la ley, deberá hacerse para los fines especificados. En segundo lugar, la legislación impone controles posteriores, destinados a asegurar la fiabilidad continuada de los datos. Entre los elementos de esa fiabilidad figuran la notificación de la existencia de esos registros de datos, el acceso a los mismos y la oportunidad de corregir los datos erróneos[37]. En tercer lugar, esa legislación regula aspectos relativos a la seguridad y la protección de tales datos, adoptando disposiciones para su almacenamiento y su utilización, en particular procedimientos para que no se pierdan, no se destruyan y no sean comunicados de forma no autorizada. Toda utilización o divulgación de los datos debe registrarse y notificarse al titular de los datos en caso de que se produzca alguna utilización o comunicación no autorizada[38]. Se establece un mecanismo para que se ocupe de estas cuestiones. En cuarto lugar, también se prevé el establecimiento de un régimen en materia de daños y de reparación.

8. Por otra parte existe, particularmente en los Estados Unidos, el planteamiento sectorial, que se basa en una combinación de disposiciones legislativas, disposiciones reglamentarias y normas autorreguladoras[39]y las respues-

(Continuación de la nota 32.)

Ley de aplicación de 11 de diciembre de 1998 y por la disposición legislativa de carácter secundario de 13 de febrero de 2001; Brasil: anteproyecto de Ley n.º 61/1996 y anteproyecto de Ley n.º 151; Canadá: Ley de protección de la información de carácter personal y de los documentos electrónicos (PIPEDA) de 2001; Chile: Ley n.º 19.628 sobre la protección de la vida privada, de 28 de agosto de 1999; Chipre: Ley de procesamiento de datos de carácter personal (protección de la persona) de 2001, modificada en 2003, y Ley de reglamentación de las comunicaciones electrónicas y los servicios postales de 2004; Dinamarca: Ley de procesamiento de datos de carácter personal (Ley n.º 429), de 31 de mayo de 2000; Eslovaquia: Ley n.º 428/2002 rep. sobre la protección de datos de carácter personal, modificada por la Ley n.º 602/2003 rep., la Ley n.º 576/2004 rep. y la Ley n.º 90/2005 rep.; Eslovenia: Ley de protección de datos de carácter personal (basada en la Convención del Consejo de Europa), de 1999, y ley por la que se modifica la Ley de protección de datos de carácter personal en julio de 2001; España: Ley orgánica n.º 15/1999 de protección de datos de carácter personal, de 13 de diciembre de 1999; Estonia: Ley de protección de datos, de 12 de febrero de 2003; Federación de Rusia: Ley de la Federación de Rusia sobre la información, la computadorización y la protección de la información, de 25 de enero de 1995; Finlandia: Ley finlandesa sobre los datos de carácter personal (n.º 523/1999), de 22 de abril de 1999, modificada el 1.º de diciembre de 2000, y Ley finlandesa de protección de los datos en los lugares de trabajo, de 2004; Francia: Ley n.º 2004-801 por la que se modifica la Ley n.º 78-17, de 6 de enero de 1978; Grecia: Ley de aplicación n.º 2472 sobre la protección de las personas en lo que respecta al procesamiento de datos de carácter personal, que entró en vigor el 10 de abril de 1997; Hungría: Ley n.º LXIII sobre la protección de los datos de carácter personal y el acceso público a los datos de interés público, de 1992, Ley n.º IV de 1978 sobre el Código Penal en relación con el uso indebido de datos de carácter personal y con el uso indebido de información de carácter personal, y Ley n.º XXVI de protección de datos, de 14 de diciembre de 2001, modificada por la Ley n.º XXXI; Irlanda: Ley de protección de datos de 1998, modificada por la Ley de protección de datos de 2003, de 10 de abril de 2003; Israel: Ley de protección de datos promulgada en 1981 y modificada en 1996; Italia: Ley n.º 675 de protección de las personas y otros sujetos en lo que respecta al procesamiento de datos de carácter personal, de 31 de diciembre de 1996, y nuevo Código de Protección de Datos, que entró en vigor el 1.º de enero de 2004; Japón: Ley n.º 57 de protección de la información personal, de 2003; Letonia: Ley de protección de datos de carácter personal modificada por la Ley de 24 de octubre de 2004; Lituania: Ley n.º IX-1296 sobre la protección jurídica de los datos de carácter personal, de 21 de enero de 2003, con las modificaciones de 13 de abril de 2004; Luxemburgo: Ley de protección de datos de 2 de agosto de 2002; Nueva Zelandia: Ley relativa a la intimidad de las personas, de 1.º de julio de 1993; Países Bajos: Ley de protección de datos de carácter personal de 6 de julio de 2000 (los anteriores códigos sectoriales de conducta están siendo revisados para convertirlos en disposiciones legislativas); Paraguay: Ley de protección de datos en el Paraguay, Ley n.º 1682 por la que se regula la información privada; Polonia: Ley sobre la protección de los datos de carácter personal, de 29 de agosto de 1997, modificada el 1.º de enero de 2004; Portugal: Ley n.º 67/98 sobre la protección de datos personales, de 26 de octubre de 1998; República Checa: Ley de protección de los datos de carácter personal, de 4 de abril de 2000; República de Corea: Ley sobre la protección de los datos de carácter personal mantenidos por organismos públicos (Ley n.º 4734), de 1994, Ley sobre la promoción y protección de la infraestructura de información (Ley n.º 5835), de 1999; Suecia: Ley 1998:204 sobre datos de carácter personal, de 29 de abril de 1998, y reglamento 1998:1191, de 3 de septiembre de 1998; Suiza: Ley federal suiza n.º 235.1 (DPA) sobre la protección de datos, de 19 de junio de 1992; Túnez: Ley n.º 2004-63 de protección de datos de carácter personal, de 27 de julio de 2004; Reino Unido: Ley de protección de datos de 16 de julio de 1998, completada por disposiciones legislativas de 17 de febrero de 2000.

[33] En la reunión de la Conferencia de Ministros de Justicia del *Commonwealth*, celebrada en Kingston, San Vincente y las Granadinas, en 2002, se propusieron dos modelos de proyecto de ley (para el sector privado y para el sector público) sobre la intimidad. La ley modelo estaba influenciada por el sistema canadiense de protección de datos personales y por la Ley de protección de datos personales del Reino Unido de 1998 por la que se aplica la Directiva de la Unión Europea, así como por las directrices de la OCDE.

[34] En los Estados Unidos se aprobaron las siguientes disposiciones legislativas: Ley relativa a la intimidad de las personas, 5 U.S.C. § 552a (2001); Ley de información sobre créditos equitativos, 15 U.S.C. § 1681 (2001); Ley de protección de la intimidad de las personas en los vídeos, 18 U.S.C. § 2710 y 2711 (2000); Ley sobre política de comunicaciones por cable, 47 U.S.C. § 551 (2000); Ley de protección de la intimidad de los conductores, 18 U.S.C. §§ 2721 a 2725 (2000); Ley de protección de los usuarios de teléfono, 47 U.S.C. § 227 (2000); Ley sobre los derechos educacionales y la intimidad de las familias, 20 U.S.C. § 1232 (2000); Ley sobre la transferibilidad y responsabilidad del seguro de enfermedad, Pub. L. n.º 104-191 (1996), y Ley de protección de la intimidad en línea de los niños, 15 U.S.C. § 6501 a 6506 (2000).

[35] Véase Hondius, *loc. cit.* (nota 17 *supra*), págs. 87 a 111. Los Estados han adoptado, bien una disposición legislativa única que comprende tanto el sector público como el privado (por ejemplo, los Estados miembros de la Unión Europea, la Argentina, Chile, Israel, Suiza y la Federación de Rusia), bien una sola ley que trata de los sectores público y privado en capítulos separados o dos leyes distintas que regulan separadamente los sectores público y privado (por ejemplo, Australia, el Canadá, el Paraguay y Túnez), bien una ley sobre la regulación del sector público y otras disposiciones legislativas sobre diversos aspectos de las actividades del sector privado (por ejemplo, el Japón y la República de Corea). En algunos casos, la legislación general va acompañada de códigos alternativos de conducta para diversos sectores (por ejemplo, Nueva Zelandia).

[36] Véase G. M. Epperson, «Contracts for transnational information services: securing equivalency of data protection», *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), págs. 157 a 175, especialmente pág. 162.

[37] Ibíd.

[38] Ibíd.

[39] Comentarios de los Estados Unidos sobre la gobernanza de Internet, publicados por la Oficina de Asuntos Económicos y Sociales, 15 de agosto de 2005: «Protección de datos y derecho a la intimidad. [...] Todo planteamiento eficaz para garantizar la protección de la información personal comprende los siguientes elementos: leyes

tas están más inspiradas por el mercado. La legislación comprende esencialmente el sector público o esferas especializadas de ese sector; las personas a las que se refieran los datos protegidos son los ciudadanos y los extranjeros residentes. Además, no hay un organismo único encargado del cumplimiento de la normativa.

9. Cabe señalar también que la industria ha participado activamente en la adopción de códigos autorreguladores para proteger los datos personales[40].

10. La jurisprudencia también ha reconocido la importancia de la protección de datos. El Tribunal Europeo de Justicia ha confirmado, en el asunto *Fisher*, que los principios de la protección de datos constituyen principios generales del derecho comunitario y ha afirmado que la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo adoptó, a nivel comunitario, principios generales que formaban ya parte del derecho de los Estados miembros en esa materia[41]. En el asunto *Rechnungshof,* el Tribunal señaló que las disposiciones de la directiva, en la medida en que rigen el tratamiento de datos de carácter personal que pueden ser objeto de infracciones, en particular del derecho a la intimidad, han de interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del derecho comunitario. El Tribunal declaró también que:

> Los artículos 6, apartado 1, letra c), y 7, letras c) y e), de la directiva 95/46 son directamente aplicables, en el sentido de que un particular puede invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales para evitar la aplicación de normas de derecho interno contrarias a dichas disposiciones[42].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, ya que está incluida en el derecho a la intimidad establecido en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos[43].

11. Los instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes, así como las disposiciones legislativas nacionales promulgadas por los Estados y las decisiones judiciales, revelan varios principios esenciales, en particular: *a*) la licitud y lealtad de la recopilación y el tratamiento de datos; *b*) la exactitud; *c*) la especificación y limitación de los fines; *d*) la proporcionalidad; *e*) la transparencia; *f*) la participación individual y en particular el derecho de acceso; *g*) la no discriminación; *h*) la responsabilidad; i) la supervisión y la sanción legal; *j*) la equivalencia de los datos en el caso del movimiento transfronterizo de datos personales, y *k*) el principio de derogabilidad.

C. Elaboración de una propuesta para su examen por la Comisión

12. El objetivo de la presente propuesta sería formular unos principios generales adecuados para la protección de los datos personales. El panorama general de las normas y reglas vigentes indica que, si bien existen diferencias de planteamiento, hay una comunidad de intereses respecto de algunos principios básicos. Los precedentes y la documentación pertinente, como los tratados, la legislación nacional, las decisiones judiciales y los instrumentos no vinculantes, apuntan a la posibilidad de elaborar un conjunto de disposiciones que desarrollen las normas relativas a la protección de datos a la luz de la práctica contemporánea. Esa labor contribuiría a facilitar la preparación de un conjunto de directrices internacionalmente aceptables sobre las prácticas óptimas y ayudaría a los Estados a preparar disposiciones legislativas nacionales. También ayudaría a la industria a idear modelos de autorregulación. La elaboración de una «tercera generación» de principios de protección de la intimidad de las personas respondería a los llamamientos cada vez más numerosos a favor de una respuesta internacional en este ámbito. Aunque ésta es una esfera técnica y especializada, es también una esfera en la que la práctica estatal todavía no es amplia ni se ha desarrollado plenamente. No obstante, aplicando sus métodos de trabajo, la Comisión quizá pueda reconocer las nuevas tendencias de la opinión y la práctica jurídicas que probablemente conformarán el régimen jurídico mundial que surja con el tiempo.

Definición del ámbito del tema

13. Existe una relación entre la intimidad de las personas y la protección de datos. El derecho a la intimidad se remonta a varios siglos y ha alcanzado rango constitucional y ha sido reconocido en muchos ordenamientos jurídicos[44], así como en instrumentos internacionales

adecuadas que protejan la intimidad del consumidor en cuestiones especialmente delicadas como las financieras, las médicas y la intimidad de los niños; aplicación de esas leyes por el Gobierno, y fomento de las actividades del sector privado encaminadas a proteger la intimidad del consumidor» (WSIS-II/PC-3/DT/7E, pág. 24); estos comentarios se pueden consultar en el sitio web de la UIT, www.itu.int, «Compilation of comments received on the Report of the Working Group on Internet Governance», de 30 de agosto de 2005.

[40] La Cámara Internacional de Comercio está desempeñando un papel capital a este respecto. Véase, por ejemplo, su repertorio de instrumentos para los dirigentes en el sitio web www.iccwbo.org.

[41] Asunto *The Queen* c*. Minister of Agriculture Fisheries and Food, ex parte Fisher* (asunto C-369/98), sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 14 de septiembre de 2000, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º C 335, de 25 de noviembre de 2000, pág. 4. Respecto a la directiva 95/46/CE, véase la nota 30 *supra*.

[42] Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01 (Petición de decisión prejudicial del *Verfassungsgerichtshof* y *Oberster Gerichtshof*): *Rechnungshof* (C-465/00) contra *Österreichischer Rundfunk, y otros y entre Christa Neukomm* (C-138/01), *Joseph Lauermann* (C-139/01) *y Österreichischer Rundfunk* («Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Directiva 95/46/CE. Protección de la intimidad. Divulgación de datos sobre los ingresos de empleados de entidades sujetas al control del *Rechnungshof*»), sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de mayo de 2003, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º C 171, de 19 de julio de 2003, pág. 3, párr. 2.

[43] Véanse los asuntos *Amann* c*. Suisse*, n.º 27798/95, sentencia de 16 de febrero de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 2000-II*, págs. 201 y ss.; *Leander*, sentencia de 26 de marzo de 1987, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 116, págs. 6 y ss.; *Rotaru* c*. Roumanie*, n.º 28341/95, sentencia de 4 de mayo de 2000, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 2000-V*, págs. 61 y ss., y *Turek* c*. Slovaquie,* n.º 57986/00, sentencia de 14 de febrero de 2006, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 2006-II*, págs. 41 y ss.

[44] Por ejemplo, en 1361, en Inglaterra, la Ley de los jueces de paz, 34 Edw. 3 c.l, disponía que serían detenidos los mirones y los que escuchasen conversaciones ajenas; en Suecia, la Ley de registros públicos de 1776 exigía que toda la información que obrara en posesión del Gobierno se utilizara con fines legítimos, y en los Estados Unidos, en 1890, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis dijeron en «The right to privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, n.º 5 (1890), págs. 193 a 220, que el derecho a la intimidad era el «derecho a que le dejen a uno en paz» (pág. 195). En el asunto *Griswold* v*. Connecticut*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos hizo una interpretación amplia de la Carta de Derechos y declaró que las personas tenían un derecho constitucional a la intimidad, *United States Reports*, vol. 381 (1965), pág. 479.

tanto vinculantes como no vinculantes[45]. Sin embargo, el derecho a la intimidad no es absoluto, y su alcance y sus límites no siempre son fáciles de delinear. Desde un punto de vista filosófico y analítico, la intimidad plantea diversas posibilidades e ideas que pueden clasificarse dentro de una o varias de las siguientes categorías, relativas a: *a*) el espacio; *b*) la capacidad de decisión; *c*) el control de la información[46], y *d*) la intimidad de las comunicaciones.

14. Aunque esas cuatro categorías se solapan y se influyen mutuamente, la presente propuesta no trata de la cuestión general de la intimidad y sería más limitada y más restringida en cuatro aspectos.

15. En primer lugar, se centraría principalmente en la tercera categoría: el aspecto de la intimidad que está relacionado con la información y se refiere al control que ejerce la persona sobre el tratamiento de la información personal, a saber, su adquisición, divulgación y utilización[47], concepto que se conoce como «gestión leal de la información»[48]. Sería necesario considerar los derechos que tienen el interesado y los usuarios de los datos.

16. En segundo lugar, la propuesta trataría la protección que ha de darse a los medios de comunicación, es decir, los aspectos de la cuarta categoría que se refieren a la intimidad de las comunicaciones en la medida en que están relacionados con la privacidad de la información: la seguridad y privacidad del correo, de la telefonía, del correo electrónico y de otras formas de tecnologías de la información y de las comunicaciones. Con los avances tecnológicos, la disponibilidad de información en la esfera pública constituye un peligro para el concepto tradicional de intimidad como «protección del mundo íntimo de la persona»[49]. La seguridad de los datos, los datos sobre la localización y los datos sobre el tráfico se han convertido en elementos de la zona dudosa de la protección. La seguridad de los datos se refiere a la seguridad física de los datos, es decir, a los esfuerzos por lograr que éstos no sean destruidos ni manipulados en el lugar donde estén ubicados. Los datos están siempre cambiando y en movimiento, y se encuentran fácilmente en posesión de terceros. El lugar en que se halla una persona (datos sobre la localización)[50] y lo que se envía a otra (datos sobre el tráfico)[51] son elementos cuyo anonimato ya no se puede garantizar. El tipo y la naturaleza de la protección que ha de darse a los datos, se encuentren éstos estacionarios o en movimiento, son cuestiones que atañen al tema. Sin embargo, la protección que se dé tiene que equilibrarse con la necesidad de la sociedad de disponer de instrumentos que garanticen el mantenimiento eficaz del orden, particularmente en la lucha contra el terrorismo internacional y la delincuencia organizada.

17. En tercer lugar, la propuesta se limitaría a tratar las corrientes de datos personales[52]. El movimiento transfronterizo de datos puede referirse a distintos tipos de datos, tales como *a*) datos operacionales[53]; *b*) transacciones financieras reales[54]; *c*) información científica o técnica[55], y *d*) información de carácter personal, que consiste, por ejemplo, en el historial médico, los antecedentes penales o crediticios, las reservas de viajes o, simplemente, un nombre y un número de identificación. Sólo la información de carácter personal quedaría comprendida en la presente propuesta, aunque esos datos pueden también aparecer en forma de transacciones operacionales o financieras[56], así

---

[45] El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véanse también los artículos V, IX y X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá en 1948; el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos, de 1950; el artículo 11 de la Convención americana sobre derechos humanos: «Pacto de San José de Costa Rica», de 1969; la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990; y el artículo 18 de la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam, de 1990. Véase además el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981. En la esfera de la ética médica, véanse por ejemplo el Código de Nuremberg sobre las Directrices para la Experimentación Humana (*Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law N.º 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949)*, serie de 15 volúmenes, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1949-1953, vol. II, pág. 180), la Declaración de Ginebra de 1948 (Asociación Médica Mundial, *Handbook of Declarations* (octubre de 1996), 17.A), y la Declaración de Helsinki de 1964 (ibíd., 17.C, o bien «World Medical Association Declaration of Helsinki. Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects», *Bulletin of the World Health Organization*, 2001, 79 (4), pág. 373).

[46] Véase Kang, *loc. cit.* (nota 5 *supra*), especialmente págs. 1202 y 1203. En el asunto *Whalen* v. *Roe* (429 U.S. 589 (1977)), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos amplió la considerable protección procesal legal de la intimidad a la información.

[47] Kang, *loc. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 1203.

[48] Epperson, *loc. cit.* (nota 36 *supra*), pág. 161; «La protección de los datos no entraña [...] la plena protección de todos los intereses que conciernen a la intimidad. Esa expresión se refiere, más que a la prohibición absoluta de la acumulación y la utilización de datos, al establecimiento de procedimientos que garanticen al interesado la oportunidad de conocer la existencia de datos que le conciernen y el uso que se les dará...» (págs. 160 y 161).

[49] D. J. Solove, «Privacy and power...», *loc. cit.* (nota 1 *supra*), pág. 1437.

[50] Son fáciles de registrar la latitud, longitud y altitud del terminal del usuario, la dirección en que se desplaza éste, el nivel y la precisión de la información sobre la localización, el punto de la célula de la red y la hora en que se creó la información sobre la localización.

[51] Son elementos del tráfico de datos que se pueden determinar con facilidad el encaminamiento, la duración, el tiempo o el volumen de la comunicación, el protocolo utilizado, la ubicación del terminal del emisor o del receptor, la red en la que se origina o termina la comunicación, la iniciación, final o duración de la comunicación y el formato de transmisión de la comunicación.

[52] Véase E. J. Novotny, «Transborder data flows and international law: a framework for policy-oriented inquiry», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), págs. 141 y ss. Los términos «datos» e «información» se utilizan a veces como sinónimos. Sin embargo, desde el punto de vista técnico:

«Por "datos" se entiende un conjunto de símbolos organizados que pueden ser procesados por ordenador. "Información" denota una categoría superior de datos inteligibles para el ser humano. El objetivo del movimiento transfronterizo de datos es crear, almacenar, recuperar y utilizar información; a veces, ésta se reduce a datos para fines intermedios» (pág. 144, nota 7).

[53] Ibíd., pág. 156. Se trata de datos cuyo objeto es respaldar decisiones de organización o apoyar determinadas funciones administrativas.

[54] Ibíd., pág. 157. Se trata de créditos, débitos y transferencias de dinero.

[55] Ibíd., pág. 158. Se trata de datos que reflejan los resultados de experimentos, estudios, mediciones ambientales o meteorológicas, o estadísticas económicas.

[56] Ibíd., pág. 157. Véase también un asunto pendiente (*Segerstedt-Wiberg et autres* c. *Suède,* demanda n.º 62332/00), solicitud que fue declarada admisible el 20 de septiembre de 2005. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubo de determinar si podría constituir una violación del derecho a la intimidad la recopilación y el almacenamiento de información sobre personas que esté «relacionada con sus actividades públicas» o sea «ya del dominio público» y que sea exacta y se reúna por motivos de seguridad nacional. También se

como en el marco de estudios científicos y técnicos, en particular demográficos.

18. La información de carácter personal puede referirse a *a*) una relación de autoría, *b*) una relación descriptiva, o *c*) una relación de seguimiento mediante instrumentos[57]. Estos son los aspectos que pueden necesitar protección contra la divulgación. En general, la información de carácter personal se refiere a personas naturales. En algunos Estados, pueden verse afectadas las personas jurídicas y otras entidades[58]. El ámbito del tema *ratione personae* debería determinar el trato que habría de darse a las entidades distintas de las personas naturales.

19. El movimiento de datos comprende las corrientes de datos entre diversos actores, que pueden ser gobiernos, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y, en el sector privado, empresas, en particular multinacionales, algunas de las cuales ofrecen servicios de tratamiento de datos. Al estudiar el tema habría que tener en cuenta la gama de actividades de los sectores público y privado que podrían intervenir.

20. En cuarto lugar, en la protección de datos informativos hay restricciones y excepciones, así como intereses contrapuestos. De hecho, en las salvaguardias de la intimidad contenidas en las constituciones nacionales, las decisiones judiciales y los instrumentos internacionales de derechos humanos se prevén posibles restricciones y excepciones consistentes en exenciones o limitaciones.

Definiciones

21. El movimiento transfronterizo de datos se ha definido como la «transmisión electrónica de datos a través de fronteras políticas para el tratamiento y/o almacenamiento de archivos [de tecnologías de la información y de las comunicaciones]»[59]. El ámbito del tema *ratione materiae* es una cuestión que debería considerarse con detenimiento, en particular para determinar si habría que abarcar únicamente los datos informáticos automatizados o cualquier tipo de datos, incluso los generados y procesados manualmente, y si ese ámbito debería definirse en función de la tecnología utilizada o teniendo en cuenta cualesquiera datos afectados, independientemente de la tecnología.

22. Sería necesario definir términos tales como datos, persona a la que se refieren los datos, usuario de los datos, archivo de datos, conservación de datos, preservación de datos, datos de carácter personal, datos reservados, datos de tráfico, datos de localización, movimiento transfronterizo de datos personales, tratamiento de datos personales, comunicación, terceros usuarios, datos de registro y de transacción, y datos sobre la navegación por Internet (*clickstream*). Las definiciones serían sólo ilustrativas, y habrían de tener en cuenta los avances tecnológicos que se producen constantemente en el entorno de la red.

Principios básicos

23. De la evolución habida en este campo en casi 40 años se pueden inferir algunos principios básicos. Entre ellos cabe mencionar los siguientes[60]:

- *Recopilación y tratamiento legítimo y leal de datos*. Este principio presupone que la recopilación de datos personales se limitaría al mínimo necesario. En particular, esos datos no se obtendrían de forma ilegítima o desleal.
- *Exactitud*. El principio de la calidad de la información es un requisito cualitativo y entraña la responsabilidad de que los datos sean exactos y necesariamente completos y que estén al día para los fines perseguidos.
- *Especificación de los fines y limitación*. Este principio establece el requisito de que los fines para los que se recopilen los datos se comuniquen a la persona a la que se refieran éstos. Los datos no se deberán divulgar, comunicar ni utilizar de otro modo para fines distintos de los especificados. Eso sólo se podrá hacer con el consentimiento o conocimiento de la persona a la que se refieran los datos o por ministerio de la ley. Todo uso ulterior se limita a esos fines, o a cualesquiera otros que no sean incompatibles con ellos. Existen diferencias en los planteamientos adoptados por los Estados. En algunos ordenamientos jurídicos se considera que la obligación de obtener el consentimiento es *ex ante*.
- *Proporcionalidad*. La proporcionalidad exige que la medida necesaria adoptada sea proporcionada a los fines legítimos que se persigan.
- *Transparencia*. Denota una política general de apertura respecto de los acontecimientos, las prácticas y las políticas que se refieren a la protección de datos personales.
- *Participación individual y, en particular, derecho de acceso*. Este principio tal vez sea el más importante a los efectos de la protección de datos. La persona a la que se refieran los datos debe tener acceso a ellos, así como la posibilidad de determinar si el administrador del archivo dispone o no de datos que le conciernan; también debe obtener o recibir esa información en un formato, de una manera y con un costo razonables. Este principio está en consonancia con el derecho

refiere al derecho a negarse a comunicar a las personas a las que se refieran los datos el pleno alcance de la información recopilada. Véase al respecto la decisión del Tribunal de 6 de junio de 2006, *Recueil des arrêts et décisions 2006-VII*, págs. 131 y ss. El Tribunal Supremo de Islandia, en su sentencia n.º 151/2003, de 27 de noviembre de 2003, sobre el asunto *Guomundsdottir* v. *Iceland*, estudió la definición de los «datos personales» en el contexto de los datos relativos al ADN y los problemas de identificación relacionados con el fallecimiento de un pariente. Véase R. Gertz, «An analysis of the Icelandic Supreme Court Judgement on the Health Sector Database Act», *SCRIPTed. A Journal of Law, Technology & Society*, vol. 1, n.º 2 (2004), págs. 241 a 258.

[57] Kang, *loc. cit.* (nota 5 *supra*), págs. 1207 y 1208.

[58] Novotny, *loc. cit.* (nota 52 *supra*), pág. 157.

[59] International Barriers to Data flows, Background Report, Comittee on Interstate and Foreign Comerce, Cámara de Representantes, 96.º Congreso, primer período de sesiones, abril de 1979, citado en el Panel on Legal Issues of Transborder Data Transmission, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980).

[60] Véase, en general, M. D. Kirby, «Transborder data flows and the "basic rules" of data privacy», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), págs. 27 a 66. Véase también J. M. Eger, «The global phenomenon of teleinformatics: an introduction», *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), págs. 203 a 236. Véase además, Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, *Records, Computers and the Rights of Citizens* (1973), apéndice A, pág. 147.

de la persona a conocer la existencia de cualquier archivo de datos que le conciernan y el contenido de esos datos, así como a impugnar los datos y corregirlos, modificarlos o eliminarlos.

– *No discriminación*. Este principio significa que no se deben recopilar datos susceptibles de dar lugar a una discriminación ilegítima y arbitraria. Se trata de la información relativa al origen racial o étnico, el color, la vida sexual, las opiniones políticas, religiosas y filosóficas y otras creencias, así como la pertenencia a una asociación o sindicato.

– *Responsabilidad*. Este principio se refiere a la seguridad de los datos; los datos deben ser protegidos por medios razonables y adecuados para impedir su pérdida, su destrucción o su acceso, utilización, modificación o divulgación no autorizados, y el administrador del archivo debe rendir cuentas de ello.

– *Supervisión independiente y sanción legal*. La supervisión y la sanción requieren que exista un mecanismo para que se respeten las garantías legales y se rindan cuentas. Debe existir una autoridad, responsable ante la ley, que vele por que se cumplan los requisitos relativos a la protección de datos.

– *Equivalencia de datos en caso de movimiento transfronterizo de datos personales*. Este es un principio de compatibilidad; su objetivo es evitar que se impongan restricciones y obstáculos injustificados a la libre circulación de datos, siempre que la circulación se ajuste a las normas o se considere adecuada para ese fin.

– *Principio de la derogabilidad*. Este principio entraña la facultad de hacer excepciones o imponer restricciones si son necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos de otras personas.

Derogabilidad

24. Las preocupaciones relacionadas con la intimidad, aunque revisten una importancia fundamental, deben equilibrarse con otros intereses y valores. Debe existir un equilibrio entre, por una parte, los valores relacionados con la necesidad de proteger a la persona que empujan a evitar el bochorno, a crear una intimidad y a protegerse contra un uso indebido, y, por otra, otros valores opuestos que desaconsejan que la persona controle la información personal, como la necesidad de no perturbar el desarrollo del comercio internacional y la circulación de la información, la importancia de conocer la verdad y la necesidad de vivir en un entorno seguro[61]. Existen restricciones y excepciones admisibles, por ejemplo con respecto a la seguridad nacional, el orden público[62], la salud o la moral públicas[63], la protección de los derechos y las libertades de otras personas y la necesidad de un mantenimiento eficaz del orden público y de la cooperación judicial para luchar contra la delincuencia a nivel internacional, en particular ante las amenazas que crean el terrorismo internacional y la delincuencia organizada.

25. El tratamiento de datos personales ha de interpretarse de conformidad con los principios relativos a los derechos humanos[64]. Por consiguiente, cualquier objetivo de interés público justificaría la injerencia en la vida privada si tal injerencia *a*) fuera conforme a la ley, *b*) fuera necesaria en una sociedad democrática para alcanzar fines legítimos y *c*) no fuera desproporcionada en relación con el objetivo perseguido[65]. La expresión «conforme a la ley» va más allá del formalismo de contar con un fundamento jurídico en el derecho interno, y requiere que ese fundamento sea «accesible» y «previsible»[66]. La previsibilidad exige que la norma se formule con suficiente precisión para que cualquier persona pueda regular su conducta[67].

26. En la práctica de los Estados se plantean todavía algunas cuestiones. La primera se refiere a la *conservación y preservación de datos*. En el universo cibernético hay dos formas básicas de recopilar la información personal: *a*) mediante una solicitud directa al usuario (datos transaccionales y de registro)[68], y *b*) subrepticiamente, siguiendo el recorrido de los internautas al navegar por Internet (datos sobre la navegación por Internet (*clickstream*))[69]. Una de las formas en que los Estados han utilizado la ley para vigilar las actividades realizadas en el ciberespacio en el marco de la lucha contra la delincuencia es la promulgación de disposiciones legislativas sobre la *conservación de datos*[70]. Básicamente, los proveedores

---

[61] Véase, en general, C. Crump, «Data retention: privacy, anonymity and accountability online», *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), págs. 191 a 229.

[62] Véase, por ejemplo, el Convenio sobre cibercriminalidad, aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

[63] Por ejemplo, la UNESCO aprobó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos el 11 de noviembre de 1997 (UNESCO, *Actas de la Conferencia General, 29.ª reunión*, vol. I, *Resoluciones*, resolución 16), declaración que fue refrendada por la resolución 53/152 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1998. Véanse también 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), de 1997, y el 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, de 1998.

[64] Asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01 (véase la nota 42 *supra*).

[65] Véase *Fressoz et Roire* c. *France*, n.º 29183/95, sentencia de 21 de enero de 1999, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1999-I*, págs. 45 y ss. Por ejemplo, al examinar la proporcionalidad se tiene en cuenta en qué medida los datos afectan a la vida privada. Los datos relativos a la intimidad, a la salud, a la vida familiar o a la sexualidad deben protegerse con mayor rigor que los relativos a la renta y a los impuestos, que, si bien son igualmente personales, conciernen la identidad en menor medida y, por consiguiente, son menos delicados.

[66] *Amann* c. *Suisse* (véase la nota 43 *supra*), párrs. 55 a 62.

[67] *Malone* c. *Royaume-Uni*, sentencia de 2 de agosto de 1984, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 82, págs. 31 y 32, párr. 66.

[68] D. J. Solove, «Privacy and power...», *loc. cit.* (nota 1 *supra*), pág. 1408.

[69] Ibíd., pág. 1411.

[70] Por ejemplo, la decisión 2004/535/CE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 2004 (véase la nota 31 *supra*). Los proveedores suizos de acceso a Internet están obligados por ley a registrar la hora, la fecha y la identidad del emisor y del receptor de todos los mensajes de correo electrónico. España también

de servicios de Internet están obligados a seguir el recorrido del internauta y a recopilar y almacenar datos sobre las actividades de sus clientes en el ciberespacio. Esto ha causado especial inquietud porque:

> Entraña la transformación de Internet, que de un contexto de relativa oscuridad pasa a otro de mayor transparencia. Esta manipulación del contexto influye en los valores que reinan en Internet. Concretamente, la conservación de datos, al facilitar la atribución de actos a sus autores, promueve la responsabilidad en detrimento de los valores de la intimidad y del anonimato[71].

27. A diferencia de la conservación, la *preservación de datos* tiene una función más limitada como instrumento que permita a las fuerzas del orden preservar registros y otras pruebas referentes a un cliente concreto que se encuentre sometido a investigación, en espera de que se dicte una orden judicial[72]. La protección de datos personales de una forma que permita identificar al titular podrá requerir en algunos casos que, cuando ya no se pretende alcanzar su finalidad, los datos se destruyan, se archiven debidamente o se reidentifiquen. Cuanto más tiempo se conserven los datos o más general sea la orden de conservación, mayor será la inquietud desde el punto de vista de la intimidad, conforme a los principios de los derechos humanos.

28. Un segundo aspecto conexo es el acceso de los gobiernos a bases de datos públicas y privadas, y su capacidad para comprar información sobre particulares a bases de datos privadas para utilizarla en la represión del delito. A menudo, esas bases se recopilan voluntariamente y se comparten voluntariamente con las autoridades[73].

29. Tal vez sea necesario establecer salvaguardias para que la conservación o preservación de datos y la accesibilidad a las bases de datos no hagan inoperante la esencia de la intimidad.

30. También se reconocen los límites respecto del uso de archivos con fines estadísticos, de investigación científica, periodísticos o de expresión artística o literaria. La importancia de conocer la verdad y la importancia de la libre circulación de la información exige que algunos archivos de datos sean tratados de forma distinta, incluso si se trata de datos de carácter personal. La utilización de archivos en estudios estadísticos, técnicos o científicos, o con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, cae dentro de esta categoría. El derecho de acceso a la información podría verse restringido, siempre que esas restricciones tengan fundamento jurídico y sean necesarias para respetar los derechos y la reputación de otras personas, para proteger la seguridad nacional o el orden público o por razones de salud o moral públicas.

Suficiencia/equivalencia de datos

31. La transmisión de datos de un Estado a otro plantea cuestiones relativas a la seguridad y a la protección, y obliga a preguntarse si la transmisión debe efectuarse cuando el otro Estado no pueda garantizar un nivel suficiente de protección y, en caso afirmativo, en qué circunstancias; cuál sería el derecho aplicable y cómo se resolverían los problemas que pudieran surgir. Por consiguiente, las cuestiones concernientes a la suficiencia o la equivalencia de datos tal vez hayan de ser examinadas, hasta cierto punto, dentro del tema.

32. En el apéndice siguiente se reseñan, a título indicativo únicamente, las cuestiones que quizás deban examinarse.

---

exige a esos proveedores que conserven durante un año determinados tipos de datos sobre sus clientes. Véase también la directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la directiva 2002/58/CE (nota 30 *supra*).

[71] Crump, *loc. cit.* (nota 61 *supra*), pág. 194.

[72] La Ley de unión y reforzamiento de los Estados Unidos de América mediante la creación de los instrumentos adecuados necesarios para interceptar y obstaculizar los actos de terrorismo (Ley «USA Patriot»), de 2001, introduce numerosas modificaciones en la legislación para aumentar la capacidad de investigación y de vigilancia de las fuerzas del orden en los Estados Unidos. La Ley «USA Patriot» ha modificado la Ley de escuchas telefónicas, la Ley de secreto de las comunicaciones electrónicas, la Ley sobre el fraude informático y el uso indebido de la informática, la Ley sobre la vigilancia de actividades de extranjeros por los servicios de inteligencia, la Ley sobre los derechos de educación de la familia, la Ley sobre la intimidad, la Ley sobre dispositivos de identificación de las comunicaciones de entrada y salida, la Ley sobre el blanqueo de dinero, la Ley de inmigración y naturalización, la Ley de lucha contra el blanqueo de dinero, la Ley sobre el secreto bancario, la Ley de derecho al secreto financiero y la Ley de información crediticia.

[73] Véase, en general, D. J. Solove, «Digital dossiers and the dissipation of Fourth Amendment privacy», *Southern California Law Review*, vol. 75 (2002), págs. 1083 a 1167. El *New York Times*, en su edición de 21 de marzo de 2006, B.6 (A. L. Cowan, «Librarian is still John Doe, despite Patriot Act revision»), señala que cada año se envían 30.000 cartas para exigir, por motivos de seguridad, datos sobre clientes. Véase también *John Doe, American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union Foundation* v. *Attorney General* et al., United States Southern District Court de Nueva York, opinión, decisión y orden del juez Víctor Marrero.

Apéndice

Ámbito. Protección de los datos personales y de la intimidad de las comunicaciones:

- *Ámbito* ratione personae: datos personales.
- *Ámbito* ratione materiae: sectores público y privado; determinar si se deben incluir las organizaciones internacionales.
- *Posibles exclusiones*: las actividades puramente personales y domésticas.

Definiciones. Datos, persona a la que se refieren los datos, usuario de los datos, archivo de datos, conservación de datos, preservación de datos, datos de carácter personal, datos reservados, datos de tráfico, datos de localización, movimiento transfronterizo de datos personales, tratamiento de datos personales, comunicación, terceros usuarios, datos de registro y de transacción y datos sobre la navegación por Internet (*clickstream*).

Principios básicos. Recopilación y tratamiento legítimo y leal de datos; exactitud; especificación y limitación de fines; proporcionalidad; transparencia; participación individual y, en particular, derecho de acceso; no discriminación; responsabilidad; supervisión independiente y sanción legal; equivalencia de datos en el caso del movimiento transfronterizo de datos personales; derogabilidad.

Restricciones al derecho de acceso. Mantenimiento del orden público; defensa y seguridad del Estado; salud pública; etc.

Confidencialidad y seguridad. Confidencialidad de las comunicaciones; seguridad de los datos reservados.

Derechos de la persona a la que se refieran los datos. A ser informado; a no dar su consentimiento; al acceso; a la rectificación; a oponerse por motivos legítimos al tratamiento de los datos; a un recurso.

Tratamiento de datos. Equidad y legitimidad; rendición de cuentas.

Criterios para tratamiento legítimo de datos. Consentimiento; obligación contractual; otras obligaciones legales; necesidad de proteger intereses vitales de la persona a la que se refieran los datos; necesidad de proteger el interés público; necesidad de proteger un interés legítimo.

Excepciones y limitaciones. Seguridad nacional; defensa; seguridad pública; lucha contra la delincuencia; cuestiones fiscales y bienestar económico; protección de la persona a la que se refieran los datos y de otras personas:

- Formulación de políticas (censo, registros de población, estudios); estudios científicos, investigación y estadística; actividades artísticas y periodísticas.

Sanciones y recursos. Administrativos, judiciales.

Suficiencia del grado de protección transfronteriza. Principio de la suficiencia; determinación de la suficiencia; excepciones.

Aplicación. Legislación; reglamentación; autorregulación.

Bibliografía sumaria

ALL EUROPEAN ACADEMIES: *Privacy Protection in the Information Society*, Amsterdam, ALLEA, 2002.

BAUCHNER, J. S.: «State sovereignty and the globalizing effects of the Internet: a case study of the privacy debate», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 26 (2000-2001), 689-722.

— y R. RAMANI: *International Regulatory Devices: Legal Research Guides to the EU Data Protection Directive and the Convention on Biological Diversity*, Buffalo, NY, Hein, 2001.

BEARDWOOD, J. y D. FABIANO: «Approaches to "extra-jurisdictional" data transfers in Canadian and European outsourcing: a comparative approach», *Computer Law Review International*, vol. 6 (2005), 166-177.

BECKER, R. K. A.: «Transborder data flows: personal data – recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data», O.E.C.D. Doc. C (80) 58 (Oct. 1, 1980), *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), 241-247.

BELLEIL, A.: *e-Privacy — Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, París, Dunod, 2001.

BERGKAMP, L.: *European Community Law for the New Economy*, Antwerp/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2003.

BEYLEVELD, D., y otros (eds.): *The Data Protection Directive and Medical Research across Europe*, Aldershot, Ashgate, 2004.

BIGNAMI, F.: «Transgovernmental networks vs. democracy: the case of the European information privacy network», *Michigan Journal of International Law*, vol. 26 (2005), 807-868.

BING, J:, «The Council of Europe Convention and the OECD Guidelines on Data Protection», *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, vol. 5 (1984), 271-303.

BOTHE, M.: «Transborder data flows: do we mean freedom or business?», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1989), 333-344.

— «Data, transborder flow and protection», en R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, 950-961.

BOURGEOS, C.: «L'anonymat et les nouvelles technologies de l'information», París, Universidad René Descartes, 2003 (tesis doctoral inédita; dirigida por J. Huet).

BOYLE, D. C.: «Proposal to amend the United States Privacy Act to extend its protections to foreign nationals and non-resident aliens», *Cornell International Law Journal*, vol. 22 (1989), 285-305.

BRULIN, H.: «La protection des données: quête et errements dans le troisième pilier», *Actualités de droit pénal européen*, Bruselas, La Charte, 2003, 133-152.

BURKE, M. E., y otros: «Information services, technology, and data protection», *International Lawyer*, vol. 39 (2005) 403-416.

CARR, J. G.: «Wiretapping in West Germany», *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 607-645.

CHASSIGNEUX, C.: «L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne», Ann Arbor, Michigan, UMI Dissertation Services, 2004 (tesis doctoral de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) y la Universidad de Montréal).

CHATILLON, G. (dir.): *Le droit international de l'internet. Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruselas, Bruylant, 2002.

CHÊNE, T.: «La protection des données personnelles face aux fichiers des renseignements généraux», París, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), 2005 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II; dirigida por G. Kostic).

CHUNG, Chan-Mo e I. Shin: «On-line data protection and cyberlaws in Korea», *Korean Journal of International & Comparative Law*, vol. 27 (1999), 21-43.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS: *Voix, image et protection des données personnelles*, París, La documentation française, 1996.

CRUMP, C.: «Data retention: privacy, anonymity, and accountability online», *Stanford Law Review*, vol. 56 (2003-2004), 191-229.

DAMON, L. J.: «Freedom of information versus national sovereignty: the need for a new global forum for the resolution of transborder data flow problems», *Fordham International Law Journal*, vol. 10 (1986-1987), 262-287.

DANIEL-PACZOSA, A.: «Data protection and the right to privacy in the United States and West Germany: comments and notes», *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1987), 154-163.

DE GRAAF, F.: «The protection of privacy in Dutch law», *Human Rights*, vol. 5 (1975-1976), 177-192.

DE SCHUTTER, B.: «Data protection in the area of freedom, security and justice», *Collegium*, n.º 22 (2001), *Proceedings of the Conference Integrated Security in Europe: A Democratic Perspective, Bruges, 14-17 November 2001*, Brujas, College of Europe, 2001, 51-55.

DE SCHUTTER, O.: «Article II-68: Protection des données à caractère personnel», *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Bruselas, Bruylant, 2005, 122-152.

DEMPSEY, J. X. y L. M. FLINT: «Commercial data and national security», *George Washington Law Review*, vol. 72 (2004), 1459-1502.

DHONT, J. y M. V. PEREZ ASINARI: «New physics and the law. A comparative approach to the EU and US privacy and data protection regulation», en F. R. van der MENSBRUGGHE (ed.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, 67-97.

DILASCIO, T.: «How safe is the safe harbor? U.S. and E.U. Data Privacy Law and the enforcement of the FTC's Safe Harbor Program», *Boston University International Law Journal*, vol. 22 (2004), 399-424.

EASTERBROOK, F. H.: «Cyberspace and the law of the horse», *University of Chicago Legal Forum* (1996) 207-216.

EGER, J. M.: «The global phenomenon of teleinformatics: an introduction», *Cornell International Law Journal*, vol. 14 (1981), 203-236.

EGUIGUREN PRAELI, F. J.: «El Hábeas Data y su desarrollo en el Perú», en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 611-625.

ELMAJZOUB, M.: «La gestion des données personnelles dans le secteur de la police en Europe», Montpellier, Universidad de Montpellier I, UFR Droit, 2004 (tesis de doctorado inédita; dirigida por J. Frayssinet).

EPPERSON, G. M.: «Contracts for transnational information services: securing equivalency of data protection», *Harvard International Law Journal*, vol. 22 (1981), 157-175.

ESTADELLA-YUSTE, O.: «The draft directive of the European Community regarding the protection of personal data», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), 170-179.

EVANS, A. C.: «European data protection law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 29 (1981), 571-605.

FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. y G. HAAS (dirs.): *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000.

FISHMAN, W. L.: «Introduction to transborder data flows», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 1-26.

— «Some policy and legal issues in transborder data flow», *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 179-188.

FRAZIER, L. E.: «Extraterritorial enforcement of Pipeda: a multi-tiered analysis», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 203-225.

GAO, F.:«The e-commerce legal environment in China: status quo and issues», *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 18 (2004), 51-75.

GARCÍA BELAUNDE, D.: «El *Habeas Data* y su configuración normativa (con algunas referencias a la Constitución peruana de 1993)», en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 715-722.

GERARDS, J. H., A. W. HERINGA y H. L. JANSSEN: *Genetic discrimination and genetic privacy in a comparative perspective*, Antwerp, Intersentia, 2005.

GEVERS, S.: «Human tissue research with particular reference to DNA banking», en J. K. M. GEVERS, E. H. HONDIUS y J. H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 231-243.

GILBERT, F.: «Emerging issues in global AIDS policy: preserving privacy», *Whittier Law Review*, vol. 25 (2003), 273-306.

GOEMANS, C. y J. DUMORTIER: «Enforcement issues – Mandatory retention of traffic data in the EU: possible impact on privacy and on-line anonymity», en C. NICOLL, J. E. J. PRINS y M. J. M. VAN DELLEN (eds.), *Digital Anonymity and the Law. Tensions and Dimensions*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, 161-183.

GOURAS, E. K.: «The reform of West German Data Protection Law as a necessary correlate to improving domestic security», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 24 (1985-1986), 597-621.

GROETKER, R.: «Looking for Mohammed: data screening in search of terrorists», en G. MEGGLE, y otros (eds.), *Ethics of Terrorism & Counter-Terrorism*, Frankfurt, Ontos, 2005, 301-318.

GUBITZ, A. S.: «The U.S. Aviation and Transportation Security Act of 2001 in conflict with the E.U. data protection laws: how much access to airline passenger data does the United States need to combat terrorism?», *New England Law Review*, vol. 39 (2004-2005), 431-475.

HEISENBERG, D.: *Negotiating privacy: The European Union, the United States, and Personal Data Protection*, Boulder, Lynne Rienner, 2005.

HERRÁN ORTIZ, A. I.: *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

HETCHER, S.:«Changing the social meaning of privacy in cyberspace», *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15 (2001-2002), 149-209.

HONDIUS, F. W.: *Emerging Data Protection in Europe*, Amsterdam/Nueva York, North Holland/Elsevier, 1975.

— «Data Law in Europe», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 87-111.

HOOFNAGLE, C. J.: «Big brother's little helpers: how ChoicePoint and other commercial data brokers collect and package your data for law enforcement», *North Carolina Journal of international Law and Commercial Regulation*, vol. 29 (2004), 595-637.

INSTITUT INTERNATIONAL D'ADMINISTRATION PUBLIQUE: *La protection des données personnelles*, París, Institut international d'administration publique, 1999.

IVASCANU, D.: «Legal issues in electronic commerce in the Western Hemisphere», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 17 (2000), 219-255.

KANG, J.: «Information privacy in cyberspace transactions», *Stanford Law Review*, vol. 50 (1997-1998), 1193-1294.

KIRBY, J. M. D.: «Transborder data flows and the "basic rules" of data privacy», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 27-66.

KOSSICK, R.: «The Internet in Latin America: new opportunities, developments, & challenges», *American University International Law Review*, vol. 16 (2000-2001), 1309-1341.

LEHDONVIRTA, V.: «European Union Data Protection Directive: adequacy of data protection in Singapore», *Singapore Journal of Legal Studies* (2004), 511-546.

LEMAY, V.: «La protection des données personnelles face aux nouvelles conditions d'entrée aux Etats-Unis», París, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), 2004 (mémoire de DESS, Droit du multimédia et de l'informatique de Paris II; dirigida por G. Kostic).

LESSIG, L.: «The law of the horse: what cyberlaw might teach», *Harvard Law Review*, vol. 113, (1999-2000), 501-549.

LIPOWICZ, I.: «Right to information versus data protection: a challenge for modern Constitution and modern society», en G. AMATO, G. BRAIBANT y E. VENIZELOS (eds.), *The Constitutional Revision in Today's Europe*, Londres, Esperia, 2002, 479-482.

LOBATO DE FARIA, M. P. M. G.: *Données génétiques informatisées: un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1999.

LOWTHER, R.: «U.S. privacy regulations dictated by EU law: how the healthcare profession may be regulated», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), 435-454.

LUJÁN FAPPIANO, O.: «*Habeas Data*: una aproximación a su problemática y a su posible solución normativa», en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. 1, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 643-666.

MANLEY, T. J. y S. M. HOBBY: «Globalization of work: offshore outsourcing in the IT age», *Emory International Law Review*, vol. 18 (2004), 401-419.

MARCELIN, F.:, «La protection des données personnelles et la régulation conventionnelle», Avignon, Universidad de Avignon et des Pays de Vaucluse, 2002 (tesis de doctorado inédita; dirigida por J.-M. Bruguière).

MARKS, S. P.: «Tying Prometheus down: the international law of human genetic manipulation», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 115-136.

MARLIAC-NÉGRIER, C.: *La protection des données nominatives informatiques en matière de recherche médicale*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

MAYER-SCHÖNBERGER, V.: «The shape of governance: analyzing the World of Internet regulation», *Virginia Journal of International Law*, vol. 43 (2002-2003), 605-673.

MERL, S. R.: «Internet communication standards for the 21st Century: international terrorism must force the U.S. to adopt "carnivore" and new electronic surveillance standards», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 27 (2001-2002), 245-284.

MINISTÈRE DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME DE L'ETAT (P. TRUCHE, J.-P. FAUGÈRE y P. FLICHY; rapporteur général M. Ronai; conseiller juridique J.-Ph. Mochon): *Administration électronique et protection des données personnelles: livre blanc. Rapport au Ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat*, París, La documentation française, 2002.

MONCAYO VON HASE, A.: «El comercio electrónico: problemas y tendencias en materia de protección de la propiedad intelectual y de los datos personales desde una perspectiva argentina e internacional», en C. M. CORREA (dir.), *Temas de derecho industrial y de la competencia. Derecho del comercio internacional: acuerdos regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 275-342.

MONNIER, G.: *Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média: droit suisse de la personnalité; aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure*, Berna, Stæmpfli, 1999.

MUÑOZ, R.: «La protection des données des passagers», *Revue du droit de l'Union européenne* (2004) 771-795.

NGUY, Van N.: «Using architectural constraints and game theory to regulate international cyberspace behavior», *San Diego International Law Journal*, vol. 5 (2004), 431-463.

NOVOTNY, E. J.: «Transborder data flows and international law: a framework for policy-oriented inquiry», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 141-180.

OBLE-LAFFAIRE, M.-L.: *Protection des données à caractère personnel*, París, Editions d'Organisation, 2005.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Protection des données personnelles des travailleurs*, Ginebra, OIT, 1997 (Recueil de directives pratiques du BIT).

ORENGO, E.: «La protection des personnes dans le cadre des flux transfrontières de données personnelles», París, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), 2002 (tesis de doctorado inédita; dirigida por J. Huet y G. Kostic).

PAGE, G.: *Le droit d'accès et de contestation dans le traitement des données personnelles: étude de base en droit privé suisse et américain*, Zurich, Schulthess, 1983.

PALAZZI, P. A.: *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad: Argentina, América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

PANEL ON TRADE IN SERVICES: «The case of transborder data flows», *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79 (1985), 246-260.

PANEL ON LEGAL ISSUES OF TRANSBORDER DATA TRANSMISSION: *American Society of International Law Proceedings*, vol. 74 (1980), 175-178.

PÉREZ ASINARI, M. V.: «Legal constraints for the protection of privacy and personal data in electronic evidence handling», *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18 (2004), 231-250.

PERRIN, J.-F.: «La notion d'"effectivité" en droit européen, international et comparé de la protection des données personnelles», en FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE (ed.), *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Ginebra, Librairie Droz, 2002, 197-208.

PIERRE-BEAUSSE, C.: *La protection des données personnelles*, Luxemburgo, Promoculture, 2005.

PLOEM, C.: «Freedom of research and its relation to the right to privacy», en J. K. M. GEVERS, E. H. HONDIUS y J. H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention. Essays in Honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005, 161-173.

POOL, I. de S. y R. J. Solomon: «Intellectual property and transborder data flows», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 113-139.

POULLET, Y. y M. V. Peres Asinan: «Données des voyageurs aériens : le débat Europe - Etats-Unis», *Journal des tribunaux: Droit européen*, n.º 105, vol. 12 (enero de 2004), 266-274.

QUILLERÉ-MAJZOUB, F.: «Les individus face aux systèmes d'information de l'Union européenne: l'impossible équation du contrôle juridictionnel et de la protection des données personnelles au niveau européen ?», *Journal du droit international*, vol. 132 (2005), 609-635.

REHDER, J. y E. C. COLLINS: «The legal transfer of employment-related data to outside the European Union: is it even still possible?», *International Lawyer*, vol. 39 (2005), 129-160.

RENARD, A.: «Les enjeux mondiaux de la protection des données personnelles dans le cadre de la communication en ligne», París, Universidad Panthéon-Sorbonne, 2002 (mémoire de DESS Gestion européenne et internationale).

RIBS, J.: «20 ans de protection des données ou les droits de l'homme de la troisième génération», en M. BALADO y J. A. GARCÍA REGUEIRO (dirs.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, Bosch, 1998, 597-611.

SALBU, S. R.: «Regulation of borderless high-technology economies: managing spillover effects», *Chicago Journal of International Law*, vol. 3 (2002), 137-153.

SEITZ, N.: «Transborder search: a new perspective in law enforcement?», *Yale Journal of Law & Technology*, vol. 7 (2004-2005), 23-50.

SENAT, SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES: *Étude de législation comparée n.º 62 : La protection des données personnelles*, París, Le Sénat, 1999.

SHAFFER, G.: «Globalization and social protection: the impact of EU and international rules in the ratcheting up of U.S. privacy standards», *Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000), 1-88.

— «The power of EU collective action: the impact of EU data privacy regulation on US business practice», en P. S. BERMAN (ed.), *The Globalization of International Law*, Aldershot, Ashgate, 2006, 497-515.

SIEGENTHALER, J.: «La protection des données à caractère personnel en Europe: spécificité de l'Union européenne et régime suisse», en T. BALMELLI (ed.), *La Suisse saisie par l'Union européenne. Thèmes choisis sur le droit et les politiques de L'UE*, Friburgo, Edis, 2003, 213-249.

SIEMEN, B.: «The EU-US Agreement on Passenger Name Records and EC-law: data protection, competences and human rights issues in international agreements of the community», *German Yearbook of International Law*, vol. 47 (2004), 629-665.

SIHANYA, B.: «Infotainment and cyberlaw in Africa: regulatory benchmarks for the Third Millennium», *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 10 (2000), 583-640.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE: «La protection des données personnelles. État de la législation et tendences de la jurisprudence/3èmes Journées franco-suisses, Dijon, 13-15 octobre 1986», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n.º 3 (julio-septiembre 1987).

SOLOVE, D. J.: «Privacy and power: computer databases and metaphors for information privacy», *Stanford Law Review*, vol. 53 (2000-2001), 1393-1462.

SOMA, J. T., S. D. RYNERSON y B. D. BEALL-EDER: «An analysis of the use of bilateral agreements between transnational trading groups: the U.S./EU e-commerce privacy safe harbor», *Texas International Law Journal*, vol. 39 (2004), 171-214.

SUSSMANN, M. A.: «The critical challenges from international high-tech and computer related crime at the Millennium», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 9 (1998-1999), 451-489.

SWIRE, P. P. y R. E. LITAN: *None of Your Business: World Data Flows, Electronic Commerce, and the European Privacy Directive*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1998.

TABATONI, P.: *La protection de la vie privée dans la société d'information*, París, Presses universitaires de France, 2002.

TAUSSIG, E. A.: «European Union Data Protection Directive», en A. P. MORRISS y S. ESTREICHER (eds.), *Cross-border Human Resources, Labour and Employment Issues: Proceedings of the New York University 54th Annual Conference on Labour*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, 327-337.

TURN, R.: «Privacy protection and security in transnational data processing systems», *Stanford Journal of International Law*, vol. 16 (1980), 67-86.

WAKANA, J. M.: «The future of online privacy: a proposal for international legislation», *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, vol. 26 (2003-2004), 151-179.

WALDEN, I.: «Anonymising personal data under European law», en C. NICOLL, J. E. J. PRINS y M. J. M. VAN DELLEN (eds.), *Digital Anonymity and the Law. Tensions and Dimensions*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2003, 147-159.

YARN, D.: «The development of Canadian law on transborder data flow», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 13 (1983), 825-855.

ZGAJEWSKI, T.: «L'échange des données personnelles des passagers áeriens entre l'Union européenne et les États-Unis: une mise en lumière des faiblesses de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme», *Studia diplomatica*, vol. 57, n.ºs 4-5 (2004), 117-158.

Anexo V

LA JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL

(Secretaría)

A. Antecedentes

1. Tradicionalmente, el ejercicio de la jurisdicción por el Estado se limitaba primordialmente a las personas, los bienes y los actos dentro de su territorio y a situaciones relativamente excepcionales en las que sus nacionales viajaban fuera de sus fronteras. Actualmente, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de un Estado respecto de las personas, los bienes y los actos fuera de su territorio se ha convertido en un fenómeno cada vez más común, sobre todo a causa de los siguientes factores: *a*) el aumento del movimiento de personas fuera de las fronteras nacionales[1]; *b*) el creciente número de empresas multinacionales; *c*) la mundialización de la economía[2], en particular de las actividades bancarias y las bolsas internacionales; *d*) el aumento de las actividades delictivas transnacionales, en particular el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, el fraude financiero y el terrorismo internacional; *e*) el aumento de la migración ilegal[3], y *f*) el uso cada vez mayor de Internet a través de las fronteras nacionales para fines lícitos o ilícitos, tales como los contratos electrónicos, el comercio electrónico y la delincuencia en el espacio cibernético.

2. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado es un intento de regular por medio de disposiciones legislativas, decisiones judiciales o medidas de ejecución a nivel nacional la conducta de las personas, los bienes o los actos fuera de sus fronteras que afectan a los intereses del Estado cuando falta una regulación de esa naturaleza en derecho internacional. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado tiende a ser más corriente con respecto a ramas particulares del derecho interno en lo que se refiere a las personas, los bienes o los actos fuera de su territorio que tienen más probabilidades de afectar a los intereses del Estado, en particular el derecho penal y el derecho mercantil.

3. El tema de la «jurisdicción extraterritorial» se encuentra en una fase avanzada, desde el punto de vista de la práctica de los Estados, y es un tema concreto. Aunque parece ser muy necesaria una codificación en esta esfera, algunos pueden cuestionar si la práctica es suficientemente uniforme o generalizada para proceder ahora a una labor de codificación. Sin embargo, las últimas novedades indican que la práctica tiende a converger hacia una visión más uniforme del derecho. Además, las innovaciones en materia de comunicaciones y de transportes hacen que la codificación y el desarrollo progresivo de los límites de la jurisdicción extraterritorial de los Estados sea una tarea oportuna e importante.

B. Sinopsis de las normas y reglas vigentes

1. La noción de jurisdicción extraterritorial

4. Por jurisdicción extraterritorial puede entenderse el ejercicio del poder o la autoridad soberanos de un Estado fuera de su territorio. Esta noción tiene tres aspectos que hay que examinar: la jurisdicción, la extraterritorialidad y el derecho aplicable.

5. Cabe entender que la jurisdicción del Estado se refiere en general al poder o la autoridad soberanos de un Estado[4]. En términos más concretos, cabe dividir o clasificar la jurisdicción de un Estado en tres categorías, a saber: jurisdicción en materia legislativa, jurisdicción en materia judicial y jurisdicción en materia ejecutiva[5].

---

[1] «Desde 1965, ha doblado el número de migrantes internacionales. Desde el año 2000 ha habido aproximadamente 175 millones de migrantes en todo el mundo» (J.-D. Gerber, «Foreword», en A. T. Aleinikoff y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T. M. C. Asser Press, 2003, pág. vii).

[2] «El proceso de mundialización ha transformado el mundo. Los Estados, sociedades, economías y culturas de las diversas regiones del mundo se van unificando y dependen cada vez más unos de otros. Las nuevas tecnologías permiten la transferencia rápida de capital, bienes, servicios, información e ideas de un país o continente a otro» (*Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar*, informe de la Comisión Mundial sobre Migraciones Internacionales, octubre de 2005, pág. 1, párr. 1).

[3] «Se estima que cada año entre 2,5 millones y 4 millones de migrantes cruzan fronteras internacionales sin autorización» (ibíd., pág. 90).

[4] Véase por ejemplo, B. H. Oxman, «Jurisdiction of States», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 55 a 60, especialmente pág. 55.

[5] «El término "jurisdicción" se utiliza en general para designar el poder legítimo de un Estado para definir y aplicar los derechos y obligaciones de las personas naturales y jurídicas y para controlar su conducta. El Estado ejerce su jurisdicción estableciendo normas (función denominada a veces ejercicio de la jurisdicción en materia legislativa o competencia prescriptiva), estableciendo procedimientos para determinar las infracciones de las normas y las consecuencias exactas de esas infracciones (función denominada a veces jurisdicción en materia judicial o competencia resolutiva), e imponiendo coactivamente consecuencias tales como la pérdida de la libertad o de bienes por las infracciones cometidas o, hasta la sentencia, las presuntas infracciones de las normas (función denominada a veces jurisdicción o competencia en materia ejecutiva)» (Oxman, *loc. cit.* (nota *supra*), pág. 55). Véanse también R. O'Keefe, «Universal jurisdiction», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), págs. 735 a 760, especialmente págs. 736 a 740; F. A. Mann, «The doctrine of jurisdiction in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964-I*, vol. 111, págs. 1 a 162, especialmente pág. 1; D. W. Bowett, «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», *The British Year Book of International Law, 1982*, vol. 53, págs. 1 a 26, especialmente pág. 1; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2003, pág. 297, y M. N. Shaw, *International Law*, 4.ª ed., Cambridge University Press, 1997, pág. 452. En cuanto a la bibliografía en francés se puede ver P. Daillier

Por jurisdicción en materia legislativa se entiende la autoridad del Estado para promulgar disposiciones legislativas que establezcan normas de conducta que rijan a las personas, los bienes o las conductas. Por jurisdicción en materia judicial se entiende la autoridad del Estado para determinar los derechos de las partes con arreglo a su legislación en un asunto determinado. Por jurisdicción en materia ejecutiva se entiende la autoridad del Estado para hacer cumplir sus leyes. El examen de los distintos tipos de jurisdicción puede ser importante por dos razones. Primera, el ejercicio internacionalmente válido de la jurisdicción en materia legislativa al promulgar una ley es un requisito para el válido ejercicio de la jurisdicción en materia judicial o ejecutiva con respecto a esa ley[6]. Segunda, los requisitos para el legítimo ejercicio de los diferentes tipos de jurisdicción pueden ser diferentes[7]. La posible injerencia resultante del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en materia legislativa es menor que la resultante del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en materia judicial o ejecutiva.

6. En lo que respecta al Estado, puede entenderse que la noción de extraterritorialidad abarca la zona situada fuera de su territorio, el cual comprende el territorio propiamente dicho, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo adyacente. La zona situada más allá del territorio de un Estado puede estar comprendida dentro del territorio de otro Estado o puede estar fuera de la jurisdicción territorial de todos los Estados, como es el caso de la alta mar y del espacio aéreo adyacente[8], así como del espacio ultraterrestre[9]. Tanto desde un punto de vista práctico como desde un punto de vista jurídico, los órganos del Estado desempeñan en general funciones legislativas, judiciales o ejecutivas sólo dentro del territorio del Estado[10]. Los principios de derecho internacional relativos a la integridad territorial y la independencia de los Estados impiden que los órganos de un Estado estén físicamente presentes o desempeñen sus funciones en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste[11]. Además, los casos excepcionales en que un Estado trató de ejercer su jurisdicción dentro del territorio de otro Estado enviando a sus agentes a ese Estado sin consentimiento se consideran generalmente como una violación de la integridad territorial y la independencia de otro Estado[12]. Algunas situaciones especiales en las que las autoridades de un Estado están presentes físicamente y ejercen jurisdicción en el territorio de otro Estado, por ejemplo, en el caso de los locales diplomáticos, los locales consulares y las bases militares situadas en el territorio de otro Estado, se rigen por normas específicas de derecho internacional[13] más que por el derecho internacional sobre la jurisdicción extraterritorial.

7. En cuanto al derecho aplicable, por jurisdicción extraterritorial cabe entender el ejercicio de la jurisdicción por un Estado respecto de su derecho nacional en su propio interés nacional más que la aplicación del derecho extranjero o del derecho internacional. Por consiguiente, la aplicación por un Estado del derecho extranjero o del

y A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 6.ª ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999,, págs. 501 y 504, párrs. 334 y 336; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 7.ª ed., París, Dalloz, 2004, págs. 78 y ss., y J. Combacau y S. Sur, *Droit international public*, 6.ª ed., París, Montchrestien, 2004, págs. 343 y ss.

[6] «Si la jurisdicción sustantiva rebasa los límites de lo lícito, toda jurisdicción en materia ejecutiva resultante de ella es ilícita» (Brownlie, *op. cit.* (nota *supra*), pág. 308); «Se acepta en general que un Estado no puede hacer cumplir sus normas a menos que tenga jurisdicción para prescribir esas normas» (Oxman, *loc. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 55); «Un Estado puede utilizar medidas judiciales o no judiciales para inducir u obligar al cumplimiento o para castigar el incumplimiento de sus leyes y reglamentos, siempre que tenga jurisdicción para prescribirlos ...» (*Restatement of the Law Third, Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1987, párr. 431.(1), pág. 321). Con respecto al derecho penal, «un tribunal no puede ejercer jurisdicción respecto de un delito que los Estados Unidos (o un Estado de los Estados Unidos) no pueda prescribir según la Constitución» (ibíd., párr. 422, comentario *c*, pág. 314). Hay diversas opiniones sobre la distinción entre el segundo y el tercer tipo de jurisdicción, dada la estrecha relación existente entre ambos. Véanse, por ejemplo, con respecto a la bibliografía sobre la distinción de la jurisdicción en materia judicial, *Oppenheim's International Law*, 9.ª ed., publicación dirigida por R. Y. Jennings y A. D. Watts, Harlow, Longman, 1992, vol. I, *Peace*, pág. 456; M. Akehurst, «Jurisdiction in international law», *The British Year Book of International Law, 1972-1973*, vol. 46, págs. 145 a 257, especialmente pág. 145, y Oxman, *loc. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 55.

[7] «Estas distinciones pueden ser importantes para determinar los límites de la jurisdicción. Los contactos con un Estado requeridos para apoyar el ejercicio de la jurisdicción varían según la naturaleza de la jurisdicción que se ejerza» (Oxman, *loc. cit.* (nota 4 *supra*), pág. 55).

[8] Esta cuestión está regulada en su mayor parte por tratados, por ejemplo el artículo 8 del Tratado sobre Derecho Penal Internacional, de 1940; los artículos 1, 3 y 4 del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas a la Competencia Penal en Materia de Abordajes u Otros Accidentes de Navegación, de 1952; los artículos 5, 6 y 11 de la Convención sobre la alta mar, de 1958, y los artículos 19 y 21 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, de 1958.

[9] Sin embargo, obsérvese que el derecho del espacio ultraterrestre constituye una rama separada del derecho internacional que no sería pertinente examinar dentro del presente tema.

[10] En casos excepcionales, el tribunal de un Estado puede actuar en el territorio de otro Estado sobre la base de un acuerdo entre los Estados interesados. Véase asunto *Lockerbie*, resolución 1192 (1998) del Consejo de Seguridad, de 27 de agosto de 1998, párrafo 4; sentencia y aplicación del Tribunal escocés, de 31 de enero de 2001 y 14 de marzo de 2002, que pueden consultarse en el sitio web www.scotcourts.gov.uk/search-judgments/lockerbie-trial.

[11] Los principios de la integridad territorial y la independencia política de los Estados figuran entre los reconocidos en el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En el asunto de la Isla de Palmas, el árbitro único, Max Huber, señaló lo siguiente: «Soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. Independencia respecto de una parte del mundo es el derecho a ejercer en ella las funciones de un Estado, con exclusión de cualquier otro Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados durante los últimos siglos y, como consecuencia de ello, el desarrollo del derecho internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio de forma que constituye el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales» (*Île de Palmas* (Países Bajos/Estados Unidos de América), sentencia de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), págs. 829 a 871, en pág. 838). «El principio rector es que un Estado no puede adoptar medidas sobre el territorio de otro Estado aplicando las leyes nacionales sin el consentimiento de este último» (Brownlie, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 306).

[12] «Hay muchos casos en que los Estados han invocado el derecho de aplicar sus leyes por sí mismos en el extranjero. Pero la realización (abierta o secreta) de actos del Estado en el territorio de otro Estado sin su consentimiento, como el secuestro del criminal nazi Eichmann en la Argentina por Israel en 1960, el secuestro en el asunto *Álvarez Machain* por agentes de los Estados Unidos o el hundimiento del *Rainbow Warrior* por agentes franceses en un puerto de Nueva Zelandia, aunque algunos son discutidos, constituyen generalmente violaciones de los principios de la integridad territorial y la no intervención» (P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7.ª ed. rev., Londres: Routledge, 1997, pág. 110).

[13] Hay acuerdos especiales que rigen el ejercicio de la jurisdicción por el Estado que envía o por el Estado receptor respecto de los extranjeros civiles o militares presentes en una base militar. Véase H. Rumpf, «Military bases on foreign territory», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 381 a 388, especialmente págs. 381 y 382.

derecho internacional en vez de su propio derecho nacional quedaría excluida del ámbito del tema que se examina, ya que esas situaciones no constituirían ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado en relación con su derecho nacional basado en sus intereses nacionales.

2. Principios de la jurisdicción extraterritorial

8. El ejercicio de la jurisdicción o autoridad soberana de un Estado suele estar previsto en el derecho nacional del Estado. Sin embargo, la licitud del ejercicio de esa jurisdicción o autoridad, incluida la jurisdicción extraterritorial, es determinada por el derecho internacional[14].

9. La decisión del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Lotus* puede considerarse el punto de partida para examinar las normas de derecho internacional que rigen el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por un Estado[15]. El Tribunal declaró que la jurisdicción de un Estado es de carácter territorial y que un Estado no puede ejercer jurisdicción fuera de su territorio si no hay una norma de derecho internacional que lo permita. Sin embargo, el Tribunal distinguió entre el ejercicio de la jurisdicción por un Estado fuera de su territorio y el ejercicio de la jurisdicción por un Estado dentro de su territorio con respecto a personas, bienes o actos fuera de su territorio. El Tribunal declaró en los siguientes términos que los Estados tenían amplia discreción respecto del ejercicio de la jurisdicción en ese último sentido:

> La restricción primera y fundamental impuesta por el derecho internacional a un Estado es que, si no existe una norma en contrario que lo permita, no puede ejercer su poder de ninguna forma en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; un Estado no puede ejercerla fuera de su territorio excepto en virtud de una norma que lo permita dimanante de la costumbre internacional o de una convención.
>
> Sin embargo, de esto no se desprende que el derecho internacional prohíba a un Estado ejercer su jurisdicción en su propio territorio respecto de cualquier caso que se refiera a actos que han tenido lugar en el extranjero, y sobre los que no pueda invocar alguna norma de derecho internacional que lo permita.
>
> [...]
>
> En estas circunstancias, lo único que puede exigirse de un Estado es que no rebase los límites que el derecho internacional impone a su jurisdicción dentro de esos límites; su título para ejercer jurisdicción reside en su soberanía[16].

10. Ha habido varias novedades importantes respecto de la jurisdicción extraterritorial de un Estado desde que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional resolvió sobre el asunto del *Lotus* en 1927. En particular, hay varios principios de jurisdicción que pueden invocarse en derecho internacional contemporáneo para justificar la jurisdicción extraterritorial de un Estado, entre ellos *a*) el principio de la territorialidad «objetiva», *b*) la «doctrina de los efectos», *c*) el principio protector, *d*) el principio de la nacionalidad y *e*) el principio de la personalidad pasiva. El elemento común subyacente a los diversos principios para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por un Estado con arreglo al derecho internacional es el interés válido del Estado para ejercer su jurisdicción en un caso determinado sobre la base de que exista una relación suficiente con las personas, los bienes o los actos de que se trate.

11. Por *principio de la territorialidad objetiva* cabe entender la jurisdicción que un Estado puede ejercer respecto de personas, bienes o actos fuera de su territorio cuando un elemento constitutivo de la conducta que trata de regularse se realice en el territorio del Estado.

12. Por *doctrina de los efectos* cabe entender la jurisdicción ejercida respecto de la conducta de un ciudadano extranjero realizada fuera del territorio de un Estado que tenga un efecto considerable dentro de ese territorio. Este fundamento, aunque está íntimamente relacionado con el principio de la territorialidad objetiva, no requiere que un elemento de la conducta tenga lugar en el territorio del Estado regulador.

13. Por *principio protector* cabe entender la jurisdicción que un Estado puede ejercer respecto de personas, bienes o actos en el extranjero que constituyan una amenaza para los intereses nacionales fundamentales de un Estado, tales como una amenaza extranjera a la seguridad nacional del Estado. Este principio de jurisdicción puede considerarse una aplicación específica del principio de la territorialidad objetiva o de la doctrina de los efectos.

14. Por *principio de la nacionalidad* cabe entender la jurisdicción que un Estado puede ejercer respecto de las actividades de sus nacionales en el extranjero, incluidas tanto las personas naturales como las sociedades, las aeronaves o los buques[17]. Este principio de jurisdicción, firmemente establecido, se basa en la autoridad soberana de un Estado respecto de sus nacionales.

15. Por *principio de la personalidad* pasiva cabe entender la jurisdicción que un Estado puede ejercer respecto de una conducta en el extranjero que lesione a uno o varios de sus nacionales. Este principio de jurisdicción, que fue impugnado en el pasado por algunos Estados, ha logrado mayor aceptación en los últimos años[18].

16. Por *principio de la universalidad* cabe entender la jurisdicción que un Estado puede ejercer respecto de determinados delitos de derecho internacional en interés de la comunidad internacional. Un Estado puede ejercer esa jurisdicción incluso en situaciones en que no tiene una

---

[14] Véase el asunto *Lotus*, fallo n.º 9, *1927, C.P.J.I., série A n.º 10*, págs. 18 y 19.

[15] Ibíd. El asunto del *Lotus* se refería al ejercicio de la jurisdicción en materia judicial por Turquía respecto de la responsabilidad penal de un ciudadano francés en un buque francés por la muerte de ciudadanos turcos en un barco turco como consecuencia de una colisión de ambos buques en alta mar después de que el buque francés llegara a Estambul.

[16] Ibíd., págs. 18 y 19.

[17] La nacionalidad de una persona, sociedad, aeronave o buque depende tanto de las normas pertinentes del derecho interno como de las del derecho internacional. La Comisión ha tratado estas normas al examinar otros temas.

[18] Con respecto al derecho penal, véase el voto particular conjunto de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002,* pág. 3, en particular págs. 76 y 77, párr. 47. Véanse también el artículo 4 del Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963, y el artículo 5 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, de 1979.

relación particular con el autor, la víctima o el lugar del delito. Por tanto, un Estado puede ejercer esa jurisdicción respecto de un delito cometido por un extranjero contra otro extranjero fuera de su territorio. Sin embargo, el Estado ejerce esa jurisdicción en interés de la comunidad internacional más que en su propio interés nacional exclusivamente y, por tanto, este principio de jurisdicción cae fuera del ámbito del presente tema.

17. Los principios relativos a la jurisdicción extraterritorial de un Estado se examinarán brevemente en relación con las ramas del derecho interno que tienen particular relevancia a este respecto, a saber, el derecho penal y el derecho mercantil[19].

3. La jurisdicción extraterritorial respecto de ramas particulares del derecho

a) *Derecho penal*

18. El ejercicio de la jurisdicción en materia legislativa o judicial por los Estados en cuestiones de derecho penal se ha basado tradicionalmente en varios principios de jurisdicción firmemente establecidos. Aunque el «principio de la territorialidad» se considera el fundamento primordial de la jurisdicción en cuestiones de derecho penal[20], también son principios firmemente establecidos el «principio territorial objetivo» y el «principio de la nacionalidad»[21]. En cambio, ha sido más discutida la invocación de otros principios como el principio de la personalidad pasiva, el principio protector y la doctrina de los efectos. Sin embargo, en épocas más recientes, la práctica de los Estados indica una tendencia general a ampliar los fundamentos clásicos de la jurisdicción penal con respecto a determinados tipos específicos de delitos cometidos en el extranjero, que tienen un alcance y unos efectos particularmente internacionales, como el terrorismo, los delitos cibernéticos y los delitos relacionados con las drogas[22].

19. El principio de la personalidad pasiva, según el cual los Estados tienen jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero por uno de sus nacionales, aunque se ha discutido en el pasado[23], «ahora se refleja [...] en la legislación de varios países [...] y actualmente encuentra relativamente poca oposición, al menos en lo que concierne a una categoría particular de delitos»[24]. En materia de terrorismo, en particular, inicialmente algunos Estados fueron reacios a aplicar el principio de la personalidad pasiva, pero ahora lo consideran un fundamento adecuado de jurisdicción. En los Estados Unidos ha habido leyes[25]y jurisprudencia[26]recientes relativas al terrorismo que constituyen ejemplos paradigmáticos a este respecto.

---

[19] La jurisdicción extraterritorial también puede ser cada vez más relevante en materia de derecho de la inmigración y de derecho medioambiental. La aplicación extraterritorial de las leyes de inmigración se ha producido cada vez con más frecuencia en los últimos años respecto de la prohibición de los extranjeros que tratan de llegar ilegalmente por mar a las costas de otro Estado, así como a los extranjeros sospechosos de actividades terroristas. En cuanto al derecho medioambiental, un Estado puede desear regular conductas o situaciones que se produzcan en alta mar o en el territorio del otro Estado y que puedan surtir efectos medioambientales nocivos en su propio territorio o a nivel mundial. Véase, por ejemplo, A. L. Parrish, «Trail Smelter déjà vu: extraterritoriality, international environmental law, and the search for solutions to Canadian-U.S. transboundary water pollution disputes», *Boston University Law Review*, vol. 85 (2005), págs. 363 a 429.

[20] Véase el asunto *Lotus* (nota 14 *supra*), pág. 20.

[21] Los países de *common law* (derecho anglosajón no escrito) tienden a limitar los delitos en relación con los cuales ejercerán jurisdicción sobre sus propios nacionales en el extranjero a los delitos muy graves (tales como traición, el asesinato o la bigamia), pero nunca han protestado contra el uso extensivo del principio de la nacionalidad como base de la jurisdicción penal. A este respecto, es interesante señalar que el Congreso de los Estados Unidos ha aprobado recientemente una ley que establece la jurisdicción federal sobre los delitos cometidos por los civiles que acompañan a las fuerzas militares fuera de los Estados Unidos, así como sobre los delitos cometidos por ex miembros de las fuerzas militares que dejan el servicio activo antes de ser procesados por consejos de guerra. Esta ley, la Ley de la jurisdicción extraterritorial militar de 2000 (Publ. L. n.º 106-523, 114 Stat. 2488 (2000) (recopilada en 18 U.S.C. 3261-67 (2002)), tenía por objeto colmar una laguna jurisdiccional respecto de delitos tales como violación, incendio, robo con violencia, hurto y fraude (véase M. J. Yost y D. S. Anderson, «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap», *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), págs. 446 a 454). Véanse, sobre asuntos en países de *common law*, los asuntos *United States* v. *Bowman* (260 U.S. 94 (1922)), *Blackmer* v. *United States* (284 U.S. 421 (1932)) o *United States* v. *Boshell* (952 F.2d 1101 (9th Cir. 1991)).

[22] Para esa ampliación general en lo relativo al blanqueo de dinero, véase la Ley contra la financiación terrorista y el blanqueo de dinero de 2001 (Publ. L. n.º 107-56, 115 Stat. 272 (2001)).

[23] Particularmente en los Estados Unidos y el Reino Unido: véase, por ejemplo, *United States* v. *Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)) y *United States* v. *Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833 (9th Cir. 1994)); véase también el asunto *Cutting* (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1906, vol. II, págs. 228 a 242), en el que los Estados Unidos protestaron enérgicamente contra la jurisdicción ejercida por México sobre un delito cometido por un ciudadano estadounidense contra un ciudadano mexicano en los Estados Unidos. Véase, en cambio, el rechazo por Francia en 1974 de la solicitud de extradición de un terrorista palestino presentada por Israel basándose en que esa petición se fundaba en el principio de la personalidad pasiva (E. Cafritz y O. Tene, «Article 113-7 of the French Penal Code: the passive personality principle», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), págs. 585 a 599, especialmente pág. 594).

[24] Voto particular conjunto de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal en *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (véase la nota 18 *supra*), págs. 76 y 77, párr. 47. En efecto, la práctica internacional demuestra que la mayoría de los Estados, incluidos los Estados Unidos, dan efecto a este principio pero limitan su aplicación a determinados delitos (en lo relativo al terrorismo, véase *infra*). Con respecto a los Estados Unidos véase, por ejemplo, *Restatement of the Law Third...* (nota 6 *supra*), párr. 402, pág. 240), donde se afirma que el principio de la personalidad pasiva no ha sido aceptado generalmente en el caso de faltas o delitos ordinarios; China, Italia y Dinamarca limitan el ejercicio de la jurisdicción basada en el principio de la personalidad pasiva a determinadas categorías de delitos o a delitos castigados con cierta pena mínima; el requisito de la doble incriminación es condición legal para la jurisdicción basada en la personalidad pasiva en Grecia, Finlandia, Noruega y Suecia; el Código Penal noruego dispone que sólo el Rey puede ejercer la acción penal basada en el principio de la personalidad pasiva; Finlandia, Italia y Suecia también requieren el consentimiento del poder ejecutivo para la aplicación del principio (véase Cafritz y Tene (nota 23 *supra*), págs. 596 a 598). En efecto, a este respecto, véase el nuevo artículo 113-7 del Código Penal francés, que dispone la aplicación del principio de la personalidad pasiva a cualquier tipo de delito.

[25] Véanse, por ejemplo, 18 U.S.C. 2332a (a)(1) (2004), relativo al uso de armas de destrucción masiva en relación con el terrorismo, y 18 U.S.C. 2332f (b)(2) (B) (2002), relativo al bombardeo de servicios públicos, locales oficiales, sistemas de transporte público e infraestructuras en relación con el terrorismo. En lo que respecta a Francia, véase, por ejemplo, una ley promulgada en 1975, Ley n.º 75-624, de 11 de julio de 1975, *Journal officiel de la République française*, 13 de julio de 1975, pág. 7219.

[26] Véanse, por ejemplo, *United States* v. *Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)) y *United States* v. *Vasquez-Velasco* (nota 23 *supra*).

20. El principio protector, que permite que los Estados ejerzan jurisdicción sobre los extranjeros que han cometido en el extranjero un acto que se considera constitutivo de amenaza para algún interés nacional fundamental, aunque generalmente se limita a delitos muy específicos y a actos políticos[27], puede ser de particular relevancia para los nuevos tipos de delitos cibernéticos y delitos terroristas. A este respecto, algunos Estados han ampliado su interpretación del concepto de «intereses vitales» para responder a las preocupaciones en materia de seguridad suscitadas por el terrorismo, han introducido el principio protector en su legislación[28] y lo han aplicado en algunos asuntos judiciales[29].

21. La «doctrina de los efectos», que justifica el ejercicio de la jurisdicción por un Estado cuando la conducta realizada en el extranjero tiene efectos considerables en el territorio de ese Estado, también se ha aplicado recientemente en cuestiones penales[30]. La legislación nacional de algunos Estados prevé un efecto territorial al permitir que esa legislación se aplique a personas que simplemente conspiran para importar drogas del extranjero o intentan importar tales drogas, aunque no hayan realizado ningún acto en el territorio del Estado que ejerce la jurisdicción[31].

22. En cuanto a la jurisdicción ejecutiva, un Estado no puede hacer cumplir su ley penal, es decir, investigar delitos o detener a sospechosos, en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste[32]. Sin embargo, en algún caso, los Estados han enviado representantes al territorio de otro Estado para hacer cumplir su ley penal, en particular realizando investigaciones[33] o deteniendo a sospechosos en el territorio de otros países[34] en relación con el terrorismo, los delitos cibernéticos o el tráfico de drogas[35].

---

[27] Véase Facultad de Derecho de Harvard, Harvard Research in International Law, «Codification of international law: Part II-Jurisdiction with respect to crime» (draft convention on jurisdiction with respect to crime), *American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Supplement*, págs. 435 a 651, especialmente págs. 543 y 561; este proyecto de convención vincula el concepto de «protección» con los de «seguridad del Estado» y «falsificación». El principio protector se aplica habitualmente también a delitos monetarios, delitos de inmigración y delitos financieros (véase Brownlie, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 302). Véanse, por ejemplo, con respecto a las aplicaciones nacionales del principio protector, las siguientes decisiones de tribunales de los Estados Unidos y del Reino Unido, respectivamente: *United States* v. *Pizzarusso* (388 F.2d 8 (2nd Cir. 1968)), *United States* v. *Egan* (501 F.Supp. 1252 (S.D.N.Y. 1980)), *Naim Molvan* v. *A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Annual Digest /International Law Reports*, vol. 15, pág. 115), y *Joyce* v. *D.P.P.* ((1946) AC 347, ibíd., pág. 91).

[28] Véase, por ejemplo, 18 *U.S.C.* 2332f b) 2) E) (2002), relativo al bombardeo de servicios públicos, instalaciones oficiales, sistemas de transporte público e infraestructuras en relación con el terrorismo, y 18 *U.S.C.* 2332g b) 4) (2004), respecto de los sistemas de misiles diseñados para destruir aeronaves en relación con el terrorismo.

[29] Véase el asunto reciente *United States* v. *Ben Laden* (92 F.Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)), en el que el tribunal de los Estados Unidos declaró que la jurisdicción extraterritorial en virtud de la Ley contra el terrorismo estaba justificada por el principio protector en virtud del derecho internacional (véase J. T. Gathii, «Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law», *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), págs. 335 a 370, especialmente pág. 343); por lo que respecta a asuntos más antiguos relacionados con el «terrorismo», véanse *Wechsler* (Conseil de Guerre de Paris, 20 de julio de 1917, *Journal du droit international*, vol. 44, pág 1745), *In re Urios* ([1919-1922] *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 1, pág. 107 (n.º 70 (Cour de Cassation, Francia, 1920), o bien *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), pág. 195), *In re Bayot* ([1923-1924] *Annual Digest/ International Law Reports*, vol. 2, pág. 109 (n.º 54) (Cour de Cassation, Francia, 1923), o bien *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, 1924*, pág. 136), y *Nusselein* v. *Belgian State* ([1950] *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 17, pág. 136 (n.º 35) (Cour de Cassation, Bélgica, 1950), o bien *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des courts et tribunaux et du Conseil d'État de Belgique, 1950*, pág. 450).

[30] El principio de la territorialidad, aunque en la jurisprudencia de algunos Estados (sobre todo de Europa occidental) parece ser el fundamento de la jurisdicción invocada para combatir los delitos cibernéticos, se interpreta de una forma tan amplia que puede parecer la aplicación de la doctrina de los efectos o del principio protector. Por lo que respecta a aplicaciones evidentes del principio de territorialidad, véanse la sentencia de un tribunal británico relativa al contenido pornográfico de un sitio en Internet, Tribunal de la Corona de Southwark, *R.* v. *Graham Waddon*, [2000] All ER D 502, 30 de junio de 1999, y la sentencia del Tribunal Superior Australiano, *Dow Jones & Company Inc.* v. *Gutnick*, HCA 56, 10 de diciembre de 2002. No obstante, en cuanto a interpretaciones amplias del principio de territorialidad que parecen aplicaciones de la doctrina de los efectos o del principio protector, véase la decisión del Tribunal Federal Alemán de Justicia en el asunto *Toben* (BGH 46, 212, sentencia de 12 de diciembre de 2000), sobre la negación del Holocausto en Internet, y la decisión de un tribunal francés, en el asunto *Yahoo! Inc.* v. *La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme* (169 F.Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)). Véase Y. A. Timofeeva, «Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: a comparative analysis», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), págs. 199 a 225, especialmente págs. 202 y ss.

[31] Véanse las leyes aplicadas por el Tribunal de los Estados Unidos en el asunto *United States* v. *Noriega*, 117 F.3d 1206, págs. 1515 a 1519 (11th Cir. 1997); véase también Ley de los Estados Unidos sobre los viajes, 18 U.S.C. 1952 a) 3) (2002).

[32] Obsérvese, sin embargo, que algunos tribunales nacionales han declarado que la incapacidad de un Estado para ejercer de un modo efectivo su jurisdicción no afecta a su capacidad para legislar sobre la cuestión de que se trate ni para resolver judicialmente sobre esa cuestión. Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Federal de Justicia en Alemania en el caso *Toben* (nota 30 *supra*) y en el caso *Yahoo!* (ibíd.).

[33] Por ejemplo, los Estados Unidos reconocieron que habían hecho recientemente investigaciones en territorio ruso para buscar algunos datos, basándose en que de otra forma esos datos se habrían perdido (véanse más detalles en P. L. Bellia, «Chasing bits across borders», *University of Chicago Legal Forum*, vol. 2001 (2001), págs. 35 a 101, especialmente pág. 40).

[34] La cuestión importante planteada por esos secuestros era si los tribunales tenían competencia para juzgar a personas que hubieran sido entregadas ilegalmente a la justicia. La jurisprudencia está muy dividida sobre esta cuestión: en lo que respecta a los tribunales de los Estados Unidos, véase *Ker* v. *Illinois* (119 U.S. 436 (1886)), *Frisbie* v. *Collins* (342 U.S. 519 (1952)), *United States* v. *Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)) y *United States* v. *Álvarez Machain* (504 U.S. 655 (1992)); en cambio, véase otra solución dada por un tribunal de los Estados Unidos: *United States* v. *Toscanino* (500 F.2d 267 (2nd Cir. 1974)). En lo que respecta a otros Estados, véase en Israel el asunto *Eichmann* (Tribunal de Distrito de Jerusalén, *Attorney General of Israel* v. *Eichmann* (1961), *International Law Reports*, vol. 36 (1968), pág. 5); en Inglaterra, el asunto *Ex parte Susannah Scott* (1829) (*The English Reports*, vol. 109 (1910), pág.166), aunque se puede ver, en cambio, otra solución dada por un tribunal británico, *R.* v. *Horseferry Road Magistrates' Court* (*Ex parte Bennett*) (1993, 3 P, 138 (H.L)); en el Canadá, véase *In re Hartnett* (1973, 1 O.R (2nd) 206. 207 (Can)); en Alemania, véase la decisión del Tribunal Constitucional Federal en la que el Tribunal declaró que una persona secuestrada sólo tiene que ser devuelta cuando el país que ha sido víctima se opone al secuestro (39 Neue Juristische Wochenschrift 1427 (1986) (Constitución Federal alemana, Ct. 1985)); en Sudáfrica, véase *State* (*South Africa* v. *Ebrahim*) (*International Law Reports*, vol. 95, pág. 417); a este respecto véase Timofeeva, *loc. cit.* (nota 30 *supra*), págs. 202 y ss.

[35] Generalmente se afirma que tales actos constituyen una violación de la soberanía de los Estados protegida por el párrafo 4 del Artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas y, en lo que respecta a los secuestros, una violación del artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos siempre que se trate de Estados europeos (sobre este último caso, véanse *Stocké* c. *Allemagne*, demanda n.º 11755/85, sentencia de 19 de marzo de 1991, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 199, pág. 5, y *Ocalan* c. *Turquie*, demanda n.º 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 2005, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions, 2005-IV*).

b) *Derecho mercantil*

23. El aumento de la mundialización de la economía ha llevado a los Estados a recurrir cada vez más al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción para proteger sus intereses económicos frente a las empresas multinacionales y a otros actores mundiales. Aunque el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por medio de las leyes nacionales en el ámbito mercantil ha suscitado considerable resistencia, en algunos ámbitos, como el derecho de la competencia o derecho antitrust, hay indicios de que esas medidas van ganando aceptación poco a poco. Si bien los Estados Unidos[36] siguen siendo el país que con más frecuencia adopta medidas extraterritoriales en esta esfera, otros Estados y organizaciones regionales como la Unión Europea[37], Francia[38], Alemania[39] y, más recientemente, la República de Corea[40], también han adoptado leyes que tienen aplicación extraterritorial.

24. En el derecho mercantil, los Estados han basado su jurisdicción extraterritorial normativa principalmente en el principio de la nacionalidad y en la «doctrina de los efectos». La Unión Europea, por ejemplo, ha invocado una teoría ampliada de la nacionalidad con respecto a las empresas multinacionales con filiales locales para ejercer jurisdicción sobre sus actividades[41]. Los Estados Unidos, en cambio, han invocado cada vez más la «doctrina de los efectos» para ejercer jurisdicción sobre la conducta de los actores extranjeros siempre que pretenda surtir efecto en el mercado interno estadounidense y que de hecho lo tenga[42], aunque con alguna oposición internacional[43].

25. Ha resultado particularmente polémica la ampliación de la jurisdicción territorial de un Estado y de la «doctrina de los efectos» para incluir las actividades contrarias a los intereses de la política exterior del Estado. Ejemplo de ello son los intentos de los Estados Unidos de aplicar sanciones económicas contra Cuba y Libia por medio de medidas extraterritoriales como la Ley Helms-Burton[44] y la Ley D'Amato-Kennedy[45] de 1996. Esas medidas provocaron protestas diplomáticas, la adopción de leyes de bloqueo y la incoación del procedimiento de solución de controversias en la OMC por los Estados potencialmente afectados (véase *infra* el esquema propuesto para un instrumento sobre la jurisdicción extraterritorial, secc. E7). Finalmente, acordó que se suspendería indefinidamente la aplicación de las disposiciones extraterritoriales de esas medidas.

[36] A este respecto cabe destacar dos leyes mercantiles de los Estados Unidos: la Ley Sherman de 1890 y la Ley Sarbanes-Oxley de 2002. La primera constituye la base de la legislación antimonopolio estadounidense, que prohíbe todo contrato, consorcio o conspiración que tenga por objeto restringir el comercio interestatal o exterior y todo intento de monopolización efectiva de cualquier parte de ese comercio, y dispone la imposición de sanciones económicas por la realización de cualquiera de esos actos. La Ley Sarbanes-Oxley de 2002 regula la administración de las empresas que cotizan en la bolsa de valores de los Estados Unidos y dispone «su aplicación a todas las sociedades cuyos valores cotizan en el mercado de capitales de los Estados Unidos», sin exceptuar en modo alguno a las sociedades extranjeras (C. A. Falencki, «Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), pág. 1216.

[37] La Unión Europea, pese a su resistencia inicial a la jurisdicción extraterritorial y a las severas críticas hechas de la práctica estadounidense al respecto, también extendió de hecho su jurisdicción para controlar las fusiones, adquisiciones y empresas mixtas fuera de los territorios de sus Estados miembros. En efecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció su propia competencia sobre algunas sociedades extranjeras y sobre sus actividades en el extranjero, y les aplicó la disposición sobre la competencia de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (anteriormente artículos 85 y 86) y el Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas 4064/89, modificado por el reglamento del Consejo 1310/97. Véase D. J. Feeney, «The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers», *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), págs. 425 a 491, especialmente pág. 427.

[38] El ejemplo más conocido de esto es la disposición tan criticada del Código Civil francés sobre la competencia de los tribunales franceses respecto de los contratos firmados en el extranjero entre un francés y un extranjero. Véase Combacau y Sur, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 354.

[39] La ley alemana contra las limitaciones de la competencia se promulgó en 1957 y fue objeto de varias revisiones importantes, la última en 1998, y fue modificada por última vez en 1999. El párrafo 2 del artículo 130 dice que «esta ley se aplicará a todas las limitaciones de la competencia que tengan efecto en el ámbito en el que se aplica la presente ley, incluso si son resultado de actos realizados fuera de ese ámbito». Por tanto, todas las prohibiciones y requisitos de notificación se aplican a las actividades que tengan un efecto directo, razonablemente previsible y considerable (aunque no n ecesariamente grande). Esta ley se ha venido aplicando regularmente a las sociedades extranjeras (véase el sitio web www.antitrust.de, consultado por última vez el 21 de junio de 2006). Véase también A. V. Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34 (1985), págs. 724 a 746, especialmente pág. 736, donde se cita a D. J. Gerber, «The extraterritorial application of the German antitrust laws», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), págs. 756 a 783.

[40] La República de Corea también ha dado recientemente una aplicación extraterritorial a su ley nacional antimonopolio. El 1.º de abril de 2005 entró en vigor la Ley modificada sobre la reglamentación de los monopolios y la competencia leal, en la que se dispone la aplicación extraterritorial de la ley. Esa modificación tenía por objeto hacer compatible la ley con la práctica reciente de algunos tribunales coreanos, desde 2002, de aplicar la Ley nacional antimonopolio a algunos fabricantes extranjeros. Véase la decisión de la Comisión de Corea sobre la Competencia Leal de 4 de abril de 2002 (asunto 02-77), confirmada por la Decisión del Tribunal Superior de Seúl de 26 de agosto de 2003 (2002nu 14647) y la decisión de la Comisión de Corea sobre la Competencia Leal de 29 de abril de 2003 (asunto 03-98); véanse también Y. Jung, «Korean competition law: first step towards globalization», *Journal of Korean Law*, vol. 4, n.º 2 (2005), págs. 177 a 199, y W. Kim, «The extraterritorial application of U.S. Antitrust Law and its adoption in Korea», *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), págs. 386 a 411.

[41] *Imperial Chemical Industries Ltd.* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 48/69, sentencia de 14 de julio de 1972, *Recopilación de Jurisprudencia 1972*, pág. 111; *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc.* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 6/72, sentencia de 21 de febrero de 1973, *Recopilación de Jurisprudencia 1973*, pág. 101; *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation* c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 6 y 7/73, sentencia de 6 de marzo de 1974, *Recopilación de Jurisprudencia 1974*, pág. 109. Véanse también Feeney, *loc. cit*. (nota 37 *supra*), pág. 426, y J. J. Norton, «The European Court of Justice judgment in *United Brands*: extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), págs. 379 a 414.

[42] Véase, por ejemplo, *F. Hoffman-LaRoche, Ltd.* v. *Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004)).

[43] «La denominada doctrina "de los efectos" de la jurisdicción territorial [cualesquiera que sean su contenido exacto y sus criterios] ha suscitado bastantes controversias en los círculos jurídicos internacionales y ha sido objeto de acalorados debates en el seno de la Comunidad» (Norton, *loc. cit.* (nota 41 *supra*), pág. 385.

[44] «Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996», *International Legal Materials*, vol. 35, n.º 2 (marzo de 1996), pág. 359.

[45] «Iran and Libya Sanctions Act of 1996», *International Legal Materials*, vol. 35, n.º 5 (septiembre de 1996), pág. 1274.

26. La invocación del principio de la personalidad pasiva por un Estado para ejercer la jurisdicción en materia judicial en el contexto del derecho mercantil también ha generado polémicas respecto de una disposición del Código Civil francés que permite que todo litigio que surja respecto de un contrato entre un nacional francés y un extranjero lo resuelva un tribunal francés[46].

27. En cuanto a la jurisdicción en materia ejecutiva, aunque el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción ejecutiva sin el consentimiento del Estado territorial generalmente está prohibido por el derecho internacional, en algunos casos los Estados han concertado acuerdos internacionales que permiten la ejecución extraterritorial de sus leyes mercantiles y de la competencia[47].

C. Consecuencias del ejercicio inválido de la jurisdicción extraterritorial

28. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado sólo puede ser reconocido por otros Estados en la medida en que sea compatible con el derecho internacional. En el caso de que un Estado ejerza una jurisdicción extraterritorial que otro Estado considere excesiva, este último puede oponerse de diversas formas a ese ejercicio de la jurisdicción. Como ejemplos de esa oposición cabe mencionar las protestas diplomáticas[48]; el no reconocimiento de leyes, órdenes y sentencias[49]; las medidas legislativas tales como las «leyes de bloqueo»[50]; las «leyes de represalia»[51]; las resoluciones judiciales tales como las órdenes judiciales[52], y la incoación de procedimientos

[46] Véase Combacau y Sur, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 354.

[47] Véanse la Convención relativa a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil en su forma enmendada (entre Estados Miembros de la Comunidad Europea); el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (entre miembros de la Comunidad Europea y Estados miembros de la AELC); la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (entre miembros de la OEA); la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, y el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo [de la Unión Europea], de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 12, de 16 de enero de 2001, pág. 1. Véase también el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario internacional, cuyo artículo VIII.2 *b* dispone lo siguiente: «Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o dispuestas por ese país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro». Véase asimismo Lowe, «The problems of extraterritorial jurisdiction...», *loc. cit*. (nota 39 *supra*), pág. 732.

[48] Por ejemplo, tanto la Comunidad Europea como el Reino Unido presentaron protestas cuando los Estados Unidos modificaron su Reglamento de administración de las exportaciones en el sentido de prohibir la exportación de equipo para la explotación de petróleo o de gas natural a la Unión Soviética. Los comentarios de la Comunidad Europea expusieron las disposiciones de las medidas discutidas y afirmaron, entre otras cosas, lo siguiente: «Las medidas de los Estados Unidos, en cuanto se aplican en el presente caso, son inaceptables en derecho internacional por sus aspectos extraterritoriales. Tratan de regular sociedades que no tienen nacionalidad estadounidense respecto de su conducta fuera de los Estados Unidos y en particular el tratamiento de datos técnicos y relativos a la propiedad de esas sociedades fuera de los Estados Unidos»; véanse la nota y los comentarios de la Comunidad Europea sobre las enmiendas de 22 de junio de 1982 a la Ley de administración de las exportaciones, presentados al Departamento de Estado de los Estados Unidos el 12 de agosto de 1982; la nota sobre el mismo tema presentada por el Gobierno del Reino Unido el 18 de octubre de 1982 y otro *aide-mémoire* presentado por la Comunidad Europea el 14 de marzo de 1983 en A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Materials*, Cambridge, Grotius, 1983, pág. 197 y especialmente pág. 201. Entre los ejemplos de protestas diplomáticas en respuesta al ejercicio territorial de la jurisdicción cabe mencionar el *Aide-mémoire* del Japón de 23 de agosto de 1960 y 20 de marzo de 1961 al Departamento de Estado de los Estados Unidos, ibíd., pág. 121 (pasajes), y el *Aide-mémorie* del Reino Unido a la Comisión de las Comunidades Europeas, 20 de octubre de 1969, ibíd., pág. 144.

[49] «Cuando un Estado o sus tribunales han actuado en contra del derecho internacional, incluyendo en particular las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción, los Estados están facultados (pero no obligados) en derecho internacional a negarse a dar efecto jurídico a cualquier acto jurídico [...]. En la práctica, la mayoría de los Estados disponen, en sus normas de derecho internacional privado, que las leyes y decisiones de un Estado extranjero que rebasen los límites de la jurisdicción permitidos por el derecho internacional no se reconocen ni se aplican en el extranjero» (*Oppenheim's International Law* (véase la nota 6 *supra*), pág. 485). En particular, algunos Estados se niegan generalmente a dar efecto a las normas de derecho público de otros Estados, tales como las del derecho fiscal, el derecho penal y el derecho confiscatorio. Véase en general ibíd., págs. 488 a 498.

[50] Una ley de bloqueo es una ley promulgada por un Estado que cuestiona la eficacia del ejercicio de la jurisdicción destinado a impedir la aplicación de la disposición controvertida, frecuentemente mediante la creación de un conflicto de leyes. Esas disposiciones pueden, entre otras cosas, prohibir la cooperación en los procedimientos e investigaciones de tribunales extranjeros, prohibir el cumplimiento de las leyes extraterritoriales de otros Estados, declarar inaplicables las resoluciones judiciales basadas en esas medidas y permitir la obtención de indemnización por los daños sufridos como resultado de esas medidas. Como consecuencia de la doctrina de la coacción del Estado extranjero examinada más abajo, las leyes de bloqueo pueden tener el efecto adicional de limitar la aplicabilidad de una medida extraterritorial incluso en el Estado que la promulga. En el Estado que aplica esta doctrina, un tribunal nacional no exigirá el cumplimiento de la medida extraterritorial de que se trate, ya que ese cumplimiento conllevaría la violación de las leyes del Estado territorial. Por ejemplo, varios Estados tomaron medidas protectoras en respuesta a la promulgación por los Estados Unidos de la Ley para la solidaridad democrática y la libertad en Cuba de 1996 (también conocida como «Ley Helms-Burton» (véase la nota 44 *supra*)), que trataba de penalizar a las sociedades no estadounidenses por hacer negocios con Cuba. El Canadá modificó su Ley de medidas extraterritoriales extranjeras (R. S .C., c. F-29, párr. 3 (1985), modificada por el ch. 28, 1996 *S. C.* (Can.)); México promulgó la Ley de protección al comercio y la inversión de normas extranjeras que contravengan el derecho internacional (que puede consultarse en el sitio web http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf) y la Unión Europea promulgó el Reglamento (CE) nº 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.º L 309, de 29 de noviembre de 1996, pág. 1. Véanse J. W. Boscariol, «An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States», *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), págs. 439 a 499, especialmente págs. 441 y 442 y 471 a 474 (donde se describe la Ley de medidas extraterritoriales extranjeras del Canadá); A. Layton y A. M. Parry, «Extraterritorial jurisdiction - European responses», *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), págs. 309 a 325, especialmente págs. 311 y 312 (donde se describe la Ley de protección de los intereses comerciales del Reino Unido de 1980, c. 11 § 1(1)(b)(Eng.)); H. L. Clark, «Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), págs. 61 a 96, especialmente págs. 81 a 92. Véase también Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *op. cit.* (nota 48 *supra*), págs. 79 a 219 (que contiene los textos de leyes de bloqueo de diversos Estados).

[51] Véanse, por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo, art. 6 (nota *supra*) y la Ley de medidas extraterritoriales extranjeras del Canadá , art. 9 1) *a*) (ibíd.).

[52] Por ejemplo, en el asunto *U.S.* v. *Imperial Chemical Industries*, una sociedad británica pudo obtener de un tribunal británico una orden por la que se impedía a una parte en el caso que aplicara una orden extraterritorial de un tribunal de los Estados Unidos. Véase *Oppenheim's International Law* (nota 6 *supra*), pág. 477, nota 50 (donde se cita, entre otras cosas, el asunto *U.S.* v. *Imperial Chemical Industries* (1952) F. Supp. 215).

ante tribunales internacionales[53]. En el proyecto podría agregarse la limitación del reconocimiento de la jurisdicción extraterritorial, así como las posibles respuestas al ejercicio inválido de esa jurisdicción.

D. Prioridad en el supuesto de conflicto de jurisdicciones válidas

29. Pueden darse situaciones en las que el Estado que ejerce la jurisdicción territorial sea el único Estado que tiene alguna relación con la persona, los bienes o la situación pertinentes que está fuera del territorio de algún Estado. En ese caso, el Estado tendría jurisdicción exclusiva. En la mayoría de los casos, la jurisdicción extraterritorial de un Estado coincide con la jurisdicción de otro Estado o de varios Estados, en particular el Estado territorial. La jurisdicción concurrente de Estados puede suscitar controversias sobre la prioridad de jurisdicción. Se plantea la cuestión de la relación entre la jurisdicción extraterritorial y la jurisdicción territorial desde el punto de vista de la prioridad[54]. A este respecto, conviene distinguir entre jurisdicción en materia legislativa o judicial y jurisdicción en materia ejecutiva.

30. En el caso de conflicto de jurisdicciones como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción territorial se plantean cuestiones de prioridad, principalmente con respecto a la jurisdicción en materia legislativa o a la jurisdicción en materia judicial. Algunos Estados han elaborado principios generales o normas para resolver estas cuestiones. Por ejemplo, se puede recurrir al tribunal nacional de un Estado para que aplique extraterritorialmente la legislación de otro Estado. A fin de reducir al mínimo la posibilidad de conflictos y dar muestras de deferencia respecto de Estados extranjeros, en algunos Estados los tribunales nacionales han adoptado una presunción contra la aplicación extraterritorial de su propio derecho nacional[55]. Por tanto, a menos que exista una indicación expresa de que una ley o reglamento determinados estuvieran destinados a aplicarse a nacionales y a extranjeros por actos realizados en el extranjero, los tribunales considerarán que no existía ese propósito en la legislación. Esta norma se basa en parte en los principios de la cortesía internacional y de la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, así como en consideraciones prácticas.

31. Otra norma elaborada por los tribunales para resolver los conflictos en el ejercicio de la jurisdicción resultantes de medidas extraterritoriales es la doctrina de la coacción del Estado extranjero. Esa doctrina dispone que una parte no debe ser considerada civil o penalmente responsable por realizar en otro Estado una actividad exigida por las leyes de ese Estado[56]. Por consiguiente, una medida extraterritorial que esté en conflicto directo con el derecho penal del Estado territorial no sería aplicada por el tribunal competente aun cuando éste determinara que el ejercicio de la jurisdicción era razonable.

32. Los conflictos de jurisdicción no se plantean frecuentemente respecto de la jurisdicción en materia ejecutiva. Por regla general, a los Estados no se les permite que apliquen sus leyes en el territorio de otro Estado sin el *consentimiento* del Estado territorial. Como declaró el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto del *Lotus*, «un Estado [...] no puede ejercer su poder de ninguna manera en el territorio de otro Estado»[57]. Así, cuando Israel capturó a Adolf Eichmann en territorio argentino y luego lo trasladó a Israel para juzgarlo, el Consejo de Seguridad pidió al Gobierno de Israel que diera la debida reparación a la Argentina[58].

E. Elaboración de un instrumento

33. Un instrumento sobre este tema podría tener por objeto enunciar los principios generales y las normas más específicas que rigen el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en derecho internacional público. El panorama de las normas y reglas vigentes muestra que, en lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, existe una considerable práctica de los Estados que la Comisión podría utilizar para elaborar ese instrumento.

34. Los recientes adelantos de la tecnología y la mundialización de la economía, que limitan la capacidad de los Estados para proteger sus intereses nacionales recurriendo exclusivamente a los principios tradicionales de jurisdicción, han contribuido a aumentar el nivel de desacuerdo y de incertidumbre con respecto a ciertos aspectos del derecho que rige la jurisdicción extraterritorial. Así pues, la elaboración de un proyecto de instrumento sobre el tema puede requerir un considerable desarrollo progresivo del derecho, además de su codificación. Aunque la práctica de los Estados indica que hay varias fuertes tendencias en la aparición de nuevas normas o la extensión de las normas tradicionales que pueden guiar a la Comisión para resolver las zonas de desacuerdo y, por tanto, aportar mayor

---

[53] «En principio, el exceso de jurisdicción acarrea la responsabilidad del Estado incluso si no hay intención de perjudicar a otro Estado.» (Brownlie, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 312). En consecuencia, los Estados han podido pedir reparación en los tribunales internacionales por ejercicio indebido de la jurisdicción. El ejemplo más relevante de un recurso de ese tipo es el propio asunto del *Lotus* (véase la nota 14 *supra*), en el que Francia pidió una indemnización por el presunto ejercicio excesivo de jurisdicción por parte de Turquía. En el caso *Eichmann* (véase la nota 34 *supra*), la controversia sobre el ejercicio por Israel de la jurisdicción ejecutiva en la Argentina fue planteada ante el Consejo de Seguridad, y se llegó a un arreglo entre ambos Estados.

[54] Véase *Oppenheim's International Law* (nota 6 *supra*), pág. 458: «La territorialidad es el fundamento primordial de la jurisdicción; incluso si otro Estado tiene una base concurrente para la jurisdicción, el derecho de ejercerla es limitado si ese ejercicio entrase en conflicto con los derechos del Estado que tiene la jurisdicción territorial». Véase también Dailler y Pellet, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 502: «La rigidez de las soluciones teóricas resultantes de la jerarquía de las competencias y, en particular, de la primacía de la soberanía territorial sobre la competencia personal excluye en principio toda aplicación, al menos forzada, del derecho nacional en el extranjero».

[55] Véanse Mann, *loc. cit.* (nota 5 *supra*), págs. 63 y 64, y el asunto *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran* (nota 42 *supra*): «En primer lugar, este tribunal interpreta ordinariamente las leyes ambiguas con la finalidad de evitar toda injerencia no razonable en la autoridad soberana de otros países» (pág. 4).

[56] Véanse Clark, *loc. cit.* (nota 50 *supra*), págs. 92 y 93; Brownlie, *op. cit.* (nota 5 *supra*), pág. 308 (donde se cita al magistrado R. Y. Jennings, « Extraterritorial jurisdiction and the united states antitrust laws», *The British Year Book of International Law, 1957*, vol. 33 págs. 146 a 175, especialmente pág. 151); R. K. Gardiner, *International Law*, Londres, Pearson, 2003, pág. 325, y *Oppenheim's International Law* (nota 6 *supra*), págs. 464 y 465.

[57] Asunto *Lotus* (véase la nota 14 *supra*), pág. 18.

[58] Resolución 138 (1960) del Consejo de Seguridad, de 23 de junio de 1960. Sin embargo, véanse los asuntos *Eichmann* (nota 34 *supra*), pág. 5, y *Álvarez Machain* (ibíd.).

claridad y certidumbre a un ámbito del derecho internacional que cada vez tiene más importancia práctica, la elaboración de un proyecto de instrumento sobre el tema podría requerir cierto desarrollo progresivo del derecho.

Ámbito del tema

35. La delimitación del ámbito del tema será importante habida cuenta del alcance del tema de la jurisdicción en general. Aunque algunos intentos de codificación han considerado la jurisdicción extraterritorial desde el punto de vista más amplio de la jurisdicción en general[59], el tema puede limitarse exclusivamente al ejercicio extraterritorial de la jurisdicción. Además, puede circunscribirse al derecho nacional aplicado extraterritorialmente.

36. Hay algunas ramas del derecho en las que pueden surgir cuestiones de jurisdicción extraterritorial que en cierta medida estén reguladas por regímenes especiales. Entre ellas ocupa un lugar destacado el derecho del mar, el derecho del espacio ultraterrestre, el derecho internacional humanitario y el derecho fiscal. Además, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial respecto de la asistencia y la cooperación judicial y policial, así como el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, están regulados en su mayor parte por acuerdos internacionales, regionales o bilaterales vigentes. Si bien esas normas especiales dan alguna orientación para la elaboración de principios y normas generales en materia de jurisdicción extraterritorial, el proyecto de instrumento no afectaría a los regímenes jurídicos vigentes.

37. Aunque el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción por los Estados puede llevar a menudo a intentos concurrentes o en conflicto de ejercer la jurisdicción, no sería necesario volver a examinar las normas de derecho internacional privado elaboradas por los Estados para resolver esos conflictos. Sin embargo, convendría incluir los principios generales de cortesía internacional que tienen particular relevancia para resolver las controversias resultantes del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial.

38. Un aspecto del tema que no se ha tratado plenamente en anteriores trabajos de codificación son las consecuencias del ejercicio inválido de la jurisdicción extraterritorial. Aunque en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se aborda, en cierta medida, este aspecto, hay un cuerpo considerable de práctica de los Estados sobre la materia que podría explorarse con el fin de establecer normas y procedimientos para resolver las cuestiones específicas que pueden surgir en las controversias relativas al ejercicio inválido de la jurisdicción extraterritorial.

Definiciones

39. Uno de los elementos esenciales del estudio sería la definición de los principales conceptos que figurarían en el instrumento. La definición de los términos «jurisdicción» y «extraterritorial» son esenciales para determinar el alcance del texto del proyecto. El examen detenido del tema podría indicar otros términos que también habría que definir claramente en el proyecto.

40. La noción de *jurisdicción* del Estado puede entenderse en el sentido de que generalmente se refiere al poder soberano o la autoridad soberana de un Estado. A este respecto, podría trazarse una distinción entre los tres tipos de jurisdicción: la normativa, la judicial y la ejecutiva.

41. La noción de *extraterritorialidad* puede entenderse en el sentido de que se refiere a la zona situada fuera del territorio del Estado, zona integrada por su territorio, sus aguas interiores, su mar territorial y el espacio aéreo adyacente. Esa zona podría estar comprendida dentro del territorio de otro Estado o estar fuera de la jurisdicción territorial de todos los Estados.

Principios básicos de la jurisdicción extraterritorial

42. En general se acepta que el Estado, para ejercer válidamente su jurisdicción sobre una persona física o jurídica, unos bienes o una situación, debe tener alguna relación con esa persona, esos bienes o esa situación. Los tipos de relación que pueden constituir una base suficiente para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial están reflejados en los principios generales de derecho internacional que rigen el ejercicio de esa jurisdicción por el Estado. Esos principios son los siguientes:

- Principio de territorialidad, en la medida en que se refiere a la jurisdicción extraterritorial:
  - principio de la territorialidad objetiva
  - doctrina de los efectos
- Principio de la nacionalidad
- Principio de la personalidad pasiva
- Principio protector

43. Todo ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, para ser válido en derecho internacional, debe basarse en al menos uno de los principios mencionados. Para determinar la validez de la jurisdicción extraterritorial en un caso determinado, puede ser aplicable más de uno de los principios mencionados, según las circunstancias.

Normas relativas al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial

44. El grado de relación que un Estado debe tener con una persona, unos bienes o una situación para ejercer de forma válida su jurisdicción extraterritorialmente puede variar según el tipo de jurisdicción que el Estado trate de ejercer. En consecuencia, convendría indicar la medida en que los distintos principios jurisdiccionales constituyen una base válida para el ejercicio de la jurisdicción en materia legislativa, en materia judicial o en materia ejecutiva. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial también puede plantear cuestiones especiales en el caso de determinadas ramas del derecho, tales como las relativas a la

[59] Véanse Harvard Research in International Law, «Codification of international law...» (nota 27 *supra*), pág. 439, y American Law Institute, *Restatement of the Law Third...* (nota 6 *supra*). Obsérvese que ese *Restatement*, en particular, tiene una relevancia limitada para los efectos de este estudio, ya que se centra principalmente en la práctica de los Estados Unidos.

delincuencia en el espacio cibernético en el ámbito del derecho penal o al comercio electrónico en el ámbito del derecho mercantil. Por consiguiente, tal vez conviniera incluir también disposiciones específicas sobre esos tipos de cuestiones especiales que tal vez no estén debidamente reguladas por la formulación de principios y normas generales.

Limitaciones del derecho de los Estados a ejercer la jurisdicción extraterritorial

45. El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial está sujeto a limitaciones basadas en ciertos principios fundamentales del derecho internacional, como la igualdad soberana de los Estados, el principio de la integridad territorial de los Estados y el principio de la no injerencia en los asuntos internos de otros Estados, consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. También debe tenerse en cuenta la cortesía internacional en lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial.

Consecuencias del ejercicio inválido de la jurisdicción extraterritorial

46. En el caso de que un Estado considere inválido en derecho internacional el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por otro Estado, los Estados tienen la obligación general de cooperar para resolver la controversia. En todo instrumento jurídico sobre esta cuestión se debería establecer, para resolver una controversia de esa naturaleza, un procedimiento que incluiría los siguientes elementos: notificación de que se considera inválido el ejercicio de la jurisdicción y examen de la validez del ejercicio de la jurisdicción por el Estado que promulgó la ley a la luz de los principios básicos y teniendo en cuenta las objeciones del Estado afectado.

Esquema propuesto para un instrumento sobre la jurisdicción extraterritorial

I. Disposiciones generales:
   1. Ámbito de aplicación
   2. Relación con otros regímenes jurídicos
      a) ley especial
      b) regímenes de tratados preexistentes
   3. Términos empleados

II. Principios de jurisdicción:
   1. Principio de la territorialidad:
      a) principio de la territorialidad objetiva
      b) doctrina de los efectos
   2. Principio de la nacionalidad
   3. Principio de la personalidad pasiva
   4. Principio protector

III. Ejercicio extraterritorial de la jurisdicción:
   1. Jurisdicción en materia legislativa
   2. Jurisdicción en materia judicial
   3. Jurisdicción en materia ejecutiva
   4. Ramas específicas del derecho

IV. Limitaciones del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción:
   1. Soberanía, integridad territorial y no intervención
   2. Cortesía internacional:
      a) presunción contra la extraterritorialidad
      b) doctrina de la coacción del Estado extranjero
      c) principio del carácter razonable

V. Solución de controversias:
   1. Deber general de cooperar
   2. Deber de notificar
   3. Deber de examinar las medidas extraterritoriales
   4. Derecho general a contramedidas
   5. Mecanismo de solución de controversias

Bibliografía sumaria

A. Jurisprudencia internacional

1. Órganos judiciales

a) Corte Permanente de Justicia Internacional

Lotus, fallo n.º 9, *1927, C.P.J.I., série A n.º 10*.

b) Corte Internacional de Justicia

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (Mandamiento de detención de 11 de abril de 2000) (República Democrática del Congo *c.* Bélgica), fallo, *C.I.J. Recueil 2002*, pág. 3 (voto particular conjunto de los magistrados Higgins, Kooijmans y Buergenthal).

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Stocké c. *Allemagne*, demanda n.º 11755/85, sentencia de 19 de marzo de 1991, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 199.

Loizidou c. *Turquie*, demanda n.º 15318/89, sentencia de 18 de diciembre de 1996 (fondo), *Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI*, pág. 2216.

Ocalan c. *Turquie*, demanda n.º 46221/99, sentencia de 12 de mayo de 2005, *Recueil des arrêts et décisions, 2005-IV*.

d) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Imperial Chemical Industries Ltd. c. *Comisión de las Comunidades Europeas,* asunto 48/69, sentencia de 14 de julio de 1972, *Recopilación de Jurisprudencia 1972*, pág. 111.

Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 6/72, sentencia de 21 de febrero de 1973, *Recopilación de Jurisprudencia 1973*, pág. 101.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation c. *Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 6 y 7/73, sentencia de 6 de marzo de 1974, *Recopilación de Jurisprudencia 1974*, pág. 109.

2. Tribunales arbitrales

Fur Seal Arbitration, J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1898, vol. I, págs. 755 a 961.

Cutting, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. II, págs. 228 a 242.

B. Jurisprudencia nacional

Ex parte Susannah Scott, *The English Reports*, vol. 109 (1910), pág.166.

Ker v. *Illinois* (119 U.S. 436 (1886)).

In re Urios ([1919-1922] *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 1, pág. 107 (n.º 70 (Cour de Cassation, Francia, 1920)); *Journal de droit international*, vol. 47 (1920), pág. 195.

United States v. *Bowman* (260 U.S. 94 (1922)).

In re Bayot ([1923-1924] *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 2, pág. 109 (n.º 54) (Cour de Cassation, Francia, 1923)); *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, 1924*, pág. 136.

Joyce v. *D.P.P.* ((1946) AC 347, *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 15, pág. 91).

Wechsler (Conseil de Guerre de Paris, 20 de julio de 1917, *Journal du droit international*, vol. 44, pág 1745).

Naim Molvan v. *A.G. for Palestine* ((1948) AC 531, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, pág. 115).

Nusselein v. *Belgian State* ([1950] *Annual Digest/International Law Reports*, vol. 17, pág. 136 (n.º 35) (Cour de Cassation, Bélgica, 1950)); *Pasicrisie Belge. Recueil général de la jurisprudence des courts et tribunaux et du Conseil d'État de Belgique, 1950*, pág. 450.

Attorney General of the Government of Israel v. *Adolf Eichmann*, District Court of Jerusalem, 12-15 de diciembre de 1961, *International Law Reports*, vol. 36 (1968), pág. 5.

In re Hartnett (1973. 1 O.R (2nd) 206, 207 (Can)).

United States v. *Columba-Colella* (604 F.2d 356 (5th Cir. 1979)).

Tel-Oren v. *Libyan Arab Republic* (726 F.2d 774 (D.C. Cir. 1984)).

Federal Constitutional Court (39 Neue Juritische Wochenschrift 1427 (1986) (Ger. Fed. Const. Ct. 1985).

United States v. *Yunis* (681 F.Supp. 896 (1988)).

State (South Africa) v. *Ebrahim*, *International Law Reports*, vol. 95, pág. 417

United States v. *Yunis* (924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991)).

United States v. *Álvarez Machain* (504 U.S. 655 (1992)).

R. v. *Horseferry Road Magistrates' Court* (*Ex parte Bennett*) (1993, 3 P, 138 (H.L)).

United States v. *Vasquez-Velasco* (15 F.3d 833, 838-839 (9th Cir. 1994)).

United States v. *Noriega* (117 F.3d 1206, 1515-1519 (11th Cir. 1997)).

Bangoura v. *Washington Post* ([2004] 235 D.L.R. (4th) 564) and the Italian Court of Cassation (Corte de Cassazione, closed session, sect. V, 27 December 2000, Judgment No. 4741).

Toben (BGH 46, 212, sentencia de 12 de diciembre de 2000).

United States v. *Ben Laden* (92 F.Supp. 2d 189 (S.D.N.Y. 2000)).

Estate of Cabello v. *Fernandez-Lari*os (157 F.Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001)).

United States v. *Bustos-Useche* (273 F.3d 622 (5th Cir. 2001), *cert. denied*, 535 U.S. 1071 (2002)).

Yahoo! Inc. v. *La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme* (169 F.Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001)).

Aguinda v. *Texaco, Inc*. (303 F.3d 470 (2d Cir. 2002)).

Comisión de Corea sobre la Competencia Leal de 4 de abril de 2002 (asunto 02-77), confirmada por la Decisión del Tribunal Superior de Seúl de 26 de agosto de 2003 (2002nu 14647) y la decisión de la Comisión de Corea sobre la Competencia Leal de 29 de abril de 2003 (asunto 03-98).

Sinaltrainal v. *Coca-Cola Co*. (256 F.Supp. 2d 1345 (S.D.Fla. 2003)).

F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. *Empagran* (542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (14 de junio de 2004)).

C. Organizaciones internacionales

1. Naciones Unidas

Resolución 1192 (1998) del Consejo de Seguridad, de 27 de agosto de 1998.

2. Consejo de Europa

Recommendation No. R (97) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the amended model plan for the classification of documents concerning State practice in the field of public international law, 12 June 1997, Appendix, Part Eight (II).

D. Literatura especializada

Akehurst, M.: «Jurisdiction in international law», *The British Year Book of International Law, 1972-1973*, vol. 46, 145-257.

Bellia, P. L.: «Chasing bits across borders», *University of Chicago Legal Forum*, (2001), 35-101.

Boscariol, J. W.: «An anatomy of a Cuban pyjama crisis: reconsidering blocking legislation in response to extraterritorial trade measures of the United States», *Law and Policy in International Business*, vol. 30 (1999), 439-499.

Bowett, D. W.: «Jurisdiction: changing patterns of authority over activities and resources», *The British Year Book of International Law*, 1982, vol. 53, 1-26.

Cafritz, E. y O. Tene: «Article 113-7 of the French Penal Code: the passive personality principle», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2002-2003), 585-599.

Clark, H. L.: «Dealing with U.S. extraterritorial sanctions and foreign countermeasures», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 20 (1999), 61-96.

Dunning, T. S.: «D'Amato in a China shop: problems of extraterritoriality with the Iran and Libya Sanctions Act of 1996», *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19 (1998), 169-199.

Falencki, C. A.: «Sarbanes-Oxley: ignoring the presumption against extraterritoriality», *George Washington International Law Review*, vol. 36 (2004), 1211-1238.

Feeney, D. J.: «The European Commission's extraterritorial jurisdiction over corporate mergers», *Georgia State University Law Review*, vol. 19 (2002-2003), 425-491.

Fernandes, S. E.: «F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the extraterritorial limits of United States antitrust jurisdiction: where comity and deterrence collide», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 267-317.

Gathii, J. T.: «Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law», *Albany Law Review*, vol. 67 (2003-2004), 335-370.

Gerber, D. J.: «The extraterritorial application of the German antitrust laws», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), 756-783.

Jung, Y.: «Korean competition law: first step towards globalization», *Journal of Korean Law*, vol. 4, n.º 2 (2005), 177-200.

Kim, W.: «The extraterritorial application of U.S. Antitrust Law and its adoption in Korea», *Singapore Journal of International and Comparative Law*, vol. 7 (2003), 386-411.

Layton, A. y A. M. Parry: «Extraterritorial jurisdiction - European responses», *Houston Journal of International Law*, vol. 26 (2004), 309-325.

Meng, W.: «Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts», en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Amsterdam, Elsevier, 1995, 337-343.

Norton, J. J.: «The European Court of Justice judgment in *United Brands*: extraterritorial jurisdiction and abuse of dominant position», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 8 (1979), 379-414.

O'Keefe, R.: «Universal jurisdiction clarifying the basic concept», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2 (2004), 735-760.

Timofeeva, Y. A.: «Worldwide prescriptive jurisdiction in Internet content controversies: a comparative analysis», *Connecticut Journal of International Law*, vol. 20 (2005), 199-225.

Whitman, C. B. (ed.): «Extraterritorial jurisdiction and jurisdiction following forcible abduction: a new Israeli precedent in international law. Notes», *Michigan Law Review*, vol. 72 (1973-1974), 1087-1113.

Yost, M. J. y D. S. Anderson: «The Military Extraterritorial Jurisdiction Act of 2000: closing the gap», *American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), 446-454.

E. Otros documentos

Facultad de Derecho de Harvard, Harvard Research in International Law, «Codification of international law: Part II-Jurisdiction with respect to crime» (draft convention on jurisdiction with respect to crime), *American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Supplement*, 435-652.

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 58.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/559	Programa provisional	Mimeografiado. El programa definitivo figura en las págs. 18 y 19 *supra*.
A/CN.4/560	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su sexagésimo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/561 y Add.1 y 2	Protección diplomática: comentarios y observaciones de los gobiernos	Reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/562 y Add.1	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): comentarios y observaciones de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/563 y Add.1	Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto). Nota de la Secretaría	A/CN.4/563 reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte). A/CN.4/563/Add.1 mimeografiado.
A/CN.4/564 y Add.1 y 2	Cuarto informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, por el Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial	Reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/565 [y Corr.1]	Expulsión de extranjeros. Memorando de la Secretaría	Mimeografiado. Disponible en el sitio web de la Comisión.
A/CN.4/566	Tercer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, por el Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial	Reproducido en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte).
A/CN.4/567	Séptimo informe sobre la protección diplomática, por el Sr. John Robert Dugard, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/568 y Add.1	Responsabilidad de las organizaciones internacionales: comentarios y observaciones de organizaciones internacionales	Ídem.
A/CN.4/569 y Add.1	Noveno informe sobre los actos unilaterales de los Estados, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/570 [y Corr.1]	Segundo informe sobre el efecto de los conflictos armados en los tratados, por el Sr. Ian Brownlie, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/571	Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), por el Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/572 [y Corr.1]	Las reservas a los tratados. nota del Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/573 [y Corr.1]	Segundo informe sobre la expulsión de los extranjeros, por el Sr. Maurice Kamto, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/574	Undécimo informe sobre las reservas a los tratados, por el Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/575	Protección diplomática: comentarios y observaciones de los gobiernos	Ídem.
A/CN.4/L.682 [y Corr.1] y Add.1	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio	Mimeografiado. Disponible en el sitio web de la Comisión. El texto definitivo figura en *Anuario... 2006*, vol. II (primera parte), anexo.
A/CN.4/L.683	Recursos naturales compartidos (aguas subterráneas). Informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado.
A/CN.4/L.684 [y Corr.1 y 2]	Protección diplomática. Títulos y textos de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Texto reproducido en *Anuario... 2006*, vol. I, acta resumida de la 2881.ª sesión (párr. 1).
A/CN.4/L.685 [y Corr.1]	Las reservas a los tratados. Títulos y texto de los proyectos de directriz aprobados por el Comité de Redacción	Mimeografiado.

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.686 [y Corr.1]	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). Título y textos del proyecto de preámbulo y del proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura	Ídem.
A/CN.4/L.687 y Add.1 [y Corr.1]	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Títulos y textos de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción	Ídem.
A/CN.4/L.688 [y Corr.2]	Recursos naturales compartidos. Títulos y textos de los proyectos de artículo aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura	Ídem.
A/CN.4/L.689	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Ídem. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones,* Suplemento *n.º 10* (A/61/10). El texto definitivo figura en la pág. 17 *supra*.
A/CN.4/L.690	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 58.º período de sesiones)	Ídem, pág. 20 *supra*.
A/CN.4/L.691	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem, pág. 22 *supra*.
A/CN.4/L.692 y Add.1	Ídem: capítulo IV (Protección diplomática)	Ídem, pág. 24 *supra*.
A/CN.4/L.693 y Add.1	Ídem: capítulo V (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, pág. 62 *supra*.
A/CN.4/L.694 y Add.1 [y Corr.1]	Ídem: capítulo VI (Recursos naturales compartidos)	Ídem, pág. 101 *supra.*
A/CN.4/L.695 [y Corr.1] y Add.1 [y Corr.1] y 2	Ídem: capítulo VII (Responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem, pág. 129 *supra.*
A/CN.4/L.696 [y Corr.1] y Add.1 a 3	Ídem: capítulo VIII (Las reservas a los tratados)	Ídem, pág. 147 *supra.*
A/CN.4/L.697 y Add.1 [y Corr.1] y 2	Ídem: capítulo IX (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem, pág. 175 *supra.*
A/CN.4/L.698	Ídem: capítulo X (Efectos de los conflictos armados en los tratados)	Ídem, pág. 184 *supra.*
A/CN.4/L.699	Ídem: capítulo XI (La obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*))	Ídem, pág. 189 *supra.*
A/CN.4/L.700	Ídem: capítulo XII (Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional)	Ídem, pág. 192 *supra.*
A/CN.4/L.701 y Add.1	Ídem: capítulo XIII (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem, pág. 203 *supra.*
A/CN.4/L.702	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio	Mimeografiado.
A/CN.4/L.703	Actos unilaterales de los Estados. Informe del Grupo de Trabajo	Ídem.
A/CN.4/L.704	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación. Informe del Grupo de Planificación	Ídem.
A/CN.4/SR.2867-A/CN.4/SR.2913	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2867.ª a 2913.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario... 2006*, vol. I.

United Nations publication
ISSN 0497-9885

Printed at United Nations, Geneva – GE.12-61457 – February 2013 – 144