A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2003

Volumen II
Primera parte

Documentos del quincuagésimo quinto período de sesiones

NACIONES UNIDAS

A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 1)

ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

2003

Volumen II
Primera parte

Documentos del quincuagésimo quinto período de sesiones

NACIONES UNIDAS
Nueva York y Ginebra, 2010

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... 2002*).

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.

*

* *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 55.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/2003/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.04.V.7 (Part 1)
ISBN 978-92-1-333425-6

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

Página

Abreviaturas y siglas iv

Nota referida a las citas v

Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del del programa)

Documento A/CN.4/527 y Add.2.—Nota de la Secretaría 1

Protección diplomática (tema 3 del programa)

Documento A/CN.4/530 y Add.1.—Cuarto informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial 3

Reservas a los tratados (tema 4 del programa)

Documento A/CN.4/535 y Add.1.—Octavo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial 35

Actos unilaterales de los Estados (tema 5 del programa)

Documento A/CN.4/534.—Sexto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial 59

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) (tema 6 del programa)

Documento A/CN.4/531.—Primer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial 77

Responsabilidad de las organizaciones internacionales (tema 7 del programa)

Documento A/CN.4/532.—Primer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial 115

Recursos naturales compartidos (tema 9 del programa)

Documento A/CN.4/533 y Add.1.—Primer informe sobre recursos naturales compartidos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial 129

Lista de documentos del 55.º período de sesiones 153

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADI	Asociación de Derecho Internacional
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Comisión Económica para Europa
CESPAO	Comisión Económica y Social para Asia Occidental
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CICR	Comité Internacional de la Cruz Roja
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMS	Organización Mundial de la Salud
OMT	Organización Mundial del Turismo
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UE	Unión Europea
UICN	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

*

* *

C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.I.J. Resúmenes 1948-1991	*Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5)
C.I.J. Resúmenes 1992-1996	*Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7)
C.I.J. Resúmenes 1997-2002	*Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1997-2002* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.03.V.12)
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)
C.P.J.I. série B	*CPJI, Recueil des avis consultatifs* (n.os 1 a 18, hasta 1930 inclusive)
C.P.J.I. série C	*CPJI, Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour* (hasta 1930 inclusive); *Plaidories, exposés oraux et documents* (n.os 52 a 88, a partir de 1931)
AJIL	*American Journal of International Law*
ILM	*International Legal Materials*
ILR	*International Legal Reports*
LGDJ	*Librairie générale de droit et de jurisprudence*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*
RSA	*Recueil des sentences arbitrales*

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

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

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

*

* *

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

VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN (ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/527 y Add.2

Nota de la Secretaría

[Original: inglés]
[6 de noviembre de 2002 y 9 de junio de 2003]

1. A raíz del fallecimiento del Sr. Valery Kuznetsov, la elección de los Sres. Bruno Simma y Peter Tomka a la CIJ el 21 de octubre de 2002, y la renuncia del Sr. Robert Rosenstock a partir del 7 de junio de 2003, han quedado cuatro vacantes en la Comisión de Derecho Internacional.

2. En este caso se aplica el artículo 11 del estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.

2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.

3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato de los cuatro miembros que han de ser elegidos por la Comisión expirará a fines de 2006.

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/530 y Add.1*

Cuarto informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[13 de marzo y 6 de junio de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		3
Obras citadas en el presente informe		4
Capítulo	*Párrafos*	
I. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE LAS SOCIEDADES Y LOS ACCIONISTAS	1-48	6
A.—Introducción	1-2	6
B.—El caso *Barcelona Traction*	3-29	6
C.—Opciones de que dispone la Comisión	40-48	12
II. PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA DE LAS SOCIEDADES Y LOS ACCIONISTAS	49-128	16
A.—Artículo 17	50-58	17
B.—Artículo 18	59-91	19
C.—Artículo 19	92-96	25
D.—Artículo 20 (Continuidad de la nacionalidad de las sociedades)	97-109	26
E.—Artículo 21 (*Lex specialis*)	110-116	29
F.—Artículo 22 (Personas jurídicas)	117-128	30

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Hungría (Tratado de Paz de Trianón) (Trianón, 4 de junio de 1920)	G. F. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3.ª serie, t. XII, Leipzig, Weicher, 1923, pág. 423.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 575, n.º 8359, pág. 206.

* En el que se incorpora el documento A/CN.4/530/Corr.1.

Obras citadas en el presente informe

ABI-SAAB, Georges

«The international law of multinational corporations: a critique of American legal doctrines», *Annals of International Studies* (Ginebra), vol. 2, 1971, págs. 97 a 122.

ALDRICH, George H.

The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, Oxford, Clarendon Press, 1996, 590 págs.

ASOCIACIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002, Londres, ADI, 2002, 867 págs.

BEALE, Joseph H.

Selections from a Treatise on the Conflict of Laws, Nueva York, Baker, Voorhis, 1935, 1663 págs.

BECKETT, W. E.

«Diplomatic claims in respect of injuries to companies», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 17, *Problems of Peace and War*, Londres, Sweet & Maxwell, 1932, págs. 175 a 194.

BEDERMAN, David J.

«Interim report on 'Lump sum agreements and diplomatic protection'», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, ADI, 2002, pág. 230.

BROWER, Charles N. y Jason D. BRUESCHKE

The Iran-United States Claims Tribunal, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, 931 págs.

BROWNLIE, Ian

Principles of Public International Law, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, 743 págs.

CAFLISCH, Lucius Conrad

La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public, La Haya, Martinus Nijhoff, 1969, 287 págs. (Tesis, Universidad de Ginebra).

«The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona Traction case», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 31, 1971, págs. 162 a 196.

«Round table toward more adequate diplomatic protection of private claims: 'Aris Gloves', 'Barcelona Traction' and beyond», *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, AJIL, vol. 65, n.º 4, septiembre de 1971, págs. 333 a 365.

COLLINS, Lawrence (ed.)

Dicey and Morris on the Conflict of Laws, vol. 2, 13.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2000.

DAILLIER, Patrick y Alain PELLET

Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.

DAVIES, Paul L. (ed.)

Gower's Principles of Modern Company Law, 6.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1997, 867 págs.

DE VISSCHER, Charles

«De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'État sous la législation duquel cette société s'est constituée», *Revue de droit international et de législation comparée* (Bruselas), 3.ª serie, vol. XV, 1934, págs. 624 a 651.

DE VISSCHER, Paul

«La protection diplomatique des personnes morales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961–I*, vol. 102, Leiden, Sijthoff, 1962, págs. 395 a 479.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel

«La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1974–I*, Leiden, Sijthoff, 1975, vol. 141, págs. 87 a 186.

DINSTEIN, Yoram

«Diplomatic protection of companies under international law», en Karel Wellens (ed.), *International Law Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1998, págs. 505 a 517.

DOEHRING, Karl

«Diplomatic protection of non-governmental organizations», en Manuel Rama-Montaldo (ed.), *International Law in an Evolving World:* Liber Amicorum *in tribute to Professor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, págs. 571 a 580.

DOMKE, Martin

«Round table toward more adequate diplomatic protection of private claims: 'Aris Gloves', 'Barcelona Traction' and beyond», *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, AJIL, vol. 65, n.º 4, septiembre de 1971, págs. 333 a 365.

DORRESTEIJN, Adriaan, Ina KUIPER y Geoffrey MORSE

European Corporate Law, Deventer, Kluwer, 1994, 238 págs.

FATOUROS, A. A.

«National legal persons in international law», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997, págs. 495 a 501.

FORDE, Michael

Company Law, Cork y Dublín, Mercier Press, 1992, 636 págs.

GARNER, Bryan A.

A Dictionary of Modern Legal Usage, 2.ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 1995, 951 págs.

GILL, Terry D.

«Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States *v.* Italy)», en Peter D. Trooboff (ed.), «International decisions», AJIL, vol. 84, 1990, págs. 249 a 258.

GUNAWARDANA, Asoka de Z.

«The inception and growth of bilateral investment promotion and protection treaties», *Proceedings of the 86th Annual Meeting of the American Society of International Law (Washington, D.C., 1–4 April 1992)*, págs. 544 a 550.

HACKWORTH, Green Haywood

Digest of International Law, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943.

HAHLO, H. R. y Ellison KAHN

The South African Legal System and its Background, Ciudad del Cabo, Juta, 1973, 603 págs.

HARRIS, David

«The protection of companies in international law in the light of the *Nottebohm* case», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 18, 1969, págs. 275 a 317.

HIGGINS, Rosalyn

«Aspects of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.», *Virginia Journal of International Law*, vol. 11, n.º 3, mayo de 1971, págs. 327 a 343.

JENNINGS, Sir Robert y Sir Arthur WATTS (eds.)

Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, introducción y parte 1, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo

«International responsibility», en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, 1.ª ed., Londres, Macmillan, 1968.

«International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978–I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 1 a 344.

JONES, J. Mervyn

«Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», *British Year Book of International Law, 1949*, vol. 26, págs. 225 a 258.

KISS, Alexandre-Charles

«La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales», *La personnalité morale et ses limites*, París, LGDJ, 1960, págs. 179 a 210.

KOKOTT, Juliane

«Interim report on 'The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment'», *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, Londres, ADI, 2002, págs. 259 a 277.

KOOIJMANS, P. H.

Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht, 9.ª ed., Deventer, Kluwer, 2002.

KUBIATOWSKI, Stephen A.

«The case of Elettronica Sicula S.p.A.: toward greater protection of shareholders' rights in foreign investments», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, n.º 1, 1991, págs. 215 a 244.

LEVY, Laurent

La nationalité des sociétés, París, LGDJ, 1984, 319 págs.

LILLICH, Richard B.

«The rigidity of Barcelona», AJIL (Washington, D.C.), vol. 65, 1971, págs. 522 a 532.

LOWE, Vaughan

«Shareholders' rights to control and manage: from Barcelona Traction to ELSI», en Nisuke Ando y otros (eds.), *Liber Amicorum: Judge Shigeru Oda*, La Haya, Kluwer, 2002, vol. 1, págs. 269 a 284.

MANN, F. A.

«The protection of shareholders' interests in the light of the Barcelona Traction case», AJIL (Washington, D.C.), vol. 67, 1973, págs. 259 a 274.

«Foreign investment in the International Court of Justice: the *ELSI* case», AJIL (Washington, D.C.), vol. 86, n.º 1, enero de 1992, págs. 92 a 102.

MCCORQUODALE, Robert

«Expropriation rights under a treaty—exhausted and naked», *Cambridge Law Journal*, vol. 49, 1990, págs. 197 a 199.

MCNAIR, Lord y A. D. WATTS

The Legal Effects of War, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1966.

MESKIN, Philip M. (ed.)

Henochsberg on the Companies Act, 4.ª ed., Durban, Butterworths, 1985, 1134 págs.

METZGER, Stanley D.

«Nationality of corporate investment under investment guaranty schemes: the relevance of Barcelona Traction», AJIL (Washington, D.C.), vol. 65, 1971, págs. 532 a 541.

MINGUELA, Santiago C.

Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law: an English Translation, La Haya, Kluwer, 1996, 383 págs.

MOORE, John Bassett

A Digest of International Law, vol. VI, Washington D.C., Government Printing Office, 1906.

MURPHY, Sean D.

«The *ELSI* case: an investment dispute at the International Court of Justice», *Yale Journal of International Law*, vol. 16, n.º 2, 1991, págs. 391 a 452.

NORTH, P. M. y J. J. FAWCETT

Cheshire and North's Private International Law, 12.ª ed., Londres, Butterworths, 1992, 936 págs.

O'CONNELL, D. P.

State Succession in Municipal Law and International Law, vol. I, *Internal Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, 592 págs.

International Law, vol. 2, 2.ª ed., Londres, Stevens, 1970.

ORREGO VICUÑA, Francisco

«Interim report on 'The changing law of nationality of claims'», *Report of the Sixty-Ninth Conference held in London, 25–29 July 2000*, Londres, ADI, 2000, págs. 631 a 647.

PETERS, Paul

«Dispute settlement arrangements in investment treaties», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXII, 1991, págs. 91 a 161.

PETRÉN, S.

«La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1963–II*, Leiden, Sijthoff, 1964, vol. 109, págs. 492 a 571.

REUTER, Paul

Droit international public, 5.ª ed. rev., París, Presses Universitaires de France, 1976, 528 págs.

SACERDOTI, Giorgio

«Barcelona Traction revisited: foreign-owned and controlled companies in international law», en Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, págs. 699 a 716.

SCHWARZENBERGER, Georg

International Law, vol. 1, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, 808 págs.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

«Round table toward more adequate diplomatic protection of private claims: 'Aris Gloves', 'Barcelona Traction' and beyond», *Proceedings of the American Society of International Law at its*

sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971), AJIL, vol. 65, n.º 4, septiembre de 1971, págs. 333 a 365.

Corporations in and under International Law, Cambridge, Grotius, 1987, 138 págs.

SHAW, Malcolm N.

International Law, 4.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 939 págs.

SHEARER, I. A.

Starke's International Law, 11.ª ed., Londres, Butterworths, 1994.

SIMMA, Bruno

«Self-contained regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, págs. 111 a 136.

STAKER, Christopher

«Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes», *British Year Book of International Law, 1990* (Oxford), vol. 61, págs. 155 a 174.

STERN, Brigitte

«La protection diplomatique des investissements internationaux: de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse», *Journal du droit international* (París), vol. 117, n.º 4, 1990, págs. 897 a 948.

VANDEVELDE, Kenneth J.

«The economics of bilateral investment treaties», *Harvard International Law Journal*, vol. 41, n.º 2, segundo trimestre de 2000, págs. 469 a 502.

WARBRICK, Colin

«Protection of nationals abroad», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, parte 4, octubre de 1988, págs. 1002 a 1012.

WATTS, Sir Arthur

«Nationality of claims: some relevant concepts», en Vaughan Lowe y Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, págs. 424 a 439.

WESTON, Burns H.

«Round table toward more adequate diplomatic protection of private claims: 'Aris Gloves', 'Barcelona Traction' and beyond», *Proceedings of the American Society of International Law at its sixty-fifth annual meeting (Washington, D.C., 29 April-1 May 1971)*, AJIL, vol. 65, n.º 4, septiembre de 1971, págs. 333 a 365.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8, Washington D.C., 1967.

WOLFF, Martin

«On the nature of legal persons», en A. L. Goodhart (ed.), *The Law Quarterly Review* (Londres), vol. LIV, n.º 215, julio de 1938, págs. 494 a 521.

WYLER, Eric

La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international, París, Presses Universitaires de France, 1990, 295 págs.

CAPÍTULO I

Protección diplomática de las sociedades y los accionistas

A.—Introducción*

1. Los tres informes anteriores presentados por el Relator Especial actual[1], y examinados por la Comisión, han tratado la cuestión de la protección diplomática de las personas físicas y el agotamiento de los recursos internos. Aunque en el transcurso de los debates de la Comisión surgió de vez en cuando el tema de la protección diplomática de las personas jurídicas, no ha sido objeto de atención directa. No obstante, en el 54.º período de sesiones de la Comisión, en 2002, se celebraron consultas oficiosas sobre el tema de la protección diplomática de las sociedades[2].

2. El presente informe se dedica en su totalidad al tema de la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas.

B.—El caso *Barcelona Traction*

3. La protección diplomática de las sociedades y sus accionistas se ha abordado en muchas decisiones judiciales. No obstante, una decisión domina todos los debates sobre el tema, el fallo *Barcelona Traction*[3]. No ha habido ningún intento serio de formular una norma, o normas, sobre ese tema sin realizar un examen a fondo de este fallo de la CIJ de 1970, sus consecuencias y las críticas de que ha sido objeto. Por tanto, el presente informe comienza con un examen del caso *Barcelona Traction*.

1. DECISIÓN DE LA CIJ

4. La sociedad Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, creada en 1911 en Toronto (Canadá), donde tenía su sede principal, llevaba a cabo actividades en España. Algunos años después de la Primera Guerra

* El Relator Especial desea agradecer al Sr. Larry Lee y la Sra. Elina Kreditor, pasantes de la Universidad de Nueva York, a la Sra. Kym Taylor, de la Universidad de Cambridge, y a la Sra. Raelene Sharp, de la Universidad de Leiden, la asistencia prestada en la preparación de este informe.

[1] *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1; *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514, y *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/523 y Add.1.

[2] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 113.

[3] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.

Mundial, las acciones de la Barcelona Traction quedaron principalmente en manos de personas físicas o jurídicas de nacionalidad belga. En ese momento crítico se calcula que el 88% de las acciones estaban en posesión de nacionales belgas. Como resultado de una serie de medidas adoptadas por las autoridades españolas, la sociedad quedó prácticamente inoperante desde el punto de vista económico. Bélgica, el Estado de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas, y no el Canadá, el Estado de la nacionalidad de la sociedad, inició actuaciones judiciales contra España solicitando una indemnización por daños y perjuicios. España presentó cuatro excepciones preliminares a la reclamación de Bélgica, dos de las cuales fueron desestimadas en 1964[4], en tanto que las otras dos se unieron a los autos. Una de estas excepciones admitidas planteaba el derecho de Bélgica a ejercer la protección diplomática en nombre de accionistas de nacionalidad belga de una sociedad constituida en el Canadá. Esta excepción preliminar admitida por la CIJ constituye el objeto del presente informe.

5. La CIJ subrayó al principio que sólo le interesaba la cuestión de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital está dividido en acciones[5]. Este tipo de sociedad se caracteriza por establecer una clara diferencia entre la sociedad y los accionistas[6]. En el caso en que los intereses de los accionistas se vean afectados por un perjuicio causado a la sociedad, el accionista debe dirigirse a la sociedad para que adopte medidas, dado que aunque dos entidades separadas hayan sufrido el mismo perjuicio, únicamente se han visto afectados los derechos de una de ellas[7]. Sólo en el caso de que el acto por el que se presente la reclamación afecte directamente a los derechos de los accionistas pueden éstos intervenir por su cuenta[8]. Los principios que regulan la diferencia entre la sociedad y los accionistas se recogen en el derecho nacional y no en el derecho internacional[9].

6. Tomando como guía los principios generales del derecho recogidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, la CIJ desarrolló la norma de que el derecho a la protección diplomática por una lesión causada a una sociedad corresponde al Estado con arreglo a cuyo derecho se constituya la sociedad y en cuyo territorio tenga su domicilio social[10], y no al Estado del que sean nacionales sus accionistas. Con esta conclusión, la Corte se apartó tanto de la decisión judicial sobre las características de las sociedades enemigas en tiempos de guerra[11] como de la relativa a la práctica de los Estados respecto de los acuerdos de sumas fijas[12], lo que sugiere que podría tratarse de una norma a favor del levantamiento del velo de la sociedad a fin de permitir al Estado de nacionalidad de los accionistas el ejercicio de la protección diplomática en nombre de ellos. Aunque la Corte reconoció que en los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones podría recogerse la protección directa de los accionistas[13] y que existía un cuerpo de jurisprudencia arbitral general resultante de la interpretación de dichos tratados que apoyaba las reclamaciones de los accionistas[14], ello no demostraba que existiera una norma de derecho internacional consuetudinario a favor del derecho del Estado o Estados de la nacionalidad de los accionistas a ejercer la protección diplomática en nombre de ellos. Todas estas prácticas y tratados se consideraron *lex specialis*.

7. La CIJ aceptó la posibilidad de que el Estado o Estados de la nacionalidad de los accionistas *pudieran* ejercer la protección diplomática en nombre de ellos en dos supuestos: en primer lugar, cuando la sociedad hubiera dejado de existir en su lugar de constitución[15] (que no era el caso de la Barcelona Traction); en segundo lugar, cuando el Estado de constitución fuera el responsable de las lesiones ocasionadas a la sociedad y el único medio de protección internacional de los accionistas extranjeros fuera por conducto de su Estado o Estados de la nacionalidad[16] (que tampoco era el caso de la Barcelona Traction). Así pues, la Corte decidió no considerar esta excepción[17].

8. En las circunstancias del caso que estaba considerando, la CIJ desestimó la sugerencia de que podía permitirse la protección de los accionistas por razones de equidad[18]. La Corte tampoco reconoció la existencia de un derecho secundario de protección diplomática del Estado o Estados de la nacionalidad de los accionistas cuando, como en el supuesto en cuestión[19], el Estado de constitución declinara ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad[20].

9. No se aceptó el argumento de que el fallo de la CIJ en el caso *Nottebohm*[21], en el que se exige la existencia de un vínculo efectivo entre la persona cuyos intereses han sido lesionados y el Estado de la nacionalidad que solicite la protección, podría aplicarse a las sociedades, por lo que Bélgica, que tenía un vínculo genuino con la Barcelona Traction, dado que sus nacionales poseían el 88% de las acciones de la sociedad, era el Estado al que correspondía ejercer la protección diplomática. No obstante, la Corte no desestimó la aplicación del criterio del vínculo efectivo a las sociedades, ya que consideró que en el asunto existía un vínculo estrecho y permanente entre la Barcelona Traction y el Canadá, en donde se encontraba su

[4] *Barcelona Traction*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 6; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 93.

[5] *Barcelona Traction*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 34, párr. 40.

[6] Ibíd., párr. 41.

[7] Ibíd., pág. 35, párr. 44.

[8] Ibíd., pág. 36, párr. 47.

[9] Ibíd., pág. 37, párr. 50.

[10] Ibíd., pág. 42, párr. 70, y pág. 46, párr. 88.

[11] Ibíd., pág. 39, párr. 60.

[12] Ibíd., pág. 40, párr. 61.

[13] Ibíd., pág. 47, párr. 90.

[14] Ibíd., pág. 40, párr. 63.

[15] Ibíd., págs. 40 y 41, párrs. 64 a 68.

[16] Ibíd., pág. 48, párr. 92.

[17] Ibíd.

[18] Ibíd., párrs. 92 y 93, y pág. 50, párr. 101.

[19] Por una serie de razones, incluida la inexistencia de un tratado entre el Canadá y España reconociendo la competencia de la CIJ, el Canadá se negó a incoar un procedimiento en nombre de la Barcelona Traction (ibíd., pág. 45, párrs. 81 a 83).

[20] Ibíd., pág. 49, párr. 96.

[21] Segunda fase, fallo, C.I.J. Recueil 1955, pág. 4; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 46.

domicilio social y en donde se habían celebrado durante muchos años las reuniones de su junta[22].

10. Para llegar a la decisión de que el Estado de constitución de la sociedad es aquel al que corresponde ejercer la protección diplomática en caso de que la sociedad vea lesionados sus intereses, y no el Estado o Estados de la nacionalidad de los accionistas, la CIJ se guió por una serie de consideraciones de política. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que tiene actividades en el extranjero, asumen riesgos, incluido el riesgo de que la sociedad pueda declinar, en ejercicio de su facultad discrecional, el derecho a que se ejerza protección diplomática en su nombre[23]. 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 parte de diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades[24]. En relación con esta cuestión, la Corte señaló que si el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenía competencia para actuar en nombre de éstos no había razón para que cada uno de los accionistas no pudiera tener ese derecho[25]. En tercer lugar, la Corte se mostró reticente a aplicar a las sociedades y a los accionistas por analogía las normas relativas a la doble nacionalidad y permitir que los Estados de ambas nacionalidades ejerciesen la protección diplomática[26].

2. Opiniones separadas

11. Aunque se desestimó la reclamación del Gobierno de Bélgica por 15 votos a 1 (el magistrado *ad hoc* belga, Riphagen), hubo desacuerdo generalizado entre los magistrados respecto de la argumentación de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, lo que se puso de manifiesto por el hecho de que 8 de los 16 magistrados emitieran opiniones separadas, de las que 5 (incluida la del magistrado *ad hoc* Riphagen) apoyaban el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a conceder la protección diplomática.

12. El magistrado Tanaka consideró que «el derecho internacional consuetudinario no prohíbe la protección de los accionistas por su Estado de nacionalidad, aun cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad tenga el derecho de protección de ésta»[27], y añadió que:

> Es cierto que no hay ninguna norma de derecho internacional que permita dos tipos de protección diplomática a una sociedad y a sus accionistas respectivamente, pero tampoco hay ninguna norma de derecho internacional que prohíba la doble protección[28].

Aunque los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Gros no fueron tan lejos como el magistrado Tanaka, se mostraron claramente en desacuerdo con la filosofía y el razonamiento de la mayor parte de la decisión y entendieron que, en ciertas circunstancias, en particular cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad es el Estado que comete la infracción[29], el Estado de la nacionalidad de los accionistas tenía derecho a ejercer la protección diplomática. El magistrado Gros incluso acusó a la CIJ de estar ciega ante la realidad de las inversiones modernas y dijo que:

> El fundamento de una norma de derecho internacional económico debe ajustarse a las realidades económicas. El simple vínculo de nacionalidad de una sociedad puede no reflejar un verdadero vínculo económico. Entre los dos criterios, el magistrado debe elegir el de la prueba en que coinciden el derecho y los hechos: es al Estado cuyos intereses económicos nacionales se vean de hecho perjudicados al que corresponde el derecho de iniciar actuaciones judiciales[30].

13. En contraste con esta opinión, los magistrados Morelli[31], Padilla Nervo[32] y Ammoun[33] no sólo apoyaron el razonamiento de la CIJ sino que rechazaron la sugerencia de que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pudiera iniciar actuaciones judiciales cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad fuera el Estado infractor. El magistrado Padilla Nervo habló en nombre de los Estados en desarrollo cuando dijo que:

> No son los accionistas de las grandes sociedades los que necesitan protección diplomática, sino los Estados más pobres o más débiles en los que tienen lugar las inversiones los que la necesitan para protegerse de abusos por parte de grupos financieros poderosos o de presiones diplomáticas infundadas de gobiernos que parecen estar dispuestos siempre a apoyar a toda costa a los accionistas que tienen su nacionalidad[34].

3. Críticas a la decisión de la CIJ

14. La decisión de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* ha sido objeto de gran número de críticas. A continuación se exponen algunas de las que deberían tenerse en cuenta a la hora de encontrar la formulación de una norma satisfactoria sobre el tema de la protección diplomática de las sociedades y/o sus accionistas.

15. La regla expuesta en el caso *Barcelona Traction* proviene de principios generales del derecho de sociedades reconocidos por las naciones civilizadas más que del derecho internacional consuetudinario. De haber tenido en cuenta la CIJ la práctica estatal recogida en tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones y en los acuerdos de arreglo mediante el pago de sumas fijas así como las decisiones arbitrales en las que se interpretan dichos tratados, en lugar de considerarlos como *lex specialis*, habría encontrado pruebas suficientes de una norma de derecho internacional consuetudinario en favor de las reclamaciones de los accionistas. Según Lillich, la Corte rechazó de forma sumaria como irrelevante toda la práctica internacional tradicional que regula las reclamaciones de los accionistas y perdió una oportunidad excelente de imprimir un carácter judicial al desarrollo de una norma de derecho internacional consuetudinario sobre las reclamaciones de los accionistas, prefiriendo remitirse exclusivamente al derecho nacional en materia de sociedades, en virtud del cual el perjuicio causado a una sociedad no

[22] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 42, párrs. 70 y 71.
[23] Ibíd., pág. 35, párr. 43, pág. 46, párrs. 86 y 87, y pág. 50, párr. 99.
[24] Ibíd., págs. 48 y 49, párrs. 94 a 96.
[25] Ibíd., pág. 48, párrs. 94 y 95.
[26] Ibíd., pág. 38, párr. 53, y pág. 50, párr. 98.
[27] Ibíd., pág. 134. Véase también la página 130.
[28] Ibíd., pág. 131.
[29] Ibíd., magistrados Fitzmaurice, págs. 72 a 75, y Jessup, págs. 191 a 194.
[30] Ibíd., pág. 279.
[31] Ibíd., págs. 240 y 241.
[32] Ibíd., pág. 257.
[33] Ibíd., pág. 318.
[34] Ibíd., pág. 248.

da lugar en general a un derecho que puedan ejercer los accionistas[35]. En su crítica a la Corte, Lillich se hizo eco de la declaración del magistrado Wellington Koo cuando el caso *Barcelona Traction* se presentó por primera vez ante la CIJ en 1964, en la que dijo que:

> [H]ay numerosas pruebas en la práctica estatal, las disposiciones de los tratados y las decisiones arbitrales que permiten afirmar la existencia implícita de una norma de derecho internacional que reconoce el derecho de todo Estado a proteger a sus nacionales, accionistas de una sociedad extranjera, frente a otro Estado infractor, independientemente de que ese otro Estado sea el Estado de la nacionalidad de la sociedad o no, por los daños sufridos como consecuencia del perjuicio ocasionado a la sociedad[36].

16. El fallo *Barcelona Traction* estableció una norma inaplicable[37]. En la práctica, los Estados no ejercerán la protección diplomática tomando únicamente como base el lugar de constitución, es decir, en caso de que no exista ningún vínculo efectivo como resultado de una participación nacional importante en la sociedad. No es realista esperar que un Estado dedique tiempo, energía, dinero e influencia política a una sociedad que ha sido lesionada en sus intereses en el extranjero si no tiene un vínculo material con la sociedad. Del mismo modo, no es realista esperar que un Estado demandado acepte un vínculo tan insignificante como el lugar de constitución como vínculo efectivo necesario que le dé derecho a presentar una reclamación internacional. Ello explica la razón de que, en la práctica, muchos Estados hayan observado que no ejercerán la protección diplomática en nombre de una sociedad con la que no tengan una relación[38] de control económico (participación dominante en el capital social o propiedad de los beneficios), domicilio social (sede o centro de administración) o una combinación de ambos. La práctica de la era posterior al fallo *Barcelona Traction* muestra que los Estados adoptan una serie de enfoques a la hora de decidir si respaldan la reclamación de una sociedad contra otro Estado[39]. Algunos Estados, como el Reino Unido[40] y los Estados Unidos[41], exigen que exista un vínculo verdadero y sólido con la sociedad, mientras que otros hacen hincapié en el domicilio social o en el control económico. En resumen, pruebas como el control, el domicilio social o la participación mayoritaria en las acciones, que dejan clara la existencia de un vínculo efectivo entre el Estado que ejerce la protección diplomática y la sociedad, gozan de mayor apoyo que la del vínculo débil y neutro del lugar de constitución.

17. En apoyo a las críticas del párrafo anterior cabe mencionar la práctica posterior de los Estados respecto de los acuerdos de sumas fijas y los tratados sobre inversiones. En los informes provisionales presentados al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, en su 70.ª Conferencia celebrada en 2002 en Nueva Delhi[42], Bederman y Kokott insistieron en que los Estados han regulado de manera deliberada estas cuestiones para evitar lo dispuesto por la CIJ en el fallo *Barcelona Traction*.

18. En su informe provisional sobre acuerdos de sumas fijas y protección diplomática, Bederman señala que el derecho de las sociedades a presentar reclamaciones en virtud de dichos acuerdos con posterioridad al fallo *Barcelona Traction* se basa con más frecuencia en el domicilio social de la sociedad, el control o la mayoría de las acciones que en el lugar de constitución simplemente[43]. Además, generalmente se permite a los accionistas que presenten sus reclamaciones con arreglo a las condiciones de los acuerdos que disponen la resolución de las reclamaciones relativas a lesiones de sus bienes, derechos e intereses con arreglo al derecho del Estado demandado[44]. Todo ello lo lleva a la conclusión de que las normas relativas a las sociedades y sus accionistas parecen haberse flexibilizado enormemente y, por tanto, ahora puede cuestionarse la base fundamental del fallo *Barcelona Traction* (al menos con arreglo a lo que se recoge en los acuerdos de sumas fijas)[45].

19. En el informe provisional sobre el papel de la protección diplomática en el ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, Kokott adopta un enfoque similar. En este informe se indica que el carácter discrecional de la protección diplomática y la norma restrictiva establecida en el fallo *Barcelona Traction* han llevado a los Estados a recurrir a tratados bilaterales de inversiones[46], que permiten a los inversores resolver sus controversias con el Estado anfitrión respecto de las inversiones ante tribunales especiales de arbitraje o recurriendo al CIADI, establecido en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Kokott concluye diciendo que:

> No es necesario llegar a decir que la protección diplomática y las normas que rigen la protección de inversiones extranjeras son excluyentes. No obstante, la conclusión podría parecer desalentadora desde el punto de vista del que quiera argumentar que la protección diplomática debería desempeñar un papel importante en el derecho actual en materia de inversiones extranjeras. El análisis del régimen de los tratados bilaterales sobre inversiones así como los enfoques multilaterales han puesto de manifiesto que la protección diplomática no desempeña un papel importante entre los medios existentes para el arreglo de controversias. En términos generales, tanto en los acuerdos bilaterales como en los multilaterales se prefieren procedimientos alternativos de arreglo

[35] «The Rigidity of Barcelona», págs. 525 y 531. Véase también Higgins, «Aspects of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.», pág. 331; y las contribuciones de Domke (pág. 343), Weston (pág. 344) y Caflisch (pág. 345) a la «Round table—toward more adequate diplomatic protection of private claims: 'Aris Gloves', 'Barcelona Traction' and beyond».

[36] *C.I.J. Recueil 1964* (véase la nota 4 *supra*), pág. 63.

[37] Metzger, «Nationality of corporate investment under investment guarantee schemes: the relevance of Barcelona Traction», pág. 541.

[38] Ibíd. Véase el cuadro adjunto al artículo de Metzger, págs. 542 y 543, en el que se muestra que para que una sociedad pueda optar a planes de garantía de inversiones los Estados exigen generalmente algún vínculo sólido entre el Estado y la sociedad.

[39] Brownlie, *Principles of Public International Law*, págs. 487 a 489.

[40] Véanse las reglas aplicables a las reclamaciones internacionales, dictadas por el Reino Unido en 1985, reproducidas en Warbrick, «Protection of nationals abroad», págs. 1006 y 1007 (observaciones sobre la regla IV).

[41] Véase la declaración de los Estados Unidos el 1.º de noviembre de 2002, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párrs. 50 a 56.

[42] ADI, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi, 2-6 April 2002*, pág. 228.

[43] Ibíd., págs. 252 y 253.

[44] Ibíd., págs. 253 a 255.

[45] Ibíd., pág. 258.

[46] Ibíd., pág. 265.

de controversias y se permite a los inversores recurrir a los órganos internacionales de arbitraje. De esa forma se les reconoce con arreglo al derecho internacional y se evita recurrir a la protección diplomática. Este informe demuestra que este sistema ofrece una serie de ventajas en comparación con la necesidad de depender de la voluntad (o la capacidad) de un Estado para ejercer la protección diplomática.

Parece haber una gran falta de confianza en la protección diplomática, en lo que respecta a la falta de certeza política, a su carácter discrecional y a su capacidad para proteger a los accionistas extranjeros con arreglo a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia. ¿Cuál es la consecuencia de ello? Parece haber dos opciones diferentes. Una de ellas podría ser exigir un cambio de las normas que regulan la protección diplomática a fin de que se ajusten a las necesidades de los inversores. No obstante, esta opción no parece ser realista porque no tiene en cuenta la existencia de una serie de acuerdos bilaterales, junto con otros acuerdos multilaterales. Tarde o temprano surgirá un sucesor de los acuerdos multilaterales sobre inversiones. Tomando como base estas consideraciones, hay una segunda opción más realista: aceptar que, en el contexto de las inversiones extranjeras, el derecho tradicional de protección diplomática ha sido sustituido en gran medida por una serie de procedimientos de arreglo de controversias basados en tratados[47].

20. El tratamiento dado por la CIJ a la importancia del caso *Nottebohm*[48] para la protección diplomática de las sociedades dista de ser satisfactorio[49]. Por una parte, en el fallo parece rechazarse la aplicación a las sociedades del criterio del vínculo efectivo con arreglo a la conclusión de que en particular en el ámbito de la protección diplomática de las sociedades, ninguna prueba absoluta de vínculo efectivo ha logrado la aceptación general[50] y de que no existe analogía entre las cuestiones planteadas en los casos *Barcelona Traction* y *Nottebohm*. Por otra parte, la Corte examina los vínculos existentes entre la sociedad Barcelona Traction y el Canadá (lugar de constitución, domicilio social, contabilidad, registros de las acciones, reuniones de la junta e inclusión en las listas de las autoridades fiscales canadienses) y llega a la conclusión de que se ha establecido un vínculo estrecho y permanente entre el Canadá y la sociedad[51].

21. La importancia del concepto de vínculo efectivo del caso *Nottebohm* para las sociedades se ve confirmada por las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice[52], Jessup[53], Padilla Nervo[54] y Gros[55]. Tomando como base la conclusión de la CIJ de que existía «un vínculo estrecho y permanente»[56] entre el Canadá y la sociedad, Mann[57] ha sugerido que la Corte entendió que el Estado de la nacionalidad de los accionistas puede ejercer el derecho de protección cuando el Estado de constitución de la sociedad carezca de legitimidad para actuar en nombre de ella por falta de un vínculo suficiente con la sociedad.

22. En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ reconoció que el Estado de la nacionalidad de los accionistas podía ejercer la protección diplomática en tres supuestos: primero, cuando se lesionan los derechos directos de los accionistas[58]; segundo, cuando la sociedad deja de existir[59], y tercero, cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad es el Estado infractor[60]. Ninguna de estas excepciones a la norma que favorece la protección diplomática por parte del Estado de constitución de la sociedad se examina debidamente[61]. La debilidad del argumento de la Corte sobre esta cuestión se estudiará más adelante cuando se examinen las normas que permiten la protección diplomática de los accionistas.

23. Finalmente, la CIJ no justifica adecuadamente su argumento sobre las consideraciones de política que se describen en el párrafo 10 *supra*. ¿Por qué cabe esperar que los accionistas que invierten en una sociedad que lleva a cabo actividades en el extranjero asuman el riesgo de que la inversión fracase? La existencia de tratados bilaterales de inversión diseñados para proteger las inversiones extranjeras parece contradecir esta filosofía[62]. ¿Por qué cabe esperar que la perspectiva de múltiples reclamaciones por parte de los accionistas contra un Estado infractor cree una atmósfera de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales?[63]. ¿Por qué las normas de doble protección aplicables a las personas físicas y a las organizaciones internacionales[64] no se aplican igualmente a las sociedades y a sus accionistas? No basta simplemente con argumentar que no hay analogía entre ambas situaciones[65].

4. Autoridad del fallo *Barcelona Traction*

24. Las decisiones de la CIJ no son vinculantes para la Comisión. Aunque hay una reticencia comprensible por parte de la Comisión a rechazar dichas decisiones, debe recordarse que en los últimos años se ha limitado notablemente el ámbito de una importante decisión dominante durante más de 40 años, el fallo *Nottebohm*[66], y que se ha rechazado de manera expresa otra decisión dominante durante más de 30 años, el fallo *Sud-Ouest africain*[67]. El fallo *Barcelona Traction* no es sacrosanto ni intocable. Por tanto, la Comisión, tras un examen detenido, puede decidir no seguirlo. Dicha decisión podría basarse en críticas como las descritas anteriormente respecto del fallo; en el aparente fracaso de la CIJ en debatir a fondo las

[47] Ibíd., págs. 276 y 277; véase también Murphy «The *ELSI* case: an investment dispute at the International Court of Justice», pág. 392.

[48] Véase la nota 21 *supra*.

[49] Brownlie, *op. cit.*, págs. 490 y 491, y Watts, «Nationality of claims: some relevant concepts», págs. 432 y 433.

[50] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 42, párr. 70.

[51] Ibíd., párr. 71.

[52] Ibíd., pág. 80.

[53] Ibíd., pág. 186.

[54] Ibíd., pág. 254.

[55] Ibíd., pág. 281.

[56] Ibíd., pág. 42, párr. 71.

[57] «The protection of shareholders' interests in the light of the Barcelona Traction case», págs. 264, 269 y 273.

[58] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 36, párr. 47.

[59] Ibíd., págs. 40 y 41, párr. 64 a 68.

[60] Ibíd., pág. 48, párr. 92.

[61] Mann, «The protection of shareholders' interests…», págs. 265 a 272.

[62] Véase la opinión separada del magistrado Gros, *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 275.

[63] Ibíd., pág. 49, párr. 96.

[64] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 185; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[65] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 38, párr. 53.

[66] Véase la nota 21 *supra*; y *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 6 del comentario al artículo 3 [5].

[67] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1966*, pág. 6; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 96. Véase asimismo *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 135, comentario al artículo 48, nota 725.

cuestiones planteadas[68], o en el hecho de que la Corte no estuviera codificando derecho internacional sino resolviendo una controversia concreta, por lo que su decisión debe considerarse que versa sobre hechos concretos y que no es una regla general aplicable a todas las situaciones. La última de las razones para no seguir el fallo *Barcelona Traction* cuenta con cierto apoyo en la decisión de una de las Salas de la propia CIJ, en el caso *ELSI*[69].

5. El caso *ELSI*

25. Aunque en el fallo *Barcelona Traction* se estipula que un Estado cuyos nacionales tengan la mayoría de las acciones de una sociedad no puede presentar una reclamación por los daños y perjuicios ocasionados a la propia sociedad, en el caso *ELSI*, una de las Salas de la CIJ permitió que los Estados Unidos presentasen una reclamación contra Italia por los daños y perjuicios sufridos por una sociedad italiana de la que todas las acciones eran propiedad de dos sociedades americanas. (No obstante, la Sala rechazó la reclamación de los Estados Unidos respecto del fondo, sobre la base de que, de acuerdo a los hechos del caso, la conducta de Italia no constituía un incumplimiento del tratado de amistad, comercio y navegación[70] en cuestión.) Sorprendentemente, la Sala evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del caso *Barcelona Traction*, pese a que Italia alegó que la sociedad cuyos derechos habían sido supuestamente lesionados era italiana, y que los Estados Unidos trataban de proteger los derechos de accionistas de la sociedad[71].

26. El magistrado Oda insistió en el hecho de que el fallo *Barcelona Traction* era relevante en el caso *ELSI* y formuló una opinión separada en la que alegó que las sociedades estadounidenses que poseían la sociedad italiana eran simplemente accionistas de la sociedad italiana, por lo que los Estados Unidos no podían ofrecerles protección diplomática[72]. Hay acuerdo general en que el silencio de la Sala de la CIJ supone la no aceptación de este argumento, pese a que se basa en el fallo *Barcelona Traction*[73].

27. El hecho en que el fallo *ELSI* no se refiriera al fallo *Barcelona Traction* puede explicarse por una serie de razones[74]. En primer lugar, a la Sala de la CIJ no le competía realizar una evaluación del derecho internacional consuetudinario (como en el caso *Barcelona Traction*), sino interpretar un tratado de amistad, comercio y navegación[75] que, al igual que un tratado bilateral de inversiones, recogía la protección de los accionistas de los Estados Unidos en el extranjero. Si la Sala hubiese considerado inadmisible la reclamación de los Estados Unidos porque éstos no podían proteger a sociedades estadounidenses que tuvieran acciones en una sociedad italiana, se hubiese puesto en peligro el valor de los tratados bilaterales de inversiones que, entre otras cosas, tienen la finalidad de proteger[76] a los accionistas nacionales que controlan sociedades constituidas en el Estado en que tiene lugar la inversión. En segundo lugar, este caso conllevaba posiblemente la violación de los derechos directos de los accionistas, una excepción reconocida en el fallo *Barcelona Traction*[77]. En tercer lugar, podía haberse argumentado que se trataba de un caso en que la sociedad había dejado de existir porque estaba siendo liquidada, otra excepción a la norma general del fallo *Barcelona Traction*. En cuarto lugar, podía alegarse[78] que en este caso la Sala dio una respuesta afirmativa a la pregunta que quedó sin contestar en el caso *Barcelona Traction*: si el Estado de la nacionalidad de los accionistas podía protegerlos cuando la sociedad se veía lesionada en sus intereses por el Estado de constitución.

28. Aunque puede explicarse la no aplicación en el caso *ELSI* de la regla establecida en el caso *Barcelona Traction*, el hecho incontestable es que la Sala de la CIJ no siguió la regla, el razonamiento ni la filosofía del fallo *Barcelona Traction*. Por tanto, es comprensible que se entienda como un alejamiento de la regla *Barcelona Traction*[79].

6. Treinta años de aplicación del fallo *Barcelona Traction*

29. El fallo *Barcelona Traction* es sin duda una decisión judicial importante, aunque su importancia no pueda equipararse a la convicción de sus argumentos ni al interés por proteger las inversiones extranjeras. Por tanto, la Comisión podría sentirse impulsada a apartarse de dicha decisión y formular una norma que se adecue más a las realidades de las inversiones extranjeras y aliente a los inversores extranjeros a volver a los procedimientos de la protección diplomática para resolver sus problemas en lugar de acogerse a la protección de los tratados bilaterales de inversiones. Por otra parte, hay que reconocer que, pese a sus defectos, el fallo *Barcelona Traction* se considera en la actualidad, 30 años después, no sólo una declaración precisa del derecho relativo a la protección diplomática de las sociedades sino un verdadero reflejo del derecho internacional consuetudinario. La práctica de los Estados en lo que respecta a la protección diplomática de las

[68] Véase la crítica de los debates de la CIJ en el caso *Barcelona Traction* en la opinión separada del magistrado Fitzmaurice, *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 86, párr. 37.

[69] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 252.

[70] Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana (Roma, 2 de febrero de 1948), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 79, n.º 1040, pág. 171.

[71] *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 69 *supra*), págs. 64 y 79, párrs. 106 y 132, respectivamente.

[72] Ibíd., págs. 87 y 88.

[73] Véase la opinión en disidencia del magistrado Schwebel, ibíd., pág. 94; Jennings y Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, pág. 520; Murphy, *loc. cit.*, pág. 420; McCorquodale, «Expropiation rights under a treaty – exhausted and naked», pág. 199; Kubiatowski, «The case of Elettronica Sicula S.p.A.: toward greater protection of shareholders' rights in foreign investments», pág. 234; y Mann; «Foreign investment in the International Court of Justice: the *ELSI* case», pág. 100.

[74] Véase, en general, sobre esta decisión, Stern, «La protection diplomatique des investissements internationaux: de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse».

[75] Véase la nota 70 *supra*.

[76] Gill, «Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States *v.* Italy)», págs. 257 y 258. Véase también Mann, «Foreign investment…».

[77] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 36, párr. 47. Véase también sobre esta cuestión: Lowe, «Shareholders' rights to control and manage: from Barcelona Traction to ELSI». Véase además Watts, *loc. cit.*, pág. 435, nota 56.

[78] Dinstein, «Diplomatic protection of companies under international law», pág. 512.

[79] Murphy, *loc. cit.*, págs. 419 y 420.

sociedades se sigue guiando hoy día por la regla *Barcelona Traction*[80]. Esto quedó claramente demostrado en la respuesta de los delegados de la Sexta Comisión a la pregunta de si la regla *Barcelona Traction* debería reconsiderarse[81]. De los 15 delegados que tomaron la palabra sobre el tema, sólo 1 de ellos[82] sugirió que debería reconsiderarse el fallo *Barcelona Traction*. Lamentablemente, menos uno, todos los delegados que hicieron uso de la palabra sobre este tema representaban a Estados desarrollados. No obstante, es poco probable que los Estados en desarrollo muestren mucho entusiasmo por una norma que sustituya a la decisión *Barcelona Traction* y que conceda más protección a los accionistas de sociedades extranjeras[83]. Las doctrinas de «los publicistas de mayor competencia», para utilizar el lenguaje del Artículo 38, párr. 1, apdo. *d*, del Estatuto de la CIJ, no muestran en general una aceptación sin críticas de la regla *Barcelona Traction*. No obstante, la consideran una decisión clave en lo que respecta a la protección diplomática de las sociedades y un punto de partida de cualquier debate sobre el tema[84].

[80] Véanse las reglas aplicables a las reclamaciones internacionales, dictadas por el Reino Unido en 1985, reproducidas en Warbrick, *loc. cit.*, regla IV, que dispone que el Reino Unido podrá asumir la reclamación de una sociedad constituida en el Reino Unido y que dice expresamente, en la observación correspondiente, que se basa en la regla *Barcelona Traction* (pág. 1007).

[81] Sobre este tema se plantearon a los Estados las cuestiones siguientes:

«En el asunto de la *Barcelona Traction*, la CIJ estatuyó que el Estado en que se hubiere constituido una sociedad y en que se hallare establecido su domicilio social tenía derecho a ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad. El Estado de nacionalidad de los accionistas no tiene derecho a ejercer la protección diplomática, salvo quizás:

a) si los derechos que han sido directamente lesionados son los de los accionistas;

b) si la sociedad ha cesado de existir en su lugar de constitución;

c) si el Estado de constitución es el Estado responsable de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito respecto de la sociedad.

¿Debería el Estado de nacionalidad de los accionistas tener derecho a ejercer la protección diplomática en otros supuestos? Por ejemplo, ¿debería el Estado de nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas de una sociedad poseer ese derecho? ¿O debería el Estado de nacionalidad del grupo mayoritario de accionistas de una sociedad poseer un derecho subsidiario a ejercer la protección diplomática en los casos en que el Estado en que se hubiera constituido la sociedad se negase a ejercer, o no ejerciese, la protección diplomática?».

(*Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 28).

[82] Los Países Bajos dijeron que las normas propugnadas en el caso *Barcelona Traction* no eran «totalmente satisfactorias» e instaron a que se estableciera un derecho subsidiario de protección de los accionistas (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Sexta Comisión*, 16.ª sesión (A/C.6/58/SR.16), párrs. 54 y 56). Véase también, en general, Alemania, ibíd., *quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/57/SR.20), párrs. 25 y 26. Los Estados Unidos, si bien apoyaban la decisión *Barcelona Traction*, declararon que tienen en cuenta la nacionalidad de los accionistas al decidir el ejercicio de la protección diplomática, e instaron a que se protegiera a los accionistas cuando el Estado de la nacionalidad sea el responsable de las lesiones ocasionadas a la sociedad (ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 52).

[83] Abi-Saab, «The international law of multinational corporations: a critique of American legal doctrines», págs. 121 y 122.

[84] Jennings y Watts (eds.), *op. cit.*, págs, 515 a 522; Daillier y Pellet, *Droit International Public (Nguyen Quoc Dinh)*, pág. 773; Shaw, *International Law*, pág. 566; Brownlie, *op. cit.*, págs. 491 a 495; Kooijmans, *Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht*, pág. 116; Shearer, *Starke's International Law*, págs. 286 y 287; y Caflisch «The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona Traction case».

C.—Opciones de que dispone la Comisión

30. Antes de proponer la formulación de una norma o normas sobre la nacionalidad de las sociedades y la protección diplomática de las sociedades y sus accionistas, el Relator Especial considera necesario clarificar las opciones de que dispone la Comisión, que son las siguientes:

a) El Estado de constitución, con sujeción a las circunstancias excepcionales previstas en el caso *Barcelona Traction* para la protección de los accionistas;

b) El Estado en que se haya constituido la sociedad y con el que tenga un vínculo efectivo (normalmente en forma de control económico), también con sujeción a los casos excepcionales previstos en el caso *Barcelona Traction* para la protección de los accionistas;

c) El Estado del domicilio social o la sede;

d) El Estado en que radica el control económico de la sociedad;

e) El Estado de constitución y el Estado del control económico, lo cual permitiría una forma de doble protección, similar a la que se aplica en el caso de la doble nacionalidad de las personas físicas;

f) El Estado de constitución, en primera instancia y, en caso de que éste no ejerciese la protección, el Estado de control económico, que poseería un derecho subsidiario a ejercer dicha protección;

g) Los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas.

A continuación se analizan más detenidamente dichas opciones.

1. Opción *a*: el Estado de constitución

31. Únicamente el Estado en que está constituida la sociedad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática respecto de un perjuicio causado a dicha sociedad, con sujeción a las excepciones expuestas en el caso *Barcelona Traction*, y que permiten al Estado de la nacionalidad de los accionistas de la sociedad ejercer la protección diplomática en su nombre. Puede decirse que esta opción es la regla del caso *Barcelona Traction*. Ya se han analizado anteriormente las ventajas e inconvenientes de dicha regla.

2. Opción *b*: el Estado de constitución y el Estado de vínculo efectivo

32. El Estado en que está constituida la sociedad y con el que ésta mantiene un «vínculo efectivo» en el sentido descrito en el caso *Nottebohm*[85] puede ejercer la protección diplomática en nombre de la sociedad, con sujeción a las excepciones en favor de las reclamaciones de los accionistas reconocidas en el caso *Barcelona Traction*. Esta propuesta refleja en cierta medida la práctica de los

[85] Véase la nota 21 *supra*.

Estados, puesto que muchos Estados rehúsan ejercer la protección diplomática en nombre de una sociedad con la que no mantienen un vínculo efectivo en forma de participación mayoritaria, control económico o domicilio social[86]. La principal desventaja de dicha norma es que muchas sociedades están constituidas en Estados con los cuales no tienen una verdadera relación, a fin de obtener ventajas fiscales. A los efectos de la protección diplomática, dichas sociedades se convierten en sociedades apátridas. Esa consecuencia no pareció inquietar a los magistrados Padilla Nervo[87], Petrén u Onyeama[88]. Por otra parte, sería claramente contraria al razonamiento de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, que se basaba en la noción de que un Estado (el Canadá), tenía el derecho de proteger a la sociedad[89], y contraria también a la tendencia actual del derecho internacional hacia una mayor protección de los derechos de los particulares[90]. Otra dificultad de dicha norma es la que plantea Staker:

> La existencia de una regla del vínculo efectivo también daría lugar a la cuestión del momento en que dicho vínculo debe existir. ¿Es necesario que exista un vínculo efectivo con el Estado de constitución solamente en el momento de la constitución o solamente en el momento en que se cuestione su existencia (de modo que se pueda reconocer si existe un vínculo efectivo al producirse el perjuicio y al presentar la reclamación, aun cuando no existiera ninguno en el momento mismo de la constitución), o es necesario que dicho vínculo exista continuamente desde el momento de la constitución hasta el de la presentación de la reclamación?»[91].

3. Opción *c*: el Estado del domicilio social o la sede

33. Entre las autoridades en la materia se apoya la opinión de que una sociedad debería adoptar la nacionalidad de su domicilio social[92] o sede, criterios que se emplean normalmente en los países donde rigen el derecho romano (domicilio social) y el derecho anglosajón (sede) para vincular a una sociedad con un Estado a los efectos del derecho internacional privado[93]. Se han expresado dudas sobre la pertinencia de aplicar criterios del derecho *privado* a un problema de derecho internacional *público*[94]. Además, como se ha demostrado en las decisiones de los tribunales arbitrales, existe normalmente una estrecha correlación entre el domicilio social o la sede y el lugar de constitución[95].

4. Opción *d*: el Estado del control económico

34. Existe un apoyo considerable a la opinión de que la función de la protección diplomática se debería confiar al Estado del control económico. Lamentablemente, esta opinión se apoya en gran medida en legislación y decisiones, promulgadas principalmente después de la Primera Guerra Mundial, en las que se empleó el criterio del control *efectivo* para determinar el carácter enemigo de determinadas sociedades[96]. Como afirma O'Connell, «como criterio análogo a los efectos de determinar la protección diplomática, la teoría del control con fines de guerra económica carece prácticamente de valor»[97], opinión compartida por la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[98].

35. A pesar de lo erróneo de esa analogía existen fundadas razones para proponer que el Estado del control *económico* sea el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática, lo cual está más acorde con la realidad económica de las inversiones extranjeras, puesto que en éstas, el Estado de la nacionalidad de los accionistas tiene normalmente más interés en obtener reparación que el Estado de constitución, que tal vez tiene sólo un interés marginal, como ocurrió con el Canadá en las actuaciones del caso *Barcelona Traction*. De esta forma, se reduce sustancialmente la amenaza constante en esta rama del derecho de que el Estado, haciendo uso de su facultad discrecional, decline ejercer la protección diplomática. Aceptar el Estado del control económico como protector de la sociedad equivale a reconocer la importancia de un vínculo efectivo o auténtico entre el Estado protector y la persona jurídica lesionada, consideración que tuvo presente la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[99]. Además, con este criterio, que limita la intervención diplomática a un solo Estado, se evita el problema de las múltiples reclamaciones que se podrían presentar si al Estado de la nacionalidad de cada accionista le fuera permitido ejercer la protección diplomática. El criterio del control económico también viene apoyado por consideraciones de derechos humanos, puesto que no se debería privar al inversionista extranjero de su derecho de protección.

---

[86] Véase también Harris, «The protection of companies in international law in the light of the *Nottebohm* case».

[87] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 254.

[88] Ibíd., pág. 52, declaración conjunta de los magistrados Petrén y Onyeama.

[89] Ibíd., pág. 48, párr. 94, en que la Corte afirma que «la consideración de la equidad no puede exigir más que la posibilidad de que intervenga un Estado protector». Véase también la declaración del magistrado Lachs, ibíd., pág. 52, donde afirma que la existencia del derecho del Canadá de proteger a la sociedad es «una premisa fundamental del razonamiento de la Corte».

[90] Staker, «Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes», pág. 159.

[91] Ibíd., pág. 163.

[92] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 42, párr. 70.

[93] O'Connell, *International Law*, pág. 1041; Levy, *La nationalité des sociétés*, págs. 183 a 196; y Harris, *loc. cit.*, págs. 295 a 301.

[94] O'Connell, *International Law*, págs. 1041 y 1042.

[95] Esta es la conclusión alcanzada por Schwarzenberger, *International Law*, págs. 393 a 397, después de examinar los casos *Canevaro* (Italia *c.* Perú), laudo de 3 de mayo de 1912 (Naciones Unidas, RSA, vol. XI (n.º de venta 1961.V.4), pág. 397); *La Suédoise Grammont* v. *Roller, Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix*, París, Sirey, 1921, vol. III, pág. 570; *Mexico Plantagen G.m.b.H.*, caso n.º 135, *Annual Digest of Public International Law Cases, 1931-1932*, Londres, Buttersworths, 1938; *F. W. Flack, on behalf of the estate of the late D. L. Flack (Great Britain)* v. *United Mexican States*, laudo de 16 de diciembre de 1929 (Naciones Unidas, RSA, vol. V (n.º de venta 1952.V.3), pág. 61); *The Madera Company (Ltd.) (Great Britain)* v. *United Mexican States*, laudo de 13 de mayo de 1931, ibíd., pág. 156; y *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Limited), and the Mexican Eastern Railway Company (Limited) (Great Britain)* v. *United Mexican States*, laudo de 19 de junio de 1931, ibíd., pág. 178.

[96] Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, págs. 27 a 29; McNair y Watts, *The Legal Effects of War*, y *Daimler Company, Limited* v. *Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Limited, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council*, Londres, 1916, pág. 307. Las Naciones Unidas también han empleado un criterio similar respecto de su resolución por la cual se imponían sanciones económicas contra la Jamahiriya Árabe Libia (resolución 883 (1993) del Consejo de Seguridad de 11 de noviembre de 1993). Véase también el análisis de dicha resolución del Sr. Mikulka, Relator Especial, en su cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, *Anuario ... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/489, párrs. 15 a 17.

[97] *International Law*, pág. 1042.

[98] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 39 y 40, párr. 60.

[99] Ibíd., pág. 42, párrs. 70 y 71.

36. Definir el control no es tarea fácil, como han señalado los académicos[100]. Aquí compiten dos criterios: la participación mayoritaria, es decir, la propiedad de más del 50% de las acciones, y el predominio de acciones. Si se acepta el primer criterio, la regla puede crear una sociedad apátrida respecto de la cual ningún Estado podría presentar una reclamación. Por lo tanto, es preferible el criterio del predominio, en virtud del cual el Estado cuyos nacionales poseen el mayor número de acciones en la sociedad tendría el derecho de ejercer la protección diplomática. Una alternativa sería formular un criterio según el cual se evaluaría el control teniendo en cuenta tanto los accionistas mayoritarios como el predominio de acciones. Orrego Vicuña, en su informe provisional al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, ha sugerido la posibilidad de redactar una norma a favor de la protección diplomática por parte del Estado del control en los siguientes términos:

> El control de una sociedad extranjera por accionistas de una nacionalidad diferente, expresado como propiedad de su capital social en una proporción del 50% u otra proporción necesaria para controlar la sociedad, puede dar al Estado de la nacionalidad de dichos accionistas el derecho de ejercer la protección diplomática en su nombre o de considerar que la sociedad tiene la nacionalidad de dicho Estado[101].

La práctica de los Estados no es uniforme. Algunos tratados definen el control en términos de participación mayoritaria[102]. Otros se refieren simplemente al control y dejan que sea el tribunal competente el que determine ese requisito en todas las circunstancias, inclusive la tenencia de acciones[103].

37. El control económico como criterio para determinar la nacionalidad de una sociedad a los efectos de la protección diplomática es susceptible de diversas críticas, además de la crítica de imprecisión en relación con el concepto de control. Presenta, inevitablemente, problemas de prueba, tanto en cuestiones de hecho como de derecho. El propio caso *Barcelona Traction* demuestra lo difícil que es determinar con certeza la tenencia de acciones en una sociedad[104]. Además, existen problemas de carga de la prueba[105] y presunciones de prueba que pueden complicar todavía más la cuestión de si el control[106], bien en forma de participación mayoritaria o de predominio en la tenencia de acciones, es un criterio aceptable para la protección diplomática de las sociedades.

38. Para la Comisión la adopción de una norma a favor del control económico presenta graves dificultades. Aunque tal vez sea cierto que antes del fallo *Barcelona Traction* dicha norma tenía más apoyo que el criterio de constitución[107], es dudoso que representara entonces una norma del derecho internacional consuetudinario. *A fortiori* su situación es más débil hoy como norma consuetudinaria, después de 30 años del fallo *Barcelona Traction*. Mientras tanto, la celebración de tratados de inversión bilaterales puede haber prestado apoyo a la noción de la protección de los accionistas, pero ni siquiera en dichos tratados existe uniformidad al respecto. (Además, en los años transcurridos desde el fallo *Barcelona Traction*, se ha considerado que esos tratados pertenecen al ámbito de la *lex specialis* y, por lo tanto, no han alterado la autoridad del fallo *Barcelona Traction*.) Incluso si esos tratados han de considerarse como prueba de la práctica de los Estados, es dudoso que una norma a favor del control económico tenga el apoyo de la mayoría de los Estados en el mundo de hoy. Si bien algunos Estados desarrollados tal vez apoyen una norma a favor de las reclamaciones de los accionistas bajo la bandera del control económico, no existen pruebas de que dicha norma tenga el apoyo de las naciones en desarrollo. Antes bien, se ha afirmado que dicha norma provocaría un aumento de las reclamaciones presentadas por las naciones desarrolladas en nombre de sus nacionales que poseen acciones en sociedades que realizan actividades en los Estados en desarrollo[108]. Es probable que esto no sea más que una conjetura, pero indica que una norma de este tipo no goza de la aceptación de los Estados en desarrollo.

---

[100] Brownlie, *op. cit.*, págs. 488 y 489; O'Connell, *International Law*, pág. 1042; y Levy, *op. cit.*, págs. 200 a 224.

[101] «The changing law of nationality of claims», pág. 647.

[102] Véase la Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular relativa a la solución de diferencias entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Islámica del Irán, ILM, vol. 20 (1981), págs. 230 a 233, que incluye como nacionales a las sociedades constituidas bajo las leyes de cualquiera de los dos países si los nacionales de ese país participan directa o indirectamente en la propiedad de la sociedad en una proporción «equivalente al 50% o más de su capital social» (art. VII, párr. 1). En relación con la aplicación de esta disposición, véase: *Sola Tiles Inc.* v. *Government of the Islamic Republic of Iran*, ILR, vol. 83 (1990), págs. 465 a 467, e *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 14, págs. 226 a 228; *Morrisen-Knudsen Pacific Ltd.* v. *Ministry of Roads and Transportation*, ibíd., vol. 7, pág. 54, y AJIL, vol. 79 (1985), pág. 146; *Sedco Inc.* v. *National Iranian Oil Company and The Islamic Republic of Iran*, ILR, vol. 84, pág. 484, e *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 15, pág. 23; *Starrett Housing Corporation* v. *Government of the Islamic Republic of Iran*, ibíd., vol. 4, pág. 122, e ILM, vol. 23 (1984), pág. 1106. Véase también el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Perú de solución de ciertos problemas pendientes (Lima, 19 de febrero de 1974), art. I, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 944, n.º 13455, pág. 151, y AJIL, vol. 68 (1974), pág. 584; y el Convenio entre Su Majestad y el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos para el arreglo de las reclamaciones pecuniarias británicas en México motivadas por las pérdidas o daños a causa de actos revolucionarios ejecutados entre el 20 de noviembre de 1910 y el 31 de mayo de 1920, *Treaty Series n.º 11* (Londres, HM Stationery Office, 1928), art. 3.

[103] En el artículo VII, párr. 2, de la Declaración de Argel (véase la nota 102 *supra*), se definen las reclamaciones de los nacionales de los Estados Unidos como «reclamaciones que poseen indirectamente dichos nacionales mediante la propiedad de capital social u otro tipo de participación en la propiedad de personas jurídicas, a condición de que los intereses de propiedad de dichos nacionales, considerados colectivamente, fueran suficientes en el momento de surgir las reclamaciones para controlar la sociedad u otra entidad y a condición también de que la propia sociedad o entidad no tenga derecho a presentar una reclamación bajo los términos del presente Acuerdo». Acerca de la interpretación de esta disposición, véase: *Pomeroy Corporation* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2, págs. 395 y 396; y *The Management of Alcan Aluminium Limited* v. *Ircable Corporation*, ibíd., pág. 298, e ILR, vol. 72, pág. 726 (los reclamantes no pudieron demostrar que poseían más del 50% de las acciones de Alcan). Véase también Brower y Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 45 a 51; y Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, págs. 47 a 54.

[104] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 219 y 220 (magistrado Jessup). Véanse también los siguientes casos del Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán: *Alcan Aluminium* (nota 103 *supra*), pág. 729, y *Sedco* (nota 102 *supra*), pág. 484. Véase también Caflisch, «The protection of corporate investments…», pág. 180.

[105] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 202 (magistrado Jessup).

[106] Ibíd., pág. 207.

[107] Brownlie, *op. cit.*, pág. 487.

[108] Véase Abi-Saab, *loc. cit.*, págs. 121 y 122.

39. Si la Comisión decide formular una norma a favor del control económico, lo hará mediante el desarrollo progresivo, en lugar de la codificación. A la luz de las dificultades que plantea dicha norma, es la Comisión quien debe decidir si ese método está justificado o no.

5. Opción *e*: el Estado de constitución y el Estado del control económico

40. En caso de lesión a una persona con doble nacionalidad, el derecho internacional reconoce la posibilidad de que ejerza la protección diplomática uno de los dos Estados de la nacionalidad o ambos[109]. Asimismo, el derecho internacional reconoce que un funcionario de una organización internacional puede recibir protección del Estado de su nacionalidad, de la organización, o de ambos[110]. ¿Por qué entonces, cabe preguntar, no se habría de reconocer la doble protección en el caso de una sociedad y el Estado del control económico de modo que pudieran ejercer la protección diplomática el Estado de constitución de la sociedad o el Estado del control económico? ¿No basta simplemente con afirmar, como hizo la CIJ en el caso *Barcelona Traction*[111] que no existe ninguna analogía entre los casos de doble protección antes mencionados y el caso de una sociedad y sus accionistas mayoritarios?

41. La posibilidad de este tipo de doble protección recibió apoyo en una opinión separada de los magistrados Tanaka[112] y Jessup[113] en el caso *Barcelona Traction*. Según el magistrado Tanaka:

> Es cierto que no existe ninguna norma de derecho internacional que permita dos tipos de protección diplomática a una sociedad y a sus accionistas respectivamente, pero tampoco existe ninguna norma de derecho internacional que prohíba la doble protección. Aquí parece existir una laguna del derecho que se debe colmar mediante una interpretación que emane del espíritu de la propia institución de la protección diplomática[114].

En dicho caso de doble protección no existe el peligro de que el Estado demandado se vea obligado a pagar dos indemnizaciones, puesto que «[s]i la reclamación de un Estado es satisfecha, la reclamación del otro Estado se extinguirá en la misma medida al perder su objeto»[115].

42. La Comisión debería prestar detenida atención a la posibilidad de la doble protección. No obstante, si determina que las críticas al criterio del control económico de los párrafos 34 y 35 *supra* son convincentes, no tendría sentido aprobar dicho criterio, en el contexto de la doble protección.

6. Opción *f*: el Estado de constitución o, en su defecto, el Estado del control económico

43. En relación con la opción *e* cabe la posibilidad de que el Estado del control económico adquiera un derecho subsidiario de protección diplomática únicamente si el Estado de constitución renuncia a su derecho a la protección diplomática o si transcurre un largo período de tiempo sin que dicho Estado ejerza ese derecho, como ocurrió con el Canadá en el caso *Barcelona Traction*. El magistrado Fitzmaurice contempló dicha posibilidad en su opinión separada en el caso *Barcelona Traction*, al afirmar que cuando el Estado de constitución no ejerce la protección diplomática «por razones propias que *nada tienen que ver con los intereses de la sociedad* [...] aunque jurídicamente existan motivos válidos, o en apariencia válidos, para ejercer dicho derecho, y los intereses de la sociedad lo requieran», el Estado de la nacionalidad de los accionistas debería poder actuar, de la misma manera que «en el plano nacional, ante una situación similar de omisión o negativa por parte de la dirección de la sociedad, normalmente los accionistas podrían actuar» contra la dirección o contra un tercero[116].

44. En los procedimientos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas se apoya textualmente la noción de un derecho subsidiario de protección, a saber:

> Cada gobierno podrá presentar reclamaciones en nombre de corporaciones u otras entidades que, en la fecha en que se motivó la reclamación, estaban constituidas u organizadas con arreglo a su legislación. Las reclamaciones podrán presentarse en nombre de la corporación u otra entidad por un solo gobierno. Una corporación u otra entidad deberá solicitar al Estado donde se ha constituido u organizado que presente su reclamación a la Comisión [de Indemnización de las Naciones Unidas]. En el caso de una corporación u otra entidad en que el Estado donde se ha constituido u organizado no ha presentado dentro del plazo establecido en el párrafo 29 las informaciones que se ajustan a los criterios aplicables, la corporación u otra persona jurídica privada puede presentar una reclamación a la Comisión dentro de los tres meses posteriores[117].

45. A esta opción se puede oponer la misma objeción que a la opción *e*. Si el criterio del control económico es insatisfactorio, no se debería contemplar como criterio de nacionalidad ni secundario ni primario. Sin embargo, existe una objeción de mayor peso. Como señaló la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, sólo empieza a existir un derecho subsidiario cuando deja de existir el derecho original, pero es difícil en la práctica determinar cuándo se extingue ese derecho, puesto que un Estado puede simplemente no hacer uso de su poder discrecional de proteger a una sociedad sin tener ninguna intención de abandonar su reclamación, posición que pareció adoptar el Canadá en

---

[109] Véase el artículo 5 [7] del proyecto de artículos sobre la protección diplomática aprobado por la Comisión en 2002, *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte).

[110] *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 186. Después de este fallo, en el que se admitía la posibilidad de que se presentaran dos reclamaciones en nombre de un funcionario perjudicado, la Asamblea General autorizó al Secretario General de las Naciones Unidas a negociar acuerdos para conciliar la acción de las Naciones Unidas con los derechos del Estado del que fuera nacional la persona perjudicada (resolución 365 (IV) de la Asamblea General de 1.º de diciembre de 1949, párr. 2). Véase también la opinión separada del magistrado Jessup, *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 199.

[111] Ibíd., págs. 38 y 50, párrs. 53 y 98, respectivamente.

[112] Ibíd., págs. 130 a 133.

[113] Ibíd., págs. 199 a 202.

[114] Ibíd., pág. 131. Véase también la opinión separada del magistrado Wellington Koo en *C.I.J. Recueil 1964* (nota 4 *supra*), pág. 59.

[115] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 130 y 131, magistrado Tanaka. Véase también magistrado Jessup, ibíd., pág. 200.

[116] Ibíd., pág. 76. Véase también la opinión separada del magistrado Wellington Koo en *C.I.J. Recueil 1964* (nota 4 *supra*), pág. 59.

[117] Decisión del Consejo de Administración de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas de 17 de marzo de 1992 (S/AC.26/1991/7/Rev.1), párr. 26.

el caso *Barcelona Traction*[118]. Esa objeción se podría superar fijando un plazo preestablecido para el ejercicio del derecho primario, pero ni aun así se podría superar otro obstáculo planteado por la Corte, a saber, la dificultad que surgiría si el Estado de constitución satisficiera una reclamación de manera insatisfactoria para los accionistas de la sociedad. ¿Podría entonces el Estado del control económico presentar una reclamación secundaria para atender a las exigencias de los accionistas?

7. Opción *g*: los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas

46. La posibilidad de que los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas de una sociedad ejerzan la protección diplomática fue desestimada por la CIJ en el caso *Barcelona Traction* en los siguientes términos:

> La Corte considera que la adopción de la teoría de la protección diplomática de los accionistas, al permitir la posibilidad de una pugna con otras reclamaciones diplomáticas, podría crear un clima de confusión e inseguridad en las relaciones económicas. El peligro es aun mayor en la medida en que las acciones de las sociedades cuya actividad es de ámbito internacional se encuentran muy repartidas y cambian de manos frecuentemente[119].

47. El magistrado Tanaka insistió en que era defendible otra posición, a favor de la protección múltiple[120], argumentando que, en principio, todo accionista debería tener derecho a la protección diplomática. No creía que ello terminara en caos, en primer lugar, a causa del carácter discrecional de la protección diplomática y, en segundo lugar, porque era probable que en la práctica los Estados afectados entablaran una acción conjunta. El magistrado Fitzmaurice adoptó una postura similar al argumentar que el único problema de las reclamaciones múltiples era la «cuantía de la indemnización que podían recibir por los diversos gobiernos», y acotó:

> [U]na vez admitido el principio de las reclamaciones en nombre de los accionistas en tales circunstancias, no sería difícil hallar los medios de evitar la multiplicidad de actuaciones, que es lo que realmente importa[121].

48. Los magistrados Tanaka y Fitzmaurice tienen razón al opinar que se podrían evitar múltiples actuaciones mediante negociaciones entre los accionistas coincidentes seguidas de una acción conjunta. Sin embargo, persiste la posibilidad de confusión y caos. En 1949, Jones advirtió de tales peligros cuando escribió que si se permitiera ejercer la protección diplomática al Estado de la nacionalidad de cada accionista:

> [L]os resultados serían tan caóticos en el plano internacional como lo serían con arreglo a la legislación nacional si a cualquier grupo de accionistas le fuera permitido litigar en cualquier caso en que la sociedad hubiera sufrido daños.
>
> [...]
>
> [C]on no poca frecuencia los propios accionistas son sociedades y el proceso de determinar la identidad de los distintos accionistas podría prolongarse *ad infinitum*; dicho proceso es en cualquier caso difícil en la práctica[122].

El propio caso *Barcelona Traction* ofrece abundantes pruebas de la dificultad de determinar la identidad de los accionistas en el caso de una sociedad multinacional[123].

[118] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 49 y 50, párrs. 96 y 97.

[119] Ibíd., pág. 49, párr. 96. Véase también la opinión separada del magistrado Padilla Nervo, págs. 263 y 264.

[120] Ibíd., págs. 127 a 131.

[121] Ibíd., pág. 77, nota 21. Apoya esta opinión Higgins, *loc. cit.*, pág. 339. Véase también «Panel: nationality of claims – individuals, corporations, stockholders», *Proceedings of the American Society of International Law at its Sixty-Third Annual Meeting held at Washington, D.C., 24-26 April 1969*, págs. 30 a 53.

[122] «Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», págs. 234 y 235.

[123] Véase la observación del magistrado Jessup, *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 219 y 220.

Capítulo II

Proyecto de artículos sobre la protección diplomática de las sociedades y los accionistas

49. Tal vez el fallo *Barcelona Traction* presente varios defectos. Sin embargo, goza de amplia aceptación por parte de los Estados[124]. Habida cuenta de esta aceptación y de los reparos opuestos a otros criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades[125], la vía más prudente parece ser formular normas que hagan efectivos los principios enunciados en el fallo *Barcelona Traction*. Los siguientes artículos corroboran no sólo la norma primaria del fallo *Barcelona Traction*, es decir, que el Estado de constitución de una sociedad tiene el derecho de ejercer la protección diplomática en nombre de dicha sociedad, sino también las excepciones a esa norma, reconocidas en mayor o menor medida por la CIJ.

Tercera parte. Personas jurídicas

Artículo 17

1. Un Estado estará facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado.

[124] Véase el párrafo 28 *supra*.

[125] Véanse los párrafos 31 a 38 *supra*.

2. A los efectos de la protección diplomática, el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado en que la sociedad está constituida [y en cuyo territorio tiene su sede social].

Artículo 18

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

***a*) La sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución; o**

***b*) La sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad.**

Artículo 19

Lo dispuesto en los artículos 17 y 18 se entenderá sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas de una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan resultado directamente perjudicados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

Artículo 20

Un Estado estará facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida de conformidad con su legislación en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; a condición de que, si la sociedad dejara de existir como resultado del perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad desaparecida pueda de todos modos presentar una reclamación con respecto a la sociedad].

A.—Artículo 17

1. Artículo 17, párrafo 1

Un Estado estará facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio causado a una sociedad que tenga la nacionalidad de ese Estado.

50. En el artículo 17, párr. 1, se reafirma el principio expuesto en el caso *Barcelona Traction*[126]. Refleja lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 3 del proyecto de artículos aprobado por la Comisión en primera lectura, que dice que «[e]l Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad»[127].

51. En el artículo 2 del proyecto de artículos se afirma el «derecho»[128] del Estado a ejercer la protección diplomática. No tiene obligación de hacerlo, principio que se aplica con igual rigor a las personas físicas y a las personas jurídicas. La CIJ puso de relieve ese principio en el caso *Barcelona Traction* al declarar que:

> [D]entro de los límites prescritos por el derecho internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que estime convenientes, pues lo que el Estado hace valer es su propio derecho. Si las personas físicas o jurídicas por cuya cuenta actúa consideran que sus derechos no están suficientemente protegidos, carecen de recurso en el derecho internacional. Para defender su causa y obtener justicia, lo único que pueden hacer es recurrir al derecho interno, si éste les ofrece los medios para hacerlo. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero, y puede además conferir a los ciudadanos el derecho a exigir el cumplimiento de esa obligación, y amparar ese derecho con las correspondientes sanciones. Sin embargo, todas esas cuestiones siguen siendo de la competencia del derecho interno y no afectan a la situación desde el punto de vista internacional.
>
> Es preciso considerar que el Estado es el único que puede decidir si otorgará su protección, en qué medida la otorgará, y cuándo le pondrá fin. Posee a este respecto una facultad discrecional cuyo ejercicio puede quedar determinado por consideraciones políticas o de otra índole que no guardan relación con el asunto de que se trata. Como la reclamación del Estado no es idéntica a la de la persona o la sociedad cuya causa defiende, el Estado goza de total libertad de acción[129].

52. Cumple al Estado en que una sociedad fue constituida decidir si ejercerá la protección diplomática en favor de ésta. Cuando no existe un vínculo efectivo entre un Estado y una sociedad que tiene la nacionalidad de éste, como ocurre por ejemplo si la sociedad ha sido constituida en ese Estado para obtener beneficios fiscales, es poco probable que el Estado nacional ejerza la protección diplomática en su favor. A este respecto, la relación entre un Estado y una sociedad es similar a la que existe entre un Estado y un buque que enarbola su pabellón por motivos de conveniencia. Es más probable que un Estado ejerza la protección diplomática cuando existe un vínculo real entre ese Estado y la sociedad, como ocurre si la mayoría de los accionistas de la sociedad son nacionales de ese Estado. En efecto, un Estado puede declarar de antemano que sólo ejercerá la protección diplomática en ese tipo de circunstancias[130]. Un requisito adicional de este tipo sirve de guía a un Estado en el ejercicio de su facultad discrecional y no concierne al derecho internacional. El derecho internacional, según se desprende del fallo *Barcelona Traction*, *da derecho* a un Estado a ejercer la protección diplomática en favor de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, pero no le exige hacerlo.

[126] Ibíd., págs. 42 y 46, párrs. 70 y 88, respectivamente.

[127] *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 280.

[128] Ibíd.

[129] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 44, párrs. 78 y 79.

[130] El Reino Unido ha emitido unas reglas aplicables a las reclamaciones internacionales que indican que el Gobierno puede hacerse cargo de la reclamación de una sociedad constituida en el Reino Unido (regla IV). Sin embargo, en la observación correspondiente se estipula que: «Al decidir si ejercer su derecho de protección, el Gobierno de Su Majestad puede tener en cuenta si la sociedad tiene de hecho un vínculo real y sustancial con el Reino Unido» (Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1007). En su intervención en los debates sobre el tema de la protección diplomática llevados a cabo en 2002 en la Sexta Comisión, los Estados Unidos declararon asimismo que «el Gobierno de su país toma en consideración la nacionalidad de los accionistas cuando debe decidir si otorga la protección diplomática a una sociedad» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 52).

53. La facultad discrecional de ejercer la protección diplomática, que escapa totalmente al control de las normas del derecho internacional, ofrece muy poca seguridad a los accionistas que invierten en la sociedad con la esperanza de que su inversión contará con la protección del Estado de la nacionalidad cuando la sociedad realiza actividades en el extranjero. Por ese motivo, los inversores preferirán la seguridad que ofrecen los tratados bilaterales de inversión y alentarán al Estado de la nacionalidad de la sociedad a concertar ese tipo de acuerdos con los países que, por una parte, ofrecen alta rentabilidad pero, por la otra, presentan altos riesgos. Ello supone una aceptación de la evaluación pesimista que Kokott hace de la situación: «[E]n el contexto de la inversión extranjera, la normativa tradicional de la protección diplomática ha sido reemplazada en gran medida por numerosos procedimientos de solución de controversias establecidos mediante tratados»[131]. Esta opinión encuentra cierto apoyo en el fallo de la CIJ, cuando dice que:

> Es por eso que, en el estado actual del derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a lo estipulado en tratados o en acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversor privado y el Estado en que se realiza la inversión. Los Estados proporcionan cada vez con más frecuencia ese tipo de protección en sus relaciones bilaterales y multilaterales, ya sea mediante instrumentos especiales o en el marco de acuerdos económicos de alcance más general. En efecto, desde la Segunda Guerra Mundial ha habido toda una evolución en lo que respecta a la protección de las inversiones extranjeras, que se ha traducido en la celebración de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados, o de acuerdos entre los Estados y las sociedades. Esos instrumentos contienen disposiciones sobre la competencia y el procedimiento en caso de controversias relativas al tratamiento de las sociedades inversoras por parte de los Estados en los que éstas invierten capital. A veces las propias sociedades están directamente facultadas para defender sus intereses frente a los Estados mediante los procedimientos estipulados[132].

2. Artículo 17, párrafo 2

A los efectos de la protección diplomática, el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el Estado en que la sociedad está constituida [y en cuyo territorio tiene su sede social].

54. Esta disposición se hace eco del fallo *Barcelona Traction* de la CIJ:

> La norma tradicional atribuye el derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica al Estado en virtud de cuyas leyes ha sido constituida y en cuyo territorio tiene su sede social[133].

55. Este fallo establece dos condiciones para que una sociedad adquiera una nacionalidad a los efectos de la protección diplomática: su constitución y la presencia de la sede social de la sociedad en el Estado de constitución. En la práctica, las leyes de la mayoría de los Estados exigen que una sociedad constituida de conformidad con su legislación mantenga una sede social en su territorio[134]. Por lo tanto, el requisito adicional sobre la sede social parece superfluo. No obstante, la CIJ dejó en claro que debían cumplirse ambas condiciones cuando dijo que: «Esos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales»[135]. Posiblemente la Corte, al establecer el requisito relativo a la sede social, trató de reconocer la necesidad de que hubiera una conexión tangible, por pequeña que fuera, entre el Estado y la sociedad. Esto queda confirmado por la importancia que asignó al hecho de que la oficina registrada de la sociedad Barcelona Traction estaba en el Canadá y que ese hecho creara, junto con otros factores, un «vínculo estrecho y permanente» entre el Canadá y la sociedad Barcelona Traction[136]. En la práctica podría parecer que la insistencia de la Corte en el requisito sobre la sede social no viene al caso. La presencia de una sede social en el Estado de constitución es consecuencia de la constitución y no una prueba independiente de que existe una relación con ese Estado. En efecto, en los casos en que una sociedad se registra en un Estado únicamente para obtener ventajas fiscales, lo que ocurre con no poca frecuencia, la sede social será muy poco más que una dirección postal. Nada se pierde con mantener este requisito *ex abundanti cautela* y en seguir fielmente los términos empleados en el fallo *Barcelona Traction*. Por otra parte, la Comisión tal vez prefiera omitir la referencia a la necesidad de una sede social además del requisito relativo a la constitución.

56. En el caso *Barcelona Traction* la CIJ dejó en claro que no existen normas de derecho internacional relativas a la constitución de sociedades[137]. En consecuencia, era necesario poder recurrir al derecho interno para cerciorarse de que se habían cumplido las condiciones necesarias para la constitución. La Corte declaró lo siguiente:

> Lo que esto significa es que el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en un terreno 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[138].

57. En el caso *Barcelona Traction* el magistrado Morelli señaló que la legislación del Estado demandado debía ser

---

[131] «Interim report on 'The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment'», pág. 277.

[132] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 47, párr. 90.

[133] Ibíd., pág. 42, párr. 70.

[134] El Relator Especial no puede decir que llevó a cabo un estudio comparativo detallado sobre este tema. Sin embargo, un breve examen del tema muestra que esta es la posición en España (Minguela, *Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law: an English Translation*), Irlanda (Forde, *Company Law*, pág. 45), el Reino Unido, y Sudáfrica (Meskin (ed.), *Henochsberg on the Companies Act*, pág. 254).

[135] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 42, párr. 70.

[136] Ibíd., párr. 71

[137] Véase la sugerencia de Staker de que las normas de derecho internacional podrían reconocer como persona jurídica, a los efectos de la protección diplomática, a «una entidad que no tiene personalidad jurídica de conformidad con el derecho interno de ningún Estado sobre la base de un principio general de derecho de que si una colectividad existe en la realidad como entidad separada de los miembros que la constituyen, debería reconocerse que tiene una existencia separada ante la ley» (*loc. cit.*, pág. 169).

[138] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 33 y 34, párr. 38; véase también pág. 37, párr. 50.

la que decidiera el asunto[139]. Esta opinión no puede aceptarse por las siguientes razones dadas por Staker:

[E]s fundamentalmente difícil afirmar que un Estado tiene completa libertad para decidir, cuando se traen bienes a su territorio, a quién corresponde la propiedad de esos bienes, con independencia del derecho interno de cualquier otro Estado. Lógicamente, si ello es así, no sólo sería posible (para utilizar como ejemplo el caso *Barcelona Traction*) que España se negara a reconocer a una sociedad constituida válidamente con arreglo a las leyes del Canadá por nacionales de Bélgica (y reconocer como propietarios efectivos a los accionistas belgas), sino que podría, por ejemplo, «reconocer» que los bienes traídos a su territorio por un grupo de nacionales belgas son de propiedad de una sociedad canadiense, aun cuando con arreglo a la ley canadiense, tal sociedad no exista. Si ello fuera así, cualquier Estado podría evitar posibles reclamaciones diplomáticas con respecto a activos traídos a su territorio por extranjeros, «reconociéndolos» como propiedad de sociedades de terceros Estados que no tienen interés en protegerlos. Al «reconocer» a una sociedad canadiense que no existe, la propia España estaría en efecto creando la sociedad y confiriéndole la nacionalidad canadiense. Esto se contrapone a la norma establecida de que un Estado no puede conferir la nacionalidad de otro[140].

Por consiguiente, parece haber pocas dudas de que un tribunal debe remitirse a la legislación del Estado de constitución para cerciorarse de que la sociedad ha sido debidamente constituida.

58. Se prefiere la palabra «constituida» a la palabra «registrada». En la práctica los dos términos son prácticamente sinónimos. Para adquirir una existencia social separada, una sociedad debe presentar sus documentos constitutivos a las autoridades nacionales pertinentes con el fin de registrarlos. Una vez así registrada, la sociedad queda constituida y puede obtener un certificado de constitución. Haciendo una analogía con una persona física, el proceso de registro es la gestación de una sociedad; su constitución, tras la finalización de ese proceso, es su nacimiento; y la emisión de un certificado de constitución es su certificado de nacimiento[141]. Por este motivo se prefiere la expresión constitución.

[139] Ibíd., págs. 235 y 236. Véase también Caflisch, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, pág. 19.

[140] *Loc. cit.*, págs. 166 y 167.

[141] El artículo 64 de la Ley de sociedades sudafricanas n.º 61, 1973, describe claramente este proceso:

«1. En el momento del registro de la escritura pública de asociación y de los estatutos sociales de una sociedad, el secretario les adjuntará un certificado, sellado y firmado de su puño y letra, de que la sociedad ha sido constituida.

2. Un certificado de constitución otorgado por el secretario con respecto a cualquier sociedad será, por el mero hecho de su presentación y a falta de prueba de fraude, prueba concluyente de que todos los requisitos que exige la presente ley con respecto al registro y a los asuntos precedentes y adicionales, se han cumplido, y que la sociedad ha sido debidamente constituida con arreglo a la presente ley.»

(Meskin (ed.), *op. cit.*, pág. 98).

Véase también Davies (ed.), *Gower's Principles of Modern Company Law*, pág. 111:

«Si el secretario considera que los requisitos para el registro se han cumplido y que el propósito para el cual los interesados se han asociado es 'legítimo', emitirá un certificado de constitución firmado por él o autenticado con su sello oficial. Ello certifica que la sociedad ha sido constituida y, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, que su responsabilidad es limitada; se trata, en efecto, del certificado del nacimiento de la sociedad como persona jurídica en la fecha indicada en el certificado.»

B.—Artículo 18

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

***a*) La sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución; o**

***b*) La sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad.**

59. La CIJ, en el caso *Barcelona Traction*, reconoce que hay «circunstancias especiales» que «en el orden internacional» pueden «justificar que se levante el velo [social] en interés de los accionistas»[142]. Sin embargo, limita esa intervención a dos casos: *a*) el caso en que la sociedad haya dejado de existir, y *b*) el caso en que el Estado de la nacionalidad de la sociedad carezca de capacidad para actuar por cuenta de ésta[143].

1. Artículo 18, apartado *a*

El Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir cuando «[l]a sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución».

60. Esta disposición plantea dos cuestiones que requieren un cuidadoso examen: en primer lugar, el significado de la expresión «dejado de existir» y si es el criterio apropiado que habrá de emplearse; y en segundo lugar, si la desaparición de la sociedad ha de ser juzgada con arreglo a la ley del Estado de constitución o a la ley del Estado en que la sociedad ha sufrido el perjuicio.

61. Antes del fallo Barcelona Traction se aceptaba que el Estado de la nacionalidad de los accionistas pudiera intervenir si la sociedad ya no estaba en condiciones de actuar por cuenta de ellos. Aunque la opinión de que el criterio que habría de adoptarse era que la sociedad hubiera dejado de existir contaba con un cierto apoyo[144], tenía autoridad un criterio menos estricto, que permitiera la intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera «prácticamente extinguida». Este último

[142] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 39, párr. 58

[143] Ibíd., pág. 40, párr. 64.

[144] Véase la respuesta del Reino Unido a los Estados Unidos en la controversia *Romano-Americana Company*:

«[N]o es sino hasta que una sociedad ha dejado de tener una existencia activa o ha entrado en liquidación que los intereses de sus accionistas dejan de ser meramente el derecho a participar en las utilidades de la sociedad y se convierte en un derecho a participar en sus activos excedentarios efectivos.»

(Hackworth, *Digest of International Law*, pág. 843).

El Gobierno de México adoptó una posición similar en la controversia *Mexican Eagle (El Águila)* (véase Jones, *loc. cit.*, pág. 241). Jiménez de Aréchaga escribió en 1968, en vísperas del fallo *Barcelona Traction*, que la pérdida de la personalidad jurídica era requisito previo para la intervención de los accionistas («International Responsibility», págs. 579 y 580).

criterio, formulado por primera vez en 1899 en el asunto *Delagoa Bay Railway*[145], fue adoptado en la práctica de los Estados[146] y gozaba del apoyo de los tratadistas[147].

62. En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ fijó una norma más estricta para determinar la desaparición de una sociedad. Las expresiones «parálisis» o «situación financiera precaria» de una sociedad se desecharon por considerarlas inadecuadas[148]. El criterio de que la sociedad estuviera «prácticamente extinguida» se rechazó igualmente por considerar «que carece de toda precisión jurídica»[149]. Sólo la «situación de la sociedad ante la ley» se consideró pertinente. La Corte declaró que:

> Sólo la desaparición legal de la sociedad priva a los accionistas de la posibilidad de disponer de un recurso por intermedio de la sociedad; es sólo cuando se les cierra toda posibilidad en ese sentido que podría surgir un derecho de acción independiente para ellos y para su gobierno[150].

Este criterio fue respaldado por el magistrado Padilla Nervo, quien en su opinión separada declaró que:

> Es sólo cuando una sociedad ha sido disuelta y, por consiguiente, deja de existir como entidad jurídica separada, cuando los accionistas toman su lugar y están habilitados para recibir el remanente de sus haberes, una vez deducida la deuda social. Por lo tanto, es sólo la «muerte legal» de la persona jurídica lo que puede dar lugar a nuevos derechos para los accionistas en su calidad de sucesores de la sociedad[151].

Otros magistrados estaban menos convencidos que ese criterio fuera correcto: los magistrados Jessup[152] y Fitzmaurice[153] y el magistrado ad hoc Riphagen[154] se inclinaron por la prueba de que la sociedad está «prácticamente extinguida».

63. Gran parte de las críticas de que fue objeto la aprobación por la CIJ del criterio de que la sociedad ha «dejado de existir» señalaban que la Corte no había aplicado debidamente ese criterio *a los hechos* en el caso *Barcelona Traction*[155]. Ello no resta valor al criterio mismo, pues éste es más preciso que la prueba de que la sociedad está «prácticamente extinguida», pero inevitablemente habrá opiniones divergentes sobre si el criterio se ha aplicado correctamente o no en un caso determinado.

64. La prueba de que la sociedad ha «dejado de existir» fue respaldada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1995 en el asunto *Agrotexim*, ocasión en que se negó a concluir que una sociedad no estaba en condiciones de actuar como sociedad porque, si bien se hallaba en proceso de liquidación, «no había dejado de actuar como persona jurídica»[156]. También cuenta con el apoyo de las reglas aplicables a las reclamaciones internacionales emitidas por el Reino Unido en 1985, que prevén la intervención únicamente cuando la sociedad está «extinguida»[157].

65. Lamentablemente, en el caso *Barcelona Traction* la CIJ 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[158]. No obstante, en el contexto de las actuaciones que tuvo ante sí, parece evidente que la Corte consideraba que 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 quedado arruinada en España[159] —opinión compartida por los magistrados Fitzmaurice[160] y Jessup[161]— pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, el Estado de constitución:

> En el presente caso, la sociedad Barcelona Traction ha sido declarada en cesación de pagos en el país de constitución. Ese hecho, lejos de significar la extinción de la entidad o de sus derechos, denota más bien que esos derechos se conservan mientras no se produzca la liquidación. Aunque ha sido declarada en cesación de pagos, la sociedad continúa existiendo[162].

66. Una sociedad «nace» en el Estado de constitución cuando se registra y se constituye. Por el contrario, «muere» cuando se le pone fin en el Estado en que ha sido constituida, el Estado que le dio 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

---

[145] En 1887, el Gobierno de Portugal anuló la concesión otorgada a una sociedad constituida con arreglo a las leyes de Portugal, pero de propiedad de accionistas británicos y estadounidenses, para la construcción de una línea férrea desde Lourenço Marques (actualmente Maputo) hasta la frontera con Transvaal, y se incautó de sus activos. Tanto el Reino Unido como los Estados Unidos protestaron en contra de esa medida y afirmaron que tenían derecho a intervenir en favor de sus accionistas, pues la sociedad portuguesa estaba «prácticamente extinguida». Este principio fue reconocido más adelante por Portugal y se estableció un tribunal arbitral para que decidiera únicamente sobre la cuestión de la indemnización (caso *Delagoa Bay Railway*) (Moore, *A Digest of International Law*, pág. 648). Para un examen detallado de este asunto, véase Jones, *loc. cit.*, págs. 229 a 231. Este criterio fue aprobado en la reclamación *El Triunfo* (Moore, *op. cit.*, pág. 649).

[146] Véase la reclamación *Baasch and Römer* (1903), Naciones Unidas, RSA, vol. X (n.º de venta 1960.V.4), pág. 723 (examinada en Jones, *loc. cit.*, págs. 244 a 246); y Mann, «The protection of shareholders' interests…», págs. 267 y 268 (en que se cita el argumento de Virally en favor de Bélgica en el caso *Barcelona Traction*).

[147] Brownlie, *op. cit.*, pág. 401.

[148] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 40 y 41, párrs. 65 y 66

[149] Ibíd., pág. 41, párr. 66.

[150] Ibíd.

[151] Ibíd., pág. 256; véase también la opinión separada del magistrado Ammoun, págs. 319 y 320.

[152] Ibíd., pág. 193, en que cita a Brownlie, *op. cit.*, pág. 401, para respaldar la opinión de que la prueba correcta es que la sociedad esté «prácticamente extinguida».

[153] Ibíd., págs. 74 y 75.

[154] Ibíd., pág. 345.

[155] Véase la crítica de Mann, «The protection of shareholders' interests…», pág. 268.

[156] 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.

[157] Regla V, repeoducida en Warbrick, loc. citl., pág. 1007.

[158] Ello indujo a Mann («The protection of shareholders' interests…», pág. 265) a observar que «la Corte no indica cuál es el ordenamiento jurídico en que se basan sus conclusiones. ¿Es el derecho canadiense o el derecho español? ¿O es el derecho internacional, en particular aquella rama del mismo que se relaciona con la protección diplomática?».

[159] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 40, párr. 65.

[160] Ibíd., pág. 75.

[161] Ibíd., pág. 194.

[162] Ibíd., pág. 41, párr. 67.

persona jurídica, debe decidirse con arreglo a la ley del Estado en que la sociedad fue constituida.

2. Artículo 18, apartado *b*

El Estado de la nacionalidad de los accionistas podrá intervenir cuando «[l]a sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad».

67. La excepción más importante a la regla de que el Estado de la nacionalidad de una sociedad es el único que puede ejercer la protección diplomática en favor de ésta, es la que permite al Estado de la nacionalidad de los accionistas intervenir en los casos en que «la sociedad tenga la nacionalidad del Estado responsable de causar perjuicio a la sociedad» (art. 18, apdo. *b*). Con no poca frecuencia un Estado importador de capitales exigirá a un consorcio extranjero que desee realizar actividades en su territorio, que lo haga a través del instrumento de una sociedad constituida de conformidad con su legislación[163]. Si luego ese Estado confisca los activos de la sociedad o la perjudica de alguna otra forma, la única reparación de que dispone la sociedad en el plano internacional reside en la acción que realice el Estado de la nacionalidad de los accionistas. Según dice Jones, en su artículo fundamental sobre este tema, «Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies», escrito en 1949:

> En esos casos, la intervención en favor de la sociedad no es posible en virtud de la norma prevaleciente en el derecho internacional, ya que los Estados extranjeros no pueden presentar reclamaciones en nombre de un nacional en contra de su propio gobierno. Si se aplica la norma prevaleciente, los accionistas extranjeros quedan a merced del Estado en cuestión; pueden sufrir graves pérdidas, y sin embargo carecer de reparación. Esto constituye una extensión en el terreno internacional de la situación que se puede presentar en el derecho interno, cuando aquellos que deberían defender los intereses de la sociedad dejan de hacerlo fraudulenta o ilegítimamente (véase por ejemplo *Foss* c. *Harbottle*)[164].

68. La existencia de una norma así no deja de ser controvertida. Además, se ha propuesto que se la reconozca únicamente en los casos en que la sociedad perjudicada se haya visto obligada a constituirse en el Estado que ha causado el perjuicio, o en que la sociedad se encuentra «prácticamente extinguida».

69. En el caso *Barcelona Traction* la CIJ planteó la posibilidad de una norma así, pero no dio una respuesta acerca de su existencia o su alcance. En el presente informe se examinará la situación de esa excepción con anterioridad al caso *Barcelona Traction*, el fallo de la Corte en ese asunto, las opiniones separadas en disidencia adjuntas a ese fallo, los acontecimientos posteriores y la situación actual de la excepción.

[163] Véase Beckett «Diplomatic claims in respect of injuries to companies», págs. 188 y 189.

[164] *Loc. cit.*, pág. 236.

3. La situación anterior al caso *Barcelona Traction*: práctica, jurisprudencia y doctrina

70. Había un cierto apoyo a una excepción de ese tipo con anterioridad al caso *Barcelona Traction* en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina, lo que Caflisch examina detalladamente en *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*. No obstante, la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales distan de ser claras, como lo demuestran las distintas evaluaciones realizadas por Jones[165] y Jiménez de Aréchaga[166].

71. Jones menciona varias controversias en las que el Reino Unido o los Estados Unidos afirmaron la existencia de esa excepción, en particular en los casos *Delagoa Bay Railway*[167], *Tlahualilo Company*[168], *Romano-Americana*[169] y *Mexican Eagle*[170]. Ninguno de esos casos, sin embargo, proporciona pruebas concluyentes en apoyo de esa excepción. En el caso *Delagoa Bay Railway*, el Reino Unido y los Estados Unidos afirmaron categóricamente la existencia de ese principio cuando intervinieron para proteger a sus nacionales que eran accionistas de una sociedad portuguesa perjudicada por el propio Portugal, pero la intervención del tribunal arbitral que consideró la controversia se limitó a fijar la indemnización que habría de otorgarse. En el mejor de los casos podría decirse que el Portugal reconoció la existencia de ese principio cuando aceptó la validez de la reclamación presentada por el Reino Unido y los Estados Unidos[171]. En los asuntos *Tlahualilo* y *Mexican Eagle*, el Gobierno de México rechazó la existencia de la excepción y «la solución definitiva se encontró de común acuerdo a través de recursos institucionales»[172]. Además, en la controversia entre los Estados Unidos y el Reino Unido en el asunto *Romano-Americana*, el Reino Unido negó la existencia de esa excepción[173]. Es difícil no estar de acuerdo con Jiménez de Aréchaga cuando dice que «[n]o puede, por lo tanto, presentarse un argumento cierto sobre la base de una práctica estatal tan limitada y contradictoria»[174].

72. Las decisiones judiciales son igualmente poco concluyentes. Las reclamaciones presentadas en los casos

[165] *Loc. cit.*

[166] «International responsibility», págs. 580 y 581.

[167] Véase la nota 145 *supra*.

[168] Jones, *loc. cit.*, pág. 237; y Caflisch, *op. cit.*, págs. 194 a 197.

[169] Hackworth, *op. cit.*, pág. 841.

[170] Whiteman, *Digest of International Law*, págs. 1272 a 1274; y Jones, *loc. cit.*, pág. 241.

[171] Ibíd., págs. 230 y 231.

[172] Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 580.

[173] Hackworth, *op. cit.*, pág. 842.

[174] «International responsibility», pág. 580. Véase la conclusión de Caflisch (*op. cit.*, pág. 203):

> «Constatamos, en primer lugar, que el principio mismo de la protección de los intereses extranjeros en las sociedades que dependen del Estado demandado, reconocido por la jurisprudencia internacional, está confirmado por la práctica de los Estados. Por una parte, el Estado de la nacionalidad del titular del interés indirecto rara vez ha denegado esta protección; por la otra, no sabemos de casos en que un Estado demandado que se haya opuesto a reconocer la protección de los intereses indirectos haya ganado en último término la causa.»

Alsop[175], *Cerruti*[176], *Orinoco Steamship*[177] y *Melilla–Ziat, Ben Kiran*[178], citadas en algunas ocasiones en apoyo de una excepción en favor de las reclamaciones de los accionistas, no ofrecen realmente ese apoyo[179]. Las reclamaciones presentadas en los casos *Baasch and Römer*[180] y *Kunhardt*[181] son como mínimo poco claras, pero posiblemente se oponen a la excepción propuesta, ya que en esas y otras reclamaciones[182], las comisiones mixtas venezolanas rechazaron las reclamaciones presentadas en nombre de los accionistas de sociedades de nacionalidad venezolana[183]. En la reclamación *El Triunfo*[184] se encuentra, sin embargo, cierto apoyo a la excepción, ya que en ese caso la mayoría de los árbitros coincidieron en la adjudicación de daños y perjuicios en favor de los Estados Unidos contra El Salvador, que era responsable de causar daño a una sociedad constituida en El Salvador con accionistas estadounidenses. En ese caso los árbitros declararon que:

> No hemos examinado la cuestión del derecho de los Estados Unidos de formular, con arreglo al derecho internacional, una reclamación en nombre de esos accionistas de la compañía El Triunfo, una sociedad nacional de El Salvador, en razón de que la cuestión de ese derecho está debidamente solucionada en las conclusiones alcanzadas en el frecuentemente citado y bien conocido arbitraje sobre el caso *Delagoa Bay Railway*[185].

73. También se respetó el principio *Delagoa Bay Railway*[186] en el caso *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers*, en que el tribunal declaró que en los casos *Delagoa Bay Railway* y *El Triunfo* los accionistas estaban ejerciendo «no sus propios derechos sino los derechos que la sociedad, ilícitamente disuelta o saqueada, no podía hacer cumplir de allí en adelante; y [...] estaban, por lo tanto, tratando de obtener el cumplimiento de derechos que no eran directos y personales, sino indirectos y sustitutivos»[187].

74. En resumen, puede decirse que si bien las opiniones autorizadas en la materia no proclaman claramente el derecho de un Estado de asumir la defensa de sus nacionales[188] que son accionistas de una sociedad por actos que afectan a la sociedad contra el Estado de la nacionalidad de la sociedad, de la terminología empleada en algunos de esos laudos se infiere cierto apoyo, aunque vacilante, en favor de ese derecho[189].

75. Resulta significativo que el apoyo más decidido en favor de la intervención de parte del Estado de la nacionalidad de los accionistas se encuentre en los tres casos en que la sociedad perjudicada había sido *obligada* a constituirse en el Estado que había causado el perjuicio, a saber, *Delagoa Bay Railway*, *Mexican Eagle* y *El Triunfo*. 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. A continuación se expone la respuesta del Gobierno del Reino Unido al argumento del Gobierno de México, en el caso *Mexican Eagle*, de que un Estado no debiera 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 la legislación local, y de que luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar 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[190].

76. Con anterioridad al caso *Barcelona Traction*, los autores estaban divididos con respecto a la cuestión de si el derecho internacional reconocía el derecho a la intervención diplomática en favor de los accionistas de una sociedad constituida en el Estado que había causado el perjuicio. Beckett[191], Charles de Visscher[192], Jones[193], Paul de Visscher[194], Petrén[195], Kiss[196] y Caflisch[197] estaban a favor de esa norma, mientras que Jiménez

---

175 *The Alsop Claim* (Chile, Estados Unidos) (5 de julio de 1911), Naciones Unidas, RSA, vol. XI (n.º de venta 1961.V.4), pág. 349, y AJIL, vol. 5 (1911), pág. 1079.

176 *Affaire Cerruti* (Colombia, Italia) (6 de julio de 1911), Naciones Unidas, RSA, vol. XI, pág. 377, y RGDIP, vol. VI (1899), pág. 533.

177 Caso *Orinoco Steamship Company* (1903-1905), Naciones Unidas, RSA, vol. IX (n.º de venta 1959.V.5), pág. 180.

178 *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (España, Reino Unido) (1.º de mayo de 1925), ibíd., vol. II (n.º de venta 1949.V.1), pág. 729.

179 Jones, *loc. cit.*, págs. 243 y 244; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 580 y 581; y Caflisch, *op. cit.*, págs. 173, y 183 a 187.

180 Caso *Baasch and Römer* (nota 146 *supra*).

181 Caso *Kunhardt & Co.* (1903-1905), Naciones Unidas, RSA, vol. IX, pág. 171.

182 Caso *J. N. Henriquez* (1903), ibíd., vol. X, pág. 713, y *Brewer, Moller and Co*. (segundo caso), ibíd., pág. 433.

183 Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 581.

184 *Claim of the Salvador Commercial Company («El Triunfo» Company)* (8 de mayo de 1902), Naciones Unidas, RSA, vol. XV (n.º de venta 66.V.3), pág. 467; Moore, *op. cit.*, pág. 649; y *Papers relating to Foreign Relations of the United States, with the annual message of the President transmitted to Congress: December 2, 1902*, Washington, Government Printing Office, 1904, págs. 838 a 852.

185 Naciones Unidas, RSA, vol. XV, pág. 479, y *Papers…*, pág. 873 (véase la nota 184 *supra*).

186 Véase la nota 145 *supra*.

187 *The Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft oil tankers* (Estados Unidos, Comisión de Reparación) (5 de agosto de 1926), Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta 1949.V.1), pág. 790.

188 Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 580.

189 Jones, *loc. cit.*, págs. 251 y 257; y Caflisch, *op. cit.*, pág. 192.

190 Whiteman, *op. cit.*, págs. 1273 y 1274.

191 *Loc. cit.*, págs. 188 a 194. Beckett deduce esa regla de los principios generales del derecho a falta de una norma del derecho internacional consuetudinario.

192 «De la protection diplomatique des actionaires d'une société contre l'État sous la législation duquel la société s'est constituée», pág. 651.

193 *Loc. cit.*, pág. 236.

194 «La protection diplomatique des personnes morales», págs. 478 y 479.

195 «La confiscation des biens étrangers et les reclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», págs. 506 y 510.

196 «La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales».

197 *Op. cit.*

198 «International responsibility», págs. 580 y 581.

199 *International Law*, págs. 1043 a 1047.

de Aréchaga[198] y O'Connell[199] estaban en contra. El magistrado Wellington Koo, en su opinión separada de 1964 en el caso *Barcelona Traction* declaró que:

En la práctica de los Estados, las disposiciones de los tratados y las decisiones arbitrales internacionales se ha llegado a reconocer el derecho de un Estado a intervenir en favor de sus nacionales, accionistas de una sociedad que ha resultado perjudicada por el Estado cuya nacionalidad posee, es decir, un Estado en el que la sociedad se ha constituido de conformidad con la legislación local y cuya nacionalidad se considera, por consiguiente, que ha asumido[200].

4. *Barcelona Traction*

77. En el caso *Barcelona Traction*, España, el Estado demandado, no era el Estado de la nacionalidad de la sociedad perjudicada. Por consiguiente, la CIJ no tuvo ante sí la excepción que se examina. No obstante, la Corte hizo referencia al pasar a esa excepción:

Es cierto 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 ha 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 al caso que nos ocupa, pues España no es el Estado de la nacionalidad de la sociedad Barcelona Traction[201].

78. No cabe duda de que la CIJ simpatizaba con la noción de protección por el Estado de la nacionalidad de los accionistas cuando la equidad y la razón así lo exigían, a juzgar por los pasajes del fallo de la Corte inmediatamente siguientes al pronunciamiento antes citado:

Por otra parte, la Corte considera que en el terreno de la protección diplomática, como en todas las demás esferas del derecho internacional, es necesario aplicar la ley de forma razonable. Se ha señalado que, si en un caso determinado no es posible aplicar la norma general de que el derecho a la protección diplomática de una sociedad pertenece al Estado de su nacionalidad, por razones de equidad podría pensarse en la posibilidad de que la protección de los accionistas en cuestión fuese ejercida por el Estado de su propia nacionalidad. Esta hipótesis no corresponde a las circunstancias del presente caso.

Sin embargo, en vista del carácter discrecional de la protección diplomática, las consideraciones sobre equidad no pueden exigir más que la posibilidad de que intervenga un Estado protector, sea éste el Estado de la nacionalidad de la sociedad, en virtud de la norma general anteriormente mencionada, o, en segundo lugar, el Estado de la nacionalidad de los accionistas que reclaman protección[202].

79. Los magistrados Fitzmaurice[203], Tanaka[204] y Jessup[205] expresaron pleno apoyo al derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir cuando la sociedad había sido perjudicada por el Estado de constitución. El magistrado Fitzmaurice declaró que:

Al parecer, hay en realidad un solo tipo de situación en la que se reconoce más o menos claramente que la intervención del gobierno de los accionistas extranjeros es permisible, a saber, cuando la sociedad interesada tiene la nacionalidad del Estado responsable de los actos o del daño contra los cuales se reclama, y éstos, o las circunstancias que de ellos resultan, son tales que la sociedad se vuelve incapaz *de facto* de proteger sus intereses y, por ende, los de los accionistas[206].

80. El magistrado Fitzmaurice reconoció que lo más probable era que ese tipo de situación se presentara cuando la nacionalidad de la sociedad no fuese resultado «de una constitución voluntaria» sino que le fuera «impuesta por el gobierno del país o por una disposición de su legislación local como condición para realizar operaciones allí, o para recibir una concesión»[207]. No obstante, no estaba dispuesto a limitar el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a intervenir en esas circunstancias, ya que lo que importaba era «[e]l hecho de la constitución local pero con accionistas extranjeros», y no la motivación o el proceso que la había ocasionado[208].

81. El magistrado Jessup señaló que la justificación de esa excepción «parece estar basada en gran parte en consideraciones de equidad y el resultado es tan razonable que ha sido aceptado en la práctica de los Estados»[209]. Al igual que el magistrado Fitzmaurice, aceptó que «las consideraciones de equidad son especialmente notables en los casos en que el Estado demandado acepta la inversión extranjera solamente a condición de que los inversores formen una sociedad sujeta a su legislación nacional»[210], pero no limitó la excepción a esas circunstancias.

82. Los magistrados Padilla Nervo[211], Morelli[212] y Ammoun[213], por otra parte, se oponían categóricamente a esa excepción. El magistrado Padilla Nervo declaró que el pronunciamiento de la CIJ sobre este tema «no debía interpretarse en el sentido de que esa 'teoría' podría aplicarse a otros casos en que el Estado cuya responsabilidad se invoca es el Estado de la nacionalidad de la sociedad»[214].

83. El pronunciamiento de la CIJ sobre este tema era claramente un *obiter dictum*[215], como lo era también su más conocido *obiter dictum* en el mismo fallo sobre las obligaciones *erga omnes*[216]. No obstante, cabe sostener que al hacer referencia a una excepción así en el contexto de los principios de la equidad y la razón, la Corte deseaba indicar su apoyo a la excepción, cosa que hizo claramente en el caso de las obligaciones *erga omnes*[217].

---

[200] *C.I.J. Recueil 1964* (véase la nota 4 *supra*), pág. 58, párr. 20.

[201] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 48 párr. 92. Véase el comentario de Mann de que Barcelona Traction tal vez tuviera la «nacionalidad funcional» española, en cuyo caso está excepción podría haber resultado pertinente («The protection of shareholders' interests…», págs. 271 y 272).

[202] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 48, párrs. 93 y 94.

[203] Ibíd., págs. 72 a 75.

[204] Ibíd., pág. 134.

[205] Ibíd., págs. 191 a 193.

[206] Ibíd., pág. 72, párr. 14.

[207] Ibíd., pág. 73, párr. 15.

[208] Ibíd., párr. 16.

[209] Ibíd., págs. 191 a 192.

[210] Ibíd., pág. 192.

[211] Ibíd., págs. 257 a 259.

[212] Ibíd., págs. 240 a 241.

[213] Ibíd., pág. 318.

[214] Ibíd., pág. 257.

[215] Véase el comentario de Caflisch en «Round table…», pág. 347. Sin embargo, Caflisch dejó en claro que el derecho internacional reconoce esa excepción.

[216] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 32, párrs. 33 y 34.

[217] A esa conclusión llega Seidl-Hohenveldern, «Round table…», pág. 347, y *op. cit.*, págs. 9 y 10.

5. Evolución posterior al fallo *Barcelona Traction*

84. En el período posterior al fallo *Barcelona Traction* se han producido ciertas novedades en relación con la excepción propuesta, principalmente en el contexto de los tratados de inversiones. No obstante, sustentan la noción de que los accionistas pueden intervenir en contra del Estado de constitución de una sociedad cuando éste ha sido responsable de causar daño a la sociedad.

85. En el caso *ELSI*[218], 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. Como se señaló anteriormente[219], la Corte evitó pronunciarse sobre la compatibilidad de su conclusión con la del caso *Barcelona Traction*, o sobre la excepción propuesta que había quedado abierta en el caso *Barcelona Traction*, a pesar del hecho de que Italia opuso la excepción de que la sociedad cuyos derechos presuntamente se habían violado, se había constituido en Italia y que los Estados Unidos procuraban proteger los derechos de los accionistas de la sociedad[220]. Ese silencio podría explicarse por varias razones[221], en particular el hecho de que la Sala no se ocupaba de la evaluación del derecho internacional consuetudinario sino de la interpretación de un tratado bilateral de amistad, comercio y navegación[222], en 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, como lo demuestra el intercambio entre los magistrados Oda y Schwebel en sus opiniones separadas. El magistrado Oda declaró, con respecto a la tentativa de los Estados Unidos de proteger los intereses de dos sociedades estadounidenses, Raytheon y Machlett, en ELSI, una sociedad italiana:

> Es indudable que Raytheon y Machlett podrían «organizar, controlar y administrar» en Italia sociedades en las que fueran dueñas del 100% de las acciones —como ocurre en el caso de ELSI— pero ello no puede interpretarse en el sentido de que esas sociedades estadounidenses, en su calidad de accionistas de ELSI, pueden reclamar otros derechos que no sean los que como accionistas les garantizan tanto la ley italiana como los principios generales del derecho de las sociedades. Los derechos de Raytheon y Machlett como accionistas de ELSI siguieron siendo los mismos y no se incrementaron en virtud del Tratado de amistad, comercio y navegación. Aquellos derechos de los que Raytheon y Machlett podrían haber disfrutado en virtud del Tratado de amistad, comercio y navegación no resultaron violados por la orden de requisición, porque esa orden no afectaba los «derechos propios» de esas sociedades estadounidenses, en su calidad de accionistas de una sociedad italiana, sino que estaba dirigida a la sociedad italiana de la cual seguían siendo accionistas[223].

El magistrado Schwebel respondió a lo anterior en los términos siguientes:

> [E]l fallo interpreta en gran medida el Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos e Italia en una forma que lo confirma, en lugar de limitarlo, como instrumento para la protección de los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de los Estados Unidos en Italia y los derechos de los nacionales, las sociedades y las asociaciones de Italia en los Estados Unidos. Se presentaron argumentos a la Sala que, si se hubieran aceptado, habrían privado al Tratado de gran parte de su valor. En particular, se sostuvo que el Tratado en realidad no guardaba relación con las reclamaciones de los Estados Unidos en este caso, puesto que las medidas adoptadas por Italia (en particular, la requisa de la planta y el equipo de ELSI) no afectaban directamente a nacionales o sociedades de los Estados Unidos, sino a una compañía italiana, ELSI, cuyas acciones daba la casualidad de que eran de propiedad de sociedades estadounidenses, cuyos derechos como accionistas escapaban en gran parte al ámbito de protección proporcionado por el Tratado. La Sala no aceptó ese argumento[224].

Los comentaristas de la decisión de la Corte coinciden en general con el magistrado Schwebel en que la Sala rechazó la posición del magistrado Oda[225].

86. Es difícil saber exactamente qué conclusión ha de extraerse del fallo en el caso *ELSI*. No obstante, tiene méritos la opinión expresada por Dinstein de que «el caso *ELSI* elimina cierto interrogante que pesaba sobre el caso *Barcelona Traction* y refuerza el punto de vista de la mayoría de los magistrados que expresaron su opinión en el caso anterior»[226] en favor de la excepción propuesta.

87. En su interpretación de la Declaración de Argel de 1981, en que se estipulaba la solución de diferencias entre los Estados Unidos y el Irán[227], y del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, los tribunales han estado dispuestos a hacer extensiva la protección de los accionistas de una sociedad a las reclamaciones contra el Estado en que la sociedad se constituyó[228].

6. Situación actual de la excepción

88. Antes del caso *Barcelona Traction* existía apoyo a la excepción propuesta, si bien las opiniones estaban divididas en cuanto a si la práctica de los Estados y las decisiones arbitrales la reconocían, y hasta qué punto. El *obiter dictum* del caso *Barcelona Traction* y las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice, Jessup y Tanaka indudablemente han contribuido al peso de la autoridad en favor de la excepción. Los acontecimientos

---

[218] Véase la nota 69 *supra*.

[219] Párrs. 25 a 28 *supra*.

[220] *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 69 *supra*), págs. 64 y 69, párrs. 106 y 132, respectivamente.

[221] Véase el párrafo 27 *supra*.

[222] Véase la nota 70 *supra*.

[223] *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 69 *supra*), págs. 87 y 88.

[224] Ibíd., pág. 94.

[225] Véanse los autores citados en la nota 73 *supra*.

[226] *Loc. cit*., pág. 512. Véase Stern, *loc. cit*., págs. 925 y 926, que lamenta que la Sala no haya dado una respuesta clara a esta cuestión.

[227] Véase la nota 102 *supra*.

[228] Véanse los casos Sedco (nota 102 *supra*), pág. 496 (interpretación del artículo VII, párr. 2, de la Declaración de Argel); y *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO)* v. *The Government of the Republic of Liberia*, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, 12 de diciembre de 1986, ILM, vol. 26 (1987), págs. 652 a 654 (interpretación del artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados).

[229] En los debates celebrados en la Sexta Comisión en 2002 sobre el informe de la Comisión, el representante de los Estados Unidos dijo que «los Estados pueden [ejercer la protección diplo-mática] en relación con pérdidas no recuperadas de los intereses de los accionistas de una sociedad registrada o constituida en otro Estado que haya sido expropiada o liquidada por el Estado de registro o constitución, o en relación con otras pérdidas directas no recuperadas» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 52).

posteriores, si bien se han producido en el contexto de la interpretación de tratados, han confirmado esa tendencia. Además, tanto los Estados Unidos[229] como el Reino Unido[230] han declarado su apoyo a la excepción.

89. Los autores siguen estando divididos con respecto a esta cuestión. Algunos, como el magistrado Morelli[231] destacan que es «ilógico» y «anómalo»[232] hacer responsable a un Estado por un perjuicio causado a su propia nación. Brownlie sostiene que:

> Es arbitrario permitir que los accionistas emerjan de la coraza de la sociedad en esta situación pero no en otras. Si se aceptan las consideraciones generales de política presentadas por la Corte, entonces esta presunta excepción a la norma queda descalificada[233].

Otros autores, como el magistrado Jessup[234] apoyan la excepción por motivos de equidad, razón y justicia[235]. Oppenheim no adopta una posición firme sobre el tema, pero señala que «la mayoría de los integrantes de la CIJ» expresaron apoyo a esa excepción[236].

90. Como se indicó anteriormente[237], a veces se dice que la excepción sólo ha de reconocerse en los casos en que la sociedad perjudicada se haya visto obligada a constituirse en el Estado que causó el daño o en que la sociedad esté «prácticamente extinguida». Ninguna de esas calificaciones es necesaria. Los autores que son partidarios de la excepción se refieren a veces al hecho de que las razones para aceptarla se vuelven incluso más poderosas cuando se ha obligado a la sociedad a constituirse en el Estado que causó el daño, pero ninguno de ellos la limita a esos casos[238]. Tampoco lo hizo la CIJ al examinar este tema en el caso *Barcelona Traction*[239]. En cuanto a la otra calificación indicada, es verdad que la excepción se ha invocado a veces en circunstancias en que la sociedad estaba «prácticamente extinguida»[240]. Por otra parte, la mayoría de los autores sostienen que sería un error limitar la excepción en esa forma porque ello demuestra que no se ha entendido el motivo en que se funda. Como dice Jones:

> Al parecer, en las decisiones arbitrales anteriores, se dio una importancia excesiva o equivocada al hecho de que la sociedad estuviera en proceso de disolución (por ejemplo, el caso *Delagoa Bay*) en lugar de dársela al hecho, también presente en todos los casos, de que el daño hubiera sido infligido por el Estado del que la sociedad era nacional, sumado al hecho adicional de la falta de un recurso local efectivo. El hecho de que una sociedad esté «extinguida», como se dijo en el caso *Delagoa Bay,* realmente sólo es pertinente en la medida en que excluye la posibilidad de lograr una *reparación efectiva* mediante la acción de la sociedad. Esta consideración es realmente en lo que se funda la excepción que permite la intervención cuando la sociedad es nacional del Estado que la avasalla[241].

7. Recomendaciones

91. El Relator Especial respalda sin reservas la excepción que figura en el apartado *b* del artículo 18. La excepción goza de amplio apoyo en la práctica de los Estados, los pronunciamientos judiciales y la doctrina. Además, parece justificarse por motivos de equidad, razón y justicia. Como mínimo habría que aceptarla en los casos en que la sociedad se ha visto obligada a constituirse en el Estado causante del perjuicio, en cuyo caso esa constitución la convierte en lo que algunos autores han llamado una «sociedad Calvo»[242], es decir, una sociedad cuya constitución, al igual que la cláusula Calvo, tiene por objeto protegerla de las normas de derecho internacional relativas a la protección diplomática. Es necesario repetir aquí la advertencia hecha por el Gobierno británico en el caso *Mexican Eagle*:

> 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 la legislación local, y de que luego puede alegar esa constitución como justificación para rechazar 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[243].

C.—Artículo 19

Lo dispuesto en los artículos 17 y 18 se entiende sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas en una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan resultado directamente perjudicados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

92. El artículo 19 es una cláusula de salvaguardia que tiene por objeto proteger a los accionistas cuyos propios

[230] De conformidad con sus reglas aplicables a las reclamaciones internacionales, de 1985, «en los casos en que un nacional del Reino Unido tenga intereses, como accionista o en alguna otra forma, en una sociedad constituida en otro Estado y del cual es, por consiguiente, nacional, y ese Estado causa perjuicio a la sociedad, el Gobierno de Su Majestad podrá intervenir para proteger los intereses del nacional del Reino Unido» (regla VI, reimpresas en Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1007).

[231] Según el magistrado Morelli, la excepción propuesta «trastornaría el sistema de normas internacionales relativas al tratamiento de extranjeros. Además, sería una deducción totalmente ilógica y arbitraria» (*C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 240 y 241).

[232] Brownlie, *op. cit.*, pág. 495. Véase también Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», págs. 290 y 291; Díez de Velasco, «La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires», págs. 165 y 166, y Abi-Saab, *loc. cit.*, pág. 116.

[233] *Op. cit.*, pág. 495

[234] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 191 y 192.

[235] Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, págs. 9 y 10; Caflisch, «Round table…», pág. 347, y Sacerdoti, «Barcelona Traction revisited: foreign-owned and controlled companies in international law», pág. 703.

[236] Jennings y Watts (eds.), *op. cit.*, pág. 520, nota 14.

[237] Párr. 68 *supra*.

[238] Véase, por ejemplo, Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, págs. 9 y 10.

[239] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 48, párr. 92. Véanse además las opiniones separadas de los magistrados Fitzmaurice, ibíd., pág. 73, y Jessup, ibíd., pág. 192.

[240] Véase el caso *Delagoa Bay Railway* (nota 145 *supra*), y O'Connell, *International Law*, pág. 1045.

[241] *Loc. cit.*, pág. 257. Véase también Beckett, *loc. cit.*, págs. 190 y 191; Caflisch, *op. cit.*, págs. 203 y 204; y la opinión separada del magistrado Wellington Koo, *C.I.J. Recueil 1964* (nota 4 *supra*), pág. 58, párr. 21.

[242] Reuter, *Droit international public*, pág. 249; Seidl-Hohenveldern, *op. cit.*, pág. 10; y Díez de Velasco, *loc. cit.*, pág. 166.

[243] Whiteman, *op. cit.*, págs. 1273 y 1274.

derechos, y no los de la sociedad, han resultado lesionados. La CIJ reconoció, en el caso *Barcelona Traction*, que esos accionistas reunían las condiciones para recibir protección diplomática por derecho propio, al decir lo siguiente:

> [U]n acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que sólo viola esos derechos no implica responsabilidad hacia los accionistas, aunque sus intereses resulten afectados.
>
> La situación es diferente si el acto por el que se reclama está dirigido contra los derechos propios del accionista como tal. Es un hecho conocido que la legislación interna confiere a los accionistas derechos distintos de los derechos de la sociedad, entre ellos el derecho a los dividendos declarados, el derecho a tomar parte en las reuniones generales y de votar en ellas, el derecho a participar en el remanente de los haberes de la sociedad en el momento de la liquidación. Toda vez que se contraviene uno de sus derechos propios, el accionista tiene el derecho independiente de entablar una acción. Sobre esto no hay desacuerdo entre las partes. Pero es preciso hacer una distinción entre una violación directa de los derechos de los accionistas, y las dificultades o pérdidas financieras a las que pueden estar expuestos como resultado de la situación de la sociedad[244].

No obstante, no se pidió a la Corte que siguiera examinando este asunto porque Bélgica dejó claramente establecido que no basaba su reclamación en una contravención de los derechos propios de los accionistas.

93. Se ha sostenido[245] que la cuestión de la protección de los derechos propios de los accionistas se planteó a la Sala de la CIJ en el caso *ELSI*[246]. Sin embargo, en ese caso, los derechos en cuestión, como los derechos de los accionistas de organizar, controlar y administrar la sociedad, podían hallarse en el tratado de amistad, comercio y navegación[247] que la Sala debía interpretar, y la Sala no expuso en detalle las normas de derecho internacional consuetudinario sobre este tema. En el caso *Agrotexim*[248], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, reconoció el derecho de los accionistas a gozar de protección con respecto a la violación directa de sus derechos, pero sostuvo que en ese caso tal violación no se había producido[249].

94. El proyecto de artículo deja dos cuestiones sin responder: en primer lugar, el contenido de los derechos o el momento en que se produce un perjuicio directo; en segundo lugar, el orden jurídico necesario para realizar esa determinación.

95. En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ menciona los derechos más evidentes de los accionistas, a saber, el derecho a percibir los dividendos declarados, el derecho a asistir a las reuniones generales y a votar en ellas, y el derecho a participar en los haberes remanentes de la sociedad en el momento de su liquidación. Sin embargo, esa lista no es exhaustiva, como lo indicó la propia Corte. Ello significa que incumbe a los tribunales determinar, sobre la base de los hechos de cada caso en particular, los límites de esos derechos. Será preciso, sin embargo, cuidar de delimitar claramente los derechos de los accionistas y los derechos institucionales, especialmente en lo que respecta al derecho a participar en la gestión de las sociedades. Como advierte Lowe, es necesario evitar:

> combinar los derechos de los accionistas con los derechos de la sociedad, y debilitar la libertad de los accionistas de ejercer derechos de gestión de conformidad con la legislación del Estado de constitución, con el supuesto derecho de los accionistas de gozar de libertad de gestión como cuestión de derecho internacional[250].

96. Durante el examen del apartado *a* del artículo 18, al tratar de la disolución de una sociedad, se planteó la cuestión[251] de cuál era el ordenamiento jurídico mejor calificado para hacer esa determinación: el del Estado de constitución, el del Estado que causa el perjuicio, o el derecho internacional. Se plantean interrogantes similares con respecto a la legislación que determinará si se han violado los derechos propios de un accionista. La legislación del Estado que causó el perjuicio no es el régimen apropiado para determinarlo, como tampoco lo es para determinar si una sociedad ha dejado de existir. En la mayoría de los casos, éste parece ser un asunto que se ha de decidir de conformidad con la legislación del Estado de constitución, tal como en el caso de la disolución de una sociedad[252]. Del pronunciamiento de la propia CIJ se desprende claramente que, en su opinión, el ordenamiento jurídico que había de regir la cuestión era la legislación interna y no el derecho internacional. Sin embargo, tal vez se justifique en este caso invocar los principios generales del derecho[253], especialmente si la sociedad ha sido constituida en el Estado que ha causado el perjuicio, para asegurarse de que los derechos de los accionistas extranjeros no sean objeto de un tratamiento discriminatorio.

D.—Artículo 20 (Continuidad de la nacionalidad de las sociedades)

Artículo 20

Un Estado tendrá derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida de conformidad con su legislación tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; a condición de que, si la sociedad dejara de existir como resultado del

---

[244] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 36, párrs. 46 y 47.

[245] Lowe, *loc. cit.*, pág. 269, y Watts, *loc. cit.*, pág. 435, nota 56.

[246] Véase la nota 69 *supra*.

[247] Véase la nota 70 *supra*.

[248] *Agrotexim et autres* c. *Grèce* (véase la nota 156 *supra*).

[249] En esa ocasión el Tribunal declaró que:

«El Tribunal señala para empezar que las sociedades demandantes no alegaron violación de los derechos de que gozaban como accionistas de Fix Brewery, como por ejemplo el derecho a asistir a la reunión general y a votar. Su reclamación se basaba exclusivamente en la premisa de que la presunta violación del derecho de Fix Brewery a gozar con tranquilidad de sus bienes había afectado negativamente sus propios intereses financieros debido a la baja resultante del valor de sus acciones. Estimaban que las pérdidas financieras sufridas por la sociedad y los derechos de ésta debían considerarse como propios, y que por lo tanto, eran víctimas, aunque indirectamente, de la presunta violación. En resumen, querían que se levantara el velo social en su favor» (ibíd., pág. 23, párr. 62).

[250] *Loc. cit.*, pág. 283.

[251] Véase el párrafo 65 *supra*.

[252] Lowe, *loc. cit.*, págs. 278 y 279, dice que la ley del Estado de constitución determinará el derecho legal del inversor a controlar la sociedad.

[253] En su opinión separada formulada en el caso *ELSI*, el magistrado Oda habló de «los principios generales del derecho relativos a las sociedades» en el contexto de los derechos de los accionistas, *C.I.J. Recueil 1989* (véase la nota 69 *supra*), págs. 87 y 88.

perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad desaparecida pueda de todos modos presentar una reclamación con respecto a la sociedad].

97. Con respecto al requisito de que haya continuidad de la nacionalidad para la presentación de una reclamación diplomática, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina se ocupan de este requisito principalmente en la medida en que se refiere a las personas físicas[254]. Como se recordará, la Comisión aprobó el siguiente proyecto de artículo sobre este tema en su 54.º período de sesiones celebrado en 2002:

Artículo 4 [9].—Continuidad de la nacionalidad

1. Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una persona que era nacional suyo en el momento del perjuicio y lo sea en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

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 el momento del perjuicio siempre que esa persona haya perdido su nacionalidad anterior y haya adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad de ese Estado de un modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

3. El nuevo Estado de nacionalidad no ejercerá la protección diplomática con respecto a una persona frente a un Estado de nacionalidad anterior de ésta en razón de un perjuicio sufrido cuando esa persona era nacional del Estado de nacionalidad anterior y no del nuevo Estado de nacionalidad[255].

98. La razón de esta preocupación especial con el requisito de la continuidad de la nacionalidad con respecto a las personas físicas, es comprensible. Las personas físicas cambian de nacionalidad con más frecuencia y más fácilmente que las sociedades, como resultado de la naturalización, voluntaria o involuntaria (como ocurre, posiblemente, en caso de matrimonio o adopción), y de la sucesión de Estados. Además, la insistencia demasiado rigurosa en una norma sobre continuidad de la nacionalidad desde el momento del perjuicio hasta el momento de la presentación de la reclamación puede causar grandes dificultades en casos individuales en que el cambio de nacionalidad no está relacionado con la presentación de una reclamación diplomática. Esta consideración indujo al establecimiento de la excepción a la regla, que figura en el párrafo 2 del proyecto de artículo enunciado anteriormente.

99. No se aplican las mismas consideraciones en el caso de sociedades, *si* se acepta la propuesta que figura en el párrafo 2 del artículo 17 del actual proyecto de artículos. De conformidad con esa disposición, la sociedad adquiere la nacionalidad del Estado en que fue constituida, y no la del Estado en el que está domiciliada o en el que tiene su sede social o en el que radica el control económico de ella. En consecuencia, no puede cambiar su nacionalidad a los efectos de la protección diplomática trasladando su sede, su domicilio o su lugar de control[256]. Sólo podrá cambiar su nacionalidad volviendo a constituirse en sociedad en otro Estado, en cuyo caso asume una nueva personalidad, con lo que rompe la continuidad de la nacionalidad de la sociedad. Este principio fue reconocido en el caso *Orinoco Steamship*[257], en el cual una sociedad constituida en el Reino Unido, la Orinoco Shipping and Trading Company Ltd., transfirió su reclamación contra el Gobierno de Venezuela a una sociedad sucesora, la Orinoco Steamship Company, constituida en los Estados Unidos. Debido a que el tratado por el que se estableció la Comisión Mixta venezolano-estadounidense permitía a los Estados Unidos presentar una reclamación en favor de su nacional en esas circunstancias, se permitió la reclamación. Sin embargo, el árbitro Barge dejó en claro que, de no haber sido por el tratado, la reclamación no se habría permitido:

[E]s verdad que, de conformidad con la norma de derecho internacional reconocida y practicada, de perfecto acuerdo con los principios generales de la justicia y la equidad, las reclamaciones no cambian de nacionalidad por el hecho de que sus titulares consecutivos tengan una ciudadanía diferente, porque el Estado no es un agente de reclamaciones sino que, en la medida en que el perjuicio causado a sus ciudadanos es un perjuicio causado al propio Estado, sólo puede obtener reparación del perjuicio causado a sus ciudadanos, y no del perjuicio causado a los ciudadanos de otro Estado.

De todos modos, esta regla se puede pasar por alto e incluso se la puede abandonar deliberadamente mediante un tratado[258].

100. El comisionado venezolano, Sr. Grisanti, en una opinión separada, se refirió en términos más enérgicos a esta regla, al declarar que:

Es un principio de derecho internacional universalmente reconocido y practicado que, para hacer efectiva una reclamación, sólo puede otorgar protección el gobierno de la nación a la que pertenece el reclamante que inicialmente obtuvo el derecho a reclamar o, en otras palabras, que una reclamación internacional debe ser mantenida por la persona que ha conservado su propia ciudadanía, puesto que la reclamación estuvo vigente hasta la fecha de su solución definitiva, y que sólo el gobierno del país al que pertenece esa persona tiene derecho a exigir el pago de la reclamación, actuando en nombre del reclamante. Además, el titular original de las reclamaciones que estamos analizando era la Orinoco Shipping and Trading Company (Limited), una sociedad inglesa, y la que exige el pago es la Orinoco Steamship Company (Limited), una sociedad estadounidense; y que como las reclamaciones no cambian de nacionalidad por el solo hecho de que sus futuros titulares tengan una ciudadanía diferente, está claro como la luz del día que esta Comisión Mixta venezolano-estadounidense no tiene jurisdicción para ocuparse de dichas reclamaciones[259].

[…]

El hecho es que las sociedades de responsabilidad limitada deben su existencia a la legislación de conformidad con la cual han sido organizadas, y en consecuencia su nacionalidad no puede ser otra que la de esa legislación. La conversión de dicha sociedad, que es inglesa, en la actual sociedad reclamante, que es estadounidense, no puede tener efecto retroactivo en el sentido de conferir jurisdicción a este tribunal para conocer de reclamaciones que eran originalmente de propiedad

[254] Véase además sobre este tema, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

[255] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 280.

[256] Esta es otra de las razones para preferir el Estado de constitución como el Estado de la nacionalidad. La adopción del Estado de la sede social, el domicilio o el control económico como Estado de la nacionalidad daría origen a graves problemas de continuidad de la nacionalidad, como lo demuestra Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, págs. 105 a 108.

[257] Naciones Unidas, RSA (véase la nota 177 *supra*).

[258] Ibíd., pág. 192.

[259] Ibíd., pág. 184.

de la sociedad mencionada en primer lugar, ya que eso equivaldría a derribar o infringir principios fundamentales[260].

101. Sólo en un caso sería posible que una sociedad cambiara de nacionalidad sin cambiar de personalidad jurídica, a saber, en el caso de una sucesión de Estados[261]. Sin embargo, también en ese caso puede haber problemas relativos a la supervivencia de la sociedad y a la aplicación de la regla de la continuidad. Ello queda demostrado por el caso *Chemin de fer Panavezys-Saldutiskis*[262] en el que Estonia sostuvo que había sucedido a una sociedad de la Rusia zarista que operaba en su territorio y que ese hecho le permitía presentar una reclamación en contra de Lituania. Aunque la CPJI no emitió una decisión sobre el tema[263], puso de relieve algunas de las dificultades inherentes a una situación de esa naturaleza en el pasaje siguiente:

El argumento en que se basa la sociedad para reclamar el ferrocarril es que es la misma que la sociedad rusa, o sucesora de ésta. La determinación de si ello es así o no supone una decisión con respecto al efecto de los acontecimientos y la legislación de Rusia en la época de la Revolución bolchevique, pues se ha argumentado que esos acontecimientos y esa legislación pusieron fin a la existencia de la sociedad y dejaron que la transferencia de su propiedad fuera de Rusia se rigiera por la legislación del país en que estaba situada la propiedad. Esta cuestión, sin embargo, afecta de cerca también a la cuestión de si en el momento en que los actos de Lituania que dieron origen a la presente reclamación existía o no un nacional de Estonia cuya causa el Gobierno de Estonia tenía derecho a defender[264].

102. En todas las circunstancias parece apropiado exigir que un Estado que ejerce la protección diplomática en favor de una sociedad deba probar que la sociedad era un nacional suyo sujeto a su legislación, tanto en el momento de producirse el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, esto deja una pregunta sin responder: si la sociedad deja de existir en el lugar en que fue constituida como resultado de un perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, ¿debe el Estado de la nacionalidad de los accionistas presentar una reclamación contra el Estado que actuó en forma ilícita, de conformidad con el apartado *a* del proyecto de artículo 18, o puede hacerlo el Estado de la nacionalidad de la sociedad desaparecida? Poniendo la pregunta en el contexto del caso *Barcelona Traction*: si la sociedad Barcelona Traction hubiera dejado de existir en el Canadá como resultado del perjuicio causado a la sociedad por España, ¿habría pasado la reclamación totalmente a manos de Bélgica, el Estado de la nacionalidad de los accionistas, o habría conservado el Canadá su derecho a reclamar en nombre de su sociedad desaparecida? ¿Individualmente, o conjuntamente con Bélgica?

103. Los magistrados Jessup y Gros y el magistrado *ad hoc* Riphagen hicieron alusión, en el caso *Barcelona Traction*, a las dificultades propias de esa situación tanto para la sociedad como para los accionistas. El magistrado Jessup puso de relieve el carácter anómalo del caso en que una sociedad extranjera resultara arruinada por el acto de confiscación realizado por un Estado, seguido de la disolución consiguiente en su propio Estado. «En este caso», dijo, «parte de la doctrina diría que normalmente el Estado A, el Estado en que se constituyó la sociedad sería el que debe otorgar la protección diplomática. Pero hipotéticamente la sociedad ha sido disuelta por el Estado A, de manera que [...] no se puede presentar una reclamación en nombre de la sociedad»[265]. Por consiguiente, el Estado de constitución no podía cumplir los requisitos sobre continuidad, según los cuales la sociedad debía ser nacional suyo en el momento de producirse el perjuicio y debía seguirlo siendo en el momento de presentarse la reclamación. No obstante, tampoco podían los accionistas cumplir esos requisitos, ya que «en el momento de producirse el acto ilícito (confiscación) no tenían [...] un interés patrimonial y, por consiguiente, de conformidad con la regla de la continuidad, la reclamación no tenía inicialmente la nacionalidad apropiada sobre esa base»[266].

104. El magistrado Gros sostuvo que la única forma de salir de ese dilema era permitir que tanto el Estado de constitución como el Estado de la nacionalidad de los accionistas ejercieran la protección diplomática:

[L]a opinión vertida en el fallo que admite la posibilidad de acción por el Estado de los accionistas en caso de desaparición de la sociedad carece de lógica porque, en una eventualidad así, si el Estado de la sociedad había iniciado una acción ésta no podría ser desestimada en razón de la desaparición de la sociedad. E incluso si esa acción había sido incoada después de la desaparición de la sociedad, es difícil entender por qué el Estado de la sociedad se vería privado de presentar una reclamación con respecto al acto ilícito que era la causa fundamental de la desaparición. Entonces, si en ese caso los dos Estados pueden actuar, ¿no significa ello acaso que la norma general que confiere el derecho de acción al Estado de la sociedad no es una norma exclusiva?[267].

105. El magistrado *ad hoc* Riphagen consideró que la decisión de la CIJ de que el derecho de los accionistas a presentar reclamación sólo comenzaba a existir al desaparecer la sociedad, era poco realista e insatisfactoria. Declaró al respecto:

En el plano del derecho privado interno, no es el hecho de que la sociedad entre en liquidación lo que hace nacer un derecho para cada accionista, a saber, un derecho a una parte de los activos de la sociedad; es sólo al *finalizar* la liquidación que todo *excedente* que pueda existir se distribuye entre los accionistas. Además, la liquidación siempre fue *posterior* a las medidas adoptadas por el Estado considerado responsable en el plano internacional, de modo que esas medidas no podían haber contravenido los derechos de los accionistas en el plano del derecho privado interno.

[...]

[260] Ibíd., pág. 186.

[261] Véase en general sobre este tema O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, págs. 537 a 542. Véase también el cuarto informe sobre la nacionalidad en relación con la sucesión de Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/489, en que se destacan las dificultades que rodean a la nacionalidad de las personas jurídicas en relación con la sucesión de Estados.

[262] Fallo, *1939 C.P.J.I. série A/B n.º 76*, pág. 4.

[263] Ibíd., pág. 17. La CPJI agregó este asunto a las cuestiones de fondo pero luego confirmó una excepción preliminar basada en el hecho de no haberse agotado los recursos locales.

[264] Ibíd. Véase también la opinión en disidencia del magistrado van Eysinga, ibíd., págs. 33 y 35; y la opinión separada del magistrado Fitzmaurice en el caso *Barcelona Traction, C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 101 y 102.

[265] Ibíd., pág. 193.

[266] Ibíd.

[267] Ibíd., pág. 277.

El fallo observa (párr. 66) que, «sólo en el caso de la desaparición jurídica de la sociedad quedan privados los accionistas de la posibilidad de disponer de un recurso por intermedio de la sociedad». En el fallo no se explica cómo en un caso así, después de la desaparición jurídica de la sociedad, la acción de un gobierno *distinto* del «gobierno de la sociedad» podría ser compatible con la regla de la continuidad. En realidad, el interés jurídicamente protegido de ese otro Estado, y en consecuencia también las obligaciones que tiene hacia él el Estado que adoptó las medidas contra las cuales se reclama, deben existir en el plano internacional con anterioridad e independientemente de la desaparición de la sociedad en el plano del derecho interno, desaparición que sólo es una de las consecuencias subsiguientes *posibles* de esas medidas[268].

106. Este tipo de dificultades también ha preocupado a los tribunales[269] y a los académicos[270].

107. Se señala que la solución de este problema no reside en una norma lógica de carácter técnico[271] que busca determinar el momento preciso de la desaparición de una sociedad y en que el derecho del Estado de la nacionalidad a ejercer la protección diplomática con respecto a esa sociedad cede su lugar al Estado de la nacionalidad de los accionistas. En lugar de eso, debería buscarse una norma equitativa que tuviera en cuenta el lapso prolongado que habitualmente media entre la fecha del perjuicio y la fecha de presentación de la reclamación, y la dificultad de determinar el momento preciso en que los derechos de la sociedad son reemplazados por los derechos de los accionistas. Además, una norma así se establecería sin perjuicio de los intereses de la sociedad ni de los accionistas. La condición establecida en el artículo 20 contiene una norma de esa naturaleza, pues permitiría al Estado de la nacionalidad de la sociedad continuar protegiendo a la sociedad después de su desaparición ocasionada por el perjuicio que le ha sido causado. La consecuencia de esta condición no sería, sin embargo, la de excluir el derecho del Estado de la nacionalidad de los accionistas a iniciar una reclamación cuando la sociedad dejara de existir, a pesar del hecho de que una aplicación estricta de la regla de la continuidad podría impedir que ese Estado protegiera a los accionistas si (como normalmente ocurrirá) el perjuicio se produjera antes de la disolución de la sociedad.

108. Una consecuencia necesaria de esta propuesta es que habrá un lapso intermedio de tiempo en que tanto el Estado de la nacionalidad de la sociedad como el Estado de la nacionalidad de los accionistas podrían presentar reclamaciones diplomáticas. En teoría, no se puede objetar esa dualidad de reclamaciones. La protección diplomática otorgada por dos Estados a quienes tienen doble nacionalidad y la otorgada por la organización y por el Estado a los funcionarios públicos internacionales demuestra que esa solución no es discordante con las normas vigentes[272]. Tampoco es probable que plantee problemas en la práctica. Los dos Estados que otorgan protección probablemente se conducirán con cautela al hacerse cargo de las reclamaciones de sus nacionales en ese lapso intermedio de tiempo. Además, como observó el magistrado Jessup en el caso *Barcelona Traction*:

> En el caso de dos intervenciones diplomáticas justificables, diferentes pero simultáneas, con respecto al mismo acto ilícito, el demandado podrá eliminar a uno de los demandantes demostrando que se ha llegado a un total acuerdo con el otro[273].

109. El artículo 20 (incluso la condición) se ocupa de la regla de la continuidad con respecto a las *sociedades*. El artículo 4 del presente proyecto de artículos trata de la regla de la continuidad con respecto a las personas físicas. Esta última regla abarcará a los accionistas cuando éstos son personas físicas en lugar de personas jurídicas. Por consiguiente, parece innecesario redactar una norma separada sobre continuidad para los accionistas. En los casos en que un Estado de la nacionalidad de los accionistas trate de intervenir en favor de sus nacionales en las circunstancias descritas en los artículos 18, apdo. *b*, y 19 y, en la mayoría de los casos, en las circunstancias del artículo 18, apdo *a* (con sujeción a la hipótesis sobre el lapso intermedio de tiempo descrito en el párrafo 108 *supra*), deberá cumplir los requisitos de continuidad prescritos en el artículo 4.

E.—Artículo 21 (*Lex specialis*)

Artículo 21.—Lex specialis

Los presentes artículos no serán aplicables en aquellos casos en que la protección de las sociedades o de los accionistas de una sociedad, inclusive el arreglo de controversias entre las sociedades o los accionistas de una sociedad y los Estados, se rija por normas especiales del derecho internacional.

110. En el presente informe se señala el hecho de que actualmente las inversiones extranjeras están reguladas y protegidas en su mayor parte por tratados bilaterales sobre inversiones[274]. En los últimos años ha aumentado considerablemente el número de dichos tratados y se calcula que en la actualidad existen cerca de 2.000 acuerdos de esa índole[275].

111. En los tratados bilaterales sobre inversiones se contemplan dos vías para el arreglo de controversias en materia de inversiones como alternativas a los recursos internos en el Estado anfitrión. En primer lugar, es posible dirimir directamente la controversia entre el inversor y el Estado anfitrión, bien ante un tribunal especial, bien ante un tribunal establecido por el CIADI en virtud del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. En segundo lugar, es posible resolver una controversia

[268] Ibíd., pág. 345.

[269] Véase la reclamación *Kunhardt* (nota 181 *supra*), y especialmente la opinión en disidencia de la Comisión venezolana, Sr. Paúl, pág. 180; y el caso *Flack* (nota 95 *supra*), pág. 63. Wyler (*op. cit.*, págs. 200 y 201) sostiene que el caso *ELSI* (nota 69 *supra*) también puede haber planteado problemas de este tipo.

[270] Beckett, *loc. cit.*, pág. 191; Caflisch, *op. cit.*, págs. 206 y 207; y Wyler, *op. cit.*, págs. 197 a 202.

[271] Véanse las opiniones separadas en el caso *Barcelona Traction* de los magistrados Fitzmaurice (*C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 101 y 102) y Jessup (ibíd., págs. 202 y 203) en apoyo de ese criterio.

[272] Véase el párrafo 38 *supra*. Véase también Caflisch, «The protection of corporate investments…», pág. 193.

[273] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 200.

[274] Párr. 19 *supra*.

[275] Véase Kokott, *loc. cit.*, pág. 263. Véase también Vandevelde, «The economics of bilateral investment treaties», pág. 469.

sobre inversiones recurriendo al arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (institucional o particular) y el Estado anfitrión respecto de la interpretación o aplicación de la disposición pertinente del tratado en cuestión. El segundo procedimiento está normalmente disponible en todos los casos y, en consecuencia, viene a reforzar el mecanismo de resolución de controversias entre el inversor y el Estado.

112. En aquellos casos en que se recurre a los procedimientos de arreglo de controversias previstos en un tratado bilateral sobre inversiones o en el CIADI quedan excluidas las normas del derecho consuetudinario de la protección diplomática[276]. Tanto en los tratados bilaterales sobre inversiones[277] como en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados figuran referencias explícitas al respecto[278].

113. Los procedimientos de arreglo de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones y en el CIADI ofrecen mayores ventajas al inversor extranjero que el sistema de protección diplomática del derecho consuetudinario internacional, puesto que gracias a ellos el inversor tiene acceso directo al arbitraje internacional y se evita la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática[279].

114. En el caso *Barcelona Traction* la CIJ reconoció la existencia de un régimen especial como el que se acaba de describir:

> Es por eso que, en el estado actual del derecho, la protección de los accionistas exige que se recurra a lo estipulado en tratados o en acuerdos especiales concluidos directamente entre el inversor privado y el Estado en que se realiza la inversión. Los Estados proporcionan cada vez con más frecuencia ese tipo de protección en sus relaciones bilaterales y multilaterales, ya sea mediante instrumentos especiales o en el marco de acuerdos económicos de alcance más general. En efecto, desde la Segunda Guerra Mundial ha habido toda una evolución en lo que respecta a la protección de las inversiones extranjeras, que se ha traducido en la celebración de tratados bilaterales o multilaterales entre Estados, o de acuerdos entre los Estados y las sociedades. Esos instrumentos contienen disposiciones sobre la competencia y el procedimiento en caso de controversias relativas al tratamiento de las sociedades inversoras por parte de los Estados en los que éstas invierten capital. A veces las propias sociedades están directamente facultadas para defender sus intereses frente a los Estados mediante los procedimientos estipulados[280].

115. La CIJ prefirió ver en acuerdos de esa índole un tipo de *lex specialis* entre las partes concebida para crear un régimen especial de protección de las inversiones[281].

116. Con el artículo 21 se pretende dejar claro que el presente proyecto de artículos no es aplicable al régimen alternativo especial para la protección de los inversores extranjeros previsto en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones. Cumple la misma función que el artículo 55 del proyecto de artículos de la Comisión sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos[282] y refleja la máxima *lex specialis derogat legi generali*. Para que sea aplicable este principio «no es suficiente que existan dos disposiciones que traten de las mismas cuestiones; debe existir en la práctica cierta discrepancia entre ellas, o bien la intención discernible de que una disposición excluya a la otra»[283]. Hay una clara discrepancia entre las normas del derecho consuetudinario internacional sobre la protección diplomática de las inversiones de las sociedades, en que se prevé el ejercicio de la protección únicamente a discreción del Estado y únicamente, salvo en contadas excepciones, respecto de la propia sociedad, y el régimen especial de inversiones extranjeras establecido en virtud de los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones, que confiere a un inversor extranjero, ya se trate de una sociedad o de un accionista, derechos determinables por un tribunal internacional de arbitraje. Por esta razón es indispensable que en el presente proyecto de artículos figure una disposición del tenor del artículo 21.

F.—Artículo 22 (Personas jurídicas)

Artículo 22 .—Personas jurídicas

Los principios contenidos en los artículos 17 a 21 respeto de las sociedades serán aplicables *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas.

117. El presente informe está dedicado en su totalidad a una clase particular de persona jurídica, la sociedad. En virtud del artículo 22 las normas expuestas respecto de las sociedades son aplicables a otras personas jurídicas, con los cambios que sean necesarios (*mutatis mutandis*) en los casos de otras personas jurídicas en función de su carácter, objetivos y estructura. El comentario sobre este artículo explica por qué la sociedad es y debe ser el centro de atención del presente articulado, y por qué no es posible redactar nuevos artículos en materia de protección diplomática para cada tipo de persona jurídica.

118. En su sentido ordinario, la palabra «persona» denota un ser humano. Sin embargo, en sentido jurídico,

---

[276] Véase Kokott, *loc. cit.*, págs. 265 y 266, y Peters, «Dispute settlement arrangements in investment treaties».

[277] Véase el Acuerdo entre la República Federal de Alemania y la República de Filipinas sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (Bonn, 18 de abril de 1997) (Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2108, n.º 36656), que dispone en su artículo 9, párr. 3: «Ninguno de los Estados contratantes tramitará por vía diplomática un asunto que haya sido remitido a arbitraje hasta que finalice todo lo relativo a las actuaciones sin que un Estado contratante haya respetado o cumplido la indemnización fijada por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones» (citado por Kokott, *loc. cit.*, pág. 265, nota 184).

[278] En el párrafo 1 del artículo 27 del Convenio se establece 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 dicho 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.»

[279] Véase Kokott, *loc. cit.*, págs. 276 y 277, citada en el párrafo 19 *supra*.

[280] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 47, párr. 90.

[281] Ibíd., págs. 40 y 41, párrs. 62 y 63. Véase Gunawardana, «The inception and growth of bilateral investment promotion and protection treaties», págs. 549 y 550.

[282] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31.

[283] Ibíd., pág. 150, párr. 4 del comentario al artículo 55. No se examinará aquí la jurisprudencia al respecto, que se puede encontrar en ibíd., párr. 5. Véase también Simma, «Self-contained regimes».

una «persona» es cualquier ente, objeto, asociación o institución a quien la ley otorga la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. La personalidad jurídica «no es un fenómeno natural, sino una creación del derecho»[284]. 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.

119. En el derecho romano había dos tipos de persona jurídica: la *universitas personarum* y la *universitas rerum*. La primera era una asociación de personas, correspondiente más o menos a la sociedad moderna, que comprendía el *fiscus*, los municipios y los *collegia fabrorum* (gremios artesanales). El segundo era un conjunto de activos y pasivos que formaban una entidad jurídica separada sin relación con una persona o personas particulares: el *hereditas jacens* (patrimonio sin propietario) y la *pia causa* (fundación benéfica, conjunto de haberes destinados por un donante o testador a un fin caritativo). En la mayoría de los sistemas jurídicos basados en el derecho romano, la *universitas personarum* se ha convertido en la sociedad y la *universitas rerum* se ha convertido en la fundación (*stichting* en holandés y *Stiftung* en alemán)[285]. Sin embargo, a lo largo de la Edad Media la *universitas personarum* se limitó principalmente a los municipios y los gremios, y no fue hasta el siglo XVI cuando se estableció el vínculo entre las empresas mercantiles y la personalidad jurídica, a consecuencia de la aparición de la sociedad anónima[286].

120. Se debate entre los juristas la naturaleza de la personalidad jurídica[287] y, en particular, la manera en que se constituye una persona jurídica. La teoría de la ficción (relacionada con Savigny) sostiene que no puede constituirse una persona jurídica sin un acto oficial de constitución por parte del Estado. Esto quiere decir que un ente que no sea una persona física puede adquirir los privilegios propios de la personalidad por medio de un acto del poder soberano y asumir, en virtud de una ficción del derecho, una condición equiparable a la de una persona física, sujeta a las limitaciones que el ordenamiento jurídico pueda imponer. Por otra parte, según la teoría realista (relacionada con Gierke), la existencia de la personalidad jurídica es real 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[288]. Independientemente de los méritos de la teoría realista, está claro que para poder existir, una persona jurídica debe gozar de cierto reconocimiento en el ordenamiento jurídico, es decir, en un ordenamiento jurídico nacional, como han subrayado el Tribunal de Justicia Europeo y la CIJ. En el caso *Daily Mail* sobre libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia Europeo afirmó: «[H]a de recordarse que, al contrario que las personas físicas, las sociedades son entidades creadas en virtud de un ordenamiento jurídico. [...] Sólo tienen existencia a través de las diversas legislaciones nacionales que regulan su constitución y su funcionamiento»[289]. En el caso *Barcelona Traction*, la CIJ declaró:

> En este ámbito se pide que el derecho internacional reconozca las instituciones del derecho interno que tienen un papel importante y amplio en el plano internacional, lo cual no implica necesariamente establecer una analogía entre sus propias instituciones y las del derecho interno, ni equivale a elaborar normas de derecho internacional que dependan de las categorías del derecho interno. Lo que esto significa es que el derecho internacional ha debido reconocer a la sociedad anónima como institución creada por los Estados en un terreno 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. Por lo tanto, en vista de la pertinencia que tienen para el presente caso los derechos de la entidad y sus accionistas en virtud del derecho interno, la Corte debe prestar atención a la naturaleza de esos derechos y a las relaciones entre ellos[290].

121. 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 fines de lucro, las organizaciones no gubernamentales (ONG) e incluso (en algunos países) las asociaciones. La imposibilidad de encontrar rasgos comunes y uniformes en todas esas personas jurídicas explica que los estudiosos del derecho internacional publico[291] y privado[292], a la hora de examinar las personas jurídicas en el marco del derecho internacional, se limitan principalmente a la sociedad, es decir, la empresa comercial con fines de lucro cuyo capital está representado por acciones y respecto de la cual existe una clara distinción entre la sociedad como entidad separada y los accionistas, a quienes corresponde una responsabilidad limitada[293]. Sin embargo, este planteamiento de los juristas se explica también por el hecho de que es principalmente la sociedad, en contraposición a la empresa pública, la universidad, el municipio, la fundación y otras personas jurídicas similares, la que participa en el comercio y las inversiones extranjeras y la que sostiene con sus actividades no sólo la economía

[284] Beale, *Selections from a Treatise on the Conflict of Laws*, pág. 653, párr. 120.2.

[285] Hahlo y Kahn, *The South African Legal System and its Background*, págs. 104 y 105.

[286] Por ejemplo, la Muscovy Company (1555), que tenía un monopolio comercial con Rusia, la English East India Company (1600) y la Dutch East India Company (1602).

[287] Según Wolff, existen 16 teorías al respecto («On the nature of legal persons», pág. 496).

[288] Hahlo y Kahn, *op. cit.*, pág. 107. Véase también «Notes – what we talk about when we talk about persons: the language of legal fiction», *Harvard Law Review*, vol. 114, n.º 6 (abril de 2001), págs. 1745 a 1768.

[289] Tribunal de Justicia Europeo, *The Queen* v. *H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue*, ex parte *Daily Mail and General Trust plc*, caso 81/87, *Recopilación de Jurisprudencia 1988*, párr. 19.

[290] *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), págs. 33 y 34, párr. 38.

[291] Véase por ejemplo Brownlie, *op. cit.*, págs. 425 y 486; Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 492; Jennings y Watts (eds.), *op. cit.*, págs. 517 y 859; O'Connell, *International Law*, págs. 1039 y ss.; Fatouros, «National legal persons in international law», pág. 495.

[292] Véase, por ejemplo, Collins (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, págs. 1101 y ss.; y North y Fawcett, *Cheshire and Norths' Private International Law*, págs. 171 y ss.

[293] Véase una descripción de los rasgos comunes de una sociedad en *C.I.J. Recueil 1970* (nota 3 *supra*), pág. 34, párrs. 40 y 41.

internacional, sino también el sistema de solución de controversias internacionales. La protección diplomática respecto 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 diplomática[294], y que sea y deba ser el principal objeto del presente proyecto de artículos.

122. Si bien la sociedad es la persona jurídica principal a los efectos de la protección diplomática, no es la única persona jurídica que puede requerir dicha protección.

123. La jurisprudencia de la CPJI demuestra que en determinados casos un municipio[295] (comuna) o una universidad[296] pueden ser considerados como personas jurídicas de la nacionalidad de un Estado. No hay motivo para que dichas personas jurídicas no tengan derecho a la protección diplomática, si resultan lesionadas en el exterior, a condición de que sean entidades autónomas que no formen parte del aparato del Estado que ejerce la protección. Dado que la protección diplomática es un proceso reservado a la protección de personas físicas o jurídicas que no forman parte del Estado, se deduce que en la mayoría de los casos el municipio, en tanto rama local del gobierno, y la universidad, financiada y en última instancia controlada por el Estado[297], no gozan del derecho a la protección diplomática.

124. Las fundaciones sin fines de lucro, cuyos bienes han sido otorgados por un donante o un testador con fines caritativos, 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 anfitrión, es probable que goce de protección diplomática por parte del Estado en virtud de cuyo ordenamiento jurídico ha sido creada. Podría parecer que las ONG que realizan actividades en el exterior en favor de una buena causa pertenecen a la misma categoría que las fundaciones. Sin embargo Doehring no opina lo mismo[298]:

> [L]a organización no gubernamental es un sujeto jurídico, es decir, una persona jurídica que adquirió su personalidad gracias a un ordenamiento jurídico nacional. Los miembros de la organización no gubernamental no son los Estados ni sus gobiernos, sino personas particulares que tienen la nacionalidad de otro Estado, asociaciones nacionales registradas en otro Estado o empresas registradas en otros Estados. La propia organización no gubernamental está normalmente registrada en el Estado en que su administración o sede desempeña sus funciones, de modo que posee la nacionalidad de dicho Estado. La incorporación de la organización no gubernamental en un ordenamiento jurídico nacional es una condición *sine qua non* para que pueda actuar como persona jurídica a la hora de administrar sus propios asuntos, por ejemplo, cuando compra materiales o alquila una residencia. Así pues, la organización no gubernamental posee una nacionalidad, a pesar de que sus tareas son de alcance internacional. Ahora bien, toda vez que la organización no es sujeto de derecho internacional, nos vemos obligados a remitirnos a su estatuto nacional cuando están en juego sus relaciones jurídicas[299].

Sin embargo, Doehring afirma luego que dicha ONG tiene un vínculo insuficiente con el Estado de registro para tener derecho a la protección diplomática. El carácter mundial de sus miembros y de sus actividades, afirma este autor, da lugar a una situación en la cual una lesión a una ONG no puede, en virtud de la regla *Mavrommatis*[300], considerarse una lesión al Estado de registro[301]. Este es un planteamiento polémico que presta demasiada atención al fallo *Nottebohm*[302] y demasiado poca atención al caso *Barcelona Traction*. No obstante, ilustra el hecho de que personas jurídicas distintas plantean cuestiones y perspectivas diferentes que no se pueden codificar en una sola disposición.

125. Tal vez la asociación es la que mejor representa la infinita variedad de formas que pueden adoptar las personas jurídicas. En la mayor parte de los sistemas jurídicos las asociaciones no son personas jurídicas y «son los intereses de los socios particulares los que están protegidos por el derecho internacional»[303]. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos, la asociación goza de personalidad jurídica[304], en cuyo caso se podría insinuar que los socios particulares deberían recibir prácticamente el mismo tratamiento que los accionistas. Valga como ilustración del problema la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), creada por el derecho de la Comunidad Europea[305]. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del reglamento por el cual se constituye dicha entidad: «La agrupación así constituida, a partir del registro previsto en el artículo 6, tendrá la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, y de litigar»[306]. En el párrafo 3 del artículo 1 se establece también lo siguiente: «Los Estados miembros determinarán si las agrupaciones inscritas en sus registros en virtud del artículo 6, tienen o no

---

[294] Según Brownlie, *op. cit.*: «Una de las principales cuestiones en relación con las sociedades es el derecho a ejercer la protección diplomática respecto de la sociedad y sus accionistas» (pág. 426).

[295] En el caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, fallo, *1926 C.P.J.I. série A n.º 7*, págs. 73 a 75, la CPJI opinó que el municipio de Ratibor pertenecía a la categoría de «nacional alemán» en el sentido del Convenio relativo a la Alta Silesia, firmado por Alemania y Polonia el 15 de mayo de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. IX, pág. 465).

[296] En el caso *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (université Peter Pázmáni)*, fallo, *1933 C.P.J.I. série A/B n.º 61*, págs. 227 a 232, la Corte opinó que la Universidad Peter Pázmáni era de nacionalidad húngara, en virtud del artículo 250 del Tratado de Trianón y, por lo tanto, tenía derecho a la restitución de bienes de su propiedad.

[297] Las universidades privadas, como las que existen en los Estados Unidos, tendrían derecho a la protección diplomática, al igual que las escuelas privadas, si gozan de personalidad jurídica en virtud del derecho interno.

[298] «Diplomatic protection of non-governmental organizations».

[299] Ibíd., pág. 572.

[300] *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, *1924 C.P.J.I. série A n.º 2*.

[301] Ibíd., págs. 571 a 580.

[302] Véase la nota 21 *supra*.

[303] O'Connell, *International Law*, pág. 1049.

[304] Dorresteijn, Kuiper y Morse, *European Corporate Law*, pág. 13. Algunos países europeos reconocen una forma de «personalidad jurídica modificada», en que los socios no tienen responsabilidad limitada (ibíd.).

[305] Reglamento (CEE) n.º 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE); *Diario Oficial*, n.º L 199, de 31 de julio de 1985.

[306] Ibíd.

personalidad jurídica»[307]. Por lo tanto, al *mismo* tipo de entidad, dotada de *igual* capacidad jurídica en virtud de un estatuto *uniforme*, se le puede otorgar personalidad jurídica en un Estado miembro de la UE y privarla de ella en otro.

126. Aunque en el derecho anglosajón las sociedades y las asociaciones son entidades completamente separadas, algunos sistemas jurídicos reconocen formas híbridas. En Alemania, por ejemplo, existe la *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (KGaA), que tiene accionistas, como en el caso de una empresa pública (*Aktiengesellschaft* (AG)), pero uno o más de dichos accionistas, normalmente los directores o gerentes, tienen responsabilidad ilimitada. La KGaA tiene personalidad jurídica y debe tener por lo menos un socio colectivo, mientras que los accionistas se rigen entre ellos por las normas relativas a las AG[308].

127. La finalidad de este breve estudio de algunas clases de personalidad jurídica es poner de manifiesto la imposibilidad de redactar disposiciones separadas y distintas en que se contemple la protección diplomática de diferentes tipos de personas jurídicas. La vía más prudente, y la única realista, es redactar una disposición que haga extensibles a otras personas jurídicas los principios de protección diplomática aplicables a las sociedades, con sujeción a los cambios que sean necesarios en función de las características propias de cada persona jurídica. Esto es lo que se pretende con la disposición propuesta. La mayoría de los casos de protección diplomática de las personas jurídicas fuera de las sociedades serán contemplados por el proyecto de artículo 17, que se encuentra actualmente ante el Comité de Redacción en la siguiente forma revisada:

> A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entenderá por Estado de nacionalidad aquel al amparo de cuyo ordenamiento está constituida la sociedad y en cuyo territorio tiene su sede social o el centro de su administración u otro vínculo análogo[309].

En virtud del artículo 22, un Estado tendrá que demostrar que existe algún vínculo del tipo descrito en el artículo 17 entre dicho Estado y la persona jurídica lesionada como condición previa al ejercicio de la protección diplomática. En opinión del Relator Especial, el artículo 17, tal como está redactado, es lo suficientemente amplio para abarcar todos los casos de personas jurídicas, por mucho que difieran en su estructura o fines. Los artículos 18 y 19 no serán aplicables a las personas jurídicas sin accionistas, mientras que sí lo será el artículo 20, relativo al principio de continuidad de la nacionalidad.

128. Las máximas latinas han caído mayormente en desuso. No obstante, la máxima *mutatis mutandis* es un recurso de redacción útil[310]. Por supuesto, se podría decir también lo siguiente: «Los principios contenidos en los artículos 17 a 21 respecto de las sociedades serán aplicables a otras personas jurídicas, con los ajustes que sean necesarios en función de las características propias de cada persona jurídica.» Sin embargo, el uso de la máxima *mutatis mutandis* expresa el mismo significado de una manera más concisa y elegante.

---

[307] Ibíd.

[308] Dorresteijn, Kuiper y Morse, *op. cit.*, págs. 25 y 26.

[309] ILC(LV)/DC/DP/WP.1.

[310] Garner, en A *Dictionary of Modern Legal Usage*, pág. 578, afirma que «*mutatis mutandis* […] es un latinismo útil en la escritura culta, puesto que los únicos equivalentes son mucho más largos».

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/535 y Add.1

Octavo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[27 de mayo y 10 de julio de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		36
Obras citadas en el presente informe		37
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1–32	38
A.—El séptimo informe sobre las reservas a los tratados y sus repercusiones	2–16	38
1. Examen del séptimo informe por la Comisión	2–6	38
2. Examen del capítulo IV del informe de la CDI por la Sexta Comisión	7–16	38
B.—Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados	17–28	40
C.—Presentación general del octavo informe	29–32	42
Capítulo		
I. EL RETIRO Y LA MODIFICACIÓN DE LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS	33–68	42
A.—La ampliación del alcance de las reservas	34–48	42
B.—El retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas	49–68	45
1. El retiro de las declaraciones interpretativas	50–56	45
2. La modificación de las declaraciones interpretativas	57–68	46
II. LA FORMULACIÓN DE LAS OBJECIONES A LAS RESERVAS Y A LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS: EL «DIÁLOGO SOBRE LAS RESERVAS»	69–106	48
Sección 1. Formulación de objeciones a las reservas	73–79	48
A.—Definición de las objeciones a las reservas	75–79	49
1. Contenido de las objeciones	80–106	49
Objeto «genérico» de las objeciones a las reservas	82–106	50

ANEXO

Modelo de carta dirigida a los presidentes de los órganos de derechos humanos 57

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Convención relativa a la Organización Marítima Internacional (Ginebra, 6 de marzo de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 289, n.º 4214, pág. 3.
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Ibíd., vol. 78, n.° 1021, pág. 296.
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, 10 de octubre de 1979.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Ibíd., vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 115.
Convención sobre la alta mar (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 450, n.º 6465, pág. 241.
Convención sobre el mar territorial y la zona contigua (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 516, n.º 7477, pág. 330.
Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal (Estrasburgo, 20 de abril de 1959)	Ibíd., vol. 472, n.º 6841, pág. 185. En español, véase España, *Boletín Oficial del Estado*, n.° 223, 17 de septiembre de 1982.
Convención Única sobre Estupefacientes, 1961 (Nueva York, 30 de marzo de 1961)	Ibíd., vol. 520, n.º 7515, pág. 167.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 162.
Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial (La Haya, 15 de noviembre de 1965)	Ibíd., vol. 658, n.° 9432, pág. 163. En español, véase González Campos y Borrás, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993) – Traducción al Castellano*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 142.
Acuerdo constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo (Manila, 4 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 571, n.° 8303, pág. 123.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 241.
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York, 21 de diciembre de 1965)	Ibíd., vol. 660, n.º 9464, pág. 195.
Convención sobre la señalización vial (Viena, 8 de noviembre de 1968)	Ibíd., vol. 1091, n.° 16743, pág. 263.
Acuerdo europeo que complementa la Convención sobre la señalización vial (Ginebra, 1.° de mayo de 1971)	Ibíd., vol. 1142, n.° 17935, pág. 225.
Protocolo sobre el mercado de carreteras, adicional al Acuerdo europeo que complementa la Convención sobre la señalización vial (Ginebra, 1.° de marzo de 1973)	Ibíd., vol. 1394, n.º 23345, pág. 263.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibíd., vol. 1341, n.º 22484, pág. 226.
Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR) (Ginebra, 14 de noviembre de 1975)	Ibíd., vol. 1079, n.º 16510, pág. 89 y vol. 1142, pág. 413.

Convención internacional contra la toma de rehenes (Nueva York, 17 de diciembre de 1979)	Ibíd., vol. 1316, n.º 21931, pág. 238.
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. 70.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, n.º 31363, pág. 371.
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.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1582, n.º 27627, pág. 303.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Ibíd., vol. 1577, n.° 27531, pág. 3.
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Nueva York, 25 de mayo de 2000)	Ibíd., vol. 2171, n.° 27531, pág. 227.
Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental 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.

Obras citadas en el presente informe

AUST, Anthony

Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 443 págs.

BARATTA, Roberto

Gli effetti delle riserve ai trattati, Milán, Giuffrè, 1999, 437 págs.

EDWARDS Jr., Richard W.

«Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law* (Ann Arbor), vol. 10, n.° 2, segundo trimestre de 1989, págs. 362 a 405.

FLAUSS, Jean-François

«Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, n.os 9–10, diciembre de 1993, págs. 297 a 303.

GAJA, Giorgio

«Unruly treaty reservations», *International Law at the Time of its Codification: Essays in Honour of Roberto Ago*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. I, págs. 307 a 330.

HORN, Frank

Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1988, 514 págs. (tesis doctoral, Universidad de Uppsala (Suecia)).

IMBERT, Pierre-Henri

Les réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de justice le 28 mai 1951, París, Pedone, 1978.

«La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *Annuaire français de droit international* (París), vol. XXIV, 1978, págs. 29 a 58.

KÜHNER, Rolf

Reservations to Multilateral Treaties, Berlín, Springer-Verlag, 1986, 307 págs.

LIJNZAAD, Liesbeth

Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 448 págs.

POLAKIEWICZ, Jörg

Treaty-Making in the Council of Europe, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 1999, 219 págs.

SALMON, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001.

SCHACHTER, Oscar

«The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly», AJIL (Washington, D.C.), vol. 54, n.° 2, abril de 1960, págs. 372 a 379.

SIMMA, Bruno

«Reservations to human rights treaties: some recent developments», en Gerhard Hafner y otros (eds.), Liber Amicorum: *Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*, La Haya, Kluwer, 1998, págs. 659 a 682.

SZAFARZ, Renata

«Reservations to multilateral treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol. III, 1970, págs. 293 a 316.

Introducción

1. En el séptimo informe sobre las reservas a los tratados figura un breve resumen de la labor anterior realizada por la Comisión sobre el tema[1]. El resumen pareció útil habida cuenta de que la Comisión iniciaba un nuevo quinquenio. Como en el caso de informes anteriores, este año baste recordar brevemente las conclusiones alcanzadas tras el examen del séptimo informe que llevaron a cabo la propia CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General, y presentar un resumen de los principales avances realizados durante el año transcurrido respecto del tema de las reservas de los que ha tenido conocimiento el Relator Especial antes de proceder a la presentación general de este informe.

A.—El séptimo informe sobre las reservas a los tratados y sus repercusiones

1. Examen del séptimo informe por la Comisión

2. En su 54.° período de sesiones, en 2002, la Comisión aprobó los proyectos de directrices presentados en el sexto informe del Relator Especial[2] así como un proyecto presentado en la primera parte del séptimo informe[3], que se había enviado nuevamente al Comité de Redacción en 2001[4] y al comienzo del 54.° período de sesiones[5], junto con los comentarios correspondientes[6].

3. Pese a su número (11), las directrices sólo se refieren a la formulación de las reservas y a las declaraciones interpretativas. Están lejos de abarcar todas las cuestiones que deben examinarse en la parte III de la Guía de la práctica (Formulación y retiro de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones) de conformidad con el plan provisional del estudio que había propuesto el Relator Especial en su segundo informe[7] y que desde entonces se ha seguido.

4. En el séptimo informe se trataron de colmar parte de las lagunas existentes presentando una serie de proyectos de directrices sobre la forma y el procedimiento del retiro de las reservas a excepción, no obstante, de las reglas aplicables a las declaraciones unilaterales mediante las que un Estado o una organización internacional aumenta el alcance de reservas anteriores. Los proyectos se enviaron al Comité de Redacción[8], salvo los relativos al retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado[9].

5. En cuanto a este último tema, algunos miembros de la Comisión consideraron que el primer párrafo de los proyectos en cuestión ponía de manifiesto algo evidente, mientras que el segundo daba a entender que la constatación de los órganos de supervisión de la aplicación tenía un efecto obligatorio. Pese a no quedar convencido con estos argumentos —y seguir sin estarlo—, el Relator Especial reconoció que el examen de este proyecto, relativo fundamentalmente a la competencia de los órganos de supervisión respecto de las reservas inadmisibles, era sin duda prematuro y, por tanto, lo retiró[10].

6. Por falta de tiempo, el Comité de Redacción no pudo examinar los proyectos de directrices que se le enviaron y lo hará en su 55.° período de sesiones, en 2003.

2. Examen del capítulo IV del informe de la CDI por la Sexta Comisión

7. El capítulo IV del informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 54.° período de sesiones, se dedica a las reservas a los tratados. En el capítulo II figura un resumen muy breve[11], y en el capítulo III se enuncian cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión. En lo que respecta a las reservas a los tratados, la Comisión planteó dos cuestiones a los Estados[12].

8. La primera cuestión se inscribe en el contexto de la segunda lectura del proyecto de Guía de la práctica (ya que no resulta posible examinar de un año para otro los proyectos ya aprobados). Se refiere al proyecto de directriz 2.1.6, párr. 4, aprobado en primera lectura en 2002 y cuya redacción es la siguiente:

> 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

[1] *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/526 y Add.1 a 3, párrs. 2 a 47.

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

[3] *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), proyecto de directriz 2.1.7 *bis*, párr. 46.

[4] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 189 y ss., párr. 155.

[5] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 49.

[6] Ibíd., párr. 103.

[7] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 50, documento A/CN.4/477 y Add.1, párr. 37; el plan se reproduce también en el séptimo informe (*Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 18).

[8] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 101.

[9] Proyectos de directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis*, que el Relator Especial sugirió combinar en un proyecto de directriz 2.5.X (véase *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párrs. 106 a 114 y 213 a 216). El proyecto de directriz 2.5.X dispone:

«1. La constatación de la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de supervisión de la aplicación del tratado al que se refiera la reserva no constituirá el retiro de esa reserva.

2. El Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva deberán tomar las disposiciones que corresponda. El retiro total o parcial de la reserva constituye uno de los medios de que disponen el Estado o la organización internacional para cumplir las obligaciones que les incumben.»

[10] Véase el resumen del debate y las conclusiones del Relator Especial en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 71 a 76 y 95 a 100.

[11] Ibíd., párr. 14. El Relator Especial sigue teniendo grandes dudas respecto de la utilidad de estos «resúmenes» que no son en absoluto informativos y con los que se corre el riesgo de ofrecer a los lectores apresurados un mal pretexto para no remitirse a los capítulos pertinentes.

[12] Ibíd., párr. 26.

la comunicación ha sido hecha en la fecha del correo electrónico o del telefax[13].

La Comisión deseaba «saber si esa disposición refleja la práctica habitual y/o resulta oportuna»[14].

9. Numerosas delegaciones respondieron a esta cuestión, que puede parecer secundaria, pero cuya importancia práctica no es desdeñable. La gran mayoría de ellas aprobaron las disposiciones del proyecto de directriz 2.1.6[15]. Una de las delegaciones sugirió que sería útil fijar un plazo de confirmación[16]; de hecho, podría preverse esta precisión, pero seguiría planteándose la cuestión de las consecuencias que se producirían en el caso de no respetarse el plazo. No obstante, otras delegaciones consideraron que no había razón para que la reserva produjera efectos en una fecha anterior a la de la recepción de la confirmación escrita del depositario[17], mientras que otras cuestionaron el principio mismo de la notificación por correo electrónico o por telefax[18].

10. Ampliando la reflexión, algunas delegaciones sugirieron que convendría prever el recurso a medios modernos de comunicación para todas las comunicaciones relacionadas con las reservas y, aún más, las relativas a los propios tratados[19]. Otras precisaron que todas estas comunicaciones deberían hacerse en uno de los idiomas auténticos del tratado[20].

11. Por otro lado, la Comisión puso de manifiesto que le «agradaría recibir observaciones de los Estados» sobre el proyecto de directriz 2.5.X[21], a fin de poderlas tener en cuenta cuando la Comisión volviera a examinar nuevamente la cuestión de las reservas cuya inadmisibilidad haya sido constatada por un órgano de control, momento en que la Comisión se pronunciará acerca de las consecuencias de la no validez de una reserva o reconsiderará las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[22].

12. Varias delegaciones aprobaron el retiro del proyecto en esta etapa y consideraron que sería conveniente volver a examinar los problemas que plantea cuando la Comisión examine las cuestiones relativas a la validez de las reservas[23]. Otras delegaciones consideraron que el retiro de una reserva era un derecho soberano del Estado[24], y que no tiene ninguna relación con las actividades de los órganos de control[25], y se plantean la cuestión de la conducta a seguir por los Estados tras constatarse la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de control, subrayando que el retiro de la reserva no era una de las posibilidades previsibles[26]. Varias delegaciones pusieron de manifiesto la diversidad de las facultades de que disponen los órganos en cuestión[27] y subrayaron que, en principio, dichos órganos no gozan de competencia para determinar la admisibilidad de las reservas[28], mientras que otras, no obstante, consideraron que el Estado que formulara la reserva tenía la obligación de volver a considerar su postura de buena fe a la luz de la constatación del órgano de control[29]. Una de las delegaciones subrayó su adhesión a las conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos[30].

13. Los otros proyectos de directrices adoptados por la Comisión en su 54.° período de sesiones contaron con la aprobación general y dieron lugar a escasas observaciones[31], algunas de las cuales son muy útiles y no dejarán de ser tenidas en cuenta por la Comisión cuando inicie el estudio del proyecto de Guía de la práctica en segunda lectura.

14. No obstante, se formularon numerosas observaciones respecto del papel del depositario y, más especialmente, del proyecto de directriz 2.1.8 (Procedimiento en caso de reservas manifiestamente [inadmisibles])[32]. De

[13] Ibíd.

[14] Ibíd., párr. 26, apdo. *a*.

[15] Véanse las posiciones de Australia (que indicó que el proyecto se adecuaba a su práctica), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 72; Belarús, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 57; Chile, 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 6; China, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 35; Chipre, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 6; República de Corea (que indicó, no obstante, que el proyecto no correspondía a su práctica habitual), 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 67; Grecia, ibíd., párr. 26; Israel, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 57; Italia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 3; Jordania, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 46; Nigeria, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 83; Sierra Leona, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 51, y Suecia, en nombre de los países nórdicos, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 84. La Federación de Rusia se mostró más reticente para su aprobación, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 66. Una vez más, el Relator Especial lamenta que las actas le hayan llegado únicamente en inglés.

[16] Israel, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 57.

[17] A este respecto, véanse las declaraciones de Chile, ibíd., 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 8; Federación de Rusia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 67, o Suecia, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 84.

[18] Véase Estados Unidos, ibíd., 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 51 y, en menor medida, Nueva Zelandia, ibíd., párr. 29.

[19] Véase Chile, ibíd., 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 6.

[20] Véase la posición de Austria, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 76.

[21] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 26, apdo. *b*.

[22] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 57, párr. 157.

[23] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, Israel, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 58; Jordania, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 46; Nueva Zelandia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 28; y Suecia, en nombre de los países nórdicos, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 83). En contra: Belarús, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 57.

[24] Véase Argelia, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 40; China, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 34; República de Corea, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párrs. 68 y 69; Israel, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 58, y Japón, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 40.

[25] Véase Israel, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 58.

[26] Véase Francia, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 91.

[27] Véase China, ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 33.

[28] Véase Jordania, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 46; Reino Unido, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 33, y Federación de Rusia, ibíd., párr. 64.

[29] Véase Suiza, ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 34.

[30] Véase Japón, ibíd., párr. 40. En contra: Grecia, ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 27.

[31] Véase el valioso Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones que figura en el documento A/CN.4/529, párrs. 85 a 91 y 101 a 102.

[32] Véase ibíd., párrs. 61 a 72.

manera general, y pese a algunas opiniones en contra[33], las delegaciones que intervinieron acerca de este punto se mostraron a favor de que el depositario tuviera un papel puramente mecánico con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante la Convención de Viena de 1969)[34] y pusieron de manifiesto su reticencia respecto de dejar abierta la posibilidad de que el depositario señalase a la atención del autor de la reserva el carácter, en su opinión, manifiestamente inadmisible de ésta[35].

15. Además, como de costumbre, algunos intervinientes manifestaron la posición de sus gobiernos respecto de problemas generales del derecho de las reservas[36].

16. Uno de los temas objeto de mayor atención fue el de las declaraciones interpretativas condicionales[37]. Varias delegaciones se mostraron partidarias de equipararlas a las reservas y renunciar a los proyectos de directrices que se refieren a ellas[38]. Con esta opinión, se unen a la inquietud manifestada por algunos miembros de la Comisión. Según la posición manifestada en el séptimo informe del Relator Especial[39], es muy probable que, de hecho, el régimen jurídico aplicable a las declaraciones interpretativas condicionales no deba ser diferente del aplicable a las reservas; no obstante, la Comisión no adoptará ninguna postura definitiva al respecto hasta que se pronuncie sobre las cuestiones relativas a la admisibilidad de las reservas y de las declaraciones interpretativas y sus efectos. Entretanto, el Relator Especial seguirá planteándose la cuestión de las normas aplicables a las declaraciones interpretativas condicionales.

B.—Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados

17. En su 54.° período de sesiones, en 2002, la Comisión pidió a su Presidente y al Relator Especial sobre las reservas a los tratados que se pusieran en contacto con los órganos de derechos humanos para tratar de profundizar el intercambio de opiniones respecto de la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos[40]. A este fin, el 13 de agosto de 2003 se enviaron cartas[41] firmadas por el Presidente y el Relator Especial a los presidentes de los órganos siguientes: el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos del Niño, y el Comité contra la Tortura, así como al Presidente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y a la Sra. Françoise Hampson, encargada por la Subcomisión de elaborar un documento de trabajo sobre la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos[42]. A las cartas se adjuntó nuevamente una copia de las conclusiones preliminares adoptadas por la Comisión en 1997[43].

18. Hasta la fecha sólo se ha recibido una respuesta, del Presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual, mediante carta recibida por la secretaría el 28 de marzo de 2003, remitió el dictamen preliminar del Comité sobre la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos, en su forma revisada, el 13 de marzo de 2003[44]. Por otro lado, pudo programarse una reunión conjunta con los miembros del Comité contra la Tortura a comienzos del actual período de sesiones de la Comisión a fin de intercambiar opiniones sobre esta cuestión. El Relator Especial espera con interés que los miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, según cree, se reúne también en Ginebra en esta fecha, puedan participar también en esta reunión, y pidió a la secretaría de la Comisión que se pusiera en contacto con la secretaría del Comité a este fin. Sería útil prever la celebración de otras reuniones del mismo tipo con los demás órganos de derechos humanos de carácter universal.

19. En el presente informe, no es posible ofrecer más que un análisis muy breve del documento, especialmente interesante, que transmitió el Presidente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[45]. En él se comienza por recordar que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial prevé un mecanismo específico de determinación de la compatibilidad de las reservas con el objeto y el propósito de la Convención[46], y señala que se ha demostrado que este mecanismo es inoperante. No obstante, resulta interesante que en el dictamen se señala también que, en la práctica, los Estados raramente invocan las reservas, en general antiguas, cuando el Comité examina los informes periódicos.

20. De manera muy significativa, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señala que, cuando examina los informes de los Estados partes, considera

[33] Véanse, por ejemplo, las posiciones de Chile, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 4, y Rumania, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 48.

[34] Véase Australia, ibíd., párr. 74; Brasil, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 67; China, ibíd., párr. 32; Cuba, ibíd., párr. 60; República Islámica del Irán, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 5; Israel, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 59; Jordania, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 45; Nigeria, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 82, y República de Corea, ibíd., párr. 66.

[35] Véase Israel, ibíd., 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 59.

[36] A/CN.4/529 (nota 31 *supra*), párrs. 50 a 60.

[37] Ibíd., párrs. 81 a 84.

[38] Véase Japón, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 40; Países Bajos, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 11; Reino Unido, ibíd., párr. 34, y Suiza, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 33.

[39] *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 43.

[40] Ibíd., vol. II (segunda parte), párrs. 53, 54 y 67.

[41] El texto del modelo de carta figura en el anexo del presente informe.

[42] E/CN.4/Sub.2/2001/40.

[43] Véase la nota 22 *supra*. El documento se envió por primera vez a los órganos de derechos humanos poco después de su aprobación. Las reacciones fueron escasas y bastante poco argumentadas. Respecto de las reacciones, véase el tercer informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 15 y 16), y el quinto informe (*Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4, párrs. 10 a 15).

[44] CERD/C/62/Misc.20/Rev.3.

[45] Ibíd.

[46] Conforme a lo dispuesto en el artículo 20, una reserva será incompatible con el objeto y el propósito de la Convención si las dos terceras partes de los Estados partes formulan objeciones a la misma.

tener cosas más importantes que hacer que «comenzar una batalla jurídica con todos los Estados que han formulado reservas e insistir en el hecho de que algunas de ellas no tienen ningún efecto jurídico, […] lo que desviaría al Comité de su tarea principal» que es promover, en la medida de lo posible, «una aplicación integral y uniforme de la Convención, y arriesgarse a apartar a los Estados partes de los problemas que obstaculizan su aplicación. Un diálogo fructífero entre los Estados reservatarios y el Comité podría contribuir mucho más eficazmente a la aplicación de la Convención en los Estados en cuestión».[47]

21. Esta postura, llena de buen sentido, confirma la impresión que podría extraerse de la lectura del informe elaborado por la secretaría a pedido del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su 25.° período de sesiones, en 2001[48]: los órganos de derechos humanos examinados tienen más interés en entablar un diálogo con los Estados autores de las reservas para convencerlos de que las retiren cuando a esos órganos les parecen abusivas, que en pronunciarse acerca de su admisibilidad[49].

22. Por lo demás, en 2002 no ha habido elementos nuevos muy importantes en materia de reservas de los que tenga conocimiento el Relator Especial. Parece, en concreto, que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer no ha examinado nuevamente la cuestión de las reservas a los tratados en sus 26.° a 28.° períodos de sesiones.

23. No obstante, en su 23.° período de sesiones (4 y 5 de marzo de 2002), el Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa decidió ampliar las funciones del Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales a los tratados relativos a la lucha contra el terrorismo[50]. En el marco de su función de observatorio de las reservas, el CAHDI ha seguido examinando las declaraciones y reservas relativas a tratados internacionales y ha comenzado a examinar las relacionadas con tratados celebrados fuera del marco del Consejo de Europa[51].

24. Conviene poner de manifiesto también que el 4 de julio de 2001, la Sala Superior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una sentencia que el Relator Especial no había mencionado en su informe anterior pero que suscita una cuestión interesante en materia de reservas[52]. Varios moldovos, condenados a muerte o a penas privativas de libertad por la «Corte Suprema de la República Moldova de Transnistria», presentaron un recurso contra la Federación de Rusia y la República de Moldova. Moldova, al ratificar el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos), había declarado que no podría garantizar el respeto de las disposiciones del Convenio en relación con las omisiones y actos cometidos por órganos de la autoproclamada República de Transnistria en el territorio sobre el que ejercían un control efectivo los órganos de ésta hasta que se resolviera el conflicto en esa región[53].

25. Al examinar el problema difícil de su competencia y de la admisibilidad de la demanda, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se preguntó acerca de la naturaleza de esta declaración, que el Gobierno de Moldova asimilaba a una reserva en el sentido del actual artículo 57 (antiguo artículo 64) del Convenio europeo de derechos humanos. Habiendo verificado que la declaración de Moldova no se refiere a ninguna disposición específica del Convenio ni a ninguna ley concreta en vigor en Moldova, la Sala Superior llega a la conclusión de que la declaración antedicha no equivale a una reserva en el sentido del Convenio, y que, por tanto, debe considerarse inválida. *Prima facie*, esta postura no parece compatible con el proyecto de directriz 1.1.3 aprobado por la Comisión en 1998[54]. No obstante, en la medida en que el Tribunal se refiere exclusivamente a las disposiciones especiales del artículo 57 de ese Convenio, tal vez sería excesivo extraer conclusiones demasiado categóricas.

26. En el 54.° período de sesiones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Sra. Hampson presentó, el 13 de agosto de 2002, un documento de trabajo preparatorio en el que figuraba, en un anexo, un cuadro (que añade poco a los elementos que figuran en la publicación de las Naciones Unidas, *Traités multilatéraux déposés auprés du Secrétaire général*)[55] con las reservas formuladas a seis tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. La Subcomisión, en su resolución 2001/17, de 16 de agosto de 2001, adoptada sin someterse a votación, en la que se tomaba nota de la decisión 2001/113 de la Comisión de Derechos Humanos de 25 de abril de 2001, decidió encargar a la Sra. Hampson que elaborase un documento de trabajo sobre las reservas a los tratados de derechos humanos y que se lo presentara a la Subcomisión en su 54.° período de sesiones[56]. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2003/59, adoptada sin someterse a votación el 24 de abril de 2003, relativa a la labor de la Subcomisión, no dice

[47] Véase la nota 44 *supra*.

[48] CEDAW/C/2001/II/4.

[49] Véase el séptimo informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 50).

[50] Véase el documento elaborado por la secretaría de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa para la 25.ª reunión del CAHDI (CAHDI (2002) 11 rev.), y el informe de la 24.ª reunión del CAHDI, celebrada en Bratislava los días 9 y 10 de septiembre de 2002 (Memorando de la secretaría preparado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos (CAHDI (2002) 16)), párrs. 23 a 29.

[51] Ibíd., párrs. 14 a 22; véase también la lista de destacadas reservas y declaraciones a los tratados internacionales, preparada para la 25.ª reunión del CAHDI, celebrada en Estrasburgo, los días 17 y 18 de marzo de 2003 (CAHDI (2003) 2).

[52] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda n.° 48787/99, *Ilie Ilascu et al*. c. *Moldova et Fédération de Russie*, decisión de la Sala Superior de 4 de julio de 2001 (no informado).

[53] Véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2045, n.° 2889, pág. 28.

[54] *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 113. El proyecto de directriz 1.1.3 (Reservas de alcance territorial) dice lo siguiente: «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».

[55] E/CN.4/Sub.2/2002/34, de 8 de agosto de 2002.

[56] E/CN.4/2002/2–E.CN.4/Sub.2/2001/40.

nada sobre esta cuestión[57]. La Sra. Hampson no respondió a la carta del Presidente de la CDI y del Relator Especial de fecha 13 de agosto de 2003. No obstante, la reunión de la Subcomisión, que tendrá lugar en Ginebra y que coincidirá parcialmente con la segunda parte del período de sesiones de la CDI, podría ser la ocasión de mantener un intercambio de opiniones entre los dos órganos.

27. Además, el Relator Especial informa a los miembros de la Comisión que finalmente recibió, a comienzos de mayo de 2003, la respuesta del Servicio Jurídico de la Comisión Europea a la sección I del cuestionario en materia de reservas[58]. El Relator Especial se congratula por ello y da las gracias a sus autores. Está convencido de que este documento, cuidadosamente elaborado, le será extremadamente útil para continuar su labor. En la carta adjunta al cuestionario se comunica el próximo envío de las respuestas a la sección II del cuestionario, que el Relator espera con la mayor impaciencia.

28. El Relator Especial insta nuevamente a los miembros de la Comisión y a los lectores del presente informe a que le comuniquen cualquier información respecto a acontecimientos recientes en materia de reservas que hayan escapado a su conocimiento.

C.—Presentación general del octavo informe

29. Como viene siendo habitual, el Relator Especial no pudo abarcar, en su séptimo informe, todos los objetivos que se había fijado[59]. Por tanto, es necesario, no obstante, ante todo, concluir la parte de la Guía de la práctica relativa al «procedimiento» en materia de reservas.

30. Así pues, el capítulo I del presente informe se dedica al estudio de la modificación de las reservas y de las declaraciones interpretativas, planteando sucesivamente la cuestión de las modificaciones de las reservas que amplían su alcance y la de las modificaciones a las declaraciones interpretativas.

31. El capítulo II se dedica al procedimiento de formulación de las aceptaciones de las reservas y de las objeciones.

32. Si hubiera tiempo suficiente, el Relator Especial tiene previsto recoger en un tercer capítulo los problemas principales que, a su juicio, plantea la cuestión de la «admisibilidad» o «validez» de las reservas[60].

[57] *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.° 3* (E/2003/23–E/CN.4/2003/135), pág. 249. Sobre casos anteriores de relaciones difíciles entre la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión respecto de este proyecto, véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 21 a 27, y el séptimo informe, *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párrs. 52 y 53.

[58] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), anexo III, pág. 111. Sobre este cuestionario, véase también *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 17. Con la respuesta de la Comisión Europea, ascienden a 25 las organizaciones internacionales que han respondido al cuestionario, a las que el Relator Especial les da nuevamente las gracias. Desde el año pasado no se ha recibido ninguna respuesta de los Estados.

[59] Ibíd., párrs. 56 a 59.

[60] Acerca de los problemas que plantea el empleo de estos términos, que la Comisión decidió dejar provisionalmente pendientes, véase ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 7 del comentario al proyecto de directriz 2.1.8.

CAPÍTULO I

El retiro y la modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

33. El séptimo informe sobre las reservas a los tratados se dedicó fundamentalmente al examen del retiro y la modificación de las reservas[61]. Quedan por examinar dos cuestiones: *a*) la ampliación del alcance de una reserva, y *b*) el retiro y la modificación de una declaración interpretativa, si es que esta idea puede tener sentido. La finalidad de este capítulo es colmar las lagunas existentes.

A.—La ampliación del alcance de las reservas

34. Como ya se señaló en el séptimo informe:

> La cuestión de la modificación de las reservas debe plantearse en relación con, por una parte, la del retiro y, por otra, la de la formulación tardía de las reservas. En la medida en que la modificación tiende a restringir el alcance de una reserva, se trata de un retiro parcial de la «reserva inicial»[62] que no plantea problemas de principio y que está sometida a las reglas generales relativas a los retiros que se indican más adelante[63]. En cambio, si el efecto de la modificación es agravar una reserva ya existente, parece lógico partir de la idea de que se trata

[61] Ibíd., vol. II (primera parte), párrs. 61 a 221.

[62] La expresión «reserva inicial» se utiliza por comodidad, pero es inadecuada: sería más exacto hablar de la reserva «en la forma en que había sido formulada inicialmente»; con un «retiro parcial», como su nombre indica, no se sustituye una reserva por otra sino, más bien, una formulación por otra.

[63] Ello llevó al Relator Especial a proponer un proyecto de directriz 2.5.11 (ibíd., párr. 210) cuyo texto es el siguiente:

> «1. El retiro parcial de una reserva estará sujeto al respeto de las mismas reglas de forma y de procedimiento que el retiro total y surtirá efecto en las mismas condiciones.
>
> 2. El retiro parcial de una reserva es la modificación de esa reserva por el Estado o la organización internacional autor de la reserva con el fin de atenuar el efecto jurídico de la reserva y asegurar más cumplidamente la aplicación de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, a ese Estado o a esa organización internacional.»

de la formulación tardía de una reserva y aplicarle las reglas correspondientes[64].

35. A continuación figuran los enunciados de los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3 aprobados en 2001:

2.3.1 *Formulación tardía de una reserva*[65]

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán 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 haga objeción a esa formulación tardía de la reserva.

2.3.2 *Aceptación de la formulación tardía de una reserva*[66]

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida del 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 al respecto dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva.

2.3.3 *Objeción a la formulación tardía de una reserva*[67]

Si una parte contratante en un tratado hace objeciones 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 surta efecto.

36. En el caso de que un Estado o una organización internacional, tras haber expresado su consentimiento en vincularse, junto con una reserva, desee «ampliar» dicha reserva, es decir modificar a su favor el efecto jurídico de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva, dichas disposiciones se aplicarán plenamente, por las mismas razones:

a) Es fundamental que no se aliente la formulación tardía de limitaciones a la aplicación de un tratado;

b) Por otra parte, hay razones legítimas que pueden llevar a un Estado o a una organización internacional a desear modificar una reserva anterior y, en algunos casos, el autor de la reserva podrá denunciar el tratado y ratificarlo nuevamente con una «reserva ampliada»;

c) Siempre existe la posibilidad de que las partes en un tratado lo modifiquen en cualquier momento por acuerdo unánime[68]; por tanto, también es posible autorizar, por unanimidad, a una de las partes, a modificar, asimismo en cualquier momento, el efecto jurídico para esa parte de algunas disposiciones del tratado o de la totalidad de éste en determinados casos.

37. Se trata de una práctica rara; pero la doctrina, en la escasa medida en que se ha interesado por el problema, apoya unánimemente esta postura.

38. Por ejemplo, Aust dice con especial claridad que «no sería admisible una revisión que modificara la naturaleza o el alcance de la [reserva] original»[69].

39. Polakiewicz, jefe adjunto del Servicio de Asesoría Jurídica y de la Oficina de Tratados del Consejo de Europa, señala que, en el marco de esa organización:

Ha habido casos en que los Estados han solicitado a la secretaría información acerca de si las reservas existentes podían modificarse y de qué forma. En su respuesta, la secretaría siempre insistió en que no son admisibles las modificaciones que conlleven una ampliación del alcance de las reservas existentes. El mismo razonamiento es aplicable en el caso de las reservas tardías. Permitir dichas modificaciones sentaría un precedente peligroso que afectaría a la seguridad jurídica e impediría la aplicación uniforme de los tratados europeos[70].

40. El mismo autor se plantea la posibilidad de que un Estado denuncie un tratado al que desee formular reservas para ratificarlo a continuación formulando reservas ampliadas, y considera que dicho acto podría constituir un abuso del derecho, sobre la base, desde luego, de motivos específicos a los instrumentos del Consejo de Europa[71].

41. No obstante, a nivel universal, esta conclusión es sin duda demasiado rígida. En todo caso, cualquiera que sea la respuesta a este interrogante, ello no impide la alineación de la práctica en materia de ampliación de las

[64] Ibíd., párr. 185.

[65] Para el comentario sobre esta disposición, véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 197 y ss.

[66] Véase el comentario, ibíd., págs. 201 y ss.

[67] Ibíd., págs. 203 y ss. El Relator Especial sigue lamentando que se utilice el término «objeción» para referirse a la oposición clara de una parte contratante a la formulación tardía de una reserva (véase ibíd., pág. 201, nota 1076).

[68] Véase el artículo 39 de la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Convención de Viena de 1986).

[69] *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 130. Véase también Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, pág. 96 y, en contra, Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux : évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de justice le 28 mai 1951*, pág. 293.

[70] *Op. cit*., pág. 96. Se puede relacionar esta postura con la adoptada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Chrysostomos et al*. c. *Turquie*, *Décisions et rapports*, vol. 68, demandas n.os 15299/89, 15300/89 y 15318/89. Véase también *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n.° 5 (julio de 1991), pág. 193.

[71] Polakiewicz, *op. cit*. Puede interpretarse en este sentido la decisión del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 17 de diciembre de 1992 en el caso *F*. c. *R et Conseil d'État du canton de Thurgovie* (*Journal de Tribunaux*, 1995, págs. 523 a 537); véase también el séptimo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párrs. 199 y 200. En relación con esta cuestión, véase Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse : requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», pág. 303. En relación con este tema, cabe señalar que el 26 de mayo de 1998, Trinidad y Tabago denunció el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para ratificarlo de nuevo, el mismo día, con una nueva reserva (véase *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 2002* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.03.V.3), vol. I, cap. IV.5, pág. 222, nota 3). Después de varias objeciones y de una decisión del Comité de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 1999 —Informe del Comité de Derechos Humanos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Suplemento n.° 40* (A/55/40), vol. II, anexo XI, comunicación n.° 845/1999, *Rawle Kennedy* c. *Trinidad y Tabago*, pág. 258; véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párr. 12—, Trinidad y Tabago denunció una vez más el Protocolo Facultativo el 27 de marzo de 2000 (*Traités multilatéraux...*, pág. 220). No obstante, no se trataba de la modificación de una reserva existente, sino de la formulación de una reserva totalmente nueva.

reservas a la relativa a su formulación tardía[72], lo que en efecto parece muy lógico.

42. Los depositarios tratan las modificaciones con ampliaciones de la misma forma que las reservas tardías: cuando una de las partes presenta una solicitud de este tipo, los depositarios consultan a las demás partes y no aceptan la nueva formulación de la reserva a menos que ninguna de las otras partes se oponga en el plazo fijado para contestar.

43. De esta forma, Finlandia, que el 1.° de abril de 1985, cuando se adhirió al Protocolo sobre el mercado de carreteras, adicional al Acuerdo europeo que complementa la Convención sobre la señalización vial, formuló una reserva a una disposición técnica de este instrumento[73], declaró 10 años más tarde, el 5 de septiembre de 1995, que la reserva que había formulado se aplicaba asimismo a otro supuesto que había señalado inicialmente[74]:

> Con arreglo a la práctica seguida en casos análogos, el Secretario General propuso recibir en depósito la modificación salvo objeción por parte de algún Estado contratante, bien al depósito mismo o al procedimiento previsto. Al no notificar al Secretario General ninguno de los Estados contratantes su objeción, ni al depósito mismo ni al procedimiento previsto, en el plazo de 90 días a contar desde la fecha de su distribución (el 20 de diciembre de 1995), dicha declaración se recibió en depósito transcurrido el plazo de 90 días estipulado, es decir el 19 de marzo de 1996[75].

Este procedimiento seguido por el Secretario General es idéntico al que se utiliza habitualmente en el caso de la formulación tardía de reservas[76] (no obstante, cabe señalar que en la actualidad el plazo previsto sería de 12 meses y no de 90 días[77]).

44. Por su parte, el Gobierno de Maldivas notificó al Secretario General el 29 de enero de 1999 la modificación de las reservas formuladas cuando se adhirió a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en 1993. Alemania, que había opuesto objeciones a las reservas iniciales, se opuso también a su modificación, señalando, en particular, que:

> un Estado no puede formular reservas a un tratado más que en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación o la aprobación del tratado, o en el momento de adherirse a él (art. 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados). Una vez que un Estado esté vinculado por un tratado en virtud del derecho internacional, no puede formular nuevas reservas ni ampliar las reservas anteriores o añadir adiciones a éstas. Sólo puede retirar total o parcialmente las reservas iniciales, lo que el Gobierno de la República de Maldivas lamentablemente no hizo con su modificación[78].

45. No obstante, como no había presentado objeciones a la reserva inicial de Maldivas oponiéndose a la entrada en vigor del instrumento entre los dos Estados, Alemania no se opuso formalmente a la modificación como tal. Ello confirma las dudas del Relator Especial en cuanto a la conveniencia de utilizar el término «objeción» para referirse a la oposición de los Estados a la modificación tardía de las reservas: un Estado puede admitir perfectamente el procedimiento de la modificación y oponer objeciones al contenido de la reserva modificada[79]. Sin embargo, dado que, a pesar de la opinión del Relator Especial, la Comisión ha mantenido la expresión «objeción» para referirse a la oposición de los Estados a la formulación tardía de las reservas en los proyectos de directriz 2.3.2 y 2.3.3[80], el Relator Especial se abstendrá de proponer aquí una terminología diferente.

46. Dado que la ampliación del alcance de una reserva puede analizarse en la formulación tardía de una reserva, parece inevitable aplicarle las mismas reglas. Para ello basta con remitirse a las directrices correspondientes aprobadas por la Comisión. La directriz 2.3.5 podría, por tanto, redactarse de la forma siguiente:

«2.3.5 *Ampliación del alcance de una reserva*

La modificación de una reserva existente, que tenga como finalidad ampliar el alcance de ésta, seguirá las reglas aplicables a la formulación tardía de una reserva [enunciadas en las directrices 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3].»

47. La precisión que figura entre corchetes no parece indispensable si, como propone el Relator Especial, el proyecto de directriz mencionado se incluye en la sección 2.3 del proyecto, titulado «Formulación tardía de reservas»[81].

48. Asimismo, debería ser suficiente con explicar en el comentario de esta disposición lo que se entiende por «ampliación» del alcance de una reserva. Si la Comisión opinara otra cosa, sería posible añadir al proyecto de directriz 2.3.5 un segundo párrafo que dijera:

---

[72] Gaja da el ejemplo de la «rectificación» hecha por Francia, el 11 de agosto de 1982, de la reserva que figura en su instrumento de aprobación del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL), depositada ante el Secretario General de la OMI el 25 de septiembre de 1981 («Unruly treaty reservations», págs. 311 y 312). Se trata de un caso un poco particular dado que en la fecha en que se realizó la «rectificación», el Protocolo de la Convención MARPOL no estaba aún en vigor para Francia; en ese caso, no parece que el depositario tenga que someter la aceptación del nuevo texto al acuerdo unánime de las otras partes de las que algunas hubieran debido, por otra parte, formular objeciones a la reserva así modificada (véase OMI, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in respect of which the International Maritime Organization or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999* (J/7339), pág. 77).

[73] En virtud de su reserva inicial al párrafo 6 del anexo, Finlandia se reservaba el derecho a utilizar el color amarillo para marcar la línea continua que delimita las vías correspondientes a sentidos de circulación opuestos (*Traités multilatéraux...*, vol. I, cap. XI.B.25, pág. 820).

[74] Ibíd., «la reserva formulada por Finlandia se aplica también a la línea de separación para advertir de la existencia de un peligro».

[75] Ibíd., nota 3.

[76] Véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 297 y 298), o *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 199 y 200, párrs. 11 y 13 del comentario al proyecto de directriz 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva).

[77] Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 319 a 323.

[78] Véase *Traités multilatéraux...*, vol. I, cap. IV.8, nota 40, pág. 258. Respecto de la objeción inicial presentada por Alemania, véase la página 241. Finlandia también se opuso a la modificación de la reserva de Maldivas; ibíd., pág. 258. Las objeciones de Alemania y Finlandia se presentaron transcurridos más de 90 días de la notificación de la modificación, plazo entonces establecido por el Secretario General.

[79] Véase la nota 67 *supra*.

[80] Véase el texto de los proyectos de directrices en el párrafo 35 *supra*.

[81] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 197.

«Por ampliación del alcance de una reserva, se entenderá una modificación que tenga como finalidad excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su totalidad, bajo ciertos aspectos determinados en su aplicación al Estado o la organización internacional que formule la reserva de manera más amplia que la reserva formulada inicialmente.»

B.—El retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas

49. Al igual que ocurre con numerosas cuestiones relativas a las declaraciones interpretativas, las relativas a si los Estados u organizaciones internacionales partes en un tratado pueden retirar o modificar sus declaraciones tras la entrada en vigor del tratado se plantea en términos diferentes según que las declaraciones sean o no «condicionales» en el sentido de la definición que figura en el proyecto de directriz 1.2.1[82]. A fin de facilitar la exposición, se distinguirán los problemas relativos al retiro de las declaraciones interpretativas y las declaraciones interpretativas condicionales por una parte y los relativos a su modificación por otra.

1. El retiro de las declaraciones interpretativas

50. Del proyecto de directriz 2.4.3 se desprende que, salvo excepciones previstas específicamente[83], «se podrá formular una declaración interpretativa [‘simple’] en cualquier momento»[84]. De ello se deduce evidentemente que una declaración de este tipo podrá también ser retirada en cualquier momento y sin ninguna formalidad especial.

51. Si bien los Estados no proceden a menudo al retiro de sus declaraciones interpretativas, este hecho se produce a veces. Así, el 1.° de marzo de 1990, el Gobierno de Italia hizo saber al Secretario General que «había decidido retirar la declaración con arreglo a la cual sólo reconocía lo dispuesto en los artículos 17 y 18 [de la Convención sobre el estatuto de los refugiados] en tanto recomendaciones»[85]. Asimismo, «el 20 de abril de 2001, el Gobierno de Finlandia informó al Secretario General que había decidido retirar la declaración relativa al párrafo 2 del artículo 7 formulada en el momento de la ratificación» de la Convención de Viena de 1969 (y ratificada por este país en 1977)[86].

52. Basta con consagrar esta práctica, que es compatible con el carácter muy informal de las declaraciones interpretativas, y adoptar una directriz cuyo texto podría ser el siguiente:

«2.5.12 *Retiro de una declaración interpretativa*

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una declaración interpretativa podrá ser retirada en cualquier momento siguiendo el mismo procedimiento aplicable a su formulación y por las autoridades competentes a este fin [con arreglo a lo dispuesto en las directrices 2.4.1 y 2.4.2].»

53. Se plantea la cuestión de saber si conviene incluir en el proyecto la mención que figura entre corchetes. Se trata de un problema de mera conveniencia: se puede considerar que es útil hacerlo para simplificar la utilización de la Guía de la práctica. También se puede considerar que con ello se recarga inútilmente la redacción y que es suficiente con recordarlo en el comentario.

54. Por su parte, las declaraciones interpretativas condicionales se ajustan, en lo que se refiere a su formulación, al régimen jurídico de las reservas: deben formularse en el momento en que el Estado o la organización manifiestan su consentimiento a quedar obligados[87] salvo que alguna de las otras partes contratantes se oponga a su formulación en una fecha posterior.

55. Se desprende inevitablemente que las reglas aplicables al retiro de las declaraciones interpretativas condicionales son necesariamente idénticas a las aplicables a las reservas, lo que no puede más que reforzar la postura de los miembros de la Comisión que consideran que no cabe consagrar proyectos de directrices específicas sobre estas declaraciones. El Relator Especial se inclina a compartir este punto de vista. También considera prematuro adoptar una decisión definitiva al respecto, hasta que esta «impresión» no se haya verificado en lo que respecta a las reglas relativas a la validez de las reservas, por una parte, y las declaraciones interpretativas condicionales, por otra[88].

56. No obstante, no es conveniente retrasarse respecto del tema; sin duda es suficiente con trasladar, *mutatis mutandis*, a un proyecto de directriz provisional relativo al retiro de las declaraciones interpretativas condicionales los proyectos correspondientes sobre las reservas. La redacción de este proyecto de directriz podría ser la siguiente:

«2.5.13 *Retiro de una declaración interpretativa condicional*

---

[82] «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 a un tratado, por la cual 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». Para el comentario a este proyecto de directriz, véase *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 109 y ss.

[83] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 192, proyecto de directriz 2.4.6.

[84] Ibíd., proyecto de directriz 2.4.3.

[85] *Traités multilatéraux*…, vol. I, cap. V.2, págs. 346 y 347, nota 23. También existen retiros de declaraciones de no reconocimiento (véase, por ejemplo, el retiro de las declaraciones de Egipto respecto de Israel en lo que se refiere a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o a la Convención Única sobre Estupefacientes, 1961, tras los Acuerdos de Camp David (Acuerdos de Camp David por el que se sientan las bases para la paz en el Oriente Medio, firmados en Washington D.C. el 17 de septiembre de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1138, n.° 17853, pág. 39), *Traités multilatéraux*…, vol. I, cap. IV.2, pág. 152, nota 18 y cap. VI.15, pág. 399, nota 18), si bien estas declaraciones quedan fuera del «ámbito de aplicación de la [...] Guía de la práctica» (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98, proyecto de directriz 1.4.3).

[86] *Traités multilatéraux*…, vol. II, cap. XXIII.1, pág. 308, nota 13. La declaración se refería a las competencias respectivas del Presidente de la República, el jefe de gobierno y el ministro de relaciones exteriores para concluir tratados.

[87] Véase el proyecto de directriz 1.2.1 (nota 82 *supra*).

[88] Véase el párrafo 16 *supra*.

El retiro de una declaración interpretativa condicional seguirá las reglas aplicables al retiro de una reserva [que figuran en las directrices 2.5.1 a 2.5.9].»

2. La modificación de las declaraciones interpretativas

57. Por el contrario, no tendría ningún sentido ampliar a las declaraciones interpretativas las reglas aplicables al retiro parcial de las reservas. Por definición, una declaración interpretativa (sea o no condicional) se hace «con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que [el autor] […] atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones»[89]. No se puede retirar parcialmente una declaración de este tipo: a lo sumo su autor puede modificarla o renunciar a que se convierta en condición para la entrada en vigor del tratado.

58. El Relator Especial no tiene conocimiento de ningún precedente con arreglo al cual una parte en un tratado haya renunciado a convertir una declaración interpretativa en una condición para su participación en un tratado manteniéndola como interpretación «simple»[90]. Por ello, probablemente no sea útil dedicar un proyecto de directriz a esta teoría académica, sobre todo teniendo en cuenta que equivaldría, en realidad, al retiro de la declaración en cuestión en tanto que declaración interpretativa condicional y, por tanto, se trataría de un retiro puro y simple. Así pues, será suficiente mencionar esta cuestión en el comentario al proyecto de directriz 2.5.13.

59. Por el contrario, no hay duda de que una declaración interpretativa, sea o no condicional, puede ser objeto de una modificación. No obstante, dado que, al tratarse de reservas es en general relativamente fácil determinar si su modificación constituye un retiro parcial (objeto de los proyectos de directriz 2.5.10 y 2.5.11)[91] o consiste en una ampliación del alcance (objeto del proyecto de directriz 2.3.5 antes propuesto)[92], este supuesto es prácticamente imposible, al ser modificaciones presentadas por los Estados a sus declaraciones interpretativas. Sin duda puede considerarse que ciertas declaraciones son más restrictivas que otras (y que el abandono de una declaración en beneficio de otra más restrictiva, la «amplía»); no obstante, esto sería muy subjetivo y no parece en absoluto oportuno aprobar un proyecto de directriz en el que se traslade a las declaraciones interpretativas el proyecto de directriz 2.3.5 relativo a la ampliación del alcance de una reserva.

60. Así pues, no cabe distinguir entre las modificaciones de declaraciones interpretativas que tengan el efecto de limitar el alcance de la declaración inicial o, por el contrario, ampliarlo[93]. Por el contrario, la distinción entre las declaraciones interpretativas condicionales y las otras declaraciones interpretativas cobra sentido en lo que respecta a la fecha en la que puede hacerse una modificación.

61. Las declaraciones interpretativas condicionales no pueden modificarse a voluntad: en principio, no pueden formularse (o confirmarse) más que cuando el Estado o la organización internacional manifieste su consentimiento a quedar obligado[94] y toda formulación tardía queda excluida «a menos que ninguna de las demás partes contratantes se oponga»[95]. Todas las modificaciones se realizan, pues, en una formulación tardía que no debe contar tampoco con la oposición de ninguna de las partes contratantes. Un proyecto de directriz podría precisar esta cuestión de la forma siguiente:

«2.4.10 *Modificación de una declaración interpretativa condicional*

Un Estado o una organización internacional no podrá modificar 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.»

62. Se observará que la redacción de este proyecto de directriz es una copia exacta del proyecto de directriz 2.4.8 relativa a la formulación tardía de una declaración interpretativa condicional. Si la Comisión aceptara mantener este proyecto de directriz, aprobado en 2001[96], una solución más elegante podría ser combinar los dos proyectos de la forma siguiente:

«2.4.8 *Formulación tardía* ***o modificación*** *de una declaración interpretativa condicional*

Los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular *ni modificar* 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 haga objeciones a la formulación tardía *o modificación* de esa declaración.»

Naturalmente los comentarios deberán modificarse en consecuencia.

63. Se plantea el problema en términos diferentes cuando se trata de declaraciones interpretativas «simples», que

[89] Véase el proyecto de directriz 1.2, *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 98.

[90] Por el contrario, existen ejemplos de declaraciones que precisan que las declaraciones interpretativas no constituyen reservas. Véase por ejemplo la «comunicación ulterior» (en la que no se precisa la fecha) con arreglo a la cual el Gobierno de Francia precisó que el primer párrafo de la «declaración» formulada al ratificar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial «no había tenido como finalidad limitar el alcance de las obligaciones previstas por la Convención respecto del Gobierno de Francia, sino dejar constancia de su interpretación del artículo 4 de la Convención (*Traités multilatéraux*..., vol. I, cap. IV.2, pág. 152, nota 20). Véanse también, por ejemplo, las declaraciones de Indonesia y Malasia respecto de las declaraciones formuladas en el momento de ratificar la Convención relativa a la Organización Marítima Internacional, ibíd., vol. II, cap. XII.1, pág. 10, notas 15 y 17; o la postura de la India respecto de la misma Convención (véase ibíd., págs. 9 y 10, nota 14); véase también Schachter, «The question of treaty reservations at the 1959 General Assembly».

[91] *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párrs. 169 y 210.

[92] Párr. 46 *supra*.

[93] A este respecto, el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales se diferencia del aplicable a las reservas.

[94] Véanse los proyectos de directrices 1.2.1 (nota 82 *supra*) y 2.4.5 (*Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 192).

[95] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), proyecto de directriz 2.4.8.

[96] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 192.

constituyen meras aclaraciones del sentido de las disposiciones del tratado, pero que no condicionan la participación en el tratado. Estas declaraciones pueden formularse en todo momento[97] (a menos que el tratado disponga otra cosa[98]) y no están sujetas a la obligación de confirmación[99]. Por tanto, nada se opone a que estas declaraciones sean modificadas en cualquier momento si no existe una disposición en el tratado que estipule que la interpretación debe hacerse en un momento determinado. Esta cuestión podría ser objeto del proyecto de directriz 2.4.9:

«2.4.9 *Modificación de declaraciones interpretativas*

Las declaraciones interpretativas podrán modificarse en cualquier momento a menos que el tratado establezca que no puede hacerse [o modificar] una declaración interpretativa más que en un momento determinado.»

64. La expresión entre corchetes prevé una hipótesis bastante poco probable (y de la que el Relator Especial no ha encontrado ningún ejemplo): el caso en el que un tratado limite expresamente la posibilidad de *modificar* las declaraciones interpretativas. Esta posibilidad podría sin duda omitirse sin ningún inconveniente del texto del proyecto y convertirse en una mera mención en el comentario.

65. En este supuesto, una vez más, tal vez la Comisión prefiera modificar ligeramente el texto de los proyectos de directriz 2.4.3 y 2.4.6 (y de los comentarios correspondientes) aprobados en 2001[100] para incluir la modificación junto a la formulación de las declaraciones interpretativas. En ese caso, la redacción de los dos proyectos de directrices sería la siguiente:

«2.4.3 *Momento en que se puede formular o* ***modificar*** *una declaración interpretativa*

Sin perjuicio de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 y 2.4.7, una declaración interpretativa podrá ser formulada *o modificada* en cualquier momento.»

«2.4.6 *Formulación tardía de una declaración interpretativa*

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse [*o modificarse*] en momentos determinados, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular *o modificar* ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás partes contratantes haga objeciones a la formulación *o modificación* tardía de esa declaración.»

66. Hay pocos ejemplos claros para ilustrar estos proyectos de directrices. No obstante, se puede señalar la modificación formulada por México de la declaración relativa al artículo 16 de la Convención internacional contra la toma de rehenes, realizada en el momento de su adhesión en 1987[101].

67. Se puede considerar también la modificación por un Estado de declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa[102] o mediante las que se realiza una elección entre las disposiciones de un tratado[103], pero estas declaraciones no entran en «el ámbito de aplicación de la Guía de la práctica»[104]. Por otro lado, el 7 de marzo de 2002, Bulgaria modificó una declaración formulada en el momento de la firma y confirmada al depositar el instrumento de ratificación (en 1994) del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal[105]. No obstante, puede considerarse que se trata sobre todo de la interpretación de una reserva más que de la modificación de una declaración interpretativa propiamente dicha[106].

68. En resumen, a pesar de la rareza de los ejemplos expuestos (de los que ha tenido conocimiento el Relator Especial), los proyectos propuestos anteriormente parecen desprenderse lógicamente de la definición misma de las declaraciones interpretativas.

---

[97] Ibíd., proyecto de directriz 2.4.3.

[98] Ibíd., proyecto de directriz 2.4.6.

[99] Ibíd., proyecto de directriz 2.4.4.

[100] Ibíd.

[101] *Traités multilatéraux...*, vol. II, cap. XVIII.5, pág. 114.

[102] Véase por ejemplo la modificación formulada por Australia y Nueva Zelandia de las declaraciones realizadas en virtud del artículo 24, párr. 2, inc. ii), del Acuerdo constitutivo del Banco Asiático de Desarrollo en ocasión de su ratificación (*Traités multilatéraux...*, vol. I, cap. X.4, pág. 504, notas 10 y 11).

[103] Véase por ejemplo la nota de la Embajada de México en La Haya, el 24 de enero de 2002, por la que se informaba al depositario del Convenio sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial de una rectificación de los requisitos de México relativos a la aplicación del artículo 5 (España, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 248, 16 de octubre de 2002).

[104] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 119 y ss., proyectos de directrices 1.4.6 y 1.4.7.

[105] Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2182, n.° A-6841, pág. 51.

[106] Véase también la modificación en 1988 de la «declaración interpretativa» formulada por Suiza en 1974 sobre el artículo 6, párr. 1, del Convenio europeo de derechos humanos tras la sentencia *Belilos*, de 29 de abril de 1988. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había considerado esta «declaración» como una reserva y Suiza se limitó simplemente a retirar su declaración con carácter retroactivo, tras la decisión del Tribunal Supremo Federal de Suiza de 17 de diciembre de 1992 en el caso *F.* c. *R et Conseil d´État du canton de Thurgovie* (nota 71 *supra*).

CAPÍTULO II

La formulación de las objeciones a las reservas y a las declaraciones interpretativas: el «diálogo sobre las reservas»

69. En su segundo informe sobre las reservas a los tratados, el Relator Especial presentó un «esquema general provisional del estudio»[107]. Este esquema, que hizo suyo la Comisión[108] y que se ha seguido hasta la actualidad, divide la parte III (Formulación y retiro de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones) en tres secciones dedicadas a la formulación y retiro de las reservas (secc. A), a la formulación de las aceptaciones (secc. B) y a la formulación y retiro de las objeciones (secc. C) a las reservas. Tras reflexionar, este orden no parece lógico: del artículo 20, párr. 5, de la Convención de Viena de 1969 se desprende que la aceptación de una reserva es, en la mayoría de los casos, consecuencia de la ausencia de objeciones. Por tanto, parece preferible describir primero el procedimiento de formulación de las objeciones, que entraña un comportamiento activo respecto de la reserva por las otras partes contratantes, antes de referirse a las aceptaciones que, en general, se traducen en el silencio de las partes.

70. Por otra parte, la sección C, en la forma recogida en el esquema, no prevé más que dos cuestiones relacionadas con la formulación de las objeciones: por una parte, el procedimiento de formulación propiamente dicho, en parte abarcado por el artículo 23, párrs. 1 y 3, de la Convención de Viena de 1969 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante la Convención de Viena de 1986), y, por otra, su retiro, tema sobre el que el artículo 22, párrs. 2 y 3, apdo. *b*, y el artículo 23, párr. 4, de las mismas Convenciones ofrecen directrices. No aborda todo el procedimiento intermedio, que puede culminar o no en el retiro o en una solución intermedia, y que consiste en un diálogo entre el Estado autor de la reserva y los otros Estados parte que lo instan a que abandone la reserva. Este procedimiento, que puede denominarse el «diálogo sobre las reservas» y que constituye probablemente la innovación más destacada del procedimiento actual de formulación de reservas, se examinará en un futuro informe; la sección 1 *infra* se dedicará a la formulación de las objeciones a las reservas. Una futura sección abordará, en su momento, su retiro, en tanto que otra sección tratará de las cuestiones equivalentes relacionadas con las declaraciones interpretativas.

71. Como en los informes anteriores, las cuestiones previstas en el presente capítulo se presentarán de la forma siguiente:

a) En la medida en que sean cuestiones de las que se ocupen disposiciones expresas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, se analizarán a la luz de los trabajos preparatorios;

b) Estas disposiciones, que se reproducirán en la Guía de la práctica[109], se completarán sobre la base de un estudio, lo más profundo posible[110], de la práctica, la jurisprudencia y la doctrina jurídica;

c) Se intentará elaborar proyectos de directrices lo suficientemente precisos como para permitir a los usuarios de la Guía encontrar respuestas a las preguntas que pudieran plantearse.

72. Conviene también precisar que sólo se abordarán las cuestiones relativas a la forma y al procedimiento de formulación de las objeciones a las reservas. Como se prevé en el esquema provisional general[111], los problemas relacionados con la validez y los efectos de las reservas se examinarán posteriormente.

Sección 1

Formulación de objeciones a las reservas

73. Hay cinco disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 que son pertinentes en lo que respecta a la formulación de objeciones a las reservas a un tratado:

a) El artículo 20, párr. 4, apdo *b*, precisa «de pasada» quiénes son los posibles autores de una objeción;

b) El mismo artículo 20, párr. 5, da algunas indicaciones ambiguas sobre el plazo en el que puede formularse una objeción;

c) El artículo 21, párr. 3, confirma la obligación, que se establece en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, ya citado, del autor de una objeción de precisar si se opone a la entrada en vigor del tratado entre él y el autor de la reserva;

d) El artículo 23, párr. 1, exige que, al igual que las reservas, las objeciones se formulen por escrito y se comuniquen a los Estados y organizaciones internacionales que hayan hecho la reserva;

[107] *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 50, párr. 37. Este esquema se reproduce también en el séptimo informe, *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 18.

[108] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 116 a 123.

[109] Véase *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), pág. 109, párr. 1 del comentario al proyecto de directriz 1.1 (Definición de reservas).

[110] Ansioso por acelerar el estudio del tema y responder a los deseos de los Estados y de muchos de sus colegas de la Comisión —deseos que no está seguro de compartir porque no le parece que la rapidez responda a una necesidad particular sobre un tema de este tipo, que le parece preferible estudiar con tranquilidad y en profundidad para acabar «definitivamente» con las incertidumbres y ambigüedades que existen en la práctica—, el Relator Especial se ha resignado, no obstante, a proceder de manera un poco menos exhaustiva de lo que lo había hecho anteriormente.

[111] Parte IV (Efectos de las reservas, de las aceptaciones y de las objeciones), seccs. B y C (véase la nota 107 *supra*).

e) El artículo 23, párr. 3, precisa que la objeción hecha a una reserva con anterioridad a la confirmación de la misma no tendrá que ser a su vez confirmada.

74. Estos diferentes temas se abordarán en futuros capítulos en un orden distinto. El plan de la presente sección sigue, *mutatis mutandis*, el de la sección 2.1 de la Guía de la práctica, dedicado a la forma y a la notificación de las reservas[112]. No obstante, mientras que la definición de las reservas constituye el objeto de varios proyectos de directrices[113], las objeciones no se han definido por el momento en la Guía, como tampoco lo están en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En la primera parte de la presente sección se tratará de colmar esta laguna (y se incluirán consideraciones sobre el autor y el contenido de las objeciones). Las partes siguientes se dedicarán respectivamente a la forma y a la notificación de las objeciones y al plazo en el que éstas pueden o deben presentarse.

A.—Definición de las objeciones a las reservas

75. La definición de las reservas que figuran en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que recoge el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica, consta de cinco elementos:

a) El primero se refiere a la naturaleza del acto («una declaración unilateral»);

b) El segundo a su designación («cualquiera que sea su enunciado o denominación»);

c) El tercero a su autor («hecha por un Estado o por una organización internacional»);

d) El cuarto al plazo en el que debe formularse (el momento de la «manifestación del consentimiento en obligarse»[114]); y

e) El quinto a su contenido o su objeto («con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización»[115]).

Parece razonable partir de estos elementos para elaborar una definición de las objeciones a las reservas.

76. Sin embargo, ello no significa que la definición de las objeciones deba incluir necesariamente todos esos elementos. En particular, parece mejor no mencionar el momento en el que puede formularse la objeción: la cuestión no se resuelve con claridad en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y es probablemente preferible examinarla por separado y tratar de responder a ella mediante un proyecto de directriz distinto.

77. Por el contrario, dos de los elementos de la definición de las reservas deben reproducirse ciertamente en el caso de las objeciones que, al igual que las reservas, son declaraciones unilaterales cuyo enunciado o denominación no reviste importancia, siempre que su objeto permita calificarlas de objeciones.

78. En lo que se refiere al primer aspecto, las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no dejan lugar a dudas: una objeción proviene de un Estado o de una organización internacional y puede retirarse en todo momento[116]. En principio, no se desprende que, al igual que en el caso de una reserva[117], varios Estados u organizaciones internacionales puedan hacer una formulación conjunta de una objeción. Esta posibilidad podrá examinarse al mismo tiempo que la cuestión más general del autor de la objeción.

79. En lo que respecta al segundo elemento, baste recordar que el derecho de los tratados, como está consagrado en la Convención de Viena de 1969, está totalmente imbuido de la noción de que las intenciones de los Estados priman sobre la terminología utilizada para expresarlas. Esto queda claro en la definición que hace la Convención del término[118] «tratado» por el que «[s]e entiende [...] un acuerdo internacional [...] cualquiera que sea su denominación particular»[119]. De igual forma, se define en la Convención la reserva como «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación»[120] y la Comisión utilizó la misma expresión para definir las declaraciones interpretativas[121]. En el caso de las objeciones también es aplicable el principio de que la intención es lo que cuenta. No obstante, cabe preguntarse qué intención y quién puede expresarla.

1. Contenido de las objeciones

80. La palabra «objeción» es clara. En su sentido habitual, designa una «razón que se propone […] en contra de una opinión […] o para impugnar una proposición»[122]. En una perspectiva jurídica, significa, según el *Dictionnaire de droit international public*, la «oposición manifestada por un sujeto de derecho respecto de un acto o de una pretensión de otro sujeto de derecho a fin de impedir la

[112] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte).

[113] Ibíd., proyecto de directriz 1.1.

[114] Ibíd., proyecto de directriz 1.1.2.

[115] Ibíd., véase también el proyecto de directriz 1.1.1.

[116] Arts. 20, párr. 4, apdo. *b*; 21, párr. 3, y 22, párrs. 2 y 3, apdo. *b*. En el mismo sentido véase Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, pág. 341, o Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», pág. 313.

[117] Véase *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), proyecto de directriz 1.1.7.

[118] En opinión del Relator Especial, no es adecuado utilizar «término», pues este vocablo designa a una sola palabra. No obstante, esta flexión terminológica está consagrada por el uso y no parece oportuno cuestionarla.

[119] Art. 2, párr. 1, apdo. *a*. Véase también por ejemplo, el fallo de la CIJ de 1.° de julio de 1994 en el caso *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 120, párr. 23, en la que se dice que «los acuerdos internacionales podrán adoptar diversas formas y presentarse bajo diferentes denominaciones». Véase asimismo *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 80.

[120] Art. 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

[121] Véase el proyecto de directriz 1.2 y el comentario en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 103 y ss., en particular los párrs. 14 y 15, y los ejemplos de «recalificación» (ibíd.), y en el comentario del proyecto de directriz 1.3.2 (Enunciado y denominación) (ibíd., págs. 116 y ss.).

[122] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 20.ª ed., Madrid, 1984, t. II.

entrada en vigor o la oponibilidad para ese sujeto»[123]. En la misma obra se define de la forma siguiente la objeción a una reserva:

Expresión de rechazo emitida por un Estado a una reserva a un tratado formulada por otro Estado, que tenga como finalidad oponerse a la aplicabilidad, entre los dos Estados, de la disposición (o las disposiciones) objeto de la reserva o, si así lo declara el autor de la reacción, impedir la entrada en vigor del tratado entre esos dos Estados[124].

81. Esta última precisión se basa en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que añade a la definición habitual de las objeciones a las reservas una exigencia (o una posibilidad) complementaria, ya que en esta disposición se invita al autor de la objeción a señalar si se opone a la entrada en vigor del tratado entre él y el autor de la reserva.

Objeto «genérico» de las objeciones a las reservas

82. Toda objeción a una reserva manifiesta la oposición de su autor a una reserva formulada por una parte contratante en un tratado, y su intención de impedir que la reserva surta efecto para el que formula la objeción. Por tanto, se trata de una reacción negativa a una reserva formulada por otra parte, si bien toda reacción de este tipo no constituye necesariamente una objeción.

83. Como precisó el Tribunal arbitral encargado de resolver la controversia entre Francia y el Reino Unido respecto de la delimitación de la plataforma continental en el caso *Mer d'Iroise* en su decisión de 30 de junio de 1977:

La cuestión de si una reacción de este tipo es un mero comentario, una mera reserva de su postura, un mero rechazo de la reserva particular o un rechazo completo de toda relación mutua con el Estado reservatario en el marco del tratado depende, por tanto, de la intención del Estado en cuestión[125].

En el caso en cuestión, el Tribunal no se pronunció expresamente acerca de la naturaleza de la «reacción» del Reino Unido sino que hizo como si se tratara de una objeción[126], es decir, la aplicación de la regla establecida en el artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1969 que, sin embargo, no estaba en vigor entre las partes[127].

84. Si bien el laudo puede ser criticable, en particular en este aspecto, parece indiscutible que los términos de la declaración británica en cuestión manifestaban claramente la intención del Reino Unido de formular una objeción a la reserva de Francia. La declaración estaba redactada en los términos siguientes:

El Gobierno del Reino Unido no está en condiciones de aceptar la reserva *b*[128].

La negativa a aceptar una reserva es exactamente el objeto mismo de una objeción en el sentido pleno y habitual de la palabra.

85. Como señaló el Tribunal arbitral franco-británico, puede ocurrir, a fin de cuentas, que una reacción, incluso una crítica, respecto de una reserva no constituya una objeción en el sentido de los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Puede tratarse de simples comentarios mediante los que un Estado o una organización internacional manifiestan su interpretación (restrictiva) de la reserva o las condiciones en las que el Estado o la organización la consideran válida. Por ejemplo:

En 1979, el Reino Unido, Alemania y Francia reaccionaron a la reserva formulada por Portugal respecto de la protección de los derechos de propiedad recogidos en el artículo 1 del Protocolo del Convenio europeo de derechos humanos. Al formular esta reserva, Portugal tenía la intención de impedir que las drásticas medidas de expropiación y nacionalización que se habían adoptado tras la Revolución de los claveles, fueran recurridas ante la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los Estados que formularon su reacción no presentaron una objeción formal a la reserva de Portugal, sino que hicieron declaraciones en el sentido de que la reserva no podía afectar a los principios generales del derecho internacional que exigían el pago de indemnizaciones prontas, adecuadas y rápidas en los supuestos de expropiación de bienes extranjeros. Tras las reformas constitucionales y legislativas, Portugal retiró su reserva en 1987[129].

86. De la misma forma pueden analizarse los siguientes ejemplos:

a) Las comunicaciones mediante las que varios Estados pusieron de manifiesto que no tendrían en cuenta «las declaraciones[130] formuladas por la República Socialista de Bielorrusia, la República Socialista Soviética de Ucrania, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la República Popular de Mongolia respecto del párrafo 1 del artículo 11 [de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas] que, modificasen de cualquier forma los derechos y obligaciones a que diese lugar ese párrafo»[131], pueden considerase interpretaciones de las reservas en cuestión (o de la disposición a que se refieran) más que verdaderas objeciones, tanto más en la medida en que estas declaraciones contrastan con otras que se presentan formalmente como objeciones[132];

[123] Salmon (ed.), pág. 763.

[124] Ibíd., pág. 764. Naturalmente esta definición también se aplica a una objeción formulada por una organización internacional.

[125] *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, decisión de 30 de junio de 1977, Naciones Unidas, RSA, vol. XVIII (n.° de venta E/F.80.V.7), párr. 39.

[126] Imbert, «La question des réserves dans la décision arbitrale relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», pág. 45.

[127] Véase más adelante.

[128] Naciones Unidas, RSA (nota 125 *supra*), párr. 40.

[129] Polakiewicz, *op. cit.*, pág. 106 (se han omitido las notas).

[130] Estas declaraciones, según las cuales las tres partes interesadas precisaban que consideraban que, en caso de discrepancias respecto de la cuestión del efectivo de una misión diplomática, esta cuestión deberá resolverse de común acuerdo por el Estado acreditante y el Estado acreditado, habían sido calificadas expresamente por las partes como reservas (*Traités multilatéraux…* vol. I, cap. III.3, págs. 89 a 91, y 99, nota 21).

[131] Ibíd., págs. 92 a 96, Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Malta, Nueva Zelandia, Reino Unido y Tailandia.

[132] Ibíd., págs. 94 a 96, declaraciones de Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, o República Unida de Tanzanía y, más ambigua, la declaración de Bélgica (ibíd., pág. 92). Véase también, por ejemplo, el último párrafo de la comunicación del Reino Unido relativo a las reservas y las declaraciones conjuntas al instrumento de ratificación de la Convención de Viena de 1969 presentado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (ibíd., vol. II, cap. XXIII.1, pág. 305) o la reacción de Noruega a la «declaración» de rectificación de Francia de 11 de agosto de 1982 respecto del Protocolo de 1978 al Convenio MARPOL

b) La comunicación de los Estados Unidos respecto de la primera reserva de Colombia a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas que conllevaba la exención para Colombia de las obligaciones previstas en los artículos 3, párrs. 6 y 9, y 6 de la Convención, reserva que, según los Estados Unidos, no se aplicaría más que en la medida en que el cumplimiento de estas obligaciones por parte de Colombia fuera contrario al artículo 35 de su Constitución Política (sobre la extradición de colombianos por nacimiento); *de aplicarse esta reserva*[*] a otras personas que no fueran colombianos por nacimiento, los Estados Unidos formularían una objeción[*,133]; se trata en este caso de una «aceptación condicional» más que de una objeción propiamente dicha; o

c) Las comunicaciones de Grecia, Noruega y el Reino Unido respecto de la declaración de Camboya a la Convención relativa a la Organización Marítima Internacional[134].

87. Por lo demás, conviene señalar que estas «cuasiobjeciones» tienden a multiplicarse desde hace algunos años con la práctica del «diálogo sobre las reservas», lo que se analizará en su oportunidad. El diálogo trae aparejado que los Estados (en su mayor parte europeos), comunican al autor de una reserva las razones por las que consideran que ésta debería ser retirada, precisada o modificada. Estas comunicaciones pueden constituir verdaderas objeciones pero, a menudo, puede tratarse también del inicio de un diálogo que puede dar lugar a una objeción, pero que puede traducirse también en la modificación o el retiro de la reserva. La reacción de Finlandia a las reservas presentadas por Malasia con motivo de su adhesión a la Convención sobre los Derechos del Niño es un ejemplo claro de la primera categoría y constituye sin duda alguna una objeción:

> La reserva formulada por Malasia afecta a varias disposiciones fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño. Su carácter amplio no permite saber la medida en que Malasia tiene la intención de aplicar la Convención y eximirse de las obligaciones que ésta le impone. En opinión del Gobierno de Finlandia, reservas tan generales pueden contribuir a socavar las bases de los tratados internacionales de derechos humanos.
>
> Por otra parte, el Gobierno de Finlandia recuerda que dicha reserva debe entenderse con sujeción al principio general de interpretación de los tratados, en virtud del cual una parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno, y mucho menos sus políticas nacionales, para justificar su negativa a aplicar un tratado. Es de interés común de los Estados que las partes contratantes en tratados internacionales estén dispuestas a llevar a cabo las modificaciones necesarias en su derecho interno para lograr los objetos y propósitos de estos tratados. Aún más, el derecho interno y las políticas de un país están sujetos a modificaciones que pueden tener como objetivo dar mayor amplitud a los efectos insospechados de la reserva.
>
> En su formulación actual, la reserva es manifiestamente incompatible con el objeto y propósito de la Convención y, por tanto, inadmisible en virtud del párrafo 2 del artículo 51. Por ello, el Gobierno de Finlandia *se opone a ella*[*]. El Gobierno de Finlandia observa además que la reserva hecha por el Gobierno de Malasia no produce efectos jurídicos.
>
> El Gobierno de Finlandia recomienda al Gobierno de Malasia que reconsidere la reserva [relativa a la mencionada Convención][135].

88. Es más discutible si la reacción de Austria a las mismas reservas, muy argumentada y con fines idénticos, se trataba o no de una objeción. La declaración de Austria de 18 de junio de 1996 no indica en modo alguno un rechazo definitivo de las reservas de Malasia y se traduce más bien en una postura de espera:

> Según el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, reflejado en el artículo 51 [de la Convención sobre los Derechos del Niño], las reservas a los tratados, para ser admisibles en derecho internacional deben ser compatibles con el objeto y el propósito del tratado. Una reserva es incompatible con el objeto y el propósito de un tratado cuando intenta derogar disposiciones cuya aplicación es fundamental para el cumplimiento del objeto y el propósito de dicho tratado.
>
> El Gobierno de Austria ha examinado las reservas formuladas por Malasia [a la Convención]. Al tratarse de reservas de carácter general, *no puede considerarse su admisibilidad conforme al derecho internacional sin aclaraciones complementarias*[*].
>
> En la espera de que Malasia defina con más precisión el alcance de los efectos jurídicos de sus reservas, la República de Austria considera que éstas no afectan a ninguna disposición cuya aplicación sea fundamental para el cumplimiento del objeto y el propósito [de la Convención].
>
> No obstante, Austria se opone a que estas reservas se consideren admisibles *si*[*] su aplicación debe conllevar el incumplimiento por Malasia […] de obligaciones contraídas en virtud de la Convención que sean fundamentales para el cumplimiento del objeto y el propósito [de la Convención].
>
> Austria no puede considerar admisible, en relación con el artículo 51 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención sobre el derecho de los tratados, las reservas formuladas por Malasia [...] a menos que Malasia, mediante declaraciones complementarias o mediante la práctica subsiguiente[*], asegure que sus reservas son compatibles con las disposiciones fundamentales para el cumplimiento del objeto y el propósito [de la Convención][136].

También aquí se puede considerar que, más que de una objeción pura y simple, se trata de una aceptación condicional (o una objeción condicional) con un objetivo claro (inducir al Estado reservatario a que renuncie a la reserva o la modifique), pero de naturaleza jurídica y efectos inciertos, aunque no sea más que porque las condiciones mismas establecidas para la aceptación o el rechazo de la reserva no se presten a una consideración objetiva y no se haya establecido ningún plazo en particular.

89. Declaraciones de este tipo plantean problemas comparables a los resultantes de las comunicaciones mediante las que un Estado o una organización internacional se reserva su postura en lo que respecta a la validez de una reserva formulada por otra parte, en especial en lo que se

(que, parecía claramente una reserva y a la que Suecia e Italia presentaron objeciones como tal), indicando que la consideraba una declaración y no una reserva (OMI, *Status of Multilateral Conventions*… (nota 72 *supra*), pág. 77, nota 1).

[133] *Traités multilatéraux*…, vol. I, cap. VI.19, pág. 425. Colombia retiró posteriormente esta reserva (ibíd., pág. 428, nota 11).

[134] Ibíd., vol. II, cap. XII.1, pág. 9, nota 12.

[135] Ibíd., vol. I, cap. IV.11, págs. 301 y 302. En relación con objeciones aún más claras a las reservas de Malasia, véanse las declaraciones de Alemania, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia, y las comunicaciones de Bélgica y Dinamarca (ibíd.). Posteriormente, Malasia retiró parte de sus reservas (véase ibíd.).

[136] Ibíd., pág. 301. Véase también la reacción de Suecia a la reserva formulada por el Canadá al Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (ibíd., vol. II, cap. XXVII.4, pág. 409).

refiere a su validez *ratione temporis*[137]. De esta forma, puede plantearse la cuestión del alcance de la declaración de los Países Bajos con arreglo a la cual el Gobierno de ese país «se reserva todos los derechos en lo que respecta a las reservas al artículo 12 y a los párrafos 2 y 3 del artículo 24 [de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua] que el Gobierno de Venezuela formuló en el momento en que ratificó esa Convención»[138]. Lo mismo puede decirse de la declaración del Reino Unido, que señala:

> no estar en condiciones de adoptar una posición respecto de [las] supuestas reservas [de la República de Corea al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] por no haber una indicación suficiente de los efectos que se buscan, de conformidad con las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y con la práctica de las partes en el Pacto. En espera de recibir dicha indicación, el Gobierno del Reino Unido se reserva todos sus derechos en virtud del Pacto[139].

Asimismo, el carácter de las reacciones de varios Estados[140] a las limitaciones con que Turquía había manifestado su aceptación del derecho al recurso individual en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio europeo de derechos humanos no es fácil de determinar. Utilizando diversas fórmulas, estos Estados hicieron saber al Secretario General del Consejo de Europa que «se reservaban su posición» en espera de una decisión de los órganos del Convenio, precisando que «la ausencia de una reacción formal y oficial respecto del fondo del problema no se [...] debía interpretar como un reconocimiento tácito [...] de las reservas del Gobierno de Turquía»[141]. Parece difícil considerar que se trata de objeciones; son más bien notificaciones de «no aceptación» provisional que manifiestan una posición de espera.

90. Por el contrario, una objeción constituye una toma de posición formal cuya finalidad es, como mínimo, impedir la aplicación de las «disposiciones a que se refiera» la reserva en las relaciones «entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción en la medida determinada por la reserva», para utilizar los términos del artículo 21, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986.

91. De esto no se desprende que otras reacciones, del tipo de las mencionadas más arriba[142], que puedan tener las otras partes en el tratado respecto de las reservas formuladas por un Estado o una organización internacional, estén prohibidas, ni que produzcan efecto jurídico alguno. Simplemente, no se trata de objeciones en el sentido de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y sus efectos no son los previstos en el artículo 21, párr. 3, de estas Convenciones. Se refieren más bien a la interpretación del tratado o a los actos unilaterales que constituyen las reservas, o bien al «diálogo sobre las reservas», cuyos elementos se analizarán de manera más precisa en su momento.

92. Estas incertidumbres dejan bien claro el interés que hay en utilizar una terminología precisa y desprovista de ambigüedad en la calificación de las reacciones a una reserva, en su enunciado y en la definición del alcance que su autor tenga la intención de dar a la objeción[143].

93. En lo que respecta al primer punto, la calificación de la reacción, la solución más prudente es ciertamente utilizar el sustantivo «objeción» o el verbo «objetar». No obstante, expresiones como «oposición/oponerse»[144], «rechazo/rechazar»[145], y «denegación/denegar», deben considerarse también como indicativas de una objeción. Salvo en contextos muy particulares, también pueden utilizarse expresiones como «el Gobierno de ... no acepta la reserva»[146] o «la reserva formulada por ... es inadmisible/inaceptable/improcedente»[147]. También es así en el caso de un Estado o una organización internacional que, sin ninguna inferencia expresa, declara que una reserva está «prohibida por el tratado»[148], «carece de efecto alguno»[149] o, simplemente, es «incompatible con su objeto o fin», lo

---

[137] Véase más adelante.

[138] Ibíd., cap. XXI.1, pág. 221. Véanse también los ejemplos dados por Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, págs. 318 y 336 (reacción del Canadá a las reservas y declaraciones de Francia relativas a la Convención sobre la plataforma continental).

[139] *Traités multilatéraux*..., vol. I, cap. IV.4, pág. 185. Véase también la comunicación de los Países Bajos respecto de las reservas de Australia al artículo 10 del Pacto (ibíd., págs. 183 y 184); por el contrario, la reacción de los Países Bajos a las reservas de Australia a los artículos 2 y 50 del Pacto se asemeja más a una interpretación de las reservas en cuestión (ibíd., pág. 183).

[140] Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Noruega y Suecia. Tales restricciones no constituyen reservas en el sentido de la Guía de la práctica (véase el proyecto de directriz 1.4.6, párr. 2 (nota 104 *supra*)), pero el ejemplo (dado por Polakiewicz, *op. cit.*, págs. 106 y 107) es no obstante sorprendente por analogía.

[141] Declaración de Luxemburgo, *Loizidou* c. *Turquie (exceptions préliminaires)*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 23 de marzo de 1995, *série A n.° 310*, párr. 20. El texto de las diversas declaraciones se reproduce en ibíd., párrs. 18 a 24.

[142] Párrs. 84 a 88 *supra*.

[143] Véanse, en este sentido, las cláusulas modelo relativas a las reservas anexas a la recomendación n.° R (99) 13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 18 de mayo de 1999. Cabe señalar que todas las redacciones alternativas propuestas en ese informe utilizan expresamente la palabra «objeción». En cuanto a los inconvenientes de las objeciones vagas e imprecisas, véase Horn, *op. cit.*, págs. 184 y 185; véanse también las páginas 191 a 197, 221 y 222.

[144] Véase la objeción de Finlandia a la reserva de Malasia a la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 87 *supra*).

[145] Véase, por ejemplo, la objeción de Guatemala a las reservas de Cuba a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (*Traités multilatéraux*..., vol. I, cap. III.3, pág. 94).

[146] Véanse, por ejemplo, las objeciones de Australia a varias reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (ibíd., cap. IV.1, pág. 127), y las de los Países Bajos a numerosas reservas a la Convención sobre la alta mar (ibíd., vol. II, cap. XXI.2, pág. 227). Véase también la objeción del Reino Unido a la reserva *b* de Francia al artículo 6 de la Convención sobre la plataforma continental (párr. 84 *supra*).

[147] Véase, por ejemplo, la reacción del Japón a las reservas a la Convención sobre la alta mar (ibíd., cap. XXI.2, pág. 227) o la de Alemania respecto de la reserva de Guatemala a la Convención sobre el estatuto de los refugiados (ibíd., vol. I, cap. V.1, pág. 343).

[148] Véanse, por ejemplo, todas las comunicaciones relativas a las declaraciones formuladas en virtud del artículo 310 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (ibíd., vol. II, cap. XXI.6, págs. 264 a 266).

[149] Véanse, por ejemplo, las reacciones de la Comunidad Europea a las declaraciones de Bulgaria y de la República Democrática Alemana en relación con el Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR) (ibíd., vol. I, cap. XI A.16, pág. 578).

que es extremadamente frecuente[150]. En estos últimos casos, esta es la conclusión que se impone conforme a lo estipulado en el artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: en estas hipótesis, no puede formularse una reserva y, cuando una parte contratante manifiesta expresamente que esa es la situación, no se considerará que tiene la intención de no formular objeción alguna a la reserva.

94. En este caso, pese a la opinión contraria de algunos autores[151], ninguna norma de derecho internacional impone a un Estado o a una organización internacional la obligación de justificar las objeciones que formule a una reserva. Salvo en el caso de que una reserva específica sea expresamente autorizada por un tratado[152], las demás partes contratantes siempre pueden rechazar la reserva, y aun iniciar las relaciones convencionales con su autor. Una declaración que diga:

> El Gobierno ... tiene la intención de formular una objeción a la reserva hecha por ...[153]

es tan válida y correcta desde el punto de vista jurídico, como otra objeción ampliamente argumentada[154]. No obstante, se observa una tendencia, reciente pero muy marcada, a precisar y explicar las razones que justifican la objeción a juicio de su autor. Esta tendencia, en la línea del establecimiento de un «diálogo sobre las reservas» debe sin duda fomentarse.

95. En lo que respecta a los efectos que el autor de la objeción tiene la intención de darle[155], no basta ampararse siempre implícitamente en lo dispuesto en el artículo 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986[156]: puede ocurrir que el Estado o la organización internacional que tenga la intención de formular una objeción desee matizar los efectos de su postura. En particular, se desprende de la práctica que hay un estadio intermedio entre el efecto «mínimo» de la objeción (previsto en esta disposición) y el efecto «máximo», que resulta de la intención expresada por el autor de la objeción de impedir la entrada en vigor del tratado entre él y el autor de la reserva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*. Hay casos, en efecto, en que un Estado desea estar vinculado con el que ha hecho la reserva considerando que la exclusión de los vínculos convencionales debe ir más allá de lo previsto en el artículo 21, párr. 3[157]. Por supuesto, tales efectos no son automáticos y deben señalarse expresamente en el texto mismo de la objeción.

96. Asimismo, de existir, como consideran ciertos autores[158], un efecto «supermáximo» consistente en hacer constar no sólo que la reserva a la que se refiere la objeción no es válida, sino que, por tanto, el tratado se aplica *ipso facto* en su conjunto a las relaciones entre los dos Estados, conviene ciertamente mencionarlo en la declaración hecha como reacción a la reserva, como ha hecho, por ejemplo, Suecia, en la objeción presentada el 27 de noviembre de 2002 a la reserva formulada por Qatar con motivo de la adhesión de este país al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía:

> Esta objeción no impide la entrada en vigor de la Convención entre Qatar y Suecia. La Convención entra en vigor íntegramente entre los dos Estados, sin que Qatar pueda hacer valer su reserva[159].

97. Cualquiera que sea la validez de una declaración de ese tipo[160], es dudoso que se trate de una objeción en el sentido de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: el efecto de una declaración de este tipo no es impedir la aplicación de un tratado en su conjunto o de las

---

[150] Véanse, por ejemplo, las declaraciones de Portugal sobre las reservas de Maldivas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ibíd., cap. IV.8, pág. 251) y de Bélgica respecto de las reservas de Singapur a la Convención sobre los Derechos del Niño (ibíd., cap. IV.11, pág. 301).

[151] Lijnzaad (*Reservations to UN-Human Rights Treaties – Ratify and Ruin?*, pág. 45) cita en este sentido a Kühner, *Reservations to Multilateral Treaties*, pág. 183, y Szafarz, *loc. cit*., pág. 309, aunque no parece ser que ésta sea realmente su postura. La práctica señala que los Estados no se sienten obligados a justificar sus objeciones; véase, entre otros, Horn, *op. cit*., págs. 131 y 209 a 219.

[152] Véase en este sentido el laudo arbitral en el caso *Mer d'Iroise*: «sólo en caso de que el artículo en cuestión hubiera autorizado por anticipado la formulación de reservas específicas podría considerarse que las partes en el instrumento aceptaron por adelantado reservas específicas» (véase la nota 125 *supra*). Imbert piensa incluso que puede formularse una objeción a una reserva expresamente autorizada (*op. cit*., págs. 151 y 152). Esta cuestión deberá examinarse cuando se estudie el alcance del artículo 20, párr. 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

[153] Véanse, entre numerosos ejemplos, la declaración de Australia a la reserva de México a la Convención sobre la alta mar (*Traités multilatéraux*..., vol. II, cap. XXI.2, pág. 226), así como las de Bélgica, Finlandia, Italia, Noruega o el Reino Unido a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ibíd., vol. I, cap. IV.2, págs. 143 a 145).

[154] Como ejemplo, véase el párrafo 87 *supra*.

[155] Debe tenerse presente que el objeto del presente capítulo no es estudiar los efectos de la objeción; esta cuestión sólo se menciona aquí en la medida en que se plantea con motivo de la *formulación* de la objeción.

[156] Con arreglo a esta disposición, en la redacción de 1986: «Cuando un Estado o una organización internacional que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él o ella y el Estado o la organización autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera ésta no se aplicarán entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que ha formulado la objeción en la medida determinada por la reserva».

[157] Véase, por ejemplo, la objeción del Canadá a la reserva de la República Árabe Siria a la Convención de Viena de 1969, según la cual «el Canadá no se consideraba vinculado por el tratado con la República Árabe Siria respecto de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados a las que se aplican los procedimientos de conciliación obligatorios enunciados en el anexo de dicha Convención» (ibíd., vol. II, cap. XXIII.1, pág. 302). Para otros ejemplos, y acerca de la permisibilidad de esta práctica, véase más adelante. Véase también Edwards, Jr., «Reservations to treaties», pág. 400.

[158] Véase Simma, «Reservations to human rights treaties: some recent developments» págs. 667 y 668.

[159] *Traités multilatéraux*…, vol. I, cap. IV.11.C, pág. 325); véase también la objeción de Noruega de 30 de diciembre de 2002 (ibíd.).

[160] Que puede ser recomendada sobre la base de la posición de los órganos del Convenio europeo de derechos humanos y en el comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos (véase el segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 77 y 78, párrs. 196 a 201), pero que no es en absoluto compatible con el párrafo 10 de las Conclusiones preliminares de la Comisión de Derecho Internacional sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas en 1997 (véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58, párr. 157), ni con el principio *par in parem non habet juridictionem*. Parece igualmente «difícil conciliar la atribución de tal efecto al rechazo de las reservas con el principio de consentimiento mutuo para la celebración de tratados» (caso *Mer d'Iroise* (nota 125 *supra*), párr. 60) Esa cuestión se estudiará más adelante cuando se examinen los efectos de las objeciones.

disposiciones a las que se refiere la reserva en las relaciones entre las dos partes, sino dejar sin efecto la reserva sin el consentimiento de su autor. Ello va mucho más allá de las consecuencias de las objeciones a las reservas previstas por los artículos 21, párr. 3, y 20, párr. 4, apdo. *b*, de las Convenciones. Mientras que, a diferencia de las reservas, las objeciones expresan la actitud de un Estado, no respecto a una norma jurídica sino respecto a la posición adoptada por otro Estado[161], es en este caso la misma norma aceptada por el Estado que hace la reserva la que se cuestiona, lo cual es contrario a la esencia misma de las objeciones.

98. A la vista de las consideraciones anteriores, la definición de una objeción a una reserva podría ser objeto del proyecto de directriz 2.6.1, que se colocaría al inicio de la sección 2.6 de la Guía de la práctica titulada «Procedimiento relativo a las objeciones a las reservas»[162], con arreglo a la siguiente redacción:

«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 a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, mediante la cual dicho Estado u organización tenga la intención de impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva entre el autor de ésta y el Estado o la organización que formule la objeción, en la medida determinada por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción.»

99. Esta definición se inspira muy de cerca en la de las reservas que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y que se retoma en el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica. En ella se recogen todos los elementos[163], a excepción del elemento temporal por las razones indicadas anteriormente[164]. Además de las consideraciones anteriores, ciertos aspectos de la definición propuesta requieren algunas observaciones complementarias.

100. En primer lugar, el Relator Especial no propone que se incluya en esta definición una precisión, que figura en el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986, relativa a «un Estado *contratante**» y a «una organización *contratante**»[165]. Hay dos razones para ello:

a) Por una parte, el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, regula la cuestión de saber si una objeción tiene efectos sobre la entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el de la objeción; pero esta disposición deja totalmente abierta la posibilidad de que un Estado o una organización internacional, que no sea parte contratante en el sentido del artículo 2, apdo. *f*, de la Convención, formule una objeción; no puede excluirse que un Estado o una organización formule una objeción, entendiendo que ésta no producirá el efecto a que se refiere el artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, más que cuando ese Estado o esa organización se convierta en parte contratante. Por lo demás, el artículo 21, párr. 3, no recoge esta precisión y se limita a mencionar «un Estado» [simplemente] o una organización internacional [simplemente] «que haya hecho una objeción a una reserva»; este aspecto se estudiará en mayor profundidad en su momento;

b) Por otra parte, la propia definición de las reservas no precisa en modo alguno la calidad del Estado o de la organización internacional que puede hacer una reserva.

101. En segundo lugar, la expresión «como reacción a una reserva» (proyecto de directriz 2.6.1 *supra*) merece igualmente un comentario. De acuerdo con la redacción de los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3, las partes contratantes pueden también formular «una objeción» no sólo a una reserva sino también a la formulación tardía de una reserva. En su comentario al proyecto de directriz 2.3.1, la Comisión se preguntó acerca de la buena fundamentación del uso de esa expresión en esta segunda hipótesis y señaló que, teniendo en cuenta la posibilidad de que un Estado acepte que una reserva sea formulada tardíamente para formular una objeción a su contenido, algunos de sus miembros «se han preguntado si era apropiado utilizar la palabra 'objeción' en el proyecto de directriz 2.3.1 para designar la oposición de un Estado no a la reserva proyectada, sino a su formulación misma. Sin embargo, una mayoría de los miembros ha considerado que no era útil introducir formalmente esta distinción, dado que en la práctica se confunden ambas operaciones»[166]. Esta postura lleva a preguntarse si no debería precisarse la distinción entre los dos sentidos de la palabra «objeción» en relación con el derecho de las reservas a los tratados. El Relator Especial, que sigue pensando que la palabra «objeción» debería sustituirse por «oposición» en los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3, cree que sería suficiente con precisarlo en el comentario del proyecto de directriz 2.6.1. Si la Comisión fuera de otra opinión, podría mencionarse el problema en un proyecto de directriz 2.6.1 *bis* (o en el proyecto de directriz 2.6.1, párr. 2):

«2.6.1 *bis Objeción a la formulación tardía de una reserva*

La expresión 'objeción' podrá aplicarse igualmente a la declaración unilateral en la que un Estado o una organización internacional se opone a la formulación tardía de una reserva.»

102. En tercer y último lugar, el objetivo previsto por el autor de una objeción está en el centro mismo de la definición de objeciones que aquí se propone. Este objetivo se desprende de la combinación de los artículos 20,

[161] Imbert, *op. cit.*, pág. 419.

[162] Podría preverse la inclusión de este proyecto de directriz en el capítulo I de la Guía de la práctica (Definiciones). No obstante, en opinión del Relator Especial sería preferible reagrupar el conjunto de directrices relativas a las objeciones en la sección 2.6.

[163] Véase el párrafo 75 *supra*.

[164] Véase el párrafo 76 *supra*. Cabe señalar que la definición de las declaraciones interpretativas recogida por la Comisión en el proyecto de directriz 1.2 tampoco hace mención al elemento temporal.

[165] El artículo 20, párr. 4, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969 sólo se refiere al «Estado contratante».

[166] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 201, párr. 23 del comentario al proyecto de directriz 2.3.1.

párr. 4, apdo. *b*, y 21, párr. 3, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. La segunda de estas disposiciones define a la vez el objetivo «máximo»[167] que puede perseguir un Estado o una organización internacional al formular una reserva: impedir la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, y su objetivo mínimo: la no aplicación de las disposiciones a las que se refiere la reserva en las mismas relaciones, «en la medida determinada por la reserva» (proyecto de directriz 2.6.1 *supra*).

103. Este procedimiento se adapta al recogido en la definición misma de las reservas, cuya finalidad debe ser «excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación»[168] al autor de la reserva. Queda bien entendido que, si este objetivo constituye el criterio mismo de una reserva, su inclusión en su definición no significará que, en un caso particular, la reserva sea o no válida y produzca efectivamente el efecto buscado. Lo mismo puede decirse de las objeciones: para merecer este nombre, una declaración unilateral debe tener como finalidad producir uno de los efectos previstos por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986; pero no será así necesariamente: para ello, es preciso que la objeción sea permisible. Esta cuestión no está relacionada con la definición, sino con el régimen jurídico de las objeciones y se abordará posteriormente.

104. Hay otra cuestión que merece una observación. En el proyecto de directriz 1.1.1, aprobado por la Comisión en 1988[169] se precisa que una reserva tiene como objeto, según el caso, excluir o modificar el efecto jurídico del tratado en su conjunto bajo ciertos aspectos particulares, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que la formula. Se plantea la cuestión, por tanto, de saber si esta precisión no debería reflejarse en la definición de las objeciones. La definición propuesta más arriba[170] hace referencia exclusivamente al objetivo habitual de las reservas, que se refieren a ciertas disposiciones del tratado; sin embargo, las reservas transversales están lejos de constituir un fenómeno aislado[171] y son, evidentemente, como toda reserva, susceptibles de que se formulen objeciones a ellas. Esta precisión podría figurar en el comentario al proyecto de directriz 2.6.1; no obstante, tal vez sería lógico plasmar el proyecto de directriz 1.1.1 en un proyecto específico de directriz que complete la definición de las objeciones, cuya redacción podría ser la siguiente:

«2.6.1 *ter Objeto de las objeciones*

Cuando su objetivo no sea impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el que formula la objeción, la finalidad de la objeción será impedir la aplicación de disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva o del tratado en su conjunto bajo determinados aspectos particulares, entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que formula la objeción, en la medida prevista por la reserva.»

105. Otra posibilidad sería incluir esta hipótesis en el mismo proyecto de directriz 2.6.1, cuyo texto sería, entonces, el siguiente:

«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 una organización internacional como reacción a una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra organización internacional, mediante la que dicho Estado u organización tenga la intención de impedir la aplicación de las disposiciones del tratado a las que se refiere la reserva, o del tratado en su conjunto bajo determinados aspectos particulares, entre el autor de la reserva y el Estado o la organización que formula la objeción, en la medida prevista por la reserva, o de impedir la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el autor de la reserva y el de la objeción.»

Esta solución, que es la más «económica» tiene el único inconveniente de ser rígida.

106. Hay un último problema digno de mención. Como señala anteriormente[172], el Relator Especial está firmemente convencido de que, *de lege lata*, un Estado o una organización internacional no está en ningún caso obligado a argumentar las razones que le llevan a formular una objeción a una reserva. Se trata de una cuestión de mera apreciación, que puede basarse en motivos jurídicos pero que puede igualmente, de manera totalmente legítima, responder a consideraciones políticas[173]. No obstante, es probablemente conveniente comunicar el motivo de la objeción al autor de la reserva, sobre todo si el autor de la objeción desea que aquel reconsidere su postura. Por tanto, se plantea la cuestión de saber si la Comisión, como ha hecho en otros casos[174], debería formular una recomendación en este sentido a los Estados y las organizaciones internacionales. En opinión del Relator Especial sería adecuado volver a examinar este punto en un futuro capítulo, pues se trata en efecto de un elemento del «diálogo sobre las reservas».

[167] Véanse los párrafos 96 y 97 *supra*.

[168] *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 97, proyecto de directriz 1.1.

[169] Ibíd.

[170] Véase el párrafo 98 *supra*.

[171] Ibíd., pág. 100, párr. 5 del comentario al proyecto de directriz 1.1.1.

[172] Párr. 94 *supra*.

[173] Este es muy frecuentemente el caso. Véase, por ejemplo, Imbert, *op. cit.*, págs. 419 a 434.

[174] Véase, por ejemplo, *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), párr. 103, proyecto de directriz 2.5.3 (Reexamen periódico de la utilidad de las reservas).

ANEXO

MODELO DE CARTA DIRIGIDA A LOS PRESIDENTES DE LOS ÓRGANOS DE DERECHOS HUMANOS

13 de agosto de 2002

Señor Presidente/señora Presidenta:

En 1997, la Comisión de Derecho Internacional aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, de cuyo texto se adjunta una copia a la presente carta.

La Comisión tiene previsto volver a examinar este tema y aprobar conclusiones definitivas, probablemente en sus períodos de sesiones 55.° o 56.°, en 2003 o 2004. Ante esta perspectiva, nos parece conveniente volver a ponernos en contacto con usted y proponerle una colaboración lo más estrecha posible entre el Comité/la Subcomisión que usted preside y la Comisión de Derecho Internacional, a fin de mantener un intercambio de opiniones.

Con esta idea, nos parecería especialmente adecuado que todos los órganos interesados (a cuyos Presidentes hemos enviado una carta similar a ésta)* y la Comisión, o sus representantes, puedan celebrar una o varias reuniones conjuntas, preferentemente durante el próximo período de sesiones de la Comisión, que se celebrará del 5 de mayo al 6 de junio y del 7 de julio al 8 de agosto de 2003. Desearíamos conocer cuanto antes su opinión y la del órgano que preside acerca de esta propuesta.

La Comisión de Derecho Internacional está abierta a todas las sugerencias que puedan hacerse sobre el tema que se aborda en las conclusiones preliminares de 1997 y se encuentra a su disposición para ofrecerle cualquier información o aclaración que usted o sus colegas puedan desear.

Le agradecemos de antemano la consideración prestada a la presente carta y le rogamos acepte, señor Presidente/señora Presidenta, la expresión de nuestra consideración más distinguida.

(*Firmado*) Robert **Rosenstock**
Presidente
Comisión de Derecho Internacional

(*Firmado*) Alain **Pellet**
Relator Especial sobre las reservas a los tratados

Sr. Ion Diaconou
Presidente
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Ginebra

---

* Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura, y Comité de los Derechos del Niño.

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

[Tema 5 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/534

Sexto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial

[Original: español/francés/inglés]
[30 de mayo de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		59
Obras citadas en el presente informe		60
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN. Viabilidad del tema. Formas posibles del producto final de los trabajos sobre el mismo. Enfoque metodológico: estudio de actos unilaterales específicos. Estructura del sexto informe	1–16	61
Capítulo		
I. EL RECONOCIMIENTO. Comportamientos y actos. El silencio y la aquiescencia. El reconocimiento tácito por actos implícitos o concluyentes. El reconocimiento de origen convencional. Criterios para la formulación y discrecionalidad del acto de reconocimiento	17–67	63
II. LA VALIDEZ DEL ACTO UNILATERAL DE RECONOCIMIENTO. La formulación del acto: acto del Estado y y personas habilitadas para formular el acto. Constatación de la situación e intención del Estado autor. Licitud del objeto. La cuestión del destinatario en el caso del acto de reconocimiento. La aplicación temporal y espacial del acto de reconocimiento	68–81	70
III. EFECTOS JURÍDICOS DEL RECONOCIMIENTO. Oponibilidad y exigibilidad. Fundamentación de la obligatoriedad del acto de reconocimiento	82–108	72
IV. APLICACIÓN DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO. Inicio de los efectos jurídicos y su relatividad. La aplicación territorial y la aplicación temporal del acto de reconocimiento. Modificación, suspensión, revocación y terminación del acto unilateral de reconocimiento	109–123	75

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado Antibélico de no Agresión y de Conciliación (Río de Janeiro, 10 de octubre de 1933)	Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. CLXIII, pág. 393.
Convención sobre derechos y deberes de los Estados, adoptada por la Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Ibíd., vol. CLXV, pág. 19.
Carta de la Organización de los Estados Americanos (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 119, n.º 1609, pág. 3.

	Fuente
Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos: «Protocolo de Buenos Aires» (Buenos Aires, 27 de febrero de 1967)	Ibíd., vol. 721, pág. 324.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.° 18232, pág. 443.

Obras citadas en el presente informe

ANZILOTTI, Dionisio

Cours de droit international, 3.ª ed., París, 1929, 536 págs.

BARBERIS, Julio A.

«Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 101 a 116.

BROWNLIE, Ian

«Recognition in theory and practice», en R. St. J. Macdonald y Douglas M. Johnston (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1983, págs. 627 a 641.

CHARPENTIER, Jean

La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens, París, Pedone, 1956, 357 págs.

COMBACAU, Jean y Serge SUR

Droit international public, 5.ª ed., París, Montchrestien, 2001, 815 págs.

DAILLIER, Patrick y Alain PELLET

Droit international public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.

DEGAN, Vladimir-Djuro

«Création et disparition de l'État (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1999*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2000, vol. 279, págs. 195 a 375.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel

Instituciones de derecho internacional público, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, 920 págs.

DUGARD, John

Recognition and the United Nations, Cambridge, Grotius, 1987, 192 págs.

ERICH, R.

«La naissance et la reconnaissance des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1926–III*, París, Hachette, 1927, vol. 13, págs. 427 a 507.

HARRIS, D. J.

Cases and Materials on International Law, 5.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1998.

JESSUP, Philip C.

A Modern Law of Nations: an Introduction, Hamden (Connecticut), Archon Books, 1968, 236 págs.

KELSEN, Hans

«Recognition in international law: theoretical observations», AJIL (Washington D.C.), vol. 35, n.º 4, octubre de 1941, págs. 605 a 617.

KOHEN, Marcelo G.

Possession contestée et souveraineté territoriale, París, Presses Universitaires de France, 1997, 579 págs.

KUNZ, Josef L.

«Critical remarks on Lauterpacht's 'Recognition in International Law'», AJIL (Washington D.C.), vol. 44, n.º 4, octubre de 1950, págs. 713 a 719.

LAUTERPACHT, H.

Recognition in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1947, 442 págs.

MARSTON, Geoffrey (ed.)

«United Kingdom materials on international law 1986», *British Year Book of International Law, 1986* (Oxford), vol. 57.

MONACO, Riccardo

«Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1968–III*, Leiden, Sijthoff, 1970, vol. 125, págs. 93 a 335.

SALMON, Jean (ed.)

Dictionnaire de droit international public, Bruselas, Bruylant, 2001, 1198 págs.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof

«Unilateral acts of States», en Mohammed Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, págs. 221 a 240.

STRUPP, Karl

Grundzüge des positiven Völkerrechts, 5.ª ed., Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1932, 343 págs.

SUY, Eric

Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, París, LGDJ, 1962, 290 págs. (tesis, Universidad de Ginebra).

VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo

Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983.

VENTURINI, Giancarlo

Il riconoscimento nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1946, 143 págs.

«La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964–II*, Leiden, Sijthoff, 1964, vol. 112, págs. 363 a 467.

VERDROSS, Alfred

Derecho internacional público, 6.ª ed. española, Madrid, Aguilar, 1976.

VERHOEVEN, Joe

«Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1985–III*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, vol. 192, págs. 9 a 232.

WILLIAMS, Sir John Fischer

«La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933–II*, París, Sirey, 1933, vol. 44, págs. 199 a 314.

Introducción

Viabilidad del tema. Formas posibles del producto final de los trabajos sobre el mismo. Enfoque metodológico: estudio de actos unilaterales específicos. Estructura del sexto informe

1. Es cierto que la existencia de la institución de los actos jurídicos unilaterales no es clara y menos aún está definida en derecho internacional, a pesar de que existen elementos importantes, doctrinales y jurisprudenciales, e incluso cierta práctica de los Estados que podrían justificarla. El tema, sin embargo, debe seguir siendo objeto de examen por la Comisión de Derecho Internacional como la gran mayoría de sus miembros y de los representantes en la Sexta Comisión lo han expresado. La CDI ha recibido de parte de los gobiernos el mandato de examinar el tema e intentar una labor de codificación y de desarrollo progresivo. A pesar de las dudas que podrían plantearse, la CDI ha debido abordar el examen de los actos unilaterales en ese sentido. Si la institución de los actos unilaterales no existiese realmente, la Comisión tendría de todas formas que abordar su examen pues, en tanto órgano asesor de la Asamblea General, debe considerar todos los temas que se incluyen en su programa. La Comisión debe estudiar las instituciones jurídicas que se le requiera, para precisar su existencia y determinar la factibilidad de una labor de codificación y desarrollo progresivo y poder dar respuesta adecuada a la solicitud y los planteamientos de los gobiernos.

2. La labor que ocupa a la Comisión desde 1997, cuando se decidió designar un Relator Especial para el tema de los actos unilaterales de los Estados[1], se ha caracterizado por su complejidad y por esa incertidumbre que ha impedido avanzar como había deseado al comienzo de sus trabajos sobre el tema, lo que la diferencia del tratamiento de otros asuntos en su seno. Como se ha señalado, los temas que ha examinado la Comisión en los últimos años se basan en un derecho consagrado, consistiendo la tarea en optar, más bien, entre distintas normas en concurrencia e incompatibles entre sí, derivadas de la práctica de los Estados, como sería el caso de la protección diplomática[2].

3. Una cuestión sumamente importante que ha incidido en forma negativa en el desarrollo de las labores sobre el tema en la Comisión ha sido la no consideración amplia de la práctica de los Estados. Se ha señalado con insistencia que el examen de la conducta de los Estados en sus relaciones internacionales refleja la realización de actos y comportamientos unilaterales diversos, algunos de los cuales no interesan al estudio del acto unilateral en el sentido que se analiza en este estudio. La cuestión que se plantea, principalmente, es la falta de certeza en cuanto a la convicción del Estado autor acerca de la naturaleza y el alcance del acto que formula.

4. La Comisión ha venido examinando el tema sobre la base de los informes presentados por el Relator Especial, fundados, como se ha señalado en oportunidades anteriores, en los trabajos previos que desarrollara la Comisión sobre el tema. La elaboración de reglas para regular el funcionamiento de tales actos, basada más en un enfoque de desarrollo progresivo que de codificación, en el sentido que se refiere el estatuto de la Comisión, ha constituido hasta ahora el objetivo principal, lo cual tiene su fundamento en las conclusiones aprobadas por la CDI del Grupo de Trabajo sobre actos unilaterales de los Estados que se reuniera en 1996[3], y en una opinión mayoritaria de los representantes de los gobiernos en la Sexta Comisión.

5. En el caso concreto de los actos unilaterales ha habido una opinión mayoritaria en la CDI y en la Sexta Comisión en el sentido que el tema de los actos unilaterales de los Estados puede ser objeto de una labor de codificación y desarrollo progresivo. El Grupo de Trabajo sobre actos unilaterales de los Estados que funcionara en 1997 concluye en su informe que «[e]n interés de la seguridad jurídica y para contribuir a dar certeza, previsibilidad y estabilidad a las relaciones internacionales y reforzar así el imperio del derecho, conviene tratar de precisar el funcionamiento de esta clase de actos y cuáles son sus consecuencias jurídicas, presentando una exposición clara del

[1] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párrs. 212 y 234.

[2] *Anuario... 2002*, vol. I, 2722.ª sesión, declaración del Sr. Dugard, pág. 79, párr. 57.

[3] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 16, párr. 29, y pág. 155, anexo II, adición 3.

derecho aplicable»[4]. Sin embargo, de igual manera, y ello refleja la complejidad y las dudas sobre el tema, algunos otros miembros y representantes sostienen una posición distinta, en el sentido de que consideran que el tema no está aún lo suficientemente maduro como para que sea objeto de una labor de esta naturaleza, más aún por la no completa consideración de la práctica de los Estados, en relación con lo cual los mismos no han suministrado información, aunque se ha recibido alguna, por lo demás, muy relevante para la labor del Relator Especial.

6. Las divergencias de opinión que pudiere constatarse en la CDI y en la Sexta Comisión, independientemente de cualquier apreciación cuantitativa, dificulta el avance en el tratamiento del tema por lo que quizás habría que considerar algunas otras posibilidades que permitan solventar ciertas dificultades y continuar su examen, y facilitar a los Estados la opinión de la Comisión sobre un asunto de tanta relevancia en las relaciones internacionales.

7. Si bien es cierto que la codificación y el desarrollo progresivo constituyen el mandato de la Comisión como órgano asesor de la Asamblea General, la misma Comisión ha optado, como se sabe, por vías distintas en el caso de otros temas, como sería el caso de las reservas a los tratados multilaterales, en relación con el cual se elabora una Guía de la práctica, directrices a las que los Estados podrán recurrir en la práctica ulterior y que de alguna manera van a permitir afianzar esa misma práctica.

8. Tal como se señalara en la Sexta Comisión, los actos unilaterales son de naturaleza sumamente compleja y quizás no sea necesariamente viable codificarlos en un futuro cercano. Obviamente, la codificación no entraña una simple compilación de la doctrina y jurisprudencia al respecto: resulta vital completar esos dos elementos con la práctica de los Estados. En tal sentido, según la misma opinión, si se aprobaran directrices sobre los actos unilaterales mediante una resolución de la Asamblea General, similar a la relativa a las reservas a los tratados, quizás sería aconsejable brindar una serie de normas no vinculantes que los Estados podrían aprovechar, lo que ayudaría a desarrollar una práctica uniforme a ese respecto[5]. Este punto de vista, aunque se ha sostenido que es prematuro decidir sobre la forma definitiva que habrá de tomar el producto del trabajo de la Comisión sobre este tema, puede ser considerado adecuadamente. Quizás una decisión sobre ello pueda facilitar el desarrollo de los trabajos del Relator Especial, al hacer menos rígidas las conclusiones. La Comisión deberá considerar esta cuestión, a juicio del Relator Especial, antes de abordar las otras cuestiones que significan la continuación de los trabajos anteriores, que se presentan en el presente informe.

9. De acuerdo con las sugerencias de algunos miembros y representantes de Estados, este informe se centrará en un tipo particular de actos unilaterales: el reconocimiento, particularmente el reconocimiento de Estado aunque se haga referencia a otros actos de reconocimiento. El acto de reconocimiento en general podría, además, representar una categoría específica de estos actos, es decir, en opinión del Relator Especial, los actos por los cuales el Estado asume obligaciones unilaterales a su carga.

10. Centrar los esfuerzos en el estudio de un acto en particular como el reconocimiento podría facilitar el estudio del tema, además de que responde a las sugerencias de algunos miembros y representantes en la Sexta Comisión. En efecto, durante el 54.º período de sesiones de la CDI en 2002, algunos miembros sugirieron un enfoque en este sentido. Así, un miembro señaló que se había sugerido con acierto que se estudiaran determinadas esferas de la práctica como era el reconocimiento de los Estados y de los gobiernos[6], en tanto que otro estuvo de acuerdo en que la Comisión debiera empezar a estudiar ejemplos de actos unilaterales, como el reconocimiento o la promesa, a fin de determinar si cabía sentar normas generales[7].

11. En la Sexta Comisión, algunos representantes también consideraron que el examen de los actos por separado podría ser de mayor utilidad. Así, por ejemplo, un representante indicó que, a fin de lograr mayores progresos en este tema complejo, no sólo era deseable compilar y estudiar la práctica pertinente de los Estados sobre la base más amplia posible, sino también, paralelamente con el examen de las normas generales, comenzar a estudiar y codificar normas sobre algunos actos unilaterales cuya naturaleza y efecto jurídico previstos son relativamente fáciles de determinar. Ejemplos de dichos actos unilaterales son la protesta, el reconocimiento, la renuncia y la promesa[8]. Otro representante se pronunció en la misma oportunidad en igual sentido, al indicar que, para actuar de esa manera, sería necesario esencialmente elaborar un método de trabajo adecuado para la cuestión que se analizaba y propicio al logro de resultados. Ese método entrañaría, en primer lugar, el estudio de cada categoría de casos de actos unilaterales, comenzando con los clásicos, a saber, la promesa y el reconocimiento. Así sería mucho más fácil pasar a identificar posteriormente las normas generales aplicables a dichos actos[9]. Otro representante dijo que agradecería que el Relator Especial abordase en su sexto informe, de acuerdo con la sugerencia de la misma Comisión, el examen de una categoría específica de actos unilaterales que para muchos se ubicaba dentro de la categoría de actos denominados clásicos en este ámbito, como era el reconocimiento[10]. Otro representante se pronunció en igual sentido al señalar que, para facilitar esa labor, quizás sería útil estudiar cada tipo concreto de acto, como la promesa, el reconocimiento, la renuncia o la protesta, antes de elaborar normas generales sobre los actos unilaterales[11].

---

[4] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 65, párr. 196, apdo. *c*.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de Polonia, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 25.

[6] *Anuario... 2002*, vol. I, 2772.ª sesión, declaración de la Sra. Escarameia, pág. 80, párr. 65.

[7] Ibíd., declaración del Sr. Xue, párr. 70.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de China, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 37.

[9] Ibíd., declaración de Grecia, párr. 74.

[10] Ibíd., declaración de Venezuela, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 51.

[11] Ibíd., declaración de la República de Corea, párr. 70.

12. Antes de iniciar el examen de los diversos aspectos del tema en el presente informe, debe recordarse una de las mayores preocupaciones, y sobre la cual también, ha habido las mayores dudas: la relacionada con la posibilidad de elaborar determinadas reglas de aplicación común a todos los actos unilaterales, independientemente de su calificación y de sus efectos jurídicos.

13. En informes anteriores, el Relator Especial había señalado que parecía posible elaborar algunas reglas aplicables a todos los actos unilaterales, particularmente en lo relativo a la formulación del acto: definición, capacidad del Estado, personas autorizadas para formular el acto, condiciones de validez y causales de nulidad, lo que permitió un intercambio de puntos de vista muy interesante durante el 54.º período de sesiones de la Comisión, en 2002. Algunos miembros, como se recordará, compartieron la posición de que pueden unificarse las normas aplicables, por lo menos, a nivel de principios generales[12]. Otros miembros, sin embargo, no se mostraron partidarios de esta posibilidad.

14. En 2002, los representantes en la Sexta Comisión opinaron también sobre esta cuestión. Algunos favorecieron este enfoque. Para un representante, sería conveniente que la CDI, en primer lugar, elaborara normas comunes a todos los actos unilaterales y, posteriormente, centrara su atención en el examen de normas concretas para categorías particulares de actos unilaterales[13]. Otro representante señaló en la misma oportunidad que, a pesar de la naturaleza controvertida del tema, estaba convencido de que era necesario determinar las normas generales aplicables a todos los actos unilaterales a fin de promover la estabilidad y la previsibilidad de las relaciones entre los Estados[14]. De la misma forma, otro representante alentó a la CDI a que siguiera estudiando las normas generales y concretas aplicables a los distintos tipos de actos unilaterales y que aprovechara dicho estudio para elaborar un conjunto completo y coherente de normas sobre la cuestión[15].

[12] *Anuario... 2002*, vol. I, 2726.ª sesión, declaración del Sr. Pellet, pág. 104, párr. 13.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaración de Nepal, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 18.

[14] Ibíd., declaración de Brasil, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 64.

[15] Ibíd., declaración de Portugal, párr. 15.

15. Independientemente de que se pueda o no elaborar reglas comunes a todos los actos unilaterales, cualquiera que sea su forma y sus efectos jurídicos, el Relator Especial abordará el examen del reconocimiento tal como fue sugerido por la mayoría de los miembros en 2002. No se trata de elaborar un nuevo estudio teórico sobre la institución del reconocimiento, suficientemente estudiado por la doctrina, sino examinarlo a la luz de las consideraciones formuladas en la Comisión sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados en general.

16. En el capítulo I se aborda la institución del reconocimiento, centrando la atención sobre el reconocimiento como acto unilateral, para excluir otros actos y comportamientos del Estado que, si bien pueden producir similares efectos jurídicos, no se ubican dentro del contexto del estudio que ocupa ahora a la Comisión. En este capítulo, se hace también referencia, igualmente breve, a dos cuestiones interesantes: los criterios para la formulación del acto y su discrecionalidad, relacionados principalmente con el reconocimiento de Estado. En este mismo capítulo se trata de presentar la definición del acto de reconocimiento, en función o en estrecha relación con los trabajos hasta ahora realizados por la Comisión; igualmente, al final del capítulo, se realizan algunos comentarios sobre el no reconocimiento, que tiene características propias, aunque en alguna medida sus efectos puedan equipararse a los del acto contentivo de una protesta. En el capítulo II se examinan las condiciones de validez de este acto: formulación (intención), licitud del objeto y conformidad con las normas imperativas de derecho internacional. En el capítulo III se aborda el examen de los efectos jurídicos del acto de reconocimiento, en particular, lo relativo a la oponibilidad y exigibilidad del acto. Finalmente, en el capítulo IV se tratan algunas cuestiones relacionadas con la aplicación del acto: relación entre el Estado autor y el destinatario; la aplicación territorial y temporal del acto de reconocimiento y, por último, aunque sólo a título preliminar, lo relativo a la modificación, suspensión y revocación del acto de reconocimiento, incluso por causas externas al acto, es decir, por razones ajenas a la voluntad del autor, en particular, siguiendo en alguna medida el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados, la desaparición del objeto y el cambio fundamental de circunstancias.

CAPÍTULO I

El reconocimiento

Comportamientos y actos. El silencio y la aquiescencia. El reconocimiento tácito por actos implícitos o concluyentes. El reconocimiento de origen convencional. Criterios para la formulación y discrecionalidad del acto de reconocimiento

17. El objetivo que se persigue, como se indicara antes, no es elaborar un nuevo estudio en relación con un tema sobre el cual la doctrina presenta extraordinarios trabajos. Se trata, más bien, como se señaló en la introducción, de presentar las características más relevantes de la institución del reconocimiento, de manera de relacionarlas a los trabajos de la Comisión hasta ahora realizados sobre el acto unilateral en general. El reconocimiento como

institución y el acto unilateral de reconocimiento no son conceptos necesariamente idénticos y es precisamente a ello a lo que se hace referencia en el presente capítulo. En concreto, se pretende examinar la institución y los diversos actos y comportamientos mediante los cuales se reconoce una situación de hecho o de derecho o una pretensión jurídica, para separar aquellos que se ubican fuera del contexto del acto unilateral que interesaría a la Comisión.

18. A título preliminar, debe abordarse nuevamente una cuestión ya examinada en informes anteriores: la dificultad de calificar o tipificar en forma definitiva el acto unilateral de reconocimiento, y la necesidad de circunscribir el estudio del reconocimiento al acto jurídico unilateral, lo que obliga a separar otros actos y comportamientos del Estado a los cuales también se ha hecho referencia, en términos generales, en informes y deliberaciones anteriores de la Comisión.

19. Tal como se ha podido constatar, no resulta fácil calificar en forma determinante los actos unilaterales del Estado y tipificarlos de acuerdo con su estudio y con las conclusiones que presentan la doctrina o la jurisprudencia internacionales. Existe, como se puede constatar, la posibilidad de calificarlos indistintamente. Así, se encuentra la relación entre el acto de reconocimiento con otros actos admitidos también como actos unilaterales por la doctrina, como sería el caso de la renuncia y de la promesa, y de algunos comportamientos o actitudes del Estado, como sería el caso del silencio que a veces se traduce en aquiescencia. Incluso, podría señalarse que hay también una importante relación, particularmente en cuanto a sus efectos, entre el acto de reconocimiento y el *estoppel*, referida también en informes anteriores. Tal como lo señala la Sala constituida por la CIJ en el caso *Golfe du Maine*:

> [Las] nociones de aquiescencia y *estoppel* [...] derivan ambas de los principios fundamentales de buena fe y equidad. Sin embargo, proceden de razonamientos jurídicos diferentes, ya que la aquiescencia equivale a un reconocimiento tácito manifestado por un comportamiento unilateral, que la otra parte puede interpretar como consentimiento, mientras que el *estoppel* está vinculado a la idea de caducidad[16].

20. Este enfoque obliga también a hacer referencia al no reconocimiento que puede ser realizado mediante un acto o comportamiento expreso o concluyente que tiene también interés e implicaciones jurídicas, pero que en todo caso puede constituir un acto unilateral en el sentido que interesa a la Comisión.

21. La declaración Ihlen[17] es un ejemplo claro de la diversidad de conclusiones a las que se puede llegar cuando se intenta calificar un acto, lo que se trató de mostrar en informes anteriores presentados por el Relator Especial[18]. Mediante esta declaración se reconoce una situación, pero a la vez se desprende de ella una promesa e incluso una renuncia. Igual observación puede hacerse en relación con la declaración del Gobierno de Colombia referente a Los Monjes, referida también en informes anteriores[19], que puede ser calificada, indistintamente, de reconocimiento o de renuncia, e incluso, de promesa. También pueden constituir ejemplos válidos las declaraciones unilaterales de neutralidad que pueden significar una renuncia o una promesa; y finalmente, para ilustrar aún más esta diversidad y complejidad para su determinación, las denominadas garantías negativas de seguridad que formulan los Estados en el marco de las negociaciones sobre el desarme, que pueden ser consideradas o calificadas como una promesa o una renuncia.

22. Mientras que la renuncia está referida al poder general de disponer de sus propios derechos, como se ha señalado, el reconocimiento es la expresión del poder de obligarse, propio de los Estados: el mismo poder que atribuye un valor jurídico a los acuerdos internacionales, sea cual fuere la denominación. El reconocimiento se acerca a la promesa o, mejor dicho, se ubica en el marco más amplio de los actos unilaterales que constituyen el ejercicio del poder general de obligarse por medio de una manifestación propia de la voluntad, es decir, en el marco de una figura general del acto jurídico[20]. Desde luego, un acto de reconocimiento del Estado en particular, por su objeto, pareciera ser más cierto que otros actos unilaterales en el sentido de que no podría confundirse fácilmente con la renuncia o la promesa.

23. En todos los casos, sin embargo, una cuestión común se evidencia: el Estado que formula el acto, independientemente de su calificación o tipificación, estaría asumiendo obligaciones unilaterales a su cargo. El Estado estaría obligado, en base a ese acto, a comportarse de una determinada manera, cuando se trata de una promesa; o de no cuestionar en lo sucesivo la legalidad de una situación determinada, en el caso del reconocimiento o de la renuncia. El acto que formula el Estado le es oponible a partir de ese momento por lo que el destinatario tiene el derecho de exigir su observancia; se trata de oponibilidad y exigibilidad, tema que se verá más adelante.

24. La formulación del acto, en todos los casos, podría ser objeto de otro comentario común. El acto unilateral de reconocimiento, de renuncia, de protesta o el contentivo de una promesa es una manifestación de voluntad unilateral que una persona habilitada para actuar en nombre del Estado y comprometerle en ese ámbito formula en su nombre con la intención de producir determinados efectos jurídicos.

25. El reconocimiento de una situación de hecho o de derecho o de una pretensión jurídica no se realiza siempre mediante actos expresamente formulados para ello. Del examen de la doctrina y de la práctica se puede constatar la existencia de actos distintos y de algunos comportamientos mediante los cuales el Estado puede reconocer una situación o una pretensión que, en opinión del Relator Especial, deberían ser excluidos del ámbito del estudio

[16] *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, fallo, *C.I.J. Recueil 1984*, pág. 305, párr. 130; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 177.

[17] Véase *Statut juridique du Groënland oriental, 1933 C.P.J.I. série A/B n.º 53*, págs. 69 y 70.

[18] *Anuario 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519, párrs. 72 y 73, y *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/525 y Add.1 y 2, párrs. 6, 36 y 160.

[19] Ibíd., párr. 23. Véase también Vásquez Carrizosa, *Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones*, págs. 337 a 339.

[20] Venturini, «The scope and legal effects of the behaviour and unilateral acts of States», pág. 396.

que se realiza. A juicio del Relator Especial, el reconocimiento que interesa es el formulado por un Estado mediante un acto jurídico unilateral. El reconocimiento de Estados y de gobiernos en particular puede realizarse en forma expresa o implícita. No existe, por lo demás, un catálogo de actos que impliquen reconocimiento.

26. Así, se observa que el Estado puede reconocer una determinada situación de hecho o de derecho o una pretensión jurídica, no solamente mediante una manifestación de voluntad expresa, sino mediante comportamientos o actos diferentes que contienen tácita, implícita o concluyentemente tal reconocimiento. En ese sentido se encuentra, en primer lugar, el reconocimiento de una situación o de una pretensión mediante un comportamiento no activo, como el silencio que, sin duda, tiene gran relevancia en el derecho internacional y que produce efectos jurídicos incuestionables, como se puede observar al estudiar la práctica y la doctrina internacionales. El silencio se puede traducir en una ausencia de reacción, apreciable en el contexto de situaciones o pretensiones jurídicas, particularmente territoriales, lo cual ha sido considerado en varias ocasiones por la CIJ, como en los casos *Temple de Preáh Vihéar*[21], *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*[22], *Droit de passage sur territoire indien*[23] y *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*[24]. Debe precisarse, sin embargo, que el silencio no se traduce en todos los casos en aquiescencia, como lo observa la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de los tribunales internacionales[25]; no en todos los casos se puede interpretar como tal[26].

27. El Estado puede también reconocer una situación de hecho o de derecho o una pretensión jurídica mediante un acto expresamente realizado por él, pero no con la intención específica de formular un acto de reconocimiento en el sentido en que se ocupa este estudio. Este acto, por el que un Estado reconoce en forma implícita o concluyente esa situación o esa pretensión, no parece ubicarse tampoco en la categoría de actos de reconocimiento en sentido estricto. En este supuesto, se estaría ante actos concluyentes del Estado que se pueden traducir en un acto de reconocimiento que producen, sin duda, iguales efectos jurídicos.

28. Cuando un Estado establece relaciones diplomáticas o concluye un acuerdo con una entidad que no ha reconocido como tal, la estaría reconociendo a partir de ese momento o del momento que se establezca en el acto. Un Estado que concluye un acuerdo con otro a propósito de un territorio estaría, sin duda, reconociendo a esa entidad como un Estado, lo que tiene consecuencias jurídicas similares a las que produce un acto de reconocimiento expreso, manifestado con la intención de reconocer tal situación[27]. Incluso, como se verá luego, un Estado podría estar reconociendo a otro tal estatuto cuando es admitido como miembro de las Naciones Unidas.

29. Otra categoría de actos de reconocimiento que estaría ubicada fuera del contexto del acto unilateral de reconocimiento que interesa a este estudio sería el acto de reconocimiento de origen convencional, es decir, el reconocimiento realizado mediante un acto convencional suscrito entre dos Estados, acto que se ubicaría dentro de la esfera del régimen de Viena sobre el derecho de los tratados. Nada parece impedir que dos Estados puedan, mediante un acuerdo, incluso no formal, como sería un comunicado conjunto, suscrito o no, es decir, simplemente emitido, decidir establecer relaciones lo que puede significar el reconocimiento mutuo como sería el caso, por ejemplo, del reconocimiento mutuo de las dos Alemanias, mediante el tratado suscrito entre ambos países mediante el cual se reconocieron mutuamente como entidades políticas legítimas[28].

30. El reconocimiento puede producirse también mediante un acto formulado por una organización internacional, en particular, el acto mediante el cual se admite a un Estado como miembro de las Naciones Unidas. Se trata de un acto unilateral de origen colectivo, adoptado por una organización internacional, en el marco de sus competencias y de conformidad con sus reglas, en concreto, mediante una resolución formal de la Asamblea General.

31. La admisión de nuevos miembros se basa en un procedimiento constitucional, establecido en la Carta de las Naciones Unidas, motivado por razones políticas, que se pone en práctica con mayor frecuencia después de 1960 —tras la adopción de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960, relacionada con la independencia de los países y pueblos coloniales—, y más recientemente tras el desmembramiento de la ex Yugoslavia y la Unión Soviética. El caso más reciente de admisión de un nuevo miembro es el relativo a Timor-Leste, admitido mediante la resolución 57/3 de la Asamblea General, de 27 de septiembre de 2002. Sin duda, este acto interno de la Organización, que no es un acto expreso de reconocimiento en el sentido que interesa a la Comisión, tiene efectos jurídicos y políticos similares al acto formal unilateral en estudio. Los Estados que participan en la decisión estarían reconociendo a la entidad admitida por las Naciones Unidas, en forma implícita. Cuando el Reino Unido apoyó la admisión de la República Popular Democrática de Corea a las Naciones Unidas se indicó lo siguiente: «también [la] reconocemos ahora como Estado, pero no tenemos previsto establecer

[21] Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1962*, pág. 6; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 81.

[22] Fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 192; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 77.

[23] Fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 39; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 72.

[24] Fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 422, párr. 100; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 20.

[25] *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, fallo, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 577, párr. 364.

[26] *Island of Palmas*, laudo de 4 de abril de 1928, Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 843.

[27] En el contexto del reconocimiento de Estados se observa, por ejemplo, el comunicado conjunto de 17 de enero de 1986 emitido por España e Israel, en el que los Gobiernos de los dos países decidieron establecer relaciones diplomáticas, signo evidente de la voluntad de reconocer, un acto que, sin duda, estaría regulado por el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados.

[28] Tratado sobre la base de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana (Berlín, 21 de diciembre de 1973), ILM, vol. XII, n.º 1 (enero de 1973), pág. 16.

relaciones diplomáticas»[29]. El acto de reconocimiento formulado mediante una resolución relativa a la admisión como miembro de la Organización sería incluso oponible a los Estados que rechazan tal reconocimiento. En este caso se estaría ante la existencia de un Estado dotado de efectividad.

32. Aunque se trata de un acto jurídico unilateral de origen colectivo que produce determinados efectos jurídicos y a pesar de su importancia jurídica e incluso política, debe ser excluido del ámbito del estudio porque se ubica fuera del mandato de la Comisión, limitado a los actos unilaterales del Estado.

33. El examen del reconocimiento de este estudio debe circunscribirse, en opinión del Relator Especial, al acto jurídico unilateral formulado por un Estado con la intención de reconocer una determinada situación o pretensión. Se debe tratar de actos formulados expresamente por el Estado, oralmente o por escrito, y no de otros actos o comportamientos distintos que impliquen el reconocimiento, aunque ellos puedan producir también efectos jurídicos. El examen de la práctica pone en evidencia que numerosos actos de reconocimiento son formulados expresamente mediante una declaración o una nota diplomática, con mayor frecuencia aún en el contexto del reconocimiento de Estados que debe constituir la referencia principal en el presente informe, en atención a la sugerencia de la Comisión. Entre el gran número de actos de reconocimiento, se observan las declaraciones formales formuladas por la generalidad de los Estados, mediante las cuales se reconoce a los nuevos Estados de África y del Caribe y otras regiones que acceden a su independencia después de 1960. Más recientemente se observan los también numerosos actos relacionados con el reconocimiento como Estados independientes de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Eslovenia, Estonia, Letonia y Lituania, y las diversas ex repúblicas soviéticas, entre otros, producidos después del proceso político iniciado a finales del decenio de 1980[30].

34. Antes de intentar definir el acto unilateral de reconocimiento se deben abordar dos cuestiones que parecen interesantes: los criterios para la formulación del acto y su discrecionalidad.

35. El acto de reconocimiento, e incluso el de no reconocimiento, que se verá luego, no está sometido a criterios determinados. El reconocimiento de Estados, por ejemplo, se fundamenta en criterios que en la práctica no resultan homogéneos pero que en todo caso responden a las exigencias del derecho internacional para determinar su existencia. Así, por ejemplo, en el caso de la política de reconocimiento de Estados por el Reino Unido, formulada cuando consideraba, en 1986, el reconocimiento o no reconocimiento de Bophuthatswana, el Gobierno del Reino Unido estableció los siguientes criterios:

> Los criterios que el Gobierno aplica normalmente para el reconocimiento de un Estado son que éste tenga, o que sea probable que seguirá teniendo, un territorio claramente definido, con una población, un gobierno que esté en condiciones de ejercer un control eficaz sobre ese territorio e independencia en sus relaciones exteriores[31].

El Gobierno del Reino Unido agrega, lo que resulta interesante, que «otros factores, incluso algunas resoluciones de las Naciones Unidas, quizás sean también pertinentes»[32]. También expresó en 1986 que esa entidad no calificaba para su reconocimiento porque se trataba de un territorio fragmentado, dependiente en gran medida de Sudáfrica. Más tarde, en 1988, agregó que la principal razón que impedía el reconocimiento de esos territorios fragmentados era que, además de que se trataba de territorios dependientes, eran una consecuencia del *apartheid*[33].

36. El reconocimiento mediante actos de las Naciones Unidas tampoco se basa en criterios determinados, aunque en alguna oportunidad se haya planteado la unificación de criterios en ese sentido. En alguna oportunidad se sugirió que la Asamblea General adoptase una declaración mediante la cual se describieran las características de un Estado y «afirmase que se debe determinar la existencia de dichas características antes de que se reconozca como Estado a una entidad política»[34]. Sin embargo, ello no fue posible. Los criterios siguen siendo la expresión del Estado en función de sus intereses políticos porque, en definitiva, el acto de reconocimiento es un acto de origen político, libre y discrecional del Estado que produce efectos jurídicos.

37. En la práctica se pueden observar, sin embargo, criterios adicionales sobre los cuales puede basarse el reconocimiento que se pueden asimilar, en alguna medida, a las condiciones que han impuesto algunos países para reconocer ciertos Estados, especialmente los surgidos del desmembramiento de la Unión Soviética y de la ex Yugoslavia. Tal es el caso de la declaración adoptada por los 12 Estados miembros de la Comunidad Europea el 16 de diciembre de 1991[35], cuyo objetivo principal de fondo era conciliar la práctica de la autodeterminación con el respeto de la estabilidad internacional, especialmente de las fronteras y de los derechos de las minorías. Según esa práctica, y ello pudiere reflejar algunos criterios, esas entidades deben formarse sobre bases democráticas, respetar la Carta de las Naciones Unidas, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

38. Menos aún podría afirmarse que existen criterios para el reconocimiento de situaciones o pretensiones jurídicas, como por ejemplo las relativas al estado de beligerancia o a las de carácter territorial. La discrecionalidad en su formulación se extiende, en opinión del Relator

[29] Subsecretario de Estado al Parlamento, Oficina de Asuntos Exteriores y del Commonwealth, *Hansard*, House of Commons Debates (6.ª serie), vol. 196 (16 de octubre de 1991), citado en Harris, *Cases and Materials on International Law*, pág. 145.

[30] Entre las numerosas declaraciones de reconocimiento, pueden señalarse las formuladas por Venezuela, mediante las cuales reconoce como Estados soberanos e independientes a Croacia (5 de mayo de 1992), Bosnia y Herzegovina (14 de agosto de 1992) y Eslovenia (5 de mayo de 1992), *Libro Amarillo de la República de Venezuela correspondiente al año 1992*, Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1993, págs. 505 y 508.

[31] *Hansard* (véase la nota 29 *supra*), vol. 102, Respuestas escritas (23 de octubre de 1986), citado en Marston, «United Kingdom materials on international law 1986», pág. 507.

[32] Ibíd.

[33] Ibíd., vol. 126 (3 de febrero de 1988), citado en Harris, *op. cit.*, pág. 154.

[34] Jessup, *A Modern Law of Nations: an Introduction*, pág. 47.

[35] S/23293, anexos I y II.

Especial, a los criterios en los que se basan las declaraciones que contienen el acto.

39. El acto de reconocimiento es unilateral en el sentido estricto del término y quizás, entre todos esos actos, el de mayor importancia por su contenido y sus efectos jurídicos e incluso, podría señalarse, políticos. No obstante, fundamentalmente, lo que es básico a su unilateralidad: ese acto es discrecional, lo que la doctrina y la práctica generalizada subrayan. No se habría establecido ninguna regla general de derecho internacional que determine la obligatoriedad de reconocer una situación o una pretensión jurídica. La discrecionalidad sigue siendo fundamental en la formulación del acto. La afirmación de que el acto de reconocimiento es discrecional puede constatarse en algunos textos como, por ejemplo, la opinión n.º 10 de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia, que subrayó que:

> el reconocimiento […] es un acto discrecional que los demás Estados pueden realizar en el momento y en la forma en que decidan hacerlo y libremente, con la sola reserva del respeto de las normas imperativas del derecho internacional general[36].

40. La discrecionalidad del acto de reconocimiento significa, como ya se vio, que no existe una obligación de realizarlo. Si una obligación pudiere existir en ese contexto, será de origen convencional.

41. La obligación de no reconocimiento se plantea en forma diferente. En primer lugar, el Estado está impedido de reconocer una determinada situación cuando la misma se relaciona o se deriva de situaciones contrarias al derecho internacional, como serían, por ejemplo, las derivadas o relacionadas con la amenaza o el uso ilícito de la fuerza, lo que ha quedado recogido en diversos instrumentos y textos internacionales que reflejan la existencia de una norma de derecho internacional general. Es el caso, por ejemplo, en el ámbito regional interamericano, del Tratado Antibélico de no Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra Lamas), en el que se establece, en su artículo II, que las Partes:

> no reconocerán arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas.

42. Igualmente, esta obligación está contemplada en el artículo 20 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (enmendada por el «Protocolo de Buenos Aires») y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que figura en el anexo de la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, en la que se señala que «[n]o se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza».

43. Se pueden observar también algunas otras resoluciones de la Asamblea General, adoptadas por consenso, que recogen esta prohibición, como la resolución 3314 (XXIX), sobre la Definición de la agresión, de 14 de diciembre de 1974, cuyo artículo 5, párr. 3, estipula que:

> Ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal.

44. Cabe agregar la resolución 42/22 de la Asamblea General de 18 de noviembre de 1987, relativa a la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, en la que se señala en su párrafo 10 que:

> No se reconocerá como adquisición u ocupación legal ni la adquisición de territorio que resulte de la amenaza o el uso de la fuerza ni cualquier ocupación de territorio que se derive de la amenaza o el uso de la fuerza en contravención del derecho internacional.

45. La obligación de no reconocimiento se encuentra también en resoluciones del Consejo de Seguridad, como la resolución 662 (1990), de 9 de agosto de 1990, sobre la situación entre el Iraq y Kuwait, que dice lo siguiente:

> 1. *Declara* que la anexión de Kuwait por el Iraq en cualquier forma y por cualquier pretexto carece de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin valor;
>
> 2. *Exhorta* a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de la anexión.

46. Por otra parte, el Estado no está obligado a formular un acto de no reconocimiento para que una determinada situación no le sea oponible. Es decir, no está obligado a formular un acto expreso en ese sentido, lo que significa que la discrecionalidad aplicable al acto de reconocimiento sería válida para la formulación del acto de no reconocimiento. No parece existir una norma de derecho internacional general que obligue a los Estados a formular un acto de reconocimiento ni de no reconocimiento, lo que refleja el carácter discrecional de ambos actos. Lo que no puede hacer el Estado, y ello no es discrecional, es reconocer una situación derivada del uso o de la amenaza de la fuerza, ni por un acto expreso ni mediante acciones o comportamientos concluyentes.

47. El reconocimiento, en términos generales, ha sido ampliamente estudiado por la doctrina[37], aunque su definición puede variar según el objeto de que se trate, es decir, si se trata de una definición general o de definiciones relacionadas con un objeto en particular, como pudieren ser las relacionadas con el reconocimiento de Estado, de gobierno, de insurgentes, de beligerancia, movimientos de liberación nacional o con cualquier cambio o modificación del orden jurídico, inclusive en el contexto territorial que constituye uno de los objetos más importantes y sensibles de estos actos, sobre los cuales se han

[36] A/48/874–S/1994/189, anexo, párr. 4.

[37] Véanse, entre otros, Kelsen, «Recognition in international law: theoretical observations»; Venturini, *Il riconoscimento nel diritto internazionale*; Lauterpacht, *Recognition in International Law*; Kunz, «Critical remarks on Lauterpracht's 'Recognition in International Law'»; Williams, «La doctrine de la reconnaissance en droit international et ses développements récents»; Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*; Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*; Brownlie, «Recognition in theory and practice», y Dugard, *Recognition and the United Nations*.

pronunciado los tribunales internacionales en varias oportunidades.

48. Aunque no se trate de un término especializado que tenga en derecho internacional un sentido preciso[38], la mayoría de los autores lo definen en general como «una declaración de voluntad unilateral por la cual un sujeto de derecho internacional constata la existencia de un hecho, de una situación o de una pretensión, y expresa su voluntad de considerarlas como legítimas»[39]. Otros autores han formulado definiciones en igual sentido, en términos generales. El reconocimiento es un acto unilateral «que tiene por objeto la actitud asumida por un Estado en relación con una situación de hecho o de derecho»[40] o como «una manifestación de voluntad [...] de un Estado o de un grupo de Estados con la intención de que una situación se pueda oponer al Estado que la formula»[41].

49. Se destacan en esta y otras definiciones generalmente formuladas por la doctrina, los tres elementos constitutivos de la definición del acto: unilateralidad formal, constatación de una situación ya existente e intención del autor de producir determinados efectos jurídicos, al reconocer su oponibilidad.

50. La definición del acto de reconocimiento contendría una serie de elementos que se comentarán a continuación: la manifestación unilateral de voluntad (exenta de vicios), la capacidad del sujeto que lo formula y de la persona que actúa en su nombre, la licitud del objeto del acto y la producción de efectos jurídicos, cuestión esta última, que se abordará en el capítulo III. En todos los casos, estas características del acto de reconocimiento en general parecieran ser aplicables al acto de reconocimiento de Estados.

51. El acto de reconocimiento que se trata aquí sería una manifestación de voluntad unilateral que surte efectos por sí mismo. No se requiere otra manifestación de voluntad para que pueda producir sus efectos jurídicos. Es un acto unilateral en su forma y en cuanto a su no dependencia o relación con alguna norma preexistente aunque pudiere estar relacionado con una situación de hecho preexistente, como sería el caso del acto de reconocimiento de Estados.

52. El acto de reconocimiento es «una declaración de voluntad que, en principio, no debe entrañar condición alguna ni estar sujeta a ninguna limitación»[42]. Sin embargo, como se desprende de la práctica, pese a que el acto de reconocimiento pueda ser considerado de naturaleza declarativa, este acto puede ser formulado en forma condicionada, como lo reconocen algunos autores[43], lo que se relaciona con el tema antes examinado de los criterios para la formulación del acto.

53. En el contexto europeo se observan, por ejemplo, las ya citadas directrices adoptadas por la Comunidad Europea para el reconocimiento que, pese a no constituir un acto de reconocimiento en sí mismo, marcan las pautas para la formulación de tal acto por los Estados miembros. La ya mencionada Declaración sobre Yugoslavia de la Comunidad Europea, de 16 de diciembre de 1991 (párr. 37 *supra*), contiene una condición clara al exigir que «antes de ser reconocida, toda república yugoslava se comprometa a adoptar disposiciones constitucionales y políticas conforme a las cuales asegure no aspirar a la posesión de territorios pertenecientes a un Estado vecino de la Comunidad y a no realizar actividades de propaganda hostil contra un Estado vecino de la Comunidad, lo que se aplica también al empleo de un nombre que suponga pretensiones de carácter territorial»[44].

54. El acto de reconocimiento, como todo acto unilateral, puede ser formulado por un solo Estado, por varios Estados en forma colectiva e incluso por varios Estados en forma concertada mediante declaraciones similares aunque no necesariamente idénticas[45].

55. El acto de reconocimiento, referido particularmente al de Estados, puede ser tanto de origen individual como colectivo e incluso, concertado, es decir, expresado por diversos Estados en actos o declaraciones distintas, simultáneas o no, como sería el caso, aunque no se trate de actos de reconocimiento, de las declaraciones sobre las garantías negativas de seguridad, a las que se hizo referencia en informes anteriores[46], que aunque reflejan más bien una promesa e incluso una renuncia, según la definición mayoritariamente acordada por la doctrina, ilustran esta posibilidad de adopción concertada en el contexto de la formulación de actos unilaterales en general. Nada parece impedir que varios Estados formulen declaraciones similares e incluso idénticas, para reconocer una situación de hecho o de derecho. En el caso del reconocimiento de Estados, ello puede observarse en los actos de reconocimiento formulados por los Estados europeos, en relación con los nuevos Estados surgidos del desmembramiento de la ex Yugoslavia.

56. En la práctica entre Estados se pueden constatar numerosos e importantes actos de reconocimiento de origen individual, referidos principalmente a situaciones relacionadas con Estados, gobiernos, beligerancia e insurgentes, fácilmente ubicadas en los distintos repertorios de la práctica de los Estados. Más particularmente, esas declaraciones son apreciables en el contexto del reconocimiento de Estados, formulados durante el decenio de 1960, tras el proceso de descolonización que se inicia después de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales adoptada por la Asamblea

[38] Brownlie, *loc. cit.*, pág. 627.

[39] Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de derecho internacional público*, pág. 133.

[40] Monaco, «Cours général de droit international public», pág. 182.

[41] Degan, «Création et disparition de l'État (à la lumière du démembrement de trois fédérations multiethniques en Europe)», pág. 247.

[42] Strupp, *Grundzüge des positiven Völkerrechts*, pág. 78. Citado por Williams, *loc. cit.*, pág. 210.

[43] Barberis, «Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», pág. 113. Este autor reconoce que estos actos pueden ser condicionados o sometidos a circunstancias específicas, lo que fundamentaría su terminación o revocación.

[44] S/23293, anexo I *in fine*.

[45] Suy, *op. cit.*, pág. 191, y Erich, «La naissance et la reconnaissance des États», pág. 457.

[46] *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1, párrs. 23 y 25; *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519, párr. 71, y *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.525 y Add.1 y 2, párr. 6.

General (párr. 31 *supra*) y, más recientemente, con la formación de los nuevos Estados surgidos del desmembramiento de la Unión Soviética y de la ex Yugoslavia. También se pueden apreciar en la práctica, si bien el estudio se centra más bien en las primeras, numerosas declaraciones relacionadas con cuestiones territoriales, como la declaración Ihlen[47] o la declaración del Gobierno de Colombia[48] antes citadas y otras situaciones como el reconocimiento del estado de beligerancia o de insurgentes.

57. En forma colectiva, se observa la declaración sobre Yugoslavia adoptada por los Estados miembros de la Comunidad Europea el 16 de diciembre de 1991, en Bruselas, y las directrices para el reconocimiento de nuevos Estados en Europa oriental y en la Unión Soviética, que serán recogidas en sustancia por los Estados miembros al reconocer tales entidades[49]. Estas declaraciones no son, como se ha señalado, un acto de reconocimiento en sí mismas. La doctrina considera que el poder de reconocimiento no ha sido transferido por los Estados a la Comunidad Europea. Por ello, sobre la base de esas declaraciones, los Estados europeos decidieron reconocer individual pero concertadamente, aunque no necesariamente en los mismos términos, los nuevos Estados surgidos de la desintegración de la ex Yugoslavia y de la Unión Soviética.

58. En el caso del reconocimiento y, más particularmente, del reconocimiento de un Estado mediante un acto expresamente formulado para ello, la intención del Estado no es difícil de apreciar, como se puede extraer de las declaraciones formuladas por algunos Estados en relación con el reconocimiento de los Estados que resultaron del desmembramiento de la ex Yugoslavia, en las que se señala «reconocer», lo que refleja la intención de otorgar el estatuto de Estado requerido por esas entidades. En declaraciones concretas se observa que en esas declaraciones se señala que el Estado autor ha «decidido reconocer»[50].

59. El acto de reconocimiento en estudio es formulado, por lo general, mediante una declaración que se traduce en una nota diplomática o una comunicación que el Estado autor envía a las autoridades del Estado o la entidad de que se trate, sea cual fuere el objeto del acto. La forma del acto de reconocimiento es, por lo general, como se aprecia en la práctica, escrita, lo que no excluye que el mismo pueda ser formulado oralmente, como sería el caso de la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela contentiva de un no reconocimiento de un grupo insurgente[51], a la que se hará referencia más adelante cuando se examine el acto de no reconocimiento. En el sistema no formalista que constituye el derecho de gentes, la forma del reconocimiento no tiene importancia en sí misma[52]. El criterio de que la forma del acto no es determinante, en el contexto del acto unilateral en general, sería aplicable al acto de reconocimiento de Estado en particular.

60. En el ámbito de las cuestiones territoriales, a las que se hace referencia siempre a título ilustrativo, la correspondencia diplomática es el medio más utilizado para realizar el acto de reconocimiento; esto se refleja en la práctica recogida a través, entre otros, de casos examinados por los tribunales internacionales, como el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, donde la CPJI consideró la correspondencia oficial dirigida por Dinamarca a otros Estados[53]. En el caso *Minquiers et Ecréhous*, la CIJ examinó un documento oficial británico, del 17 de agosto de 1905[54]. En el caso de la declaración de Colombia antes citada, se puede observar también que la misma fue transmitida mediante una nota diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores[55]. En todo caso, la forma no parece ser determinante para establecer la realización de un acto de reconocimiento.

61. Por otra parte, el acto de reconocimiento en general, y de un Estado en particular, debe ser notorio, lo que corresponde con las conclusiones a que se hubiere podido llegar sobre el acto unilateral en general. La notoriedad, que va más allá de la publicidad misma del acto, es decir, el conocimiento del acto y su contenido, por el destinatario, sería otro elemento constitutivo de la definición del acto de reconocimiento. El acto debe ser, en efecto, del conocimiento del destinatario para que pueda surtir sus efectos jurídicos, aunque para algunos ello pudiere tener más bien una importancia probatoria, que sin duda también la tiene. La Sala constituida por la CIJ en el caso *Golfe du Maine* hace una referencia a la notoriedad al examinar la respuesta de los Estados Unidos, relacionada con la falta de notoriedad del otorgamiento de un permiso extraterritorial por el Canadá[56].

62. Por otra parte, como se verá en el capítulo III del presente informe, el acto de reconocimiento produce determinados efectos jurídicos, independientemente de su aceptación por el destinatario, los que se fundamentan en la intención del Estado autor. El acto unilateral de reconocimiento sería oponible al Estado autor a partir del momento de su formulación.

63. El examen del acto de reconocimiento obliga a que se considere también el no reconocimiento que puede realizarse mediante la formulación de un acto expreso, lo que le asemeja, en alguna medida, al reconocimiento, así como mediante actos o comportamientos concluyentes. Un Estado puede, en efecto, como se ha señalado, reconocer una situación de hecho o de derecho o una pretensión jurídica. Sin embargo, un Estado puede también no reconocer una situación, ni expresa ni implícitamente, lo que puede igualmente surtir efectos jurídicos.

64. El no reconocimiento puede producirse mediante la formulación de un acto expreso, acto asimilable, en alguna medida, a la protesta en lo que respecta a sus

[47] Véase la nota 17 *supra*.

[48] Véase la nota 19 *supra*.

[49] Véase la nota 35 *supra*.

[50] Declaraciones de 5 de mayo y 14 de agosto de 1992 (véase la nota 30 *supra)*.

[51] *El Universal* (Caracas), 11 de marzo de 2003.

[52] Verhoeven, «Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un État, d'un gouvernement ou d'une situation», pág. 22.

[53] *1933 C.P.J.I. série A/B n.º 53*, pág. 54.

[54] *C.I.J. Mémoires, Minquiers et Ecréhous*, vol. I, págs. 123 y 124.

[55] Véase la nota 19 *supra*.

[56] *C.I.J. Recueil 1984* (nota 16 *supra*), párr. 131.

efectos jurídicos. La negativa, formulada mediante una declaración expresa, de desconocer la pretendida cualidad de una entidad que aspira a su reconocimiento como Estado, puede resultar de una declaración expresa, como puede ser el caso de los actos expresos de no reconocimiento formulados por Grecia en relación con la ex República Yugoslava de Macedonia o por algunos Estados en relación con Rhodesia del Sur.

65. El no reconocimiento expreso puede plantearse en otro contexto, es decir, en relación con un reconocimiento con objeto diferente al de un Estado. Calificar a una determinada entidad distinta al Estado, como pudiere ser un movimiento insurgente interno, es también interesante a los efectos del estudio del no reconocimiento. Así, se observan actos unilaterales que, aunque basados también en motivaciones políticas, pueden producir efectos jurídicos importantes en las relaciones internacionales. Tal es el caso, por ejemplo, en la práctica reciente, de la declaración oral formulada expresamente por el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, mediante la cual afirma que «Venezuela no calificará como terroristas a la guerrillas izquierdistas colombianas [...] (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y Ejército de Liberación Nacional)»[57]. La no calificación expresa supone el no reconocimiento de algo determinado, lo que trae importantes consecuencias jurídicas, relacionadas, principalmente, al menos, con el régimen jurídico aplicable.

[57] Véase la nota 51 *supra*.

66. La consideración del acto de no reconocimiento en el marco del estudio del acto unilateral es importante. El acto jurídico de no reconocimiento es también, como ya se ha señalado, una manifestación de voluntad unilateral, formulada con la intención de producir un determinado efecto jurídico. De manera que, en opinión del Relator Especial, el acto de no reconocimiento, expresamente formulado y no dependiente o relacionado con otra manifestación de voluntad, puede ser ubicado dentro del contexto del acto en estudio. Por el contrario, el no reconocimiento implícito o tácito que no puede equipararse a un acto jurídico en el sentido estricto del término, debería ser excluido del estudio, como lo es el acto de reconocimiento tácito o implícito antes referido.

67. No es fácil definir el acto de reconocimiento, concretamente el de un Estado, como tampoco lo es definir el acto unilateral en general. Sin embargo, se podría intentar presentar una definición que de alguna manera guarde relación con los trabajos hasta ahora realizados por la Comisión sobre el tema. El acto de reconocimiento podría entonces ser definido como:

«Una manifestación unilateral de voluntad formulada por uno o varios Estados, en forma individual o colectiva, mediante la cual se constata la existencia de una situación de hecho o de derecho o la legalidad de una pretensión jurídica, con la intención de producir determinados efectos jurídicos, en particular, de aceptar su oponibilidad a partir de ese momento o del que se desprenda de la misma declaración.»

CAPÍTULO II

La validez del acto unilateral de reconocimiento

La formulación del acto: acto del Estado y personas habilitadas para formular el acto. Constatación de la situación e intención del Estado autor. Licitud del objeto. La cuestión del destinatario en el caso del acto de reconocimiento. La aplicación temporal y espacial del acto de reconocimiento

68. Después de haber tratado de definir el acto unilateral de reconocimiento, según la doctrina y la práctica, y conforme a los trabajos hasta ahora desarrollados por la Comisión, se abordarán a continuación las condiciones de validez del acto de reconocimiento.

69. Las condiciones de validez del acto jurídico en general parecen ser aplicables al acto de reconocimiento en particular. Sin haber pretendido elaborar algún proyecto de artículo sobre las condiciones de validez del acto unilateral, en informes anteriores se hizo referencia a ellas, en particular a la capacidad del Estado, la autorización de la persona que pueda actuar en nombre del Estado en las relaciones internacionales y comprometerle en ese ámbito y las causales de nulidad, que abarcan, como se ha dicho, la licitud del objeto, su conformidad con el derecho internacional y la manifestación de la voluntad y su formulación exenta de vicios, todo lo cual se analizará a continuación.

70. En la mayoría de los casos a que hace referencia la práctica, solamente los Estados formulan actos de reconocimiento en el sentido de este estudio, es decir, unilateral, expreso y con la intención de producir efectos jurídicos, lo que no es óbice a que pudiere haber otros sujetos con capacidad para ello. Los actos de reconocimiento de Estado y de gobierno, los relacionados con estados de beligerancia y de insurgencia, así como los relacionados con la neutralidad declarada por un Estado y sobre cuestiones territoriales, son formulados por Estados. De manera que la primera condición de validez que se impone se relaciona con la capacidad del Estado, lo que excluye, al menos por ahora, que otros sujetos de derecho internacional, como las organizaciones internacionales, puedan formular un acto de esta naturaleza.

71. Los actos de reconocimiento, concretamente de un Estado, distintamente a lo que se plantea en relación con otros actos unilaterales, son, por lo general, formulados

por los ministerios de relaciones exteriores y sus ministros, lo que no excluye que otras personas vinculadas al Estado puedan formular actos en su nombre. Las notas diplomáticas, como se puede apreciar en la práctica, son por lo general declaraciones emitidas por los ministerios de relaciones exteriores, el principal órgano competente para actuar en nombre del Estado en el ámbito internacional, aunque es el derecho interno el que resuelve la cuestión relativa a las competencias para actuar en nombre del Estado en ese contexto.

72. En el ámbito de los actos unilaterales en general podría afirmarse que otras entidades y representantes del Estado pueden actuar en su nombre en el plano internacional y comprometerle, cuestión que se ha examinado en informes anteriores y sobre lo cual la Comisión se pronunció ampliamente. Sin embargo, en relación con el acto de reconocimiento y, más concretamente, en relación con el acto de reconocimiento de un Estado, parece difícil admitir la posibilidad de que una persona distinta al jefe de Estado o de gobierno o el ministro de relaciones exteriores o los representantes del Estado en ámbitos limitados, como los embajadores ante el Estado o la organización internacional ante los cuales están acreditados, puedan actuar en su nombre. Reconocer un Estado o un gobierno es difícilmente el objeto de un acto de reconocimiento de un órgano distinto. Un criterio restrictivo se impondría en el caso del reconocimiento de un Estado, lo que se presenta en forma distinta probablemente en relación con otros actos unilaterales, como la promesa, referente a la cual se podría establecer un criterio más amplio pues, efectivamente, el objeto de esos actos podría ubicarse en la esfera de competencias de otras autoridades del Estado.

73. Los tribunales internacionales han examinado el carácter de algunas declaraciones, atribuyendo en algunos casos su carácter vinculante[58]. Sin embargo, no todos los funcionarios o personas relacionadas con el Estado, para recurrir a una categoría más amplia, pueden formular actos en su nombre y comprometerle en el plano internacional. Así, el acto de un funcionario técnico fue considerado en el caso *Golfe du Maine*, en el que la Sala de la CIJ consideró que ese acto no comprometía internacionalmente a los Estados Unidos. En ese caso, como se recordará, la Sala de la Corte estimó que los términos de la «carta Hoffman» no podían invocarse contra los Estados Unidos[59].

74. En cuanto al acto de reconocimiento de un Estado, en concreto, no se han encontrado referencias sobre su consideración por tribunales internacionales, para determinar su carácter vinculante o no.

75. Las condiciones de validez y las causales de nulidad del acto unilateral en general y del acto de reconocimiento en particular se relacionan, además, con el objeto, la manifestación del consentimiento y con su conformidad con el derecho internacional. En informes anteriores se trató esta cuestión, destacándose que el acto jurídico unilateral podría estar regido, en gran medida, por reglas similares a las aplicables a los tratados, recogidas por lo general en el régimen de Viena sobre la materia.

76. Según la mayor parte de la doctrina, el objeto del acto de reconocimiento referido a cualquier situación o pretensión debe ser lícito. El objeto del acto, como se ha dicho, es diverso, siendo, desde luego, el principal, el de Estado «cuyo nacimiento no deja de provocar, desde fines del siglo XVIII, reflejos de (no) reconocimiento por parte de la 'familia de las naciones', llamada a recibir en su seno a un nuevo miembro»[60]. El objeto puede referirse, como también se sabe, a un gobierno, a un estado de beligerancia o de insurgencia, o a una pretensión jurídica cualquiera. No hay criterios para establecer una lista limitativa de los objetos en relación con los cuales se puede formular un acto de reconocimiento.

77. Por otra parte, todo acto unilateral, de reconocimiento en particular, que esté en contradicción con un acto emanado de un órgano internacional, como sería una resolución de las Naciones Unidas que impide el reconocimiento de un Estado, resultará nulo y carecerá de efectos jurídicos.

78. En el caso concreto del reconocimiento en el marco de las modificaciones territoriales, se observa que, en la práctica, actos de anexión realizados en violación del derecho internacional han sido considerados nulos, por lo que no producen los efectos jurídicos pretendidos por el Estado autor. La anexión de Etiopía por Italia[61], por ejemplo, refleja que el reconocimiento por terceros no le otorgó la legalidad pretendida.

79. El acto de reconocimiento es, como se ha podido constatar, una manifestación de voluntad que debe ser expresada exenta de vicios, lo que es aplicable al acto jurídico en general, sea convencional o unilateral. Un acto de reconocimiento será válido y producirá efectos jurídicos si la voluntad del Estado autor está exenta de vicios. Las causales de nulidad establecidas en el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados, como se señaló en informes anteriores, relacionadas con la expresión del consentimiento, serían trasladables en gran medida al régimen que pudiere aplicarse a los actos unilaterales en general. El acto de reconocimiento de Estado, en particular, es una manifestación de voluntad y los vicios que pudieren afectarle serían los mismos que se aplican a la expresión del consentimiento en aquel ámbito.

80. Un acto de reconocimiento de Estado debe ser formulado de conformidad con el derecho internacional y, particularmente, no puede contradecir una norma imperativa de derecho internacional. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un Estado constituido en violación del

[58] Así, por ejemplo, la CPJI reconoció el carácter vinculante de declaraciones en los casos *Concessions Mavrommatis en Palestine*, fallo n.º 2, *1924 C.P.J.I. série A n.º 2; Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fondo, fallo, *1926 C.P.J.I. série A n.º 7*, y *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, opinión consultiva, *1923 C.P.J.I. série B n.º 4*. En el contexto de un proceso judicial, un tribunal arbitral había considerado que las declaraciones de un agente en el procedimiento oral eran vinculantes para el Estado.

[59] *C.I.J. Recueil 1984* (véase la nota 16 *supra*), párr. 139.

[60] Verhoeven, *loc. cit.*, pág. 20.

[61] Decreto italiano relativo a la transferencia de Abisinia bajo la soberanía italiana (Roma, 9 de mayo de 1936), *British and Foreign State Papers, 1936*, vol. CXL, Londres, HM Stationery Office, 1948, pág. 624.

derecho internacional, por una anexión ilegal, por ejemplo, sería nulo y no produciría efectos jurídicos.

81. La condición de validez aplicable a un acto jurídico en general, inserta en el ámbito del derecho de los tratados, referente a la licitud del objeto, es completamente aplicable al acto de reconocimiento en general y de Estado en particular. En efecto, es esencial que, como ya se ha visto, el objeto del acto sea lícito.

CAPÍTULO III

Efectos jurídicos del reconocimiento

Oponibilidad y exigibilidad. Fundamentación de la obligatoriedad del acto de reconocimiento

82. En este capítulo se examinarán brevemente tres cuestiones: los efectos jurídicos del acto de reconocimiento de Estado, la oponibilidad y la exigibilidad, y la fundamentación de su obligatoriedad.

83. En primer lugar, se debe tratar de determinar la naturaleza del acto de reconocimiento, particularmente referido al reconocimiento de Estado, es decir, si se trata de un acto declarativo o constitutivo, una discusión de larga data. Tal como señala Dugard, «la doctrina todavía no ha resuelto si una comunidad política que reúne esos requisitos queda calificada automáticamente como Estado o si, además, para que adquiera personalidad jurídica internacional, debe también ser reconocida por otros Estados»[62], lo que corresponde al punto de vista de los que sostienen el carácter declarativo del acto de reconocimiento, quienes afirman que «una entidad pasa a ser Estado cuando cumple los requisitos pertinentes y que los demás Estados simplemente reconocen (declaran) como hecho lo que hasta el momento carecía de certidumbre»[63].

84. Efectivamente, como se ha observado, la existencia de una determinada situación no depende de tal declaración, como lo reafirma la generalidad de la doctrina y se recoge en instrumentos y textos internacionales. Así, relacionado con la existencia del Estado, en la Convención sobre derechos y deberes de los Estados, adoptada por la Séptima Conferencia Internacional Americana, se afirma que «[l]a existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados» (art. 3).

85. En iguales términos se pronunció el Instituto de Derecho Internacional, cuando señala en su resolución III que el reconocimiento es «el acto libre mediante el cual uno o varios Estados constatan la existencia, en un territorio determinado, de una sociedad humana organizada políticamente, independiente de cualquier otro Estado existente, en condiciones de observar las normas del derecho internacional»[64].

86. Cabe agregar el artículo 13 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, enmendada por el «Protocolo de Buenos Aires», que estipula que:

> La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aún antes de ser reconocido, el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales. El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al derecho internacional.

87. Por su parte el artículo 14 de esa misma Carta precisa que:

> El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga acepta la personalidad del nuevo Estado con todos los derechos y deberes que, para uno y otro, determina el derecho internacional.

88. La teoría declarativa del acto de reconocimiento es sostenida por la opinión generalizada de los autores. Sin embargo, se puede constatar que la práctica internacional «afirma que un nuevo Estado se convierte en sujeto del derecho internacional por obra del reconocimiento»[65]. También se afirma que «no es necesario que el nuevo Estado sea reconocido para que exista como Estado. Una vez finalizado el proceso de creación, ya es un Estado, sujeto de derecho internacional y miembro de la comunidad internacional»[66].

89. También los tribunales arbitrales han sostenido la tesis declarativa del acto. Así, en el caso Tinoco[67] el Tribunal sugiere que el reconocimiento es simplemente una prueba de que se han cumplido los requisitos exigidos por el derecho internacional.

90. Sin embargo, la naturaleza del acto de reconocimiento ha sido objeto de interpretación diferente. En algunos casos se ha esgrimido sin éxito la tesis constitutiva del reconocimiento, como sería el planteamiento hecho por Dinamarca en el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, en el que el Gobierno de ese país indicó que:

> El estatuto jurídico de una región determinada queda establecido en el derecho internacional mediante la convicción general o *communis opinio juris* de los Estados que constituyen la comunidad internacional.
>
> Cuando la soberanía reivindicada por un Estado en relación con un país recibe [...] la adhesión general de otros Estados, debe considerarse que esa soberanía está establecida.

---

[62] Dugard, *op. cit.*, pág. 7.

[63] Ibíd., y Brierly, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, pág. 139.

[64] Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, reunión de Bruselas, abril de 1936, vol. II, art. 1, pág. 300.

[65] Verdross, *Derecho internacional público*, pág. 228.

[66] Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 553.

[67] *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims*, laudo de 18 de octubre de 1923, Naciones Unidas, RSA, vol. I (n.º de venta 1948.V.2), pág. 369.

La soberanía de Dinamarca sobre toda Groenlandia se fundamenta sobre todo en acuerdos internacionales y el reconocimiento general de la comunidad de las naciones[68].

91. Más recientemente, la tesis declarativa es confirmada por la práctica misma de los Estados. Así, se observa la opinión de la Comisión de Arbitraje de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia que afirmaba que el reconocimiento de Estados por otros Estados tenía «sólo efectos declarativos»[69].

92. Si bien puede concluirse que el acto de reconocimiento de un Estado es esencialmente declarativo, no podría negarse que el no reconocimiento tiene también implicaciones jurídicas importantes. En efecto, el no reconocimiento de una entidad como Estado afecta el disfrute de sus derechos según el derecho internacional como, por ejemplo, los derivados del derecho de la inmunidad del Estado, así como la imposibilidad de ser admitidos por las organizaciones internacionales. Sin duda, tal situación limita la capacidad internacional del Estado en la práctica. Tal como han señalado algunos autores «el reconocimiento no es una simple formalidad, […] la situación jurídica del nuevo Estado no es la misma *antes y después*»[70].

93. El acto de reconocimiento es una manifestación unilateral de voluntad formulada con la intención de producir determinados efectos jurídicos. Es en la intención del Estado autor que radica, como en la formulación de cualquier otro acto jurídico, el acto de reconocimiento de un Estado. Desde luego, como se pudo constatarse en las deliberaciones de la Comisión, la intención del autor puede suscitar inquietud por las dificultades que se presentan para su determinación. La intención es, en todo caso, como se ha señalado, de difícil prueba. En el caso *Essais nucléaires* (Australie c. Francia)[71], y aunque se considere el contexto del acto que contiene una promesa, la CIJ examina la intención que resulta la base, justamente, de la obligatoriedad del acto. La intención es a veces fácil de constatar, en base a la interpretación de los términos de la declaración y de otras circunstancias en la formulación del acto, de acuerdo con las reglas establecidas para ello, al menos en el ámbito del derecho de los tratados. Pero, en otros casos, ello resulta más difícil pudiéndose sin embargo inferirla si ello se desprende de la interpretación del acto, como se refirió en informes anteriores y se constató en el caso *Essais nucléaires* antes mencionado, en relación con la promesa.

94. El acto de reconocimiento puede estar dirigido a otro Estado y quizás eso sea lo más frecuente en la práctica, pero ello no impide que se considere la posibilidad de que estos actos estén dirigidos a otros destinatarios distintos al Estado. Si bien se puede afirmar que, al menos en este contexto, sólo el Estado puede formular esta categoría de actos, también se puede decir que el destinatario del acto puede ser cualquier otra entidad, como una organización internacional, un sujeto con una capacidad jurídica definida aunque limitada, así como, por otra parte, entidades distintas como un movimiento de liberación o de insurgencia. Desde luego, no se pretende, porque no parece ser esa la práctica, extender este estudio a todas las entidades que de alguna manera actúan en el plano internacional, como las empresas transnacionales e incluso, las organizaciones no gubernamentales. En todo caso por ahora el estudio se centrará, solamente, en el acto de reconocimiento de un Estado.

95. Una de las cuestiones que no se ha tratado con detenimiento en los informes anteriores, en el contexto de los actos unilaterales en general, es el relativo a sus efectos, aunque siempre se indicó que los mismos podrían variar de acuerdo con su tipificación, en particular, si se trata de actos mediante los cuales el Estado asume obligaciones o de actos por los cuales el Estado reafirma sus derechos. En todo caso, el objeto del acto tiene mucha relevancia en cuanto a sus efectos. No parece posible dar una respuesta única en relación con todos los actos. Independientemente del objeto del acto de reconocimiento, el comportamiento ulterior del Estado autor deberá ser cónsono con los términos de su declaración siempre que haya sido formulada de conformidad con las condiciones exigidas por el derecho internacional antes referidas.

96. El derecho internacional otorga un efecto jurídico al reconocimiento, en el sentido de que un Estado que ha reconocido una determinada pretensión o un estado de cosas existentes no puede en el futuro contestar la legitimidad[72], lo cual es confirmado, como se verá, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

97. Aunque el acto de reconocimiento pueda ser considerado declarativo, tiene efectos jurídicos importantes. En primer lugar, el Estado se compromete a considerar como tal una situación de hecho o de derecho existente y a respetar sus consecuencias jurídicas, de manera que está obligado a no actuar en contra de ello en el futuro.

98. Los efectos jurídicos del acto de reconocimiento se traducen, principalmente, en la oponibilidad a la cual se hará referencia a continuación[73]. Se trata de un acto por el cual el Estado acepta ciertos hechos o actos jurídicos que «admite que le son oponibles»[74].

99. Antes de examinar la oponibilidad en el contexto del acto de reconocimiento conviene verlo en relación con los tratados y con la costumbre. De acuerdo con el principio del efecto relativo de los tratados, «no interesan a los terceros los compromisos de que no son partes, porque esos compromisos simplemente *no les son oponibles*»[75]. La oponibilidad, en el contexto de la costumbre, es más

[68] *Statut juridique du Groënland oriental, C.P.J.I. série C n.os 62-67*, págs. 712, 723 y 724, citado por Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, pág. 330.

[69] Véase la nota 36 *supra*.

[70] Daillier y Pellet, *op. cit*., pág. 553.

[71] Fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 133.

[72] Anzilotti, *Cours de droit international*, pág. 347, citado por Williams, *loc. cit*., pág. 210.

[73] La oponibilidad se define en el *Dictionnaire de droit international public* de Salmon (pág. 782), como «aptitud de una norma, de un acto jurídico, de un derecho o de una situación de hecho de tener efectos jurídicos en relación con sujetos de derecho externos, extraños a las obligaciones que dimanen directamente de aquéllos».

[74] Daillier y Pellet, *op. cit*., pág. 358.

[75] Ibíd., pág. 273.

complicada. Un Estado puede aceptar una práctica y considerarla como jurídica, por lo que le es oponible, mientras que es posible también que un Estado pueda negar la existencia de una práctica o de su legalidad, lo que hace que la misma no le sea oponible. Un Estado puede oponerse persistentemente a una costumbre general, lo que haría que la misma no le sea oponible.

100. El reconocimiento en todas sus formas hace oponible al Estado autor del acto la situación de hecho o de derecho reconocida, lo que plantea a su vez la exigibilidad por parte del destinatario. La jurisprudencia es clara en este sentido, como se puede constatar en el caso *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, cuando la CIJ señaló que, en su opinión, «Nicaragua, con sus declaraciones expresas y su comportamiento, ha reconocido la admisibilidad del fallo y ya no tiene derecho a reintroducir la cuestión del reconocimiento para impugnar la validez del fallo»[76]. De igual manera, la Corte así lo confirma en el caso *Temple de Preáh Vihéar*, cuando señala que «Tailandia ya no está en situación [...] de denegar que consintió [el arreglo]»[77].

101. Ahora bien, en relación con el acto de reconocimiento se plantea la cuestión de la oponibilidad en los siguientes términos. Por el reconocimiento, como lo indican algunos, «el Estado declara que para él una situación existe, y ya no puede desdecirse posteriormente; ya sea que la situación exista o no objetivamente, le es oponible, si es que ya no era oponible por sí misma»[78]. El reconocimiento surte efectos en relación con los Estados directamente involucrados, es decir, el Estado autor del acto y el destinatario. El Estado que actúa y reconoce está obligado a mantener una conducta cónsona con su declaración en relación con el destinatario del acto. En el caso del reconocimiento de un Estado, el Estado autor reconoce y de allí le es oponible tal estatuto por parte de la entidad objeto del acto por lo cual sus relaciones jurídicas deben tomar en cuenta tal reconocimiento.

102. El reconocimiento es una manifestación de voluntad formulada «con la intención de que una situación se pueda oponer al Estado que la formula. En otros términos, el Estado que formula el reconocimiento admite que se le aplican las consecuencias jurídicas de la situación reconocida. Además, ese Estado ya no puede impugnar toda calificación de la situación reconocida (principio del *estoppel*)»[79].

103. En el caso particular del reconocimiento de una frontera, por ejemplo, se observa, tal como lo señala la CIJ, que reconocer una frontera es ante todo aceptar esta frontera, es decir, sacar las consecuencias jurídicas de su existencia, respetarla y renunciar a contestarla en el futuro[80].

104. Las declaraciones de reconocimiento pueden tener también un valor distinto, como el probatorio en determinados contextos. Tal es el caso, por ejemplo, de las declaraciones formuladas por altos funcionarios de Nicaragua, consideradas por la CIJ en el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. En efecto, la Corte recuerda que «las declaraciones de ese tipo, dimanadas de funcionarios políticos de alto rango, a menudo del más alto nivel, tienen un valor probatorio particular cuando en ellas se reconocen hechos o conductas desfavorables al Estado representado por la persona que las formula. Se las puede interpretar como una forma de admisión»[81]. Las declaraciones en cuestión son vistas por la Corte en un contexto más amplio. Así considera las declaraciones formuladas en el ámbito de organizaciones internacionales y toma nota concretamente de «las declaraciones de representantes de las partes [...] en organizaciones internacionales [...] en la medida en que se relacionen con los hechos»[82].

105. La obligatoriedad del acto unilateral de reconocimiento debe justificarse. Así como el tratado obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, tal como lo prescribe el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante la Convención de Viena de 1969), el acto de reconocimiento es también obligatorio y el Estado que lo formula debe cumplirlo de buena fe.

106. La norma *pacta sunt servanda*, aceptada universalmente y que implica que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un tratado en vigor, responde a una necesidad de seguridad jurídica, lo que es igualmente aplicable en relación con el acto jurídico unilateral, en el que también debe prevalecer tal seguridad.

107. El acto unilateral en general, y de reconocimiento en particular, es oponible al Estado autor, como se ha indicado, a partir de ese momento, lo que permite su exigibilidad por parte del o los destinatarios. La buena fe debería ser también la base de la obligatoriedad de este acto, como lo dijo la CIJ en el caso *Essais nucléaires* antes mencionado, aunque ello estuviese en relación con un tipo de acto en concreto, como lo es la promesa[83].

108. La habilitación de un principio jurídico para justificar su obligatoriedad fue planteada en la Comisión en 1996[84] y recogida por el Relator Especial en su primer informe sobre el tema[85]. El acto unilateral de reconocimiento sería obligatorio en base al principio *acta sunt servanda*. Debe agregarse a ello que la confianza en las relaciones jurídicas internacionales fortalece también esta justificación del carácter obligatorio de los actos unilaterales, en particular, del acto de reconocimiento.

---

[76] *C.I.J. Recueil 1960* (nota 22 *supra*), pág. 213.

[77] *C.I.J. Recueil 1962* (nota 21 *supra*), pág. 32.

[78] Combacau y Sur, *Droit international public*, pág. 285.

[79] Degan, *loc. cit*., pág. 247.

[80] *Differénd territorial (Jamahiriya arabe libyenne* c. *Tchad)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1994*, pág. 22, párr. 42; véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 72.

[81] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1986*, pág. 41, párr. 64; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210.

[82] Ibíd., pág. 44, párr. 72.

[83] *C.I.J. Recueil 1974* (nota 71 *supra*), págs. 267 a 269, párrs. 43, 46 y 49.

[84] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 156, anexo II, adición 3, secc. 2.

[85] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, párr. 157.

CAPÍTULO IV

Aplicación del acto de reconocimiento

Inicio de los efectos jurídicos y su relatividad. La aplicación territorial y la aplicación temporal del acto de reconocimiento. Modificación, suspensión, revocación y terminación del acto unilateral de reconocimiento

109. El acto de reconocimiento produce sus efectos en relación con las partes involucradas (autor y destinatario) a partir del momento de su formulación, lo que equivale en alguna medida a la entrada en vigor de un tratado, en el contexto del derecho de los tratados. El acto surte efectos sin que sea necesaria su aceptación por el destinatario, es decir, produce efectos por sí mismo, lo que es una de las características principales del acto unilateral en general, como bien lo indicó la CIJ en el ya citado caso *Essais nucléaires*[86], referido a uno de ellos, la promesa.

110. El acto de reconocimiento obliga al Estado autor en relación con el o los destinatarios. Mediante un acto de esta naturaleza, el Estado autor no podrá imponer obligaciones a terceros sin su consentimiento, tal como se plantea en el derecho de los tratados y como se ha examinado antes en la Comisión. El principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, o los pactos no obligan ni benefician a terceros, es enteramente aplicable a cualquier acto jurídico.

111. Dos cuestiones resueltas en el marco del derecho de los tratados merecen un comentario en relación con los actos unilaterales y con el acto de reconocimiento de Estados en particular: la aplicación territorial del acto y su aplicación en el tiempo.

112. La aplicación territorial en el contexto del derecho de los tratados está regulada en el artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 en el que se establece, en términos generales, que el territorio al cual se aplica el tratado es aquel en que las partes convienen. Hay una presunción de que el tratado se aplica a los territorios bajo la soberanía del Estado. Por su parte, la aplicación territorial del acto de reconocimiento se haría fundamentalmente en función del objeto mismo del reconocimiento, es decir, de la entidad a que se refiere, aunque nada impediría que el Estado autor pueda formular alguna limitación para excluir alguna parte del territorio del nuevo Estado como que forma parte del mismo. En todos los casos, la voluntad del autor es lo fundamental. La regla del artículo 29 de la Convención de Viena de 1969 sería, en opinión del Relator Especial, enteramente aplicable al acto unilateral de reconocimiento, particularmente el de un Estado.

113. La aplicación en el tiempo es quizás menos complicada. Distintamente al objeto, este caso se refiere a la manifestación de voluntad y a sus efectos en el tiempo. Podría afirmarse que el acto, en principio, como en el derecho de los tratados, surtirá sus efectos a partir de su formulación o del momento en que el destinatario toma conocimiento del mismo, cuestión que aún no ha sido examinada, a menos que el Estado autor exprese una intención distinta. La irretroactividad planteada en el régimen de los tratados pareciera ser aplicable en el contexto de los actos unilaterales y, más particularmente, en el del acto unilateral de reconocimiento. Sólo si el Estado autor o declarante del reconocimiento expresa algo distinto, el acto surtiría sus efectos a partir del momento de su formulación, como se puede constatar en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969. La cuestión de la irretroactividad del tratado ha sido examinada por los tribunales internacionales, particularmente por la CIJ en el caso *Ambatielos*[87] y la CPJI en el caso *Mavrommatis*[88].

114. La última cuestión que se plantea en relación con el acto de reconocimiento, en el contexto de su aplicación, es la relativa a su modificación, su suspensión y su revocación. Tal como se ha señalado, el acto produce sus efectos jurídicos a partir del momento de su formulación sin que sea necesaria su aceptación o cualquier reacción que signifique ello de parte del o los destinatarios, lo que se plantea en forma muy distinta a la elaboración y entrada en vigor en el contexto del derecho de los tratados, en cuyo caso la concertación de voluntades da nacimiento al acto y la determinación del momento en que nace el acto y del inicio de la producción de sus efectos jurídicos, la convienen los Estados partes. La regla fundamental que rige la materia en ese contexto es que la modificación de un tratado sólo es posible sobre la base de la voluntad de las partes en el mismo.

115. En el caso de los actos unilaterales en general y del acto de reconocimiento en particular, el acto es elaborado en forma unilateral. Se trata, como se ha dicho, de una manifestación de voluntad unilateral que no depende de otra manifestación de voluntad para que pueda dar nacimiento al acto jurídico. Por otra parte, es a partir de ese momento que ese acto produce sus efectos jurídicos.

116. La cuestión que se plantea es si, dada la especificidad del acto unilateral, sus características propias y particulares, que le hacen distinto del acto convencional, el mismo criterio que prevalece en el régimen de Viena puede ser aplicado en este contexto. Se plantea, concretamente, si el Estado autor puede modificar, suspender o revocar el acto en forma unilateral.

117. En primer lugar, se puede observar que, en relación con el acto unilateral en general, la doctrina considera mayoritariamente que el Estado autor no tiene el poder de modificar, en general, la relación jurídica en forma unilateral. Para algunos publicistas, el Estado autor del acto

[86] *C.I.J. Recueil 1974* (nota 71 *supra*), pág. 267, párr. 43.

[87] *Ambatielos*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1953*, pág. 10; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 37.

[88] Véase la nota 58 *supra*.

no tiene la facultad de crear arbitrariamente, mediante otro acto jurídico unilateral, una norma derogatoria de la que había creado por medio del primero[89]. Para otros, esa capacidad puede ser limitada e incluso es inexistente[90]. En el caso concreto de la revocación y en relación con el acto unilateral en general, ella es admisible «sólo en el caso previsto por las normas generales del orden jurídico internacional porque, de lo contrario, el valor vinculante de esos mismos actos quedaría abandonado al poder arbitrario de sus autores»[91]. Un acto unilateral no permitido que modifique un acto anterior puede ser considerado un acto distinto que incluso podría ubicarse en el contexto de la responsabilidad internacional.

118. La modificación, la suspensión o la revocación de un acto unilateral, en particular del acto de reconocimiento, es posible cuando está prevista en el acto mismo. Así, por ejemplo, recurriendo a hipótesis que pudieren ser válidas para motivar la reflexión, el Estado autor del acto señala en el mismo que será modificado en algún supuesto determinado. Igualmente, puede ser suspendido si se cumplen ciertos requisitos e incluso revocado, en iguales circunstancias. Habría que agregar que el acto puede terminar en el sentido estricto del término, es decir, si se ejecuta, cuando en el mismo acto se contempla el término perentorio o condiciones que fundamenten su terminación. Por ejemplo, puede ocurrir que:

> un Estado formule una promesa por el término de diez años o que la someta a cierta condición resolutoria. En estos casos, si se cumple el plazo o la condición, la promesa cesa sin necesidad de ningún acto revocatorio. Puede darse otro caso en el que el autor de la promesa o de la renuncia haya previsto expresamente la posibilidad de revocarla en ciertas circunstancias. Pero, si la posibilidad de revocación no surge del contexto del acto jurídico unilateral ni de su naturaleza, la promesa unilateral y la renuncia unilateral son, en principio, irrevocables[92],

al menos en la misma forma unilateral. En resumen, podría decirse que los actos unilaterales, en general, serían inmodificables, en el sentido amplio del término, a menos que de los mismos se deduzca lo contrario o que resulte de las circunstancias o condiciones previstas o que, como se verá luego, surjan situaciones externas que así lo determinen.

119. La modificación del acto, su suspensión o su revocación fuera de los supuestos señalados sólo sería posible si existe el acuerdo del destinatario. En efecto, una vez que el acto se bilateraliza, como se ha señalado, surge un derecho del destinatario que, aunque no afecte su unilateralidad, hace depender de su voluntad cualquier cambio.

120. En el caso del acto de reconocimiento de un Estado, y recurriendo siempre al manejo de hipótesis, se podría observar que un acto de reconocimiento de un Estado, aunque declarativo, no podría ser modificado, suspendido o revocado en forma unilateral, a menos que se dé alguna de las circunstancias antes señaladas, como la desaparición del Estado (objeto) o el cambio de circunstancias.

121. Finalmente, se hará una referencia breve, que puede suscitar cierta reflexión, relativa a la modificación del acto por causas ajenas a la voluntad del Estado autor. El acto de reconocimiento puede, en efecto, dejar de surtir efectos jurídicos por causas externas, como se plantea en el régimen de Viena sobre el derecho de los tratados, en particular, en lo que respecta a la aparición de una situación que hace imposible la ejecución[93] y al cambio fundamental de circunstancias[94] que hace imposible la ejecución del tratado.

122. En términos generales, si el objeto del acto desaparece el mismo dejaría de surtir efectos jurídicos, lo que en cierta medida sería transponer el concepto insertado en el régimen del derecho de los tratados. En el caso del acto de reconocimiento de un Estado, en particular, si éste desaparece por su desintegración o desmembramiento, por ejemplo, el acto no surtiría más efectos. Igualmente, podría afirmarse que el cambio fundamental de circunstancias o cláusula *rebus sic stantibus*, entendida como una cláusula resolutoria en materia contractual y convencional, podría también afectar la aplicación del acto unilateral de reconocimiento, en particular en lo que respecta a la suspensión o la terminación aunque, como lo afirma la mayor parte de la doctrina, su aceptación no contradice la obligatoriedad de los tratados ni la aplicación de la regla *pacta sunt servanda*.

123. Considerar que el cambio de circunstancias podría fundamentar la suspensión o la terminación de un acto unilateral obliga a considerar más detenidamente la cláusula. El cambio debe ser fundamental y debe afectar el objeto mismo del acto y, como se señala en el derecho de los tratados, el cambio debe afectar la base esencial de la expresión del consentimiento del Estado autor, como se precisa en el artículo 62, párr. 1, apdos. *a* y *b*, de la Convención de Viena de 1969, aunque referida exclusivamente a los tratados.

---

[89] Barberis, *loc. cit.*, pág. 113.

[90] Skubiszewski, «Unilateral acts of States», pág. 234.

[91] Venturini, *loc. cit.*, pág. 421.

[92] Barberis, *loc. cit.*, pág. 113.

[93] Convención de Viena de 1969, art. 61.

[94] Convención de Viena de 1969, art. 62.

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)

[Tema 6 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/531

Primer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial

[Original: inglés]
[21 de marzo de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		78
Obras citadas en el presente informe		80
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1–4	83
Capítulo		
I. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	5–46	84
A.—Labor de los Relatores Especiales, Sres. Quentin-Baxter y Barboza	6–14	84
1. Enfoque del Sr. Quentin-Baxter: expectativas compartidas y régimen negociado	6–9	84
2. Trato dado a la responsabilidad por el Sr. Barboza	10–14	85
B.—El régimen de responsabilidad internacional: cuestiones pendientes	15–42	86
1. La responsabilidad de los Estados: un caso de énfasis fuera de lugar	16–19	86
2. La responsabilidad causal u objetiva: ¿una base jurídica necesaria para un régimen internacional?	20–25	88
3. Delimitación de las actividades que han de incluirse	26–28	89
4. Umbral del daño: el daño sensible como criterio necesario	29–32	90
5. Prevención y responsabilidad: conceptos distintos pero relacionados	33–36	91
6. Ulteriores trabajos sobre la responsabilidad: atención prioritaria a los modelos de asignación de la pérdida	37–42	91
C.—Algunas consideraciones de política	43–46	92
II. ASIGNACIÓN DE LA PÉRDIDA	47–149	94
A.—Análisis sectorial y regional	47–113	94
1. Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos, y Protocolos anexos	47–61	94
2. Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, y Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques	62–65	97
3. 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	66–67	97

		Párrafos	*Página*
4.	Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona	68–69	98
5.	Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación	70–80	98
6.	Daños nucleares y responsabilidad	81–91	100
7.	Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente	92–95	102
8.	Responsabilidad e indemnización: el modelo de la Comunidad Europea	96–106	103
9.	Daños causados por objetos espaciales	107–110	105
10.	Actividades en la Antártida	111–113	105
B.—Modelos de asignación de la pérdida: algunas características comunes		114–121	106
C.—Algunos elementos de la responsabilidad civil		122–149	108
1.	El problema de la causalidad	125–126	108
2.	Cumplimiento del deber de diligencia	127–129	108
3.	Definición de perjuicio e indemnización	130–138	109
4.	*Locus standi*	139–140	111
5.	Jurisdicción apropiada	141–149	111
III.	Conclusiones y propuestas para su consideración	150–153	113

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma) (Roma, 25 de marzo de 1957), tal como ha sido modificado por el Tratado de la Unión Europea	UE, *Recopilación de los Tratados*, t. I, vol. I, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995, pág. 91.
Tratado Antártico (Washington D.C., 1.º de diciembre de 1959)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 402, n.º 5778, pág. 87.
Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico (Madrid, 4 de octubre de 1991)	UICN, *Droit international de l'environnement — Traités multilatéraux*, vol. VII, Berlín, Erich Schmidt, pág. 991.
Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 21 de mayo de 1963)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1063, n.° 16197, pág. 299.
Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (Viena, 12 de septiembre de 1997)	Ibíd., vol. 2241, n.° 16197, pág. 349.
Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 29 de julio de 1960) y Protocolo Adicional al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (París, 28 de enero de 1964)	Ibíd., vol. 956, n.º 13706, pág. 288.
Convenio complementario al Convenio de París del 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear (Bruselas, 31 de enero de 1963)	Ibíd., vol. 1041, n.° 13706, pág. 366.
Protocolo que modifica el Convenio del 31 de enero de 1963 complementario al Convenio de París del 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, enmendado por el Protocolo Adicional del 28 de enero de 1964 (París, 16 de noviembre de 1982)	Ibíd., vol. 1650, pág. 455.
Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas, 27 de septiembre de 1968)	*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 41 (26 de enero de 1998), n.º 98/C 27/01, pág. 1.
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.° 14097, pág. 47.

	Fuente
Protocolo correspondiente al Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 19 de noviembre de 1976)	Ibíd., vol. 1225, n.° 14097, pág. 356.
Protocolo de 1984 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 25 de mayo de 1984)	Publicación de la OMI, n.° de venta IMO-459S.
Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (Londres, 27 de noviembre de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1956, n.° 14097, pág. 255.
Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Bruselas, 18 de diciembre de 1971)	Ibíd., vol. 1110, n.º 17146, pág. 57.
Protocolo al Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (Londres, 19 de noviembre de 1976)	Ibíd., vol. 1862, n.° 17146, pág. 509.
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. 212.
Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (Londres, México D.F., Moscú, Washington D.C., 29 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 1046, n.° 15749, pág. 122.
Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre (París, 4 de junio de 1974)	Ibíd., vol. 1546, n.º 26842, pág. 103. En español, véase *Repertorio Cronológico de Legislación 1981*, Pamplona, Aranzadi, marginal 128.
Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 (Londres, 19 de noviembre de 1976)	Ibíd., vol. 1456, n.° 24635, pág. 255.
Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 (Londres, 2 de mayo de 1996)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1996* (n.° de venta S.01.V.10), pág. 364.
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, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Nairobi, 1983, pág. 474.
Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia (Ginebra, 13 de noviembre de 1979)	Naciones Unidas, Recueil des Traités, vol. 1302, pág. 217. En español, véase *Repertorio Cronológico de Legislación 1983*, Pamplona, Aranzadi, marginal 460.
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982)	Ibíd., vol. 1834, pág. 371.
Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (Viena, 22 de marzo de 1985)	Ibíd., vol. 1513, n.º 26164, pág. 371.
Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos (Wellington, 2 de junio de 1988)	RGDIP, París, Pedone, vol. 93, 1989/1.
Convención sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRTD) (Ginebra, 10 de octubre de 1989)	Publicación de las Naciones Unidas, n.° de venta: F.90.II.E.39.
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.
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.

	Fuente
Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, 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)	Ibíd., vol. 2105, n.º 36605, pág. 457.
Convenio sobre la Diversidad Biológica (Río de Janeiro, 5 de junio de 1992)	Ibíd., vol. 1760, n.º 30619, pág. 226.
Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (Montreal, 29 de enero de 2000)	Ibíd., vol. 2226, n.° 30619, pág. 208.
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.
Convención sobre Seguridad Nuclear (Viena, 20 de septiembre de 1994)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1963, n.º 33545, pág. 360.
Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (Londres, 9 de mayo de 1996)	*Convenio SNP* (publicación de la OMI, n.° de venta IMO-482S).
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 ILM (Washington D.C.), 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)	ECE/CEP/43.
Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona (Kingston, 13 de julio de 2000)	Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (ISBA/6/A/18, anexo).
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.° de venta S.04.V.12), pág. 390.

Obras citadas en el presente informe

Akehurst, M. B.

«International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law», *Netherlands Yearbook of International Law* (La Haya), vol. XVI, 1985, págs. 3 a 16.

Arsanjani, Mahnoush H.

«No-fault liability from the perspective of the general principles of law», Naciones Unidas, División de Codificación, 1969, inédito.

Asociación de Derecho Internacional

Report of the Sixty-seventh Conference, Helsinki, 12–17 August 1996, Londres, ADI, 1996, 425 págs.

Austin, David y Anna Alberini

«An analysis of the preventive effect of environmental liability environmental liability, location and emissions substitution: evidence from the Toxic Release Inventory», 30 de octubre de 2001, estudio encargado por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea.

Barboza, Julio

«The ILC and environmental damage», en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 73 a 81.

BERGKAMP, Lucas

Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context, La Haya, Kluwer, 2001, 708 págs.

BERNASCONI, Christophe

Civil Liability resulting from Transfrontier Environmental Damage: a Case for The Hague Conference?, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, documento preliminar n.º 8 de abril de 2000, a la atención de la comisión especial de mayo de 2000 sobre asuntos generales y política de la Conferencia.

BIRNIE, P. W. y A. E. BOYLE

Basic Documents on International Law and the Environment, Oxford, Clarendon Press, 1995, 688 págs.

International Law and the Environment, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, 798 págs.

BOWMAN, Michael

«Biodiversity, intrinsic value, and the definition and valuation of environmental harm», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 41 a 61.

BOYLE, Alan E.

«Nuclear energy and international law: an environmental perspective», *British Year Book of International Law, 1989*, vol. 60, págs. 257 a 313.

«State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 39, parte 1, enero de 1990, págs. 1 a 26.

«Chernobyl and the development of international environmental law», en W. E. Butler (ed.), *Perestroika and International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1990, págs. 203 a 219.

«Making the polluter pay? Alternatives to State responsibility in the allocation of transboundary environmental costs», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, págs. 363 a 379.

«Codification of international environmental law and the International Law Commission: injurious consequences revisited», en Alan Boyle y David Freestone, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, págs. 61 a 85.

BRANS, Edward H. P.

«The EC White Paper on environmental liability and the recovery of damages for injury to public natural resources», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 323 a 337.

«Liability and compensation for natural resource damage under the international oil pollution conventions», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 5, número 4, diciembre de 1996, págs. 297 a 304.

BRIGHTON, William D. y David F. ASKMAN

«The role of government trustees in recovering compensation for injury to natural resources», en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 177 a 206.

BROWNLIE, Ian

«A survey of international customary rules of environmental protection», *Natural Resources Journal* (Albuquerque, Nuevo México), vol. 13, 1973, págs. 179 a 189.

System of the Law of Nations: State Responsibility, parte I, Oxford, Clarendon Press, 1983.

CASSESE, Antonio

International Law, Nueva York, Oxford University Press, 2001, 469 págs.

CUPERUS, K. W. y A. E. BOYLE

«Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses», *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12–17 August 1996*, Londres, ADI, 1996, págs. 403 a 411.

DUNNÉ, Jan M. van

«Liability for pure economic loss-rule or exception? A comparatist's view of the civil law: common law split on compensation of non-physical damage in tort law», *European Review of Private Law*, vol. 7, 1999, págs. 397 a 428.

FITZMAURICE, Malgosia A.

«International protection of the environment», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2001*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001, vol. 293, págs. 9 a 488.

FONTAINE, Emmanuel

«The French experience—'Tanio' and 'Amoco Cadiz' incidents compared: advantages for victims under the compensation system established by the international conventions», en Colin M. de la Rue (ed.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, Londres, Lloyd's of London Press, 1993, págs. 101 a 108.

FRANCIONI, Francesco

«Exporting environmental hazard through multinational enterprises: can the State of origin be held responsible?», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, págs. 275 a 298.

GOLDIE, L. F. E.

«Liability for damage and the progressive development of international law», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 14, 1965, págs. 1189 a 1264.

«Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, págs. 175 a 248.

GURUSWAMY, Lakshman, Sir Geoffrey W. R. PALMER y Burns H. WESTON

International Environment Law and World Order: a Problem-Oriented Coursebook, St. Paul (Minnesota), West Publishing, 1994.

HANDL, Günther

«State liability for accidental transnational environmental damage by private persons», AJIL (Washington D.C.), vol. 74, 1980, págs. 525 a 565.

HOHMANN, Harald

«Articles on cross-media pollution resulting from the use of the waters of an international drainage basin», *Report of the Sixty-seventh Conference of the International Law Association, Helsinki, 12–17 August 1996*, Londres, ADI, 1996, págs. 411 a 415.

HUNT, Michael

«Opposition to mining projects by indigenous peoples and special interest groups», *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 4, n.° 2, junio de 1997.

JENKS, C. Wilfred

«Liability for ultra-hazardous activities in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966–I*, Leiden, Sijthoff, 1967, vol. 117, págs. 99 a 200.

JONES, Brian

«Deterring, compensating, and remedying environmental damage: the contribution of tort liability», en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 11 a 27.

KAZAZI, Mojtaba

«Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 111 a 131.

KENDE, Christopher B.

«The United States approach», en Colin M. de la Rue (ed.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, Londres, Lloyd's of London Press, 1993, págs. 131 a 147.

KISS, Alexandre y Dinah SHELTON

International Environmental Law, Ardsley-on-Hudson (Nueva York), Transnational Publishers, 1991, 541 págs.

LA FAYETTE, Louise de

«The concept of environmental damage in international liability regimes», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 149 a 189.

MACKENZIE, Ruth

«Environmental damage and genetically modified organisms», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 63 a 84.

MAGRAW, Daniel Barstow

«Transboundary harm: the International Law Commission's study of 'international liability'», AJIL (Washington D.C.), vol. 80, 1986, págs. 305 a 330.

MAFFEI, Maria Clara

«The compensation for ecological damage in the 'Patmos' case», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, págs. 381 a 394.

MAZZOTTA, Marisa J., James J. OPALUCH y Thomas A. GRIGALUNAS

«Natural resource damage assessment: the role of resource restoration», *Natural Resources Journal* (Albuquerque, Nuevo México), vol. 34, n.° 1, primer trimestre de 1994, págs. 153 a 178.

POPP, A. H. E.

«A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships», en Colin M. de la Rue (ed.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, Londres, Lloyd's of London Press, 1993, págs. 109 a 130.

PRINCE, Peter

«Bhopal, Bougainville and Ok Tedi: why Australia's *forum non conveniens* approach is better», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 47, parte 3, julio de 1998, págs. 573 a 598.

SANDS, Philippe

Chernobyl—Law and Communication: Transboundary Nuclear Air Pollution—The Legal Materials, Cambridge, Grotius, 1988, 312 págs.

Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation, Manchester, Manchester University Press, 1995, 773 págs.

SCHOENBAUM, Thomas J.

«Environmental damages in the common law: an overview», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 213 a 222.

«Environmental damages: the emerging law in the United States», en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 159 a 174.

SMITH, Brian D.

State Responsibility and the Marine Environment: the Rules of Decision, Oxford, Clarendon Press, 1988, 281 págs.

TOMUSCHAT, Christian

«International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law: the work of the International Law Commission», en Francesco Francioni y Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Graham & Trotman, 1991, págs. 37 a 72.

WETTERSTEIN, Peter

«A proprietary or possessory interest: a *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?», en Peter Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, Oxford, Clarendon Press, 1997, págs. 29 a 54.

«Environmental damage in the legal systems of the Nordic countries and Germany», en Michael Bowman y Alan Boyle (eds.), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford, Oxford University Press, 2002, págs. 223 a 242.

WHITE, I. C.

«The voluntary oil spill compensation agreements: TOVALOP and CRISTAL», en Colin M. de la Rue (ed.), *Liability for Damage to the Marine Environment*, Londres, Lloyd's of London Press, 1993, págs. 57 a 68.

Introducción

1. La cuestión de la responsabilidad internacional viene siendo estudiada por la Comisión desde 1978[1]. La Comisión pudo también concluir en 2001 un proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. Al examinar ese proyecto de artículos, la Asamblea General estimó que la Comisión, para cumplir plenamente su mandato sobre el tema de la responsabilidad internacional, debía continuar estudiando el tema de la responsabilidad internacional[2]. En 2002, un grupo de trabajo de la Comisión estudió la cuestión con algún detenimiento y formuló algunas recomendaciones preliminares sobre las formas posibles de avanzar en la materia. Principalmente, señaló que para que los trabajos fueran provechosos debían orientarse en la fase actual a elaborar un modelo de asignación de la pérdida[3].

2. Los trabajos de la Comisión sobre la responsabilidad no podían avanzar rápidamente por diversas razones. En primer lugar, la cuestión de la responsabilidad internacional no se presta fácilmente a la codificación ni al desarrollo progresivo. La experiencia también ha demostrado que los regímenes globales y completos de responsabilidad no han atraído a los Estados[4]. Por otra parte, las tentativas de obtener una indemnización por daños mediante la legislación sobre la responsabilidad extracontractual o los delitos civiles tiene sus limitaciones[5]. Los conceptos de daño y de perjuicio no están uniformemente definidos ni entendidos en el derecho y la práctica nacionales. Además, en ningún ordenamiento jurídico es fácil establecer un vínculo de causalidad y demostrar que se ha incurrido en inobservancia, culpa o ambas circunstancias en el cumplimiento de una obligación de diligencia exigida por la ley con respecto a un acto ilícito y se reconoce que es técnicamente difícil resolver las cuestiones relativas al órgano judicial competente, a la ley aplicable y al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras[6].

3. Hay también otras razones. La responsabilidad de los Estados y la responsabilidad causal, o estricta, no han obtenido un amplio apoyo en el plano internacional, y no hay responsabilidad por ningún tipo de actividad realizada en el territorio de un Estado y en la que no hayan participado funcionarios públicos ni agentes del Estado. El incumplimiento de la obligación de los ciudadanos privados y de los particulares de actuar con la debida diligencia no puede atribuirse fácilmente al Estado como conducta ilícita que entrañe responsabilidad. Las negociaciones internacionales con las que se trató de establecer alguna forma de responsabilidad de los Estados, en el contexto del transporte internacional de desechos peligrosos o en la Antártida, por ejemplo, no han tenido éxito a pesar de varios años de esfuerzos persistentes[7]. La jurisprudencia al respecto es escasa, y la base sobre la que algunas demandas de indemnización llegaron a resolverse entre los Estados en algunos casos se presta a diferentes interpretaciones. Tales casos no apoyan decididamente la responsabilidad de los Estados. La función del derecho internacional consuetudinario a este respecto es también modesta[8].

---

[1] La cuestión fue planteada por primera vez en la Comisión en 1973 e incluida en su programa de trabajo en 1977. Véase *Anuario… 1973*, vol. II, pág. 172, documento A/90/10/Rev.1, párrs. 38 y 39, y resolución 32/151 de la Asamblea General, de 19 de diciembre de 1977, en la que la Asamblea invitó a la Comisión a que, en el momento que estimase conveniente, iniciase su labor sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional.

[2] Resolución 56/82 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

[3] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 442 a 457.

[4] Hasta la fecha no ha entrado en vigor el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, del Consejo de Europa, que es el único régimen ambiental internacional de carácter horizontal existente. Como razones de ello, se han mencionado las dificultades con que se ha tropezado para conciliar sus disposiciones con la legislación interna y el hecho de que no han concluido las deliberaciones de la Comisión Europea sobre la cuestión general de la responsabilidad y la indemnización por daños ambientales. Véase La Fayette, «The concept of environmental damage in international liability regimes», pág. 163, nota 50. Según una estimación que se ha hecho, no es probable que ese Convenio entre en vigor en un futuro próximo. Véase la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, n.° C 151 E, vol. 45 (25 de junio de 2002), y Comisión Europea, documento COM(2002) 17 final, Exposición de motivos, pág. 19, nota 46. Sobre la opinión general de que un régimen de responsabilidad global tiene menos probabilidades de éxito, véase Cassese, *International Law*, págs. 379 a 393.

[5] Jones («Deterring, compensating, and remedying environmental damage: the contribution of tort liability», pág. 12) advirtió que «en nuestra preocupación general, encomiable y comprensible, por el medio ambiente, podemos olvidar muy fácilmente que las normas aplicables a la responsabilidad extracontractual no son más que uno de los componentes de [...] la categoría más general de la responsabilidad ambiental y, así, podemos tratar de conseguir que tales normas sobre la responsabilidad civil desempeñen funciones para las que no son muy idóneas». Los demás componentes de esa categoría, según señaló, son la responsabilidad penal, la responsabilidad de indemnizar a los organismos públicos por los gastos efectuados por éstos para prevenir o remediar los daños previstos o los daños causados efectivamente, y la responsabilidad de aportar soluciones conjuntas. Análogamente, Bergkamp (*Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, pág. 366), señaló que «[l]as sociedades modernas cifran grandes esperanzas en la responsabilidad. La responsabilidad permitiría indemnizar a las víctimas, conseguir que se restaure el medio ambiente, evitar los daños, disuadir a quienes contaminan, obtener seguros, ajustar los niveles de autoridad a nivel óptimo, poner en práctica la justicia correctiva y distributiva y resolver los problemas dimanantes del hecho de que los gobiernos no promulguen disposiciones reglamentarias o no impongan su cumplimiento coercitivo. El sistema de responsabilidad, dadas sus limitaciones conceptuales e institucionales, no puede hacer que se alcancen esos objetivos sociales».

[6] Véase más abajo un análisis de este aspecto.

[7] Véase más abajo un análisis de esta cuestión.

[8] Brownlie, «A survey of international customary rules of environmental protection». En cuanto a la afirmación de que la jurisprudencia, los tratados o la práctica estatal no apoyan de forma concluyente la responsabilidad causal u objetiva de los Estados, véase también Boyle, «Nuclear energy and international law: an environmental perspective», págs. 292 a 296. Goldie y Schneider sostienen que la responsabilidad causal era un principio del derecho internacional, y Jenks estimó que la responsabilidad causal estaba justificada en el caso de las actividades especialmente peligrosas. En cambio, Dupuy, Handl, Smith y Hardy argumentaron en favor de la responsabilidad causal u objetiva en el caso de las actividades especialmente peligrosas y, con respecto a otras actividades, en favor de que la responsabilidad se limitase a los casos de inobservancia de las obligaciones de actuar con la debida diligencia. Véase un resumen de esas posiciones en Boyle, «Nuclear energy…», págs. 290 a 294, y nota 246. Véase también la nota 55 *supra*.

4. Vale la pena examinar cómo estudió la Comisión algunos de estos problemas y cuestiones al considerar anteriormente el tema de la responsabilidad internacional. Tal examen podría contribuir a situar esas cuestiones y problemas en su debida perspectiva a los efectos de este análisis. Se analizarán algunos modelos conocidos y recientes de asignación de la pérdida negociados y acordados con respecto a determinadas regiones del mundo o con respecto a un sector de daños determinado. Tal examen podría arrojar útilmente alguna luz sobre el modelo de asignación de la pérdida que la Comisión pueda recomendar. Además, como varios modelos de asignación de la pérdida se han basado también en la responsabilidad civil, se examinarán brevemente los elementos de ese sistema para ver si sería factible dar cabida a algunos de esos elementos en cualquier modelo de asignación de la pérdida.

CAPÍTULO I

La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional

5. La cuestión de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional fue incluida en el programa de la Comisión en 1978[9]. Esto era consecuencia lógica de la posición adoptada por la Comisión, que concluyó que «reconoce cabalmente la importancia que, junto a las cuestiones relativas a la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, revisten las que conciernen a la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas (especialmente de las que, por su naturaleza, dan lugar a ciertos riesgos). [...] [E]sta segunda categoría de problemas no puede tratarse juntamente con la primera»[10]. El Sr. Ago, Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, explicó que las cuestiones comprendidas en esta última categoría tenían su base jurídica en la «responsabilidad por riesgo»[11].

A.—Labor de los Relatores Especiales, Sres. Quentin-Baxter y Barboza

1. ENFOQUE DEL SR. QUENTIN-BAXTER: EXPECTATIVAS COMPARTIDAS Y RÉGIMEN NEGOCIADO

6. El Sr. Quentin-Baxter fue nombrado primer Relator Especial para el tema de la responsabilidad internacional en 1978[12]. A su juicio, la finalidad primordial del proyecto de artículos sobre ese tema 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»[13]. En su opinión, el término *liability* entrañaba «un deber de prestación, una obligación (en contraposición a un derecho)»[14] y, por consiguiente, designaba no sólo las consecuencias de una obligación, sino también la obligación misma, que, como el concepto de *responsibility*, incluía sus consecuencias. Este tema, así considerado, trataba de las obligaciones primordiales del Estado, al tiempo que tenía en cuenta la existencia y la conciliación de «intereses legítimos y de múltiples factores»[15]. Se entendía también que tales actividades incluían la obligación no sólo de formular los principios de la prevención, como parte de una obligación de diligencia debida y razonable, sino también de establecer un régimen adecuado y aceptado de indemnización, como reflejo de la aplicación de principios de equidad. Sostuvo que todo el plan contenía «expectativas compartidas»[16] con «posibilidades ilimitadas» para los Estados[17].

7. El Sr. Quentin-Baxter presentó cinco informes. Durante ese período, elaboró un plan esquemático para el desarrollo del tema[18]. El principal objetivo del plan, según el Sr. Quentin-Baxter, era «reflejar y fomentar la práctica creciente de los Estados de regular estas cuestiones por anticipado a fin de que las obligaciones generales tratadas en este tema sean sustituidas por normas precisas de

[9] Antes de ello, la Asamblea General había señalado en su resolución 3071 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, la conveniencia de estudiar las consecuencias perjudiciales de actos no considerados como ilícitos (párr. 3, apdo. *c*). Este aspecto se puso de relieve debido a la decisión, adoptada por la Comisión en 1970, de limitar el estudio a la cuestión de la responsabilidad de los Estados dimanante del incumplimiento de una obligación internacional y, por consiguiente, al origen y las consecuencias de los hechos ilícitos de los Estados (*Anuario... 1970*, vol. II, págs. 332 y 333, documento A/8010/Rev.1, párr. 74).

[10] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 7 y 8, párr. 17.

[11] Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 190, documento A/CN.4/233, párr. 6.

[12] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 147, párr. 178.

[13] *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 262, documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, párr. 9.

[14] Ibíd., párr. 12.

[15] Ibíd., págs. 270 y 271, párr. 38.

[16] «Las 'expectativas compartidas' son aquellas que: *a*) se han expresado en la correspondencia u otras comunicaciones entre los Estados interesados o, en la medida en que no se hayan expresado de ese modo, *b*) pueden deducirse implícitamente de principios comunes, legislativos o de otro carácter, o de normas de conducta normalmente observadas por los Estados interesados o en cualquier agrupación regional o de otro tipo a que ambos pertenezcan o en la colectividad internacional» (*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 238, documento A/CN.4/373, anexo, plan esquemático, secc. 4, párr. 4). En cuanto a la naturaleza de las «expectativas compartidas», el Sr. Barboza explicó que «tienen cierta fuerza de creación de derechos. […] Eso cae dentro de la aplicación del principio de la buena fe, del *estoppel*, o de lo que suele llamarse en algunos sistemas jurídicos, la doctrina de los actos propios» (*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 158, documento A/CN.4/402, párr. 22).

[17] *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), pág. 274, párr. 48.

[18] Se puede ver el texto del plan esquemático en su tercer informe, *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 75, documento A/CN.4/360, párr. 53.

prohibición ajustadas a las necesidades de situaciones particulares, incluidas, en su caso, normas precisas de responsabilidad estricta»[19,20].

8. Para conciliar los múltiples intereses en juego, el Sr. Quentin-Baxter sugirió que se adoptase un procedimiento de tres etapas entre el «Estado de origen» y el «Estado afectado». Primero, el Estado afectado tendría derecho a que se le proporcionase toda la información pertinente de la que se dispusiera. Segundo, el Estado afectado podría proponer al Estado que hubiera realizado el acto que se investigasen los hechos[21]. Por último, se invitaría a los Estados interesados a que dirimiesen sus diferencias mediante negociaciones. En cuanto a la importancia jurídica de estas etapas de procedimiento, el Sr. Quentin-Baxter estimó que «[l]a no adopción de algunas de las disposiciones prescritas por las normas […] no dará de por sí origen a ningún derecho de tutela jurisdiccional»[22]. Además, con respecto a la reparación, sugirió que esta cuestión se dirimiese mediante negociaciones partiendo de una serie de factores destinados a conciliar los intereses en juego. A falta de todo acuerdo, a juicio del Sr. Quentin-Baxter, el Estado de origen estaría obligado a proceder a una reparación al Estado afectado de conformidad con las expectativas por ellos compartidas.

9. La reacción de la Asamblea General al plan esquemático fue en su mayor parte positiva. No obstante, se señaló que se debía reforzar el plan a fin de dar mayores garantías de que se cumplirían las obligaciones establecidas en él. También se opinó que se debían separar las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad, y algunos participantes expresaron dudas sobre el valor o la viabilidad del tema mismo[23].

2. Trato dado a la responsabilidad por el Sr. Barboza

a) *Lugar y valor de las obligaciones procesales*

10. El Sr. Barboza fue nombrado Relator Especial en 1985 y siguió la orientación básica adoptada por el Sr. Quentin-Baxter. En los 12 informes que presentó, desarrolló el texto añadiendo disposiciones sobre el alcance, la obligación de prevención y la notificación[24]. Una de las deficiencias del plan esquemático del Sr. Quentin-Baxter era, como se señala más arriba, que no contenía elementos para asegurar la aplicación del plan[25]. El Sr. Barboza señaló que el incumplimiento de las obligaciones procesales de la prevención podría entrañar ciertas consecuencias procesales adversas para el Estado que hubiera realizado los actos o para el Estado de origen. Refiriéndose al párrafo 4 de la sección 5 del plan esquemático[26], señaló que facultaría al Estado afectado para que recurriera ampliamente a presunciones de hecho y a indicios o pruebas circunstanciales para determinar si la actividad causaba o podía causar una pérdida o un daño. Además, conforme a las obligaciones dimanantes de la diligencia debida, el Estado de origen estaría obligado a supervisar continuamente la actividad, además de estar obligado a reparar cualquier daño que se causase. En conjunto, el plan de aplicación de las obligaciones procesales de prevención propuesto por el Sr. Barboza se centraba también mucho más en la reparación y en la responsabilidad, que entraría en juego solamente cuando se hubiera producido un daño. En ese caso, el incumplimiento de las obligaciones procesales de prevención acarrearía, con arreglo a ese planteamiento, consecuencias jurídicas y materiales más graves para el Estado de origen[27].

b) *Régimen negociado de responsabilidad: una opción importante*

11. Por otra parte, en lo que se refería a la cuestión de la responsabilidad, el Sr. Barboza, al igual que el Sr. Quentin-Baxter, se basó también en la negociación como medio de solucionar la cuestión de la indemnización entre los Estados interesados[28]. El artículo 22 del proyecto de 1996 del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional contenía una lista de factores que los Estados interesados podían utilizar para conciliar sus intereses al tratar de llegar a un acuerdo[29]. Sin embargo, la negociación de la indemnización no tenía necesariamente que ser preferida al método consistente en recurrir a los tribunales, que también se indicaba en el artículo 20. En el comentario al artículo 21 se preveían situaciones en las que el recurso a los tribunales nacionales podía ser innecesario (si las reclamaciones públicas y privadas se superponían), difícil (por conflictos de leyes, por la inaccesibilidad de los foros disponibles a causa de la distancia, por el desconocimiento del derecho aplicable y por problemas relacionados con los gastos) o ineficaz (si no se preveían recursos ni siquiera para los ciudadanos por los daños causados), en cuyo caso las negociaciones

[19] En lo que se refería a la responsabilidad estricta, o causal, como opción, el Sr. Quentin-Baxter señaló que «[a]l final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen o, subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida» (ibíd., pág. 72, párr. 41). No obstante, consideró que era necesario atenuar los rigores de la responsabilidad causal para hacerla más aceptable (véase su segundo informe, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 135, documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, párr. 92).

[20] Cuarto informe, *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), págs. 229 y 230, párr. 50.

[21] Ibíd., anexo, plan esquemático, pág. 238, secc. 2, párr. 4.

[22] Ibíd., párr. 8.

[23] Ibíd., párr. 10.

[24] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 84, notas 221 y 222. En lo que se refería al alcance, a la obligación de prevención y a la notificación, el Sr. Barboza señaló al menos seis elementos: la autorización previa, la evaluación del riesgo, la información y la notificación, la celebración de consultas y la norma de la diligencia debida. Para un resumen, véase el primer informe sobre la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas del Sr. Sreenivasa Rao, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párr. 55.

[25] Véase un análisis de esta cuestión en Tomuschat, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law: the work of the International Law Commission», pág. 50.

[26] *Anuario… 1983*, vol. II (primera parte), pág. 239.

[27] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), párrs. 52 y 53.

[28] Véase Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 51.

[29] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 110, anexo I.

serían el único medio disponible o podrían ser el medio más apropiado[30].

c) *Factores de importancia para las negociaciones*

12. Los diversos factores enumerados en el artículo 22 no eran exhaustivos, y se indicaron como orientación para que las partes llegasen a soluciones justas y equitativas teniendo debidamente en cuenta todos los factores pertinentes en el contexto de que se tratase. Se observó que la inclusión de una lista de factores, de no haber un tercero que dirimiese las diferencias que pudieran surgir entre los Estados interesados, podría redundar en detrimento de la más débil de las dos partes y podría socavar la certeza de la ley[31]. No obstante, como orientación, se señaló[32] que la falta patente de diligencia y preocupación por la seguridad y los intereses de otros Estados haría que aumentasen el alcance de la responsabilidad del Estado de origen, así como la cuantía de la indemnización. Tal sería particularmente el caso cuando el Estado de origen conociera el riesgo que la actividad en cuestión creaba para otros Estados y los medios de prevenir o mitigar ese riesgo. En cambio, el alcance de su responsabilidad y la cuantía de la indemnización podrían ser menores si el Estado de origen hubiera adoptado todas las medidas preventivas que debía tomar en cumplimiento de la obligación de debida diligencia. Análogamente, la indemnización también podría ser menor si el daño fuera inevitable o imprevisible. Asimismo, si el Estado de origen participase y cooperase en todas las medidas posibles de respuesta y de reparación después de producirse el daño, se tendría ese hecho debidamente en cuenta. Igualmente, se podrían tener en cuenta para llegar a un nivel acordado de indemnización la participación del Estado afectado en los efectos positivos de la actividad, su propia capacidad para mitigar los efectos del daño y la prontitud con que adoptase las medidas de respuesta necesarias. También podrían ser pertinentes para determinar la responsabilidad y calcular la indemnización las normas en materia de diligencia y los niveles de indemnización aplicables en la jurisdicción del Estado afectado para la actividad en cuestión.

d) *Indemnización: no tan plena y completa*

13. Tal reparación o indemnización negociadas debería tener por finalidad llegar a una solución equitativa, teniendo presente «el principio de que la víctima de un daño no debe soportar toda la pérdida»[33]. En otras palabras, no es necesario que sea plena y completa.

14. El artículo 5 del proyecto de artículos de 1996 del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional adoptaba esa política y declaraba que se responderá de los daños transfronterizos sensibles ocasionados por una de las actividades a que se refiere el artículo 1 y que esa responsabilidad dará lugar a indemnización o reparación «[d]e conformidad con los presentes artículos»[34].

B.—El régimen de responsabilidad internacional: cuestiones pendientes

15. La mayoría de las ideas señaladas, recogidas en las propuestas de 1996 del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, eran generalmente aceptables. No obstante, había diferencias en relación con, al menos, cuatro importantes aspectos de la cuestión. Se trataba de: *a*) la responsabilidad de los Estados; *b*) la delimitación de las actividades; *c*) el umbral de los daños comprendidos, y *d*) el vínculo entre la prevención y la responsabilidad.

1. La responsabilidad de los Estados: un caso de énfasis fuera de lugar

16. La Comisión se basó en la responsabilidad de los Estados como medio de avanzar en relación con las cuestiones de responsabilidad e indemnización por varias razones. Primero, como se ha señalado más arriba, toda la cuestión empezó a estudiarse en la Comisión como ampliación de sus trabajos sobre la responsabilidad de los Estados. Segundo, se estimó que el principio *sic utere tuo* constituía una base adecuada para desarrollar la responsabilidad de los Estados como principio. Tercero, se estimó también que tal planteamiento respondería mejor a los intereses de las víctimas inocentes que no tendrían los medios ni la posibilidad de acceder a una jurisdicción extranjera, distante y a veces desconocida, del Estado de origen para tratar de obtener los medios de defensa y la reparación necesarios. Cuarto, por razones de política, se estimó que se debía alentar a los Estados a asumir más seriamente la obligación *sic utere tuo*. El Sr. Barboza señaló que creía que los tratados y otras formas de práctica estatal existentes eran suficientes para servir de base conceptual apropiada al tema, y convino con algunos miembros en que el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* constituía un fundamento teórico suficiente para el desarrollo del tema[35]. Señaló además que, aunque no negaba la utilidad de los recursos de derecho interno existentes para remediar los daños transfronterizos, esa vías de derecho interno no garantizaban una pronta y efectiva indemnización a las víctimas inocentes que, tras sufrir daños tan graves, tendrían que demandar a entidades extranjeras ante los tribunales de otros Estados. Además, las vías de derecho interno no alentarían por sí solas a los Estados a adoptar medidas de prevención en relación con las

[30] Ibíd., pág. 143, párr. 1. Dicho sea de paso, éstas son algunas de las razones por la que los Estados no ejercieron ninguna acción en el caso del accidente de Chernóbil. Véase Boyle, «Nuclear energy…», pág. 296.

[31] Véase Tomuschat, *loc. cit.*, pág. 50, y Boyle, «Codification of international environmental law and the International Law Commission: injurious consequences revisited», pág. 78.

[32] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 144, comentario al artículo 22.

[33] Ibíd., pág. 143, art. 21. Véase también el segundo informe del Sr. Barboza, en el que señaló que «[p]arece que de las negociaciones emprendidas, entonces, puede resultar una reparación cuyo monto varíe dependiendo ello de la naturaleza del daño, de la naturaleza de la actividad de que se trate, de las medidas de prevención adoptadas, etc. No sería tal vez inconcebible que las partes acordaran que la reparación no debe darse por mediar alguna excepción que la haga en su criterio improcedente» (*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), págs. 157 y 158, documento A/CN.4/402, párr. 20).

[34] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 111, anexo I.

[35] Véase *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pag. 44, párr. 143.

actividades realizadas en su territorio que pudieran ocasionar consecuencias perjudiciales transfronterizas[36].

17. La distinción entre la responsabilidad de los Estados por las consecuencias perjudiciales de actividades lícitas —en el sentido de no prohibidas—, por una parte, y la responsabilidad de los Estados por las actividades ilícitas, por otra, era objeto de críticas porque se la consideraba incorrecta, equívoca y confusa[37]. Se afirmó que esa pretendida distinción tendía a dar la impresión de que en el derecho internacional había actividades lícitas, por oposición a las ilícitas, y actividades prohibidas, por oposición a las no prohibidas, siendo así que, de hecho, había muy pocas actividades prohibidas. En derecho siempre se ponían de relieve las consecuencias prohibidas de los actos o actividades. Además, se indicó que tal distinción global no era necesaria ni útil para el desarrollo progresivo del derecho de la responsabilidad y la indemnización por daños transfronterizos. Asimismo se señaló que, además de las otras normas que pudieran elaborarse, la responsabilidad de los Estados podía continuar sirviendo de base para la obligación de los Estados de reparar las consecuencias de las actividades especialmente peligrosas[38].

18. Se sostuvo que, al no haber unas normas internacionales establecidas y científicamente comprobadas para la determinación de los efectos transfronterizos perjudiciales en diversas esferas, la formulación de unos principios generales podría contribuir a que surgieran controversias, en tanto que la falta de tales normas impediría que se dirimiesen esas controversias. Se temía que esa tentativa equivaliese a imponer la responsabilidad objetiva por actividades no prohibidas, lo que no sería aceptable para los Estados[39]. Para responder a esas inquietudes, el Sr. Barboza decidió presentar un nuevo plan en el que se combinaba la responsabilidad civil con la responsabilidad de los Estados[40]. Explicó que, para «mitigar una situación tan draconiana como menesterosa en precedentes»[41], proponía que se adoptase la responsabilidad civil como responsabilidad primaria y que se la complementase con la responsabilidad del Estado, o que se sustituyese la responsabilidad de los particulares por la responsabilidad de los Estados si no se pudiera identificar o localizar a los primeros[42]. Varios miembros de la Comisión respondieron favorablemente a la nueva propuesta de que se diera prioridad a la responsabilidad civil y de que se atribuyera la responsabilidad subsidiaria al Estado. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo sobre las condiciones en que se podría invocar tal responsabilidad subsidiaria[43].

19. El enfoque del principio de la responsabilidad de los Estados adoptado por la Comisión se centraba, como se puede observar, en la responsabilidad del Estado dentro del territorio en el que se realizaba la actividad peligrosa. El concepto de «control» y el criterio de «el conocimiento o los medios de conocer», recogidos en el artículo 3 propuestos por el Sr. Barboza en sus informes cuarto y quinto, no afectaban a ese enfoque[44]. Tanto en la Comisión como en algunos círculos académicos, se señaló que tal enfoque era demasiado limitado y no respondería a los intereses ni a las circunstancias especiales de los países en desarrollo. Se expresó preocupación por el hecho de que las empresas transnacionales no tuvieran ninguna

[36] Ibíd., pág. 49, párr. 181.

[37] Véase Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, pág. 50; Boyle, «State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law: a necessary distinction?», y Akehurst, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law». Se puede ver un juicio más favorable en Magraw, «Transboundary harm: the International Law Commission's study of 'international liability'». Se han expresado otras opiniones que justificaban la distinción a los efectos del estudio del tema de la responsabilidad. Se pueden ver un análisis de este punto y otras citas en el tercer informe del Sr. Sreenivasa Rao, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/510.

[38] Véase un análisis de esta cuestión en ibíd., párrs. 27 a 30.

[39] *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 43, párrs. 138 y 139. Tomuschat (*loc. cit.*, pág. 55) señaló lo mismo cuando dijo:

> «Se afirma que ese planteamiento global no se presta a la obtención de resultados constructivos. Primero, difícilmente cabe presumir que los Estados estén preparados para aceptar la responsabilidad por cualquier daño sufrido por otro Estado en forma de consecuencias materiales de absolutamente cualquier tipo de actividades realizadas en su territorio o bajo su control. Al asumir tal compromiso, los Estados aceptarían, por su parte, un riesgo incontrolable. [...] Un régimen jurídico que tuviera consecuencias imprevisibles y graves repercusiones financieras sería (inaceptable para los Estados como desarrollo progresivo y por lo tanto sería) una cuestión completamente distinta. Ningún gobierno responsable podría comprometerse a aceptar tal aventura».

[40] Sexto informe del Sr. Barboza, *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/428 y Add.1.

[41] Séptimo informe del Sr. Barboza, *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 87, documento A/CN.4/437, párr. 48.

[42] Ibíd., pág. 88, párr. 50.

[43] La cuestión de la responsabilidad causal de los Estados se estudió particularmente en el 43.° período de sesiones de la Comisión, en 1991. Véanse las actas resumidas de las sesiones 2222.ª a 2228.ª en *Anuario... 1991*, vol. I, págs. 102 y ss. Varios miembros que hicieron uso de la palabra sobre la cuestión expresaron sus dudas sobre la admisión de esa obligación en el derecho internacional. También dudaban de que los Estados estuvieran dispuestos a aceptar esa obligación, ni siquiera como medida encaminada al desarrollo progresivo del derecho internacional. La mayoría era partidaria de la responsabilidad civil primaria del explotador y de la responsabilidad subsidiaria del Estado en ciertas condiciones (no hubo ninguna posición común sobre esas condiciones). Véanse las opiniones de los Sres. Jacovides (2222.ª sesión, párr. 6), Mahiou (ibíd., párr. 18), Francis (2223.ª sesión, párr. 10), Calero Rodrigues (ibíd., párr. 25), Pellet (ibíd., párr. 41), Bennouna (2224.ª sesión, párr. 5), Tomuschat (ibíd., párr. 12), Njenga (ibíd., párr. 26), Graefrath (ibíd., párr. 31), Ogiso (2225.ª sesión, párr. 15), Shi (ibíd., párr. 27), Sreenivasa Rao (ibíd., párrs. 32 a 34), Pawlak (2226.ª sesión, párr. 4) y McCaffrey (2227.ª sesión, párr. 7). El Sr. Arangio-Ruiz distinguía tres tipos de daños: en el caso de las actividades peligrosas, hay responsabilidad del explotador solamente cuando se incumple la obligación de debida diligencia; en el caso de las actividades especialmente peligrosas, hay responsabilidad causal del explotador y, en el caso de que se no se pueda identificar al autor del daño, hay responsabilidad del Estado (ibíd., párrs. 14 a 17). El Sr. Barsegov prefería la responsabilidad civil del explotador, dejando que la obligación de reparar del Estado formase parte de la responsabilidad del Estado (2226.ª sesión, párr. 40). El Sr. Al-Khasawneh no tenía una opinión definitiva al respecto (ibíd., párr. 21). El Sr. Hayes desearía que pudiera decidir el Estado (2225.ª sesión, párr. 64). El Sr. Thiam no tenía nada que objetar a que la responsabilidad de los Estados fuera subsidiaria (ibíd., párr. 50), y el Sr. Koroma preferiría la responsabilidad de los Estados (2222.ª sesión, párr. 31). El Sr. Barboza resumió la situación señalando que la Comisión estaba prácticamente de acuerdo en que la responsabilidad civil debía tener prioridad y en que la responsabilidad de los Estados debía ser subsidiaria (2228.ª sesión, párr. 25).

[44] Véanse, por ejemplo, los artículos 1 y 3 propuestos por el Sr. Barboza en sus informes cuarto (*Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), pág. 256, documento A/CN.4/413) y quinto (*Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), pág. 143, documento A/CN.4/423). Para cuando se presentó el duodécimo informe (*Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 35, documento A/CN.4/475 y Add.1), las dos versiones del artículo 3 habían sido puestas entre corchetes.

obligación de notificar a los países en desarrollo todos los riesgos que entrañaba la exportación de tecnologías peligrosas. Tampoco tenían ninguna obligación de realizar esas operaciones con arreglo a las mismas normas en materia de seguridad y de rendición de cuentas que eran aplicables en el país de la nacionalidad de las empresas transnacionales. Además, los países en desarrollo no conocían los riesgos que entrañaban tales actividades y no tenían la capacidad de supervisar, con sus limitados recursos, las actividades peligrosas realizadas por empresas transnacionales dentro de su territorio. En esas circunstancias, se argumentó que se podría imponer al Estado de la nacionalidad de las empresas transnacionales la obligación de hacer que tal exportación de tecnologías peligrosas a los países en desarrollo se ajustase a normas internacionales. Además, se subrayó que ese Estado debía también aceptar la asignación de parte de las pérdidas resultantes de cualquier accidente que causase daños transfronterizos[45]. Ahora bien, este aspecto de la cuestión no halló mucho eco en los debates de la Comisión, y el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1996 no abordó la cuestión[46].

2. La responsabilidad causal u objetiva: ¿una base jurídica necesaria para un régimen internacional?

20. Con el enfoque adoptado por el Sr. Quentin-Baxter, sólo se examinó brevemente la responsabilidad causal como opción o posibilidad, pero de hecho se hizo hincapié en la negociación entre el Estado de origen y el Estado o los Estados afectados para conciliar los intereses al tratar de llegar a una solución en lo que se refería a la responsabilidad y la indemnización[47]. El Sr. Barboza exploró inicialmente la posibilidad de desarrollar más a fondo la opción de la responsabilidad causal, pero más adelante prefirió que esas cuestiones, así como las posibles reclamaciones basadas en la responsabilidad civil del explotador y de otras personas, se resolviesen ejerciendo acciones judiciales en el plano nacional. Apoyando ese planteamiento, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional señaló en 1996 que los artículos que recomendaba sobre la indemnización u otra forma de reparación «no siguen el principio de la responsabilidad 'causal' o 'absoluta' como se conoce generalmente»[48]. El Grupo de Trabajo añadió:

> Como en el derecho interno, el principio de justicia y equidad así como otras políticas sociales indican que debe indemnizarse a quienes han sufrido daños a causa de las actividades de otros. [...] Por tanto, el capítulo III prevé dos procedimientos mediante los cuales las partes lesionadas pueden buscar reparación: ejercitando una acción en los tribunales del Estado de origen o celebrando negociaciones entre el Estado de origen y el Estado o Estados afectados. Naturalmente, ambos procedimientos se entienden sin perjuicio de cualquier otro acuerdo que puedan haber concertado las partes, así como del legítimo ejercicio de la jurisdicción de los tribunales de los Estados en que se produjeron los daños. Esta jurisdicción puede existir en virtud de los principios pertinentes de derecho internacional privado. Si tal jurisdicción existe, no resulta afectada por los presentes artículos[49].

21. Este planteamiento de 1996, consistente en separar las cuestiones de la responsabilidad y de la indemnización tanto de la esfera de la responsabilidad civil como de la esfera del derecho internacional privado, tiene sus ventajas. Al tratar de acercar a los Estados interesados, ese enfoque facilita la pronta resolución de las cuestiones relativas a la reparación y a la indemnización de las víctimas inocentes, sin largas actuaciones judiciales sobre los conflictos de jurisdicción, la ley aplicable, la distribución de la responsabilidad entre los diferentes interesados y, finalmente, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias dictadas. Tiene igualmente el mérito de no impedir el ejercicio de las acciones judiciales basadas en otros motivos válidos.

22. Son también comprensibles las vacilaciones que hay para vincular la responsabilidad de los Estados con la responsabilidad causal. Esas vacilaciones se deben principalmente a la idea de que en la práctica internacional, como es el caso entre los Estados, esa forma de responsabilidad no se acepta en relación con las actividades que se considera que se pueden lícitamente realizar en la jurisdicción interna de los Estados de conformidad con sus derechos soberanos. En lo que se refiere a la responsabilidad causal u objetiva, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional señaló en 1996 que:

> Como cuestión de aplicación general, sería difícil, si no imposible, defender la norma de la responsabilidad estricta de todas y cada una de las pérdidas causadas por actividades realizadas legítimamente en el territorio de un Estado o en otro lugar que esté bajo su jurisdicción o control. Por supuesto, puede incluirse tal norma en un tratado, pero esto no muestra necesariamente cuál sería la norma de derecho internacional general independientemente del tratado[50].

23. Señaló también que los conceptos de responsabilidad causal u objetiva, que:

> son habituales y están explicitados tanto en el derecho interno de muchos Estados como en derecho internacional en relación con

---

[45] Pueden verse las opiniones expresadas por los Sres. Shi (sobre las dificultades con que se enfrentan los países en desarrollo), Sreenivasa Rao y Pawlak (sobre la necesidad de instituir una responsabilidad de las empresas transnacionales), en *Anuario... 1991*, vol. I, 2225.ª sesión, págs. 123 y 124, párrs. 29, 37 y 38, y 2226.ª sesión, pág. 128, párr. 5. Véase también Francioni, «Exporting environmental hazard through multinational enterprises: can the State of origin be held responsible?».

[46] En cuanto al informe del Grupo de Trabajo de 1996, véase la nota 29 *supra*.

[47] El Sr. Barboza explicó bien esto (*Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 163, párrs. 46 y 47). Señaló que:

> «En cuanto a la responsabilidad 'estricta', los anteriores informes dirigen considerable esfuerzo, en primer término [...], a amortiguar sus efectos, y luego también a considerarla sólo como uno de los varios factores que fundamentan en derecho la reparación que eventualmente se otorgue, en casos de daños sin régimen convencional. [...] Este segundo pie estaría constituido, acaso, por la naturaleza 'casi' contractual de dichas expectativas. [...] Así, el anterior Relator Especial señala en su tercer informe:
>
> 'Al final, cuando se han dejado a un lado todas las oportunidades de construcción de un régimen, o, subsidiariamente, cuando se ha producido una pérdida o un daño que nadie hubiera previsto, existe el compromiso, del género de la responsabilidad causal, de compensar la pérdida'».

[48] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 141, párr. 1 del comentario general al capítulo III.

[49] Ibíd.

[50] Ibíd., pág. 123, párr. 3 del comentario al artículo 5, en el que se hace referencia a algunos tratados internacionales y a otra práctica de los Estados por los que se adopta la responsabilidad causal u objetiva como base jurídica de la indemnización.

determinadas actividades, 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[51].

24. Por otra parte, después de estudiar cierto número de incidentes en los que los Estados, sin admitir ninguna responsabilidad, pagaron una indemnización a las víctimas de daños transfronterizos sensibles, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que «la tendencia a exigir indemnización tiene una base pragmática y no teórica en una teoría coherente de la responsabilidad»[52].

25. Varios comentaristas compartieron la opinión expresada en 1996 por el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. Tomuschat estimó que un régimen general de responsabilidad causal u objetiva se establece por tratados solamente en el caso de las actividades especialmente peligrosas. Boyle señaló que «la dificultad con la responsabilidad causal como principio del derecho internacional es que, aunque algunos comentaristas argumentan que es un principio general del derecho aplicable a las actividades especialmente peligrosas[53], hay pocos indicios coherentes de que exista una práctica estatal que apoye esa opinión»[54]. Además, según este autor:

> En las formulaciones adoptadas en tratados, tales como la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, se observa una clara preferencia por, a lo sumo, la imposición de responsabilidad solamente en caso de infracción de obligaciones internacionales, definidas desde el punto de vista del control diligente de las fuentes de daños ambientales[55].
>
> Los ejemplos de imposición de responsabilidad directa y objetiva de los Estados en casos de daños, tal como en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, continúan siendo excepcionales. En vez de ello, los Estados han restado importancia a su propia responsabilidad por los daños causados por la contaminación. De hecho, muchos tratados modernos de reglamentación, tales como el Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, Ginebra, 1979, bien hacen totalmente caso omiso de la cuestión, bien la dejan para su ulterior desarrollo[56].

[51] Ibíd., pág. 141, párr. 1 del comentario general al capítulo III. Para llegar a esta conclusión, el Grupo de Trabajo dispuso del estudio «Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de 'las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional'», preparado por la Secretaría, *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 67, documento A/CN.4/471.

[52] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 127, párr. 32 del comentario al artículo 5.

[53] Véase Jenks, «Liability for ultra-hazardous activities in international law», y Smith, *State Responsibility and the Marine Environment: the Rules of Decision*, págs. 127 y 128.

[54] «Making the polluter pay? Alternatives to State responsibility in the allocation of transboundary environmental costs». En lo que se refiere a las reivindicaciones estatales en caso de daño nuclear, véase Boyle, «Nuclear energy…». Sobre el accidente de *Chernóbil, véase Sands, Chernobyl-Law and Communication: Transboundary Nuclear Air Pollution-The Legal Materials*, págs. 26 y 27, y Boyle, «Chernobyl and the development of international environmental law».

[55] Los ejemplos citados son el Convenio sobre Contaminación Atmosférica Transfronteriza a Larga Distancia, art. 2; el Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, arts. II y IV; el Convenio para la prevención de la contaminación marina de origen terrestre, art. 1; el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, art. 2, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, arts. 194 y 207 a 212.

[56] Boyle, «Making the polluter pay?...», págs. 365 y 366.

3. Delimitación de las actividades que han de incluirse

26. Con respecto a la delimitación de las actividades, se plantean dos cuestiones: una de ellas se refiere al tipo de actividades comprendidas, y la otra a los criterios que permitan delimitar el elemento transfronterizo. El Sr. Quentin-Baxter estimó que en el ámbito de las actividades en cuestión tenía cabida una gran diversidad de «actividades y situaciones», incluyendo peligros tales como la contaminación atmosférica, que eran insidiosos y podían tener efectos acumulativos masivos[57]. El Sr. Barboza aceptó ese amplio ámbito, pero no juzgó que fuera útil hacer referencia a las «situaciones»[58] además de a las «actividades». Se planteó asimismo la cuestión de si era conveniente indicar expresamente en una lista las actividades comprendidas en el proyecto de artículos. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional examinó la cuestión en 1995[59] y estimó que, a los efectos del estudio, no era necesaria ninguna lista en ese momento y recomendó que se considerasen pertinentes las actividades mencionadas en algunos instrumentos que trataban de cuestiones transfronterizas[60]. Aceptando esa recomendación, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional definió en 1996 más en detalle el concepto de riesgo, que era fundamental para delimitar las actividades, reiterando la definición aprobada provisionalmente por la Comisión en 1994, en el sentido de que significaba actividades que implicaban «pocas probabilidades de causar un daño catastrófico y muchas probabilidades de causar otro daño sensible» (art. 2, apdo. *a*)[61].

27. Sin embargo, para delimitar ese amplio ámbito, los dos Relatores Especiales aplicaron tres criterios que

[57] Se mencionaron las siguientes actividades (*Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), pág. 214, nota 8):

> «[L]a utilización y regulación de los ríos que atraviesan o forman una frontera internacional y la evitación de los daños causados por las crecidas y el hielo; el aprovechamiento de la tierra en las zonas fronterizas; la propagación, a través de las fronteras nacionales, del fuego o cualquier fuerza explosiva o de enfermedades humanas, de animales o de plantas; las actividades que puedan ocasionar la contaminación transfronteriza del agua potable, de las aguas costeras o del espacio aéreo nacional, o la contaminación del medio humano compartido, incluidos los océanos y el espacio ultraterrestre; el desarrollo y el uso de la energía nuclear, incluido el funcionamiento de las instalaciones nucleares y de los buques nucleares y el transporte de materiales nucleares; las actividades de modificación del clima; el sobrevuelo de aeronaves y de objetos espaciales que entrañe el riesgo de daños accidentales en la superficie de la Tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre; y las actividades que afecten materialmente a zonas comunes o a recursos naturales en los que otros Estados tienen derechos o intereses».

[58] Las «situaciones» se definen como «un estado de cosas en el territorio o bajo el control del Estado de origen que da o puede dar lugar a consecuencias materiales con efectos transfronterizos», y como ejemplos de ellas se mencionan una mancha de aceite que se aproxime, el peligro creado por inundaciones o por hielo a la deriva o los riesgos resultantes del estallido de un incendio o de brotes de plagas o enfermedades (*Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), pág. 174, documento A/CN.4/383 y Add.1, párrs. 31 y 32).

[59] Véase *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 91, párr. 408.

[60] Esos instrumentos son: el Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo; la Convención sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales, y el Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente.

[61] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 111.

definían los «daños transfronterizos». Las actividades han de realizarse en el territorio o bajo el control o la jurisdicción del Estado de origen. Las actividades han de entrañar el riesgo de causar un daño transfronterizo sensible. Finalmente, el daño ha de deberse a las «consecuencias físicas» (art. 1) de tales actividades o ha de ser determinable por el claro efecto físico directo y la relación de causalidad existentes entre la actividad en cuestión y el daño o perjuicio sufridos. Tal delimitación excluiría del campo de aplicación de los artículos, por ejemplo, el daño causado al patrimonio común de la humanidad, que está situado fuera de cualquier jurisdicción nacional, o el daño al medio ambiente no situado dentro de la jurisdicción nacional, o la contaminación atmosférica y la contaminación larvada no atribuibles a ninguna fuente, así como las consecuencias económicas que las políticas y decisiones de un Estado pueden tener sobre otro.

28. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional examinó estas cuestiones una vez más en 1996, pero se mostró reacio a ampliar el campo de aplicación y aprobó los criterios indicados más arriba para delimitar las actividades. Como observó un comentarista, esa moderación era necesaria para que la labor de la Comisión sobre ese difícil tema resultase aceptable para la mayoría de los Estados[62]. En otro comentario, en el que se lamentaba la falta de progresos en los trabajos sobre la responsabilidad por daños transfronterizos, parecía que se apoyaba una limitación más pragmática del alcance del proyecto de artículos, al recomendar «la promulgación de un régimen de responsabilidad internacional que favorezca los intereses de los Estados hasta tal punto que éstos cedan parte de sus derechos soberanos para participar en el sistema»[63].

4. Umbral del daño: el daño sensible como criterio necesario

29. En lo que se refería al umbral de los daños comprendidos, el problema estribaba en designar el nivel de daños que se considerase inaceptable y que, por consiguiente, justificase la adopción de medidas correctivas, incluyendo una indemnización apropiada. Para el Sr. Quentin-Baxter, no todo daño transfronterizo era ilícito. En consecuencia, mencionó la «gravedad» de la pérdida o del daño como uno de los factores que sugería se tuvieran en cuenta para establecer un equilibrio de intereses (plan esquemático, secc. 6, párr. 2)[64]. El Sr. Barboza estaba de acuerdo, pero creía que el concepto de riesgo era relativo y podía variar en función de una serie de factores. Estimaba que esta cuestión se prestaba mejor a ser resuelta por los Estados cuando éstos negociasen un régimen aplicable a actividades específicas que creasen un riesgo de daño transfronterizo[65].

30. La cuestión tenía que seguir siendo examinada a causa de las persistentes discrepancias de opinión que existían entre los miembros de la Comisión y entre los Estados. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1996 opinó que:

> es legítimo inducir de la práctica bastante diversa [...] examinada el reconocimiento —aunque, en algunas ocasiones, *de lege ferenda*— del principio de que la responsabilidad debe dimanar de la manifestación de un daño transfronterizo *sensible** causado por actividades tales como las mencionadas en el artículo 1, incluso si esas actividades no están prohibidas por el derecho internacional y, por consiguiente, no están sujetas a las obligaciones de cesación o de *restitutio in integrum*[66].

31. Se aclaró que esto significaba algo que no era de minimis o insignificante, pero era más que «detectable», aunque no llegase a alcanzar el nivel de «grave» o «sustancial». Además, el daño debía producir un efecto realmente perjudicial en esferas tales como la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados, efectos que debían poder medirse con arreglo a criterios fácticos y objetivos[67].

32. Aunque las recomendaciones que anteceden, formuladas por el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional en 1996, y sus grandes líneas podrían considerarse como una contribución positiva[68], la Comisión no pudo apoyarlas en 1996

[62] Magraw (*loc. cit.*, pág. 322) observó que «lo esencial será definir el alcance del tema de forma suficientemente modesta como para no fomentar el incumplimiento».

[63] Comentarios de los editores de la *Harvard Law Review*, «Trends in International Environmental Law», reproducidos en Guruswamy, Palmer y Weston, *International Environmental Law and World Public Order: A Problem-Oriented Coursebook*, pág. 332.

[64] *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), pág. 77.

[65] *Anuario... 1987*, vol. II (segunda parte), pág. 41, párr. 127.

[66] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 127, párr. 32 del comentario al artículo 5. La conclusión de que las actividades que dan lugar a responsabilidad no tienen necesariamente que estar sujetas a obligaciones de cesación o de restitutio in integrum se considera importante «en los casos en que no se puede razonablemente evitar el daño, puesto que si no habría que poner fin a tales actividades» (Boyle, «Codification of international environmental law…», pág. 77). Al mismo tiempo, se estimó que no era necesario que el Grupo de Trabajo llegase a esta conclusión partiendo de una distinción hecha según que las actividades fueran «no prohibidas» o «prohibidas». Boyle señaló (ibíd., págs. 77 y 78) que, incluso en el marco de la responsabilidad de los Estados, no sería necesaria la cesación de las actividades si lo que daba lugar a esa responsabilidad eran las consecuencias ilícitas de las actividades, como era el caso en el asunto Fonderie de Trail (Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.º de venta 1949.V.2), pág. 1905).

[67] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 119, párrs. 4 y 5 del comentario al artículo 2. Sands observó que «la práctica de los Estados, las decisiones de los tribunales internacionales y la doctrina jurídica hacen pensar que el daño ambiental ha de ser 'sensible' o 'sustancial' (o, posiblemente, 'apreciable', que indica un umbral ligeramente menos oneroso) para que haya responsabilidad» (*Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, pág. 635). El mismo autor (ibíd., pág. 246), refiriéndose al intercambio de notas entre el Presidente de la CIJ, Sr. Waldock, y el Gobierno de Australia en los casos *Essais nucléaires* (Australie *c.* Francia, fallo, y Nueva Zelandia *c.* Francia, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253 y 457, respectivamente; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 133 y 134), señaló que, aunque un daño insignificante o un daño causado por actividades realizadas en beneficio de la comunidad no daban lugar a responsabilidad, un daño sensible o un daño causado incluso por tales actividades sí daba lugar a responsabilidad.

[68] Según Boyle («Codification of international environmental law…», pág. 78), la orientación principal de la recomendación de la Comisión es conseguir que la comunidad internacional apruebe la proposición de que:

> «los Estados tienen el derecho soberano de realizar actividades en su propio territorio, aun cuando esas actividades causen un daño inevitable a otros Estados (excepto en el caso de las pocas actividades que, por acuerdo o en virtud de alguna otra norma jurídica, no están permitidas), siempre que paguen una indemnización equitativa

tanto por falta de tiempo como, sobre todo, por falta de acuerdo sobre otras cuestiones, como la importancia atribuida a la responsabilidad de los Estados y el trato dado a la prevención como parte de un régimen de la responsabilidad.

5. Prevención y responsabilidad: conceptos distintos pero relacionados

33. En lo que se refería a la cuestión del vínculo entre la prevención y la responsabilidad, un grupo de trabajo de la Comisión establecido en 1997 examinó la labor realizada sobre el tema desde 1978. El Grupo de Trabajo estimó que «el ámbito y el contenido del tema seguían sin ser claros debido a factores como dificultades conceptuales y teóricas, la idoneidad del título y la relación de la cuestión con la 'Responsabilidad de los Estados'»[69]. Observó además que las cuestiones de la prevención y de la responsabilidad «eran distintas entre sí, aunque estuvieran relacionadas»[70]. Se recomendó que esas cuestiones se examinasen por separado. En cuanto al estudio de la cuestión de la responsabilidad, el Grupo de Trabajo estimó que se podía esperar a recibir más observaciones de los Estados. No obstante, habría que adaptar el título del tema en función del ámbito de aplicación y del contenido del proyecto de artículos[71].

34. La Comisión apoyó esas recomendaciones en 1997 y nombró a un nuevo Relator Especial para el subtema de la prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas[72].

35. En 1998, basándose en las propuestas formuladas por el Relator Especial[73], así como en el ulterior examen del régimen de prevención, la Comisión adoptó decisiones sobre el ámbito del proyecto de artículos, en particular sobre la cuestión del umbral de los daños que quedarían comprendidos en el alcance del proyecto de artículos. Primero, los artículos tratarían solamente de las actividades que crean un riesgo de daños transfronterizos. Segundo, se debía prevenir el riesgo de un daño sensible. Tercero, el daño había de ser un daño transfronterizo con consecuencias materiales. Así pues, el proyecto de artículos no trataría de la contaminación larvada, de la contaminación procedente de fuentes múltiples ni del daño al patrimonio común de la humanidad. Cuarto, la definición de daño que se adoptase abarcaría el daño a las personas o bienes o al medio ambiente situados dentro de la jurisdicción y sometidos al control del Estado afectado. Se admitió sin dificultad que las actividades u otros tipos de daños no comprendidos en el ámbito de aplicación eran igualmente importantes, pero, como se les aplicaba un conjunto de consideraciones diferente, se estimó que convenía estudiarlos con arreglo a un nuevo mandato de la Asamblea General.

36. La reacción de la Asamblea General a las propuestas de la Comisión sobre el tema de la prevención fue favorable. Buena parte de los miembros de la Asamblea continuaron insistiendo en que la principal razón de ser del tema asignado para el estudio era la responsabilidad y en que el estudio debía también concluirse sin demora una vez finalizado el proyecto de artículos sobre la prevención. Esta petición se repitió en 2001, cuando la Comisión concluyó la segunda lectura del proyecto de artículos sobre la prevención, en cuyo momento la Asamblea tomó nota de ese proyecto de artículos e instó a la Comisión a que pasase rápidamente al estudio de la responsabilidad, teniendo en cuenta la interrelación existente entre la prevención y la responsabilidad, así como la evolución del derecho internacional y las observaciones de los gobiernos[74].

6. Ulteriores trabajos sobre la responsabilidad: atención prioritaria a los modelos de asignación de la pérdida

37. En el 54.° período de sesiones de la Comisión, en 2002, se estableció un grupo de trabajo para que considerase los posibles enfoques del estudio del tema de la responsabilidad. El Grupo de Trabajo recomendó que la Comisión[75]:

a) Se concentrase en el daño causado por diversas razones pero que no entrañase la responsabilidad del Estado;

b) Tratase más bien el tema como asignación de la pérdida entre las distintas partes que intervenían en las actividades peligrosas, como, por ejemplo, quienes las autorizaban o gestionaban o quienes se beneficiaban de ellas;

c) Limitara el alcance del tema a las mismas actividades que las comprendidas en el régimen de prevención aprobado por la Comisión en 2001[76];

d) Incluyera las pérdidas causadas a las personas, a los bienes, incluidos los elementos del patrimonio del Estado y del patrimonio nacional, y al medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional.

38. La atención prioritaria prestada a la asignación de la pérdida en vez de a la elaboración de un régimen internacional de responsabilidad está plenamente en consonancia con la nueva forma de pensar sobre la cuestión, que se centra en facilitar un sistema más equitativo y rápido

por el daño causado. Si la Comisión puede conseguir que se apoye internacionalmente esa proposición, habrá hecho un progreso considerable y habrá aportado un útil elemento de flexibilidad en la labor encaminada a lograr el equilibrio más amplio de intereses que esos artículos, en su conjunto, tratan de establecer en las relaciones transfronterizas.»

[69] *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 60, párr. 165. En los párrafos 165 a 167 se refleja el informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1997.

[70] Ibíd.

[71] Ibíd., párr. 167.

[72] Ibíd., párr. 168.

[73] *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/487 y Add.1, párrs. 111 a 113.

[74] Véase la nota 2 *supra*.

[75] Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 442 a 457.

[76] En cuanto a las razones para limitar el alcance del tema, véase el primer informe del Relator Especial, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), párrs. 71 a 86, y 111 a 113 (particularmente las recomendaciones formuladas en el párrafo 111, apdos. *a*, *b*, *c*, *f* y *g*).

de indemnización de las víctimas de daños transfronterizos. Dadas las dificultades y las limitaciones de los regímenes tradicionales de responsabilidad extracontractual o de responsabilidad civil, el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1996 ya había adoptado un enfoque más flexible, disociado de las vías de recurso del derecho privado o de la responsabilidad causal u objetiva como base del sistema de indemnización propuesto. Los expertos en cuestiones jurídicas y de política que se ocupan de los daños transfronterizos vienen también orientándose, desde algún tiempo, al desarrollo de sistemas adecuados de asignación de la pérdida, con miras a promover un reparto más equitativo de la pérdida y a lograr que se atiendan de forma rápida y suficiente las reivindicaciones de las víctimas.

39. También se sugirió que la Comisión examinase el umbral necesario para iniciar la aplicación del régimen de asignación de la pérdida causada. A este respecto se podían mencionar dos opiniones. Una de ellas propugnaba el mantenimiento del «daño sensible» como factor de activación, en tanto que la otra se inclinaba por un umbral más alto que el establecido para la aplicación del régimen de prevención. Por otro lado, también se sugería que se estableciera un umbral menor que el «daño sensible» para la responsabilidad y, por ende, para las demandas de indemnización[77]. Generalmente, en el contexto de la responsabilidad se subraya, como en el caso de la prevención, la necesidad de un umbral de daños para poder presentar las peticiones de indemnización. Si pueden servir de orientación los asuntos *Fonderie de Trail*[78] o *Lac Lanoux*[79], es evidente que lo que da derecho a la indemnización es un umbral de daños «apreciable» o «grave» o «sensible» o «sustancial», y no unos daños que sean insignificantes o *de minimis*. Si se estudian las deliberaciones de la Comisión sobre la cuestión, resulta evidente que en los debates sobre el alcance del proyecto de artículos, el establecimiento del umbral de daños y la definición de daños, no se hizo ninguna distinción entre la prevención, por una parte, y la responsabilidad y la indemnización, por otra. Por consiguiente, parece razonable no volver a abrir ese debate y, en vez de ello, apoyar la decisión anterior de la Comisión de designar el «daño sensible» como umbral para que entre en juego la obligación de indemnizar.

40. Merece apoyo la recomendación del Grupo de Trabajo de 2002 de que la definición de daño puede también incluir el patrimonio nacional y el patrimonio cultural como parte de la pérdida de bienes. La definición de daño examinada por la Comisión se refería solamente a las pérdidas causadas a las personas, los bienes y el medio ambiente en el ámbito de la jurisdicción nacional. En aquel momento había algunas dudas sobre la forma óptima de dar cabida a los daños al patrimonio nacional y al patrimonio cultural. El Sr. Barboza, en su undécimo informe[80], recomendó que los daños causados al patrimonio cultural, como categoría de daños, se considerasen junto con los daños causados a los bienes.

41. A su juicio, los daños al medio ambiente debían comprender los daños causados a los elementos naturales o componentes del medio ambiente y la pérdida o disminución de valores ambientales causadas por el deterioro o la destrucción de tales componentes. Además, los daños al medio ambiente *per se* pero situados dentro de la jurisdicción y el control de un Estado debían estar incluidos en la definición de daños ambientales, ya que afectaban a toda la comunidad de los pueblos. Ahora bien, en ese caso la parte lesionada era el Estado en su conjunto. Tal enfoque seguiría excluyendo los daños o perjuicios causados al medio ambiente *per se* del patrimonio común de la humanidad, es decir, a las zonas no sometidas a la jurisdicción o al control de ningún Estado. Las tendencias contemporáneas que se analizan más abajo parecen haber servido de base, hasta cierto punto, para esta recomen-dación[81].

42. Antes de pasar a analizar con algún detalle diversos modelos de asignación de la pérdida entre las diferentes partes a los efectos de evaluar las tendencias contemporáneas en el establecimiento de modelos de asignación de la pérdida, sería oportuno recordar algunas de las políticas en que se basan esas tendencias.

C.—Algunas consideraciones de política

43. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1996 señaló que el principio de la responsabilidad debía basarse en ciertas consideraciones amplias de política: *a*) cada Estado ha de tener, dentro de su territorio, toda la libertad de elección que sea compatible con los derechos y los intereses de otros Estados; *b*) la protección de tales derechos e intereses exige que se adopten medidas de prevención y, si no obstante se causan daños, medidas de reparación,

[77] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, declaraciones del Uruguay, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 41.

[78] Véase la nota 66 *supra*.

[79] Naciones Unidas, RSA, vol. XII (n.° de venta 63.V.3), pág. 281.

[80] *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 55, documento A/CN.4/468.

[81] Véanse las opiniones de Barboza, «The ILC and environmental damage», págs. 76 a 78. Véase también su undécimo informe (nota 80 *supra*). La definición de daño propuesta por el Relator Especial se examinó de forma preliminar en 1995. «Se declaró que la definición de daño debía ser razonablemente amplia, sin estar sobrecargada con detalles. En una etapa preliminar debía abarcar los siguientes elementos: pérdida de la vida, lesión personal u otro menoscabo de la salud, pérdidas o daños de los bienes dentro del Estado afectado, así como deterioro de los recursos naturales y humanos y del medio humano o cultural del Estado afectado» (*Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 90, párr. 396). En cuanto a la cuestión de si los daños, para que dieran derecho a indemnización, tenían que ser directos o por lo menos no ser remotos, se expresó una opinión preliminar en favor de que se incluyera tal criterio. Por otra parte, se hizo algún hincapié en que la finalidad primordial de la reparación era «restablecer el *statu quo ante*» (ibíd., párr. 401). En lo que se refiere a la opinión de que los daños al patrimonio cultural podrían incluirse en la definición de los daños ambientales, véase la definición aprobada por el Grupo de Trabajo del PNUMA, citado en Fitzmaurice, «International protection of the environment», pág. 228, quien citó asimismo la opinión del Relator Especial, Sr. Crawford, cuando estudiaba la cuestión de la responsabilidad de los Estados por daños, de que no se debería incluir en el proyecto de artículos ningún criterio basado en el carácter remoto de los daños: «Al igual que en el derecho interno, parece probable que diferentes pruebas de distancia puedan ser apropiadas para diferentes obligaciones o en diferentes contextos en relación con los intereses que la norma primaria aspira a proteger» (ibíd., pág. 232, y *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/517 y Add.1, párr. 33, apdo. *c*).

y *c*) en la medida en que esto sea compatible con esos dos principios, no se debe dejar que la víctima inocente sufra las pérdidas o los daños[82]. Como se recordará, el proyecto de régimen aprobado sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas en 2001[83] ya reflejaba los objetivos de política señalados en el punto *a*) y parcialmente los del punto *b*) mencionados anteriormente. En consecuencia, las actividades actuales de la Comisión deben orientarse más a poner en práctica las demás partes de la política, es decir, a alentar a los Estados a que concierten acuerdos internacionales, y a que promulguen las disposiciones legislativas pertinentes y pongan en práctica los mecanismos necesarios para la adopción de medidas correctivas rápidas y eficaces, incluyendo la indemnización en caso de daños transfronterizos sensibles.

44. Cabe señalar que, en general, se apoya la proposición de que cualquier régimen de responsabilidad y de indemnización debe tener por objetivo lograr que, en la medida de lo posible, la víctima inocente no tenga que soportar las pérdidas resultantes de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas. No obstante, se comprende que una indemnización plena y completa puede no ser posible en todos los casos. La definición del daño, la falta, a veces, de la necesaria prueba de las pérdidas y la falta de normas aplicables, además de las limitaciones de la responsabilidad del explotador y de las limitaciones con que funcionan los mecanismos de financiación contributiva y complementaria, militan contra la posibilidad de obtener tal indemnización plena y completa. En caso de reclamaciones colectivas por responsabilidad extracontractual, generalmente se paga una indemnización global, lo que siempre representa menos que un pago pleno y completo.

45. En todo caso, la función de cualquier régimen de asignación de la pérdida debe consistir en dar un incentivo a quienes se ocupan de actividades peligrosas para que adopten medidas de prevención o de protección a fin de evitar daños, en indemnizar los daños causados a cualquier víctima y en desempeñar una función económica consistente en internalizar todos los costos (externalidades)[84]. De hecho, estas funciones son mutuamente interactivas. En el contexto de la formulación de una política relativa a la responsabilidad ambiental al nivel de la Comisión Europea, se ha señalado que:

> La prevención y reparación de los daños ambientales importantes debe llevarse a cabo fomentando el principio con arreglo al cual «quien contamina, paga». [...] Uno de los principios fundamentales [...] debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente sea declarado responsable desde el punto de vista financiero a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños ambientales, a fin de que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras[85].

Además, parece que son de interés las cuestiones referentes a la armonización de las normas jurídicas concernientes a la indemnización. Como se ha señalado, «[l]a armonización puede ser un medio de evitar problemas de conflictos de leyes y contribuye a la creación, sobre una base regional, de ciertas expectativas compartidas»[86]. Además, tal armonización podría contribuir a «reducir la imprevisibilidad, la complejidad y el costo»[87] y podría conciliar «los intereses de los demandantes en poder elegir dentro de la base más amplia posible de leyes y de jurisdicciones y los intereses de los demandados en actuar de manera ambientalmente responsable»[88].

46. Durante los últimos años, teniendo presente la totalidad o parte de esas políticas, se han reforzado las disposiciones sobre la responsabilidad contenidas en anteriores instrumentos relativos a la contaminación causada por hidrocarburos y a los accidentes nucleares. Se han adoptado nuevos tratados o protocolos sobre la responsabilidad por sustancias y desechos peligrosos y nocivos. Se han celebrado negociaciones acerca de un protocolo sobre la protección del medio ambiente del Tratado Antártico. Asimismo se ha tratado de concertar un acuerdo internacional sobre la responsabilidad civil por otros peligros potenciales tales como los que pueden presentar los organismos modificados genéticamente. Es interesante observar, en la historia de las negociaciones, que los Estados, en la mayoría de los tratados concertados recientemente, intentaron resolver la cuestión de la asignación de la pérdida recurriendo a la responsabilidad civil. Así, establecieron «la responsabilidad directa del causante de la contaminación en el derecho nacional como medio óptimo de facilitar la obtención de una indemnización, sin tener que recurrir a reclamaciones interestatales o a las complejidades del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados»[89]. Esos tratados también indican que no puede haber ningún sistema único de asignación de la pérdida.

---

[82] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 123, párr. 4 del comentario al artículo 5.

[83] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 155, párr. 95.

[84] La Fayette, *loc. cit.*, pág. 179.

[85] *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (nota 4 *supra*), párr. 2 del preámbulo de la propuesta de directiva.

[86] Birnie y Boyle, *International Law and the Environment*, pág. 279.

[87] Ibíd.

[88] Ibíd., págs. 279 y 280.

[89] Ibíd., pág. 281.

CAPÍTULO II

Asignación de la pérdida

A.—Análisis sectorial y regional

1. CONVENIO INTERNACIONAL SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, CONVENIO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIÓN DE UN FONDO INTERNACIONAL DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS, Y PROTOCOLOS ANEXOS

47. El Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (en adelante Convenio de responsabilidad)[90], en su versión modificada por los Protocolos adicionales de 1976, 1984 y 1992, y el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (en adelante Convenio del Fondo)[91], y sus Protocolos adicionales de 1976, 1984[92] y 1992[93], regulan la responsabilidad civil por los daños derivados de la contaminación por hidrocarburos causada por buques[94]. Estos Convenios fueron celebrados bajo los auspicios de la OMI. El Convenio de responsabilidad establece la responsabilidad causal aunque limitada del propietario del buque por los daños causados por la contaminación resultante de derrames o descargas de hidrocarburos procedentes de una nave apta para la navegación marítima que esté transportando hidrocarburos a granel. Estos instrumentos también establecen un número limitado de excepciones que, en su caso, eximirán al propietario del buque del pago de cualquier indemnización[95].

48. Las partes en el Convenio de responsabilidad reconocieron que el propietario del buque puede no satisfacer en todos los casos todas las reclamaciones de indemnización por contaminación causada por hidrocarburos, bien porque sus fondos sean limitados, bien porque determinadas excepciones le eximan de pagar la indemnización, bien porque el importe de la indemnización reclamada exceda el límite de su responsabilidad. Por esta razón, los miembros de la OMI aprobaron en 1971 el Convenio del Fondo para conceder indemnizaciones complementarias a los reclamantes que no puedan obtener una indemnización total con arreglo al Convenio de responsabilidad. El Fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (FIDAC) se financia mediante el cobro de contribuciones a los importadores de hidrocarburos, que son principalmente empresas que reciben hidrocarburos transportados por mar a los territorios de los Estados partes.

49. Con arreglo a los Protocolos de 1992, el límite máximo de la responsabilidad del propietario del buque es de 59,7 millones de derechos especiales de giro (DEG); posteriormente, el FIDAC puede indemnizar por daños adicionales hasta un total de 135 millones de DEG (incluidas las cantidades recibidas del propietario) o, en caso de daños derivados de un fenómeno natural, de 200 millones de DEG[96].

---

[90] Entró en vigor el 19 de junio de 1975.

[91] Entró en vigor el 16 de octubre de 1978.

[92] Las modificaciones de 1984 nunca entraron en vigor.

[93] Para el texto de los Protocolos véase también Birnie y Boyle, Basic *Documents on International Law and the Environment*. Ambos Protocolos entraron en vigor el 30 de mayo de 1996.

[94] Además de estos convenios, dos acuerdos privados, uno celebrado por los propietarios de buques, el Acuerdo voluntario de los propietarios de buques cisternas relativo a la responsabilidad por la contaminación de hidrocarburos, y otro celebrado por las compañías petroleras, el Contrato relativo a un suplemento provisional de la responsabilidad de los buques cisterna por la contaminación causada por hidrocarburos, establecen un sistema «voluntario» destinado a indemnizar a las víctimas de la contaminación, especialmente a los gobiernos que llevan a cabo acciones preventivas o de rescate (véase, respectivamente, ILM, vol. VIII, n.° 3 (mayo de 1969), pág. 497, y vol. X, n.° 1 (enero de 1971), pág. 137). Estos acuerdos constituyen un elemento inseparable del sistema de indemnización. En relación con estos acuerdos, véase White, «The voluntary oil spill compensation agreements: TOVALOP and CRISTAL».

[95] El Convenio de responsabilidad establece en su artículo III, párr. 2, que no podrá imputarse responsabilidad alguna al propietario si prueba que los daños por contaminación:

«*a*) resultaron de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil e insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o

b) fue totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños, o

c) fue totalmente causado por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.»

Asimismo, el artículo III, párr. 3, dispone que «[s]i el propietario prueba que los daños por contaminación resultaron total o parcialmente de una acción u omisión intencionada para causar daños por parte de la persona que sufrió los daños, o de la negligencia de esa persona, el propietario podrá ser exonerado total o parcialmente de su responsabilidad frente a esa persona». Por el contrario, con arreglo al artículo V, párr. 2 (en su forma enmendada por el Protocolo de 1992), el propietario no tendrá derecho a limitar su responsabilidad en virtud del Protocolo «si se prueba que los daños ocasionados por contaminación se debieron a una acción o a una omisión suyas, y que actuó así con intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños» (véase también el artículo 4, párr. 3, del Protocolo de 1992 al Convenio del Fondo). En cuanto al Convenio del Fondo, con arreglo a su artículo 4, párrs. 2, apdos. *a* y *b*, y 3, el Fondo no estará obligado a pagar indemnizaciones en situaciones similares a las que se enumeran en el artículo III, párrs. 2 y 3, del Convenio de responsabilidad. Por lo demás, según el artículo 4, párr. 2, apdos. *a* y *b*, el Fondo tampoco estará obligado a pagar si la fuente de la contaminación por hidrocarburos es un barco de guerra o algún otro barco perteneciente a un Estado o explotado por él, y exclusivamente afectado, en el momento del siniestro, a un servicio no comercial del gobierno; o si el demandante no puede demostrar que el daño sea consecuencia del siniestro de uno o más barcos. En todo caso, con arreglo al artículo 4, párr. 3, el Fondo estará exento de pagar indemnización en la medida en que lo esté el propietario. No obstante, el Fondo no estará exento de pagar indemnización por las medidas preventivas (de respuesta) adoptadas.

[96] Art. V, párr. 1 del Convenio de responsabilidad, y art. 4 del Convenio del Fondo, ambos en su forma enmendada por los Protocolos de 1992. A raíz del naufragio del *Erika* frente a las costas francesas en 1990, el límite máximo se elevó a 89,77 millones de DEG, con efecto al 1.º de noviembre de 2003 (OMI, LEG 82/12, anexo 2, resolución LEG.1(82)). Con arreglo a las enmiendas al Protocolo de 1992 del Convenio del Fondo, aprobadas en 2000 y que entrarán en vigor en noviembre de 2003, las cantidades se elevaron de 135 a 203 millones de DEG. Si tres de los Estados contribuyentes al FIDAC reciben más de

50. El Convenio de responsabilidad define la expresión «daños por contaminación», en los que se incluye el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o daños adicionales causados por tales medidas preventivas[97]. Las medidas preventivas se definen como todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona *después* de que se ha producido el daño con objeto de impedirlo o minimizarlo.

51. Comoquiera que la definición de daños por contaminación contenida en el Convenio de responsabilidad era excesivamente genérica y ambigua, en 1984 las partes en dicho Convenio y en el Convenio del Fondo intentaron esclarecer su significado y alcance. Según esta definición, por «daños por contaminación» se entienden:

a) pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien la indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse;

b) el costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas.

52. Esta definición tenía por objeto reconocer el derecho a percibir indemnización por las pérdidas económicas directas que sufran las personas, sus bienes y su situación económica como consecuencia de los daños causados al medio ambiente. Por lo tanto, su intención específica era excluir la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente *per se*[98]. Esta definición no pudo ser aprobada como enmienda a los Convenios de responsabilidad y del Fondo por la decisión de los Estados Unidos de no participar. Para superar este escollo, las partes intentaron celebrar dos nuevos Protocolos en 1992, anexos a los Convenios de responsabilidad y del Fondo que incluían la definición de «daños por contaminación» de 1984. Antes de que los dos Protocolos entraran en vigor en 1996, algunos reclamantes intentaron ampararse en esta definición para solicitar indemnizaciones por daños causados al medio ambiente *per se*. El FIDAC entendió que sólo eran aceptables las demandas que incluyeran un daño económico cuantificable, mensurable en términos monetarios, y no las basadas en el deterioro del medio ambiente per se. En algunos casos, el FIDAC llegó a acuerdos extrajudiciales[99].

53. Para aclarar aún más la cuestión, en 1993 la Asamblea del Fondo estableció un grupo de trabajo entre períodos de sesiones[100]. Como consecuencia de su labor, el Grupo de Trabajo observó que el FIDAC sólo debería pagar cuando existiera una pérdida económica cuantificable y verificable, así como por las medidas que fueran objetivamente razonables en el momento en que se tomaron.

54. En cuanto a los costos de restauración, el Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones señaló que, para que dieran lugar a indemnización, debían ser razonables; las medidas tomadas no debían ser desproporcionadas en relación con los resultados obtenidos o los resultados que sería razonable esperar; y las medidas debían ser apropiadas y tener posibilidades razonables de éxito. En relación con un caso concreto de vertido de hidrocarburos, también acordó que el FIDAC debía pagar el costo de los estudios científicos destinados a valorar el alcance y la naturaleza precisos de los daños causados al medio ambiente y a evaluar la necesidad de adoptar medidas de restauración. Asimismo, el Grupo de Trabajo recomendó que la indemnización cubriera el costo de las medidas que efectivamente se hayan tomado o hubieran de tomarse. La Asamblea del FIDAC respaldó estas recomendaciones en 1994[101]. Sin embargo, parece que hasta la fecha no se ha formulado ninguna reclamación por reparación ni se ha pagado indemnización alguna por este concepto.

a) *Daños por contaminación por hidrocarburos y posición especial de los Estados Unidos con arreglo a la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990*[102]

55. La posición del FIDAC en lo que se refiere a los daños por contaminación por hidrocarburos que se ha descrito difiere de la posición de los Estados Unidos. Esta última cambió a raíz del desastre causado por el derrame de petróleo del *Exxon Valdez* en 1989, que provocó daños en gran escala en la costa de Alaska, especialmente sensible desde el punto de vista ambiental[103]. El costo de la remoción y la restauración excedió con mucho las cantidades

600 millones de toneladas de hidrocarburos al año, el límite máximo se elevará de 200 millones a 300.740.000 DEG.

[97] Por daños por contaminación se entienden las «pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas» (art. I, párr. 6). Sin embargo, no se da definición alguna de «contaminación» ni de «polución». Por regla general, se entiende que la «contaminación» hace referencia a la introducción antropogénica de sustancias o energía en el mar, y «polución» se refiere a sus efectos nocivos. Para una definición representativa de estos términos, véase, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Su artículo 1, párr. 4, define la «contaminación del medio marino» como «la introducción por el hombre [...] de sustancias o de energía en el medio marino [...] que produzca o pueda producir efectos nocivos». Actualmente, se intenta modificar de nuevo esta definición para que refleje el enfoque preventivo (La Fayette, *loc. cit*., pág. 153, nota 16).

[98] Ibíd., pág. 156.

[99] Véanse las reclamaciones de Italia en los asuntos *Patmos*, en 1985, y *Haven*, en 1991. En estos casos, los tribunales italianos hicieron lugar a las demandas entabladas por el Gobierno de Italia en su calidad de administrador del patrimonio nacional, por daños causados al medio ambiente *per se*. Para un análisis del asunto *Patmos*, véase Sands, *Principles*…, págs. 663 y 664, y Maffei, «The compensation for ecological damage in the 'Patmos' case». Sobre el acuerdo concertado por el Gobierno de Italia en el asunto *Haven*, véase *Fondos internacionales de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, Informe anual 1999*, pág. 46.

[100] FIDAC, Actas de las decisiones adoptadas por la Asamblea en su 17.º período de sesiones (FUND/A.17/35, 21 de octubre de 1994), párr. 26.1.

[101] Ibíd., párr. 26.8.

[102] Código de los Estados Unidos, título 33, cap. 40, seccs. 2701 y ss.

[103] Después del desastre causado por el derrame de petróleo del *Erika* frente a las costas occidentales francesas en diciembre de 1999, en las reuniones de un grupo de trabajo creado a propuesta de Francia para estudiar la posible enmienda del régimen de los Convenios de responsabilidad y del Fondo, se sugirió que se revisara la definición de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. No obstante, hasta ahora no se han anunciado progresos sobre este particular (La Fayette, *loc. cit*., pág. 159).

admisibles con arreglo al Convenio del Fondo. Además, como la definición de «daños por contaminación» que el FIDAC intentaba elaborar en 1984 no incluía los daños al medio ambiente per se, los Estados Unidos no se adhirieron a los Convenios revisados de responsabilidad y del Fondo, y decidieron aprobar su propia Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990, de carácter más riguroso.

56. Hay algunas diferencias importantes entre la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 de los Estados Unidos y el régimen internacional[104]. En primer lugar, la responsabilidad corresponde a «cualquier persona que sea propietaria o explote o haya tomado el buque en virtud de un contrato de fletamento con cesión temporaria de su posesión y control» (secc. 2701 32 A) y no sólo al propietario de éste; y se incurrirá en responsabilidad por cualquier derrame de hidrocarburos y no sólo por el de hidrocarburos persistentes. La responsabilidad es causal y mancomunada y solidaria. La Ley prevé excepciones más limitadas que el régimen internacional. Así pues, sólo hay tres excepciones: fuerza mayor, acto de guerra y acto u omisión de un tercero. Los «terceros» se definen de modo restrictivo. Los actos u omisiones de un tercero ligado por una relación contractual con la parte responsable no podrán invocarse como excepciones con arreglo a esta Ley, a menos que la parte responsable pueda demostrar que obró con la debida diligencia y tomó precauciones contra actos u omisiones previsibles. Por lo demás, estas limitadas excepciones no podrán hacerse valer si la parte responsable no procede, o se niega, a informar del accidente o a prestar asistencia y cooperación razonables en relación con las actividades de remoción que requiera el accidente o a cumplir determinadas órdenes. Del mismo modo, la Ley de 1990 no permite invocar la excepción basada en la negligencia del gobierno responsable de mantener ayudas a la navegación, como faros, mientras que ello sí puede hacerse valer con arreglo al régimen internacional.

57. Asimismo, la responsabilidad del operador es limitada. Las partes responsables pueden compensar sus propios costos de limpieza con cargo a los límites de responsabilidad. Si se supera el límite, la responsabilidad corresponderá al arrendatario o titular de un permiso de la zona en que se realicen las actividades, también hasta un límite. Con arreglo a la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990, al igual que sucede en el régimen internacional, la limitación no podrá invocarse si el accidente ha sido causado por «negligencia grave o conducta indebida intencional de la parte responsable» (secc. 2704 *c*). Sin embargo, a diferencia del régimen internacional, la limitación tampoco podrá hacerse valer si el accidente se debe a la «violación de una reglamentación federal aplicable sobre seguridad, construcción o funcionamiento» por la parte responsable; o si ésta no procede, o se niega, a informar del accidente o a prestar asistencia y cooperación razonables en relación con las actividades de remoción, o a cumplir determinadas órdenes. Además, si el límite no se excede con arreglo a la Ley, nada impide a los distintos estados de los Estados Unidos imponer requisitos adicionales de responsabilidad con arreglo a su propia legislación. A este respecto, el régimen internacional se rige únicamente por la prueba de la «culpa o connivencia»[105].

58. Además de establecer mayores niveles de indemnización[106], la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 prevé la indemnización por daños al medio ambiente *per se*, bajo el epígrafe «daños a los recursos naturales»[107]. La producción de un «cambio adverso observable y mensurable en un recurso natural o el deterioro de un servicio basado en la explotación de un recurso natural»[108] podría generar responsabilidad y dar lugar al pago de una indemnización por: *a*) el costo de la restauración, rehabilitación, sustitución o adquisición de una cantidad equivalente de los recursos naturales dañados; *b*) la disminución del valor de los recursos naturales en espera de su restauración; además de *c*) el costo razonable de evaluación de esos daños[109]. Estos costos podrán ser recuperados por determinados organismos federales, gobiernos estatales o tribus indias como administradores de los recursos naturales y en caso de daños al medio ambiente en un territorio o zona bajo la jurisdicción y el control exclusivos de un Estado extranjero, la indemnización se pagará al administrador extranjero de los recursos[110].

59. Sin embargo, persiste el problema de cómo calcular el importe de los daños, en relación tanto con la pérdida de su uso por el tiempo que demore la restauración del recurso, como con el valor de los recursos dañados, cuando no puedan ser restaurados ni sea posible crear un medio ambiente «equivalente». Este problema se plantea tanto en relación con la legislación de los Estados Unidos como en cualquier régimen internacional. La falta de un método comúnmente aceptado para calcular los daños causados a los recursos naturales o al medio ambiente *per se* es uno de los motivos por los cuales la indemnización por estos aspectos del «daño» no se incluyeron en los distintos regímenes internacionales.

60. El único asunto conocido sobre esta materia es *Commonwealth of Puerto Rico* v. *S. S. Zoe Colocotroni*[111]. Desestimando un cálculo basado en la disminución

[104] Para un análisis de la legislación de los Estados Unidos, véase Schoenbaum, «Environmental damages: the emerging law in the United States», y Popp, «A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships», págs. 117 a 124. Para un análisis de la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 y el Fondo fiduciario de responsabilidad por derrames de hidrocarburos, véase Kende, «The United States approach».

[105] Convenio de responsabilidad, art. V, párr. 2.

[106] Para los límites establecidos en la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990, véase Schoenbaum, «Environmental damages: the emerging law…», pág. 161; y Popp, *loc. cit.*, págs. 123 y 124. Con arreglo a esta Ley, a la parte responsable le corresponde pagar un primer tramo de la indemnización, mientras que el Fondo fiduciario de responsabilidad por derrames de hidrocarburos se hace cargo de un segundo tramo.

[107] La Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 contempla seis categorías de daños recuperables: recursos naturales, bienes muebles o inmuebles, uso con fines de subsistencia, ingresos, beneficios y lucro cesante, y servicios públicos. Para un análisis, véase Schoenbaum, «Environmental damages: the emerging law…», pág. 163.

[108] *Federal Register*, vol. 61, n.° 4, pág. 504 (5 de enero de 1996), citado en La Fayette, *loc. cit.*, pág. 151.

[109] Código de los Estados Unidos (véase la nota 102 *supra*), secc. 2706, d, 1.

[110] Sobre la función de los administradores públicos de los recursos, véase Brighton y Askman, «The role of government trustees in recovering compensation for injury to natural resources».

[111] Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, *Federal Supplement*, 2.ª ed., vol. 628 (junio-noviembre de 1980), pág. 652.

del valor de mercado de la zona dañada, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos declaró que el cálculo aplicable era:

> el costo razonable que para el soberano o el organismo que éste designe suponga 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. El Tribunal desestimó por considerablemente desproporcionado un cálculo de los daños basado en la sustitución de los árboles dañados y de los sedimentos contaminados por hidrocarburos, aprobando en su lugar un cálculo basado en lo que habría costado adquirir la biota destruida. Por consiguiente, el cálculo de los daños realizado por el Tribunal parece estar basado en la rehabilitación artificial de la zona afectada durante un período de tiempo limitado, teniendo en cuenta las facultades de restauración del medio natural, así como factores económicos[112].

b) *Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones de 1980*

61. La Ley sobre respuesta ambiental global, responsabilidad civil e indemnizaciones de 1980 (Superfondo)[113] fue sancionada por el Congreso de los Estados Unidos en respuesta a los graves problemas ambientales y sanitarios derivados del anterior sistema de eliminación de sustancias peligrosas. Esta ley creó un sistema global para hacer frente a la emisión, o al riesgo de emisión, de «sustancias peligrosas»[114] en el medio ambiente, ya se trate de la tierra, el aire o el agua. Esta ley creó un fondo fiduciario, conocido como el Superfondo, con cargo a los recursos del presupuesto, que se repondrían con lo que se recibiera de las partes responsables en concepto de recuperación de costos, con el propósito de sufragar las operaciones de limpieza necesarias. El Organismo de Protección del Medio Ambiente de los Estados Unidos administra el Superfondo y tiene amplias facultades para investigar la contaminación, elegir las medidas correctivas adecuadas, y ordenar a las partes responsables que realicen las operaciones de limpieza, o bien realizar tales operaciones por sí mismo y recuperar su costo. Por regla general, los tribunales han estimado que la responsabilidad exigible con arreglo a esta ley es objetiva. Dicha ley establece un número limitado de excepciones y defensas. También establece que las disposiciones reglamentarias para la evaluación de los daños deberán tener en cuenta «los daños directos e indirectos, la destrucción y la pérdida y factores tales como el valor de sustitución, el valor de uso, y la propensión del ecosistema a recuperarse, entre otros»[115].

2. Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, y Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques

62. El Convenio sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996 (en adelante Convenio SNP), concertado también bajo los auspicios de la OMI, sigue el mismo sistema de asignación de las pérdidas que los Convenios de responsabilidad y del Fondo. Se establece la responsabilidad limitada del propietario y las pérdidas se comparten con un fondo suplementario creado en virtud del Convenio SNP. El fondo se nutre de las aportaciones de los receptores del Convenio SNP o de las que realicen los gobiernos en nombre de aquéllos.

63. No obstante, ni el Convenio de responsabilidad ni el SNP se ocupan de los daños causados por la contaminación por el combustible empleado por los buques. Es difícil combatir este tipo de contaminación, que puede tener consecuencias graves para algunos países. En respuesta a las peticiones de esos países, la OMI elaboró en 2001 el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques.

64. El texto sigue el modelo del Convenio de responsabilidad y adopta la misma definición de daños por contaminación, pero limitándola a los daños causados por los hidrocarburos utilizados para propulsar los buques y hacer funcionar los equipos. Por lo tanto, este Convenio sólo abarca los daños debidos a la contaminación causada por los hidrocarburos de los buques y no a la acción del fuego o a posibles explosiones. La responsabilidad recae sobre el propietario del buque y puede verse limitada según lo prescrito en las condiciones de un seguro u otra garantía financiera con arreglo a cualquier régimen nacional o internacional aplicable, como el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976, enmendado por el Protocolo de 1996. No se contempla financiación complementaria.

65. En su conjunto, el Convenio de responsabilidad, el Convenio SNP y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques constituyen un régimen integrado de responsabilidad en materia de contaminación marina causada por los buques.

3. 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

66. A raíz de la explosión de un pozo de exploración frente a las costas de California en 1972, la comunidad internacional tomó conciencia del peligro de contaminación por la explotación cada vez más generalizada de las reservas de hidrocarburos situadas en el mar. Habida cuenta de las actividades de esa naturaleza que se desarrollan en el Mar del Norte, sus Estados ribereños se reunieron en Londres, a iniciativa del Reino Unido, para negociar un 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. El resultado fue la adopción del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños de contaminación por hidrocarburos resultantes de la

[112] Schoenbaum, «Environmental damages: the emerging law…», pág. 164.

[113] Código de los Estados Unidos, título 42, cap. 103, seccs. 9601 y ss.

[114] Ibíd., secc. 9604 *a* 1 A.

[115] Brighton y Askman, *loc. cit.*, pág. 184.

exploración y explotación de los recursos minerales de los fondos marinos.

67. El Convenio establece la responsabilidad causal del explotador de la instalación, sin perjuicio de las excepciones que se contemplan en su propio texto (art. 3). No obstante, el explotador está facultado para limitar su responsabilidad a 30 millones de DEG durante los cinco primeros años después de la apertura a la firma del Convenio y a 40 millones de DEG posteriormente (art. 6). Para acogerse a la limitación de responsabilidad que se establece en el Convenio, el explotador debe mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra dicho importe (art. 8). No es necesario que esta cobertura, que queda a discreción de los Estados, abarque la responsabilidad derivada de daños por contaminación causados íntegramente por un acto de sabotaje o terrorismo. La acción de reclamación por los daños causados podrá incoarse ante los tribunales del país en el que se produjo el daño o ante los del país que ejerza los derechos de soberanía exclusiva sobre la zona marítima en la que esté situada la instalación (art. 11). Hasta ahora, el Convenio no ha sido ratificado por ningún Estado, debido a que, al mismo tiempo que se lo negociaba, las compañías petroleras celebraron un acuerdo de responsabilidad paralelo, el Acuerdo sobre responsabilidad por contaminación en el mar[116]. Con arreglo al Acuerdo, en caso de accidente, el explotador será responsable del daño causado en su totalidad. Si el explotador es insolvente, el Acuerdo asumirá la responsabilidad hasta un importe de 100 millones de dólares de los EE.UU., y el pago que deba efectuarse se compartirá entre los distintos asociados.

4. Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona

68. Se recordará que las partes XI y XII y el anexo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se refieren a la protección del medio marino y la responsabilidad por la contaminación del mar[117]. El 13 de julio de 2000, la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, creada en virtud de la Convención, aprobó el Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona[118]. Entre los rasgos más destacados de este Reglamento se cuentan la prohibición de iniciar la prospección de nódulos polimetálicos cuando haya pruebas fehacientes de que existe riesgo de daño grave al medio marino; y una vez que haya dado comienzo la prospección, la obligación de informar al Secretario General de cualquier accidente que cause un daño grave al medio marino. Asimismo, quienes lleven a cabo actividades de exploración en la Zona deberán realizar estudios de referencia, evaluar los efectos para el medio ambiente, y poner en marcha medidas para hacer frente a cualquier accidente que pueda causar un daño grave al medio marino. Además, cualquier accidente o daño grave deberá ser notificado por el operador a la Autoridad, que podrá tomar medidas de emergencia a costa del contratista, si éste no las toma por sí mismo. El contratista también 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» (cláusula 16.1). Asimismo, será responsable de los actos u omisiones ilícitos cometidos por todos sus empleados, subcontratistas o agentes y por todas las personas que realicen operaciones en su nombre. Esta responsabilidad incluye el costo de las medidas que sean razonables para prevenir o limitar los daños al medio marino, teniendo en cuenta los actos u omisiones de la Autoridad.

69. Ha de señalarse[119] que el Reglamento habla tanto de «daños graves» como de «daños» al medio marino. No está claro que ambos conceptos signifiquen lo mismo. Mientras que por «daños graves» se entienden aquellos que «constituyan un cambio adverso importante del medio marino» (art. 1, párr. 3, apdo. *f*), no se dice qué ha de entenderse por «daños». Además, la definición de «daños graves» es incompleta, ya que se los hace depender de una determinación que ha de efectuarse «con arreglo a las normas, los reglamentos y los procedimientos aprobados por la Autoridad sobre la base de normas y prácticas internacionalmente reconocidas» (art. 1, párr. 3, apdo. *f*). Por consiguiente, la Autoridad debe seguir trabajando sobre este aspecto. La obligación de pagar el costo de la restauración o el restablecimiento del medio marino en la medida de lo posible queda fuera de la responsabilidad del operador. Esta laguna es difícilmente explicable, sobre todo porque la responsabilidad del operador es de carácter culposo. También es evidente que la referencia a la obligación del operador de pagar únicamente el costo efectivo tiene por objeto limitar esa obligación sólo a los daños cuantificables y no extenderla a cálculos especulativos o teóricos (siguiendo el ejemplo del FIDAC).

5. Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación

70. En el ámbito del transporte de sustancias peligrosas, el reciente Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación establece, como es lógico, un sistema algo más complejo de asignación de las pérdidas y la responsabilidad. Dicho Protocolo se aplica a los daños derivados de los movimientos transfronterizos de desechos y su eliminación, y sigue el sistema de responsabilidad causal, pero limitada. Sin embargo, la responsabilidad no recae en el expedidor o el importador, como ocurre en los Convenios de responsabilidad y del Fondo. Por el contrario, generadores, exportadores, importadores y eliminadores son todos potencialmente responsables en las diferentes etapas del recorrido de los desechos peligrosos. Cuando los desechos se encuentran en tránsito, la responsabilidad corresponde a la persona que notifica a los Estados

[116] Para el texto del Acuerdo sobre responsabilidad por contaminación en el mar (Londres, 4 de septiembre de 1974), véase ILM, vol. 13 (1974), pág. 1409.

[117] Véanse los artículos 139, 145, 209, 215 y 235 de la Convención y el artículo 22 de su anexo III.

[118] Con arreglo a la Convención, por «'Zona' se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional» (art. 1, párr. 1, apdo. 1).

[119] Para un análisis y un comentario del Reglamento aprobado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, véase La Fayette, *loc. cit.*, págs. 173 a 177.

afectados la ruta que se prevé que seguirán los desechos. En tal caso, el responsable será normalmente el generador o el exportador del desecho. Más tarde, una vez que la otra parte recibe los desechos, la responsabilidad por cualquier daño corresponde al eliminador. Por último, si los desechos sólo son declarados peligrosos por el Estado de importación y no el de exportación, el importador también será responsable hasta que el eliminador tome posesión de ellos.

71. El artículo 4 del Protocolo de Basilea también regula la situación que se produce cuando quien esté obligado a notificar no lo haga, y considera responsable al exportador hasta que el eliminador haya tomado posesión de los desechos. Del mismo modo, en caso de reimportación, la persona que haya notificado será responsable por los daños desde el momento en que los desechos peligrosos abandonen el sitio de la eliminación hasta el momento en que los desechos entren en posesión del exportador, si esto fuera aplicable, o del eliminador alternativo. Al no transferir en ningún momento la responsabilidad a la persona operativamente encargada de los desechos, el Protocolo parece apartarse de la aplicación del principio de quien contamina paga[120].

72. El artículo 4, párr. 5, establece excepciones al principio de responsabilidad. Una vez más, son muy parecidas a las que se estipulan en el Convenio de responsabilidad. Una excepción adicional es la del caso en que el daño resulta exclusivamente del cumplimiento de una disposición obligatoria de una autoridad pública del Estado donde se haya producido el daño. El artículo 4, párr. 6, reconoce el derecho del demandante a pedir indemnización completa a cualquiera de las personas responsables del daño, o a todas ellas, cuando el daño haya sido causado por más de una persona.

73. También es digno de mención el artículo 7, pues, a diferencia de lo previsto en el Convenio de responsabilidad, en caso de daños en que no sea posible diferenciar entre la contribución hecha por los desechos regulados por el Protocolo de Basilea y los desechos no regulados por éste, se considerará que todos los daños resultantes están regulados por el Protocolo. No obstante, si es posible distinguir, la responsabilidad en virtud del Protocolo será proporcional a la contribución hecha por los desechos regulados por el Protocolo.

74. A efectos del Protocolo de Basilea, el artículo 2, párr. 2, apdo. *c*, define el daño como:

a) Muerte o lesiones corporales;

b) Daños o perjuicios materiales, salvo a los bienes de propiedad de la persona responsable de los daños de conformidad con el Protocolo;

c) Pérdidas de ingresos directamente derivadas de un interés económico en el uso del medio ambiente incurridas como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, teniendo en cuenta los ahorros y los costos;

d) Costo de las medidas de restablecimiento del medio ambiente deteriorado, limitado al costo de las medidas efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse, y

e) Costo de las medidas preventivas, incluidas cualesquiera pérdidas o daños causados por esas medidas, en la medida en que los daños deriven o resulten de propiedades peligrosas de los desechos objeto de movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos y otros desechos sujetos al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación.

75. Por otra parte, por «medidas de restablecimiento» se entiende «cualquier medida razonable encaminada a evaluar, restablecer o restaurar componentes dañados o destruidos del medio ambiente». A la legislación nacional corresponderá establecer qué parte tiene derecho a tomar esas medidas (art. 2, párr. 2, apdo. *d*).

76. Finalmente, por «medidas preventivas» se entiende «cualquier medida razonable tomada por cualquier persona en respuesta a un accidente con objeto de prevenir, reducir al mínimo o mitigar pérdidas o daños o sanear el medio ambiente» (art. 2, párr. 2, apdo. *e*)[121].

77. El derecho a establecer límites financieros a la responsabilidad se reserva a las partes contratantes con arreglo a su legislación nacional, aunque el Protocolo establece los niveles mínimos de responsabilidad en el anexo B sobre límites financieros.

78. El artículo 15 del Protocolo, leído juntamente con la decisión V/32 sobre la ampliación del ámbito del Fondo Fiduciario de cooperación técnica[122] para el Convenio de Basilea, de carácter provisional, establece un sistema complementario de indemnización para aquellos casos en que la indemnización con arreglo al Protocolo no cubra los costos de los daños, consistente en un fondo establecido por la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, al que sólo tienen acceso los Estados en desarrollo o con economías en transición[123].

79. El artículo 13 del Protocolo de Basilea establece plazos para entablar las demandas de indemnización y el artículo 17 determina la jurisdicción competente para pronunciarse sobre ellas. Ésta es la de los tribunales de una parte contratante donde: *a*) se ha sufrido el

[120] Véase Bernasconi, *Civil Liability resulting from Transfrontier Environmental Damage: a Case for The Hague Conference?*, pág. 11.

[121] La referencia a los costos de evaluación de los daños en la definición de «restablecimiento», así como la expresión «sanear el medio ambiente», son nuevas con respecto a anteriores tratados sobre responsabilidad, lo que se considera un progreso en la evolución del derecho. No obstante, la omisión de cualquier referencia a la obligación de introducir elementos equivalentes cuando la fauna y la flora originales no puedan ser restablecidas, se considera un retroceso. En cualquier caso, se percibe que, en relación con el régimen del Convenio de responsabilidad, existe una tendencia a concentrarse cada vez más en los daños al medio ambiente *per se*, más que principalmente en los daños a personas y bienes (véase La Fayette, *loc. cit*., págs. 166 y 167).

[122] Decisión adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (UNEP/CHW.5/29, anexo I).

[123] La Fayette, *loc. cit*., pág. 167.

daño; o *b*) ha ocurrido el accidente; o *c*) el demandado tiene su residencia habitual o su centro principal de operaciones comerciales. Cada parte contratante deberá asegurarse de que los tribunales bajo su jurisdicción sean competentes para conocer de esas demandas de indemnización. El artículo 18 tiene por objeto evitar que diferentes órganos jurisdiccionales conozcan en acciones judiciales simultáneas entre las mismas partes y sobre la misma materia y consolidar demandas conexas ante un mismo tribunal con el fin de evitar el riesgo de que de procedimientos distintos resulten sentencias inconciliables. El artículo 21 del Protocolo regula, a reserva de determinadas excepciones, entre ellas las de orden público, el reconocimiento mutuo de las sentencias y la ejecución en otras jurisdicciones de las dictadas por un tribunal competente, siempre y cuando se satisfagan las formalidades locales, que no podrán permitir la reapertura del fondo del asunto.

80. Las demás características principales del Protocolo de Basilea son las siguientes:

a) Establece la responsabilidad culposa adicional de quienes hayan causado el daño por no haber cumplido la normativa para la aplicación del Convenio de Basilea o por sus actos u omisiones voluntarios, imprudentes o negligentes;

b) Reconoce el derecho de interponer recurso contra cualquier otra persona responsable con arreglo al Protocolo, a un contrato o a la ley del tribunal competente;

c) Impone la obligación de mantener un seguro y suministrar otras garantías;

d) Sus disposiciones no afectan a los derechos y las obligaciones que reconoce el derecho internacional general en lo que respecta a la responsabilidad de los Estados, ni a las demandas que puedan interponerse en virtud del mismo;

e) Se aplica a los daños resultantes de un incidente ocurrido durante un movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y otros desechos y su eliminación, incluido el tráfico ilícito, desde el punto en que los desechos son cargados en el medio de transporte en una zona bajo la jurisdicción nacional de un Estado de exportación (art. 3);

f) Según el mismo artículo 3, el Protocolo no se aplica en determinados casos, como por ejemplo cuando sólo el Estado de exportación o el de importación es Parte, cuando ninguno de ellos es Parte o cuando las disposiciones de otro acuerdo bilateral, regional o multilateral en vigor resultan aplicables en relación con la responsabilidad y la indemnización por daños causados por un accidente que haya tenido lugar en el mismo tramo de un movimiento transfronterizo.

6. Daños nucleares y responsabilidad

81. La responsabilidad nuclear se regula en varios instrumentos, entre los que se cuenta el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (en su forma enmendada en 1964 y 1982), celebrado bajo los auspicios del Organismo Europeo de Energía Nuclear y la OCDE. También puede mencionarse el Convenio complementario al Convenio de París del 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en su forma enmendada por el Protocolo de 1997), y la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares. Básicamente, estos instrumentos establecen la responsabilidad principal, fija y limitada del explotador, que es quien se hace cargo del primer nivel de indemnización. Un segundo nivel consiste en el suministro de indemnizaciones complementarias a través de fondos que debe crear el Estado en el que se sitúa la instalación. Además de estos dos niveles de indemnización existe un tercero, con arreglo al cual todas las partes contratantes comparten equitativamente los costos de los accidentes de mayor envergadura. El artículo V, párr. 2, de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (en su forma enmendada por el Protocolo de 1997), establece un nivel mínimo de responsabilidad de 5 millones de DEG. Según el artículo 7, apdo. *b*, del Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (enmendado por el Protocolo de 1982 (secc. I)), los Estados podrán establecer límites mínimos similares con arreglo a su derecho interno.

82. No obstante, con arreglo al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear, la reparación de los daños causados al medio de transporte sobre el que se encuentren en el momento del accidente las instalaciones nucleares (art. 7, apdo. *c*, enmendado por el Protocolo de 1982 (secc. J)), o los pagos en concepto de intereses y gastos liquidados por el tribunal ante el cual se haya entablado una acción con el fin de obtener indemnización (art. 7, apdo. *g*) no afectarán al importe mínimo de la indemnización adeudada por el explotador responsable. El límite mínimo de responsabilidad tampoco se verá afectado en esos casos de conformidad con la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, enmendada (arts. IV párr. 6 y V A, párr. 1). Asimismo, con arreglo artículo 1 A, párr. 1, de la citada Convención de Viena, al igual que según el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (art. 7, apdo. *d*), este explotador será responsable de los daños nucleares, independientemente del lugar donde se hayan sufrido[124]. En el caso de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, esto representa un avance con respecto a la situación anterior.

83. Aunque el Estado de la instalación es libre de establecer un nivel menor de responsabilidad, estará obligado, en virtud de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, enmendada, a

[124] Sin embargo, el Estado de la instalación podrá excluir la aplicación de la Convención de Viena a los daños sufridos en el territorio de un Estado no contratante, si ese Estado posee una instalación nuclear en su territorio o en cualesquiera zonas marítimas que haya establecido de acuerdo con el derecho internacional del mar y no concede beneficios recíprocos equivalentes. Esta exclusión no afectará a los derechos que el artículo IX, párr. 2, apdo. *a*, reconoce a quienes reclamen una indemnización cuando parte de los daños se hayan producido en un Estado contratante y la competencia para conocer en la demanda de indemnización recaiga en los tribunales de ese Estado. Tampoco afectará al derecho de quienes soliciten una indemnización por daños causados a un buque o aeronave, o a bordo de ellos, dentro de las zonas marítimas de un Estado no contratante.

hacerse cargo de la diferencia garantizando la aportación de fondos públicos hasta el importe determinado en el artículo 7, párr. 1, del Protocolo de enmienda, que estipula:

> El Estado de la instalación podrá limitar la responsabilidad del explotador por cada incidente nuclear a:
>
> *a*) no menos de 300 millones de DEG;
>
> *b*) no menos de 150 millones de DEG siempre que por encima de ese importe y hasta 300 millones de DEG, como mínimo, dicho Estado aporte fondos públicos para indemnizar los daños nucleares;
>
> *c*) por un máximo de 15 años a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo, hasta un importe transitorio de no menos de 100 millones de DEG con respecto a un incidente nuclear ocurrido en ese período. Podrá estipularse un importe inferior a 100 millones de DEG, a condición de que el Estado haya de aportar fondos públicos para indemnizar los daños nucleares entre ese importe inferior y 100 millones de DEG.

84. Estos límites de responsabilidad de los explotadores son mucho más elevados que los establecidos previamente con arreglo a la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares (5 millones de dólares de los EE.UU.) y al Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (sólo 15 millones de DEG (art. 7, apdo. *b*)).

85. Por encima de los 300 millones de DEG o durante un período transitorio de 10 años, el Estado de la instalación deberá garantizar un importe transitorio de 150 millones de DEG. La Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares establece en su artículo III que todas las demás partes contratantes deberán abonar con cargo a sus fondos públicos una cantidad adicional en concepto de indemnización, con arreglo a una fórmula que se especifica en su artículo IV. Tal cantidad puede sobrepasar los 1.000 millones de dólares de los EE.UU. La percepción de la indemnización adicional está sujeta a un requisito: sólo podrán beneficiarse de ella los Estados que sean partes en la Convención sobre Seguridad Nuclear[125].

86. La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, enmendada, establece la responsabilidad objetiva del explotador. No obstante no se incurrirá en responsabilidad cuando los daños se deban a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos.

87. Asimismo, existe un plazo para incoar acciones por daños y perjuicios (art. VI). El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera (art. VII). El explotador tendrá derecho de repetición (art. X). El artículo XI regula la competencia de los tribunales para conocer de demandas de indemnización. Por regla general, serán competentes los tribunales de la parte contratante en cuyo territorio haya tenido lugar el accidente nuclear. Cuando existan dificultades para determinar el lugar en que ocurrió el accidente nuclear, los tribunales competentes para pronunciarse sobre el accidente serán los del Estado de la instalación del explotador responsable. Si el accidente ocurrió parcialmente fuera del territorio de toda parte contratante, y parcialmente en el de una sola parte contratante, serán competentes los tribunales de esta última. Cuando sean competentes los tribunales de dos o más partes contratantes, la competencia se atribuirá de común acuerdo entre las partes. En cualquier caso, deberán ofrecerse garantías de que sólo los tribunales de un Estado contratante tendrán competencia para conocer en las demandas de indemnización relacionadas con un accidente nuclear determinado.

88. La definición de daños nucleares concuerda con la que contiene el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. No se incluye la indemnización por daños al medio ambiente *per se*. No obstante, se regulan claramente todas las categorías de daños, incluidos los daños a personas o bienes, y otros cinco tipos de daños, en la medida que determine la legislación del tribunal competente. Dichos daños son: la pérdida económica derivada de la pérdida de vidas humanas o de cualquier lesión corporal o de los daños o perjuicios materiales; el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado; 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; los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas; y cualquier otra pérdida económica, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente.

89. La Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, enmendada, también dice qué debe entenderse por «medidas de rehabilitación», «medidas preventivas» y «medidas razonables». Medidas de rehabilitación son cualesquiera medidas razonables aprobadas por las autoridades competentes del Estado donde se hayan adoptado las medidas. Dichas medidas tienen por objeto rehabilitar o restaurar componentes del medio ambiente dañados o destruidos o introducir en el medio ambiente, cuando ello sea razonable, el equivalente de esos componentes. Por otra parte, estas medidas sólo podrán ser adoptadas por quienes estén facultados para ello por la legislación del Estado en que se hayan sufrido los daños. Los requisitos por los que se exige la aprobación de las autoridades competentes y de la legislación del Estado de que se trate tienen por objeto evitar reacciones excesivas y precauciones innecesarias, así como demandas exorbitantes.

[125] Para ampliar los beneficios de la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares al mayor número posible de Estados, la participación en ella no se limita a los Estados partes en la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, sino que está también abierta a los Estados partes en el Convenio acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear y a cualquier Estado que no sea parte en ninguno de estos dos instrumentos, siempre que su derecho se ajuste a los mismos principios básicos de responsabilidad por accidentes nucleares (arts. XVIII y XIX). Los requisitos que deben cumplir los Estados que no sean partes en los instrumentos recién mencionados se enumeran en un anexo.

90. Medidas preventivas son las medidas razonables adoptadas por cualquier persona después de ocurrido el incidente nuclear a fin de impedir o minimizar los daños. La adopción de estas medidas requerirá la previa aprobación de las autoridades competentes del Estado, si así lo exige su propia legislación.

91. Medidas razonables son las medidas que, en virtud de la legislación del tribunal competente, se juzgue que sean apropiadas y proporcionadas, habida cuenta de las circunstancias. Por ejemplo, si son proporcionales a la magnitud y naturaleza de los daños sufridos o al riesgo de que se produzcan tales daños, si existe la posibilidad de que sean eficaces o si están en armonía con los conocimientos científicos y técnicos pertinentes.

7. Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente

92. El Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente, del Consejo de Europa, conocido como Convenio de Lugano[126], no abarca los daños causados por sustancias nucleares o el transporte de mercancías o sustancias peligrosas[127]. Su ámbito se extiende únicamente a actividades estáticas, incluida la eliminación de desechos peligrosos. Por «actividades peligrosas» se entiende la producción, el cultivo, la manipulación, el almacenamiento, el uso, el vertido, la destrucción, la eliminación o la liberación de sustancias o preparados o la explotación de instalaciones o emplazamientos para el almacenamiento, el reciclado o la eliminación de desechos que supongan riesgos significativos para las personas, el medio ambiente y los bienes (art. 2, párr. 1, apdo. *b*), incluidas las sustancias enumeradas en un anexo y los organismos modificados genéticamente[128].

93. En relación con las actividades o sustancias peligrosas, el Convenio de Lugano establece la responsabilidad causal del explotador de la actividad de que se trate. No obstante, la responsabilidad no está limitada en su importe, por lo que refleja de forma bastante estricta el principio de quien contamina paga. Los daños se definen de forma amplia y abarcan el deterioro del medio ambiente y los daños a personas y bienes. A tal efecto, el medio ambiente se define en términos amplios e incluye los recursos naturales, los bienes del patrimonio cultural y aspectos característicos del paisaje (art. 2, párr. 10). Sin embargo, aparte del lucro cesante, la indemnización por el deterioro causado se limita al costo de las medidas razonables[129] de prevención y restablecimiento realmente adoptadas o que se prevea adoptar.

94. Las medidas de restablecimiento incluyen la introducción, cuando ello sea razonable (art. 2, párr. 8), de elementos del medio ambiente equivalentes a los destruidos o dañados, por ejemplo, cuando la restauración exacta sea imposible.

95. Entre las posibles excepciones a la responsabilidad se cuentan la guerra, las hostilidades, los fenómenos naturales excepcionales e irresistibles, los actos de un tercero,

[126] Este convenio aún no ha entrado en vigor (véase la nota 4 *supra*).

[127] Estos daños se encuentran regulados por la Convención sobre responsabilidad civil por daños causados durante el transporte de mercancías peligrosas por carretera, ferrocarril y en buques de navegación interior (CRTD) concluida bajo los auspicios de la CEPE. Esta Convención establece, en su artículo 5, un régimen de responsabilidad objetiva y contiene muy limitadas excepciones. La responsabilidad recae en el transportista y sus límites se fijan en el artículo 9. La Convención aplica a los daños los principios más importantes del Convenio de responsabilidad y reproduce deliberadamente la definición de 1984 de daños por contaminación. Por lo tanto, se centra en los daños a personas y bienes como consecuencia de los daños al medio ambiente y prevé el pago de indemnizaciones por el costo de las medidas preventivas y las medidas razonables de restablecimiento, concepto éste que no se define. Si los daños se producen durante las operaciones de carga y descarga de los bienes la responsabilidad será solidaria. El transportista también estará obligado a cubrir su responsabilidad con un seguro u otro tipo de garantía financiera (art. 13). Aunque esta Convención no contempla financiación adicional, los Estados contratantes podrán formular reservas para establecer mayores límites de responsabilidad o una responsabilidad ilimitada para los daños derivados de accidentes que tengan lugar en su territorio. La Convención sólo contempla una excepción: únicamente es aplicable si los daños son consecuencia de un suceso que tenga lugar en el territorio de uno de los Estados partes y si las víctimas también se encuentran en el territorio de ese Estado. En otras palabras, los daños transfronterizos atribuibles al suceso no son objeto de cobertura. Por ello, el tratado no ha sido respaldado hasta la fecha por muchos Estados, no ha recibido ninguna ratificación y, hasta ahora, sólo ha sido firmado por Alemania y Marruecos.

[128] Por organismo modificado genéticamente se entiende cualquier organismo cuyo material genético haya sido modificado de manera que no tenga lugar naturalmente por multiplicación y/o recombinación natural (art. 2, párr. 3). No obstante, esta definición no incluye a los organismos modificados genéticamente obtenidos por mutagénesis, siempre que la modificación genética no implique la utilización de organismos modificados genéticamente como organismos receptores; y las plantas obtenidas por fusión celular (incluida la fusión protoplásmica), con la misma salvedad hecha anteriormente.

[129] La limitación de la recuperación de los costos a las medidas razonables de prevención y restablecimiento también se encuentra en la Convención sobre Indemnización Suplementaria por Daños Nucleares. Sin embargo, la diferencia reside en que, con arreglo a esa Convención, es al Estado en cuyo territorio deben adoptarse las medidas a quien corresponde decidir qué medidas tienen esa naturaleza. Con arreglo a la fórmula que se establece en esta Convención y en algunas otras, los tribunales pueden ser en última instancia quienes decidan qué ha de entenderse por medidas razonables. Un criterio orientativo es que «no deberían admitirse cálculos abstractos de daños o demandas relativas a elementos no cuantificables del daño causado al medio ambiente» (Brans, «Liability and compensation for natural resource damage under the international oil pollution conventions», pág. 301). Una orientación más autorizada en la materia es la que proporcionó el Grupo de Comisionados de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas, en relación con las demandas de indemnización interpuestas por gobiernos relativas a las actividades de supervisión y evaluación realizadas con el fin de identificar y evaluar los daños al medio ambiente y los recursos naturales sufridos a raíz de la invasión y ocupación de Kuwait por el Iraq. Dicho Grupo entendió que la existencia de pruebas concluyentes de los daños ambientales no era un requisito para que la actividad de supervisión y evaluación fuera indemnizable. Aunque las actividades «meramente teóricas o especulativas» o que tengan sólo una vaga relación con los daños derivados de la invasión y la ocupación no serían indemnizables, el Grupo examinó la cuestión de las actividades de supervisión y evaluación caso por caso para determinar si eran o no razonables. Por otra parte, una recomendación de un estudio de supervisión y evaluación en modo alguno prejuzga sobre el fondo de una demanda sustantiva basada en ese estudio (Kazazi, «Environmental damage in the practice of the UN Compensation Commission», págs. 128 y 129).

el cumplimiento de una orden o de una medida obligatoria de carácter específico emanadas de una autoridad pública, o los daños resultantes de una contaminación de un nivel aceptable, habida cuenta de las circunstancias locales pertinentes, o de una actividad peligrosa realizada lícitamente en interés de la persona que haya sufrido el daño[130]. El plazo para iniciar las acciones que correspondan prescribirá tres años después de que el demandante haya tenido, o hubiera podido tener, conocimiento de los daños, y en cualquier caso, éstas no podrán incoarse después de transcurridos 30 años desde la fecha del accidente. La responsabilidad del explotador está respaldada por un régimen obligatorio de seguro u otra garantía financiera. Finalmente, la competencia se basa en lo dispuesto en el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

8. Responsabilidad e indemnización: el modelo de la Comunidad Europea

96. La Comisión Europea ha venido estudiando la cuestión de la responsabilidad e indemnización por daños causados al medio ambiente, con miras a presentar una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE. El propósito es contribuir a la adopción de legislación de la UE sobre una responsabilidad ambiental estricta para 2003[131]. Tras amplias consultas y debates con las partes interesadas, la Comisión Europea ultimó una propuesta de directiva sobre responsabilidad ambiental[132]. El ámbito de este proyecto de directiva no comprende los daños a personas y mercancías cubiertas por las disposiciones tradicionales en materia de daños[133]. También se exceptúa del ámbito de la propuesta, la responsabilidad e indemnización reguladas por otros convenios sobre responsabilidad civil mencionados en el artículo 3, párr. 3, del proyecto, y los riesgos o daños ambientales de origen nuclear, o la amenaza inminente de esos riesgos, que pueden tener su origen en las actividades abarcadas por el tratado por el que se estableció el OIEA, o los daños, incidentes o actividades con respecto a los cuales la responsabilidad o indemnización está regida por los acuerdos de responsabilidad civil mencionados en el artículo 3, párr. 4. Además, las actividades cuya única finalidad sea servir a la defensa nacional también quedan fuera del ámbito de la propuesta (art. 3, párr. 7). Asimismo también está excluido del ámbito de la propuesta cualquier daño ambiental o amenaza inminente de ese daño causado por una contaminación de carácter amplio y difuso, cuando sea imposible establecer un vínculo causal entre el daño y las actividades de ciertos operadores individuales (art. 3, párr. 6).

97. La propuesta adopta el principio de *responsabilidad* causal pero *no limitada*[134] por daños derivados de cualquier actividad ocupacional que cree un riesgo potencial o real para los seres humanos y el medio ambiente incluido en la lista del anexo I del proyecto[135]. La responsabilidad se imputa al operador que ha causado el daño o que se encuentra en peligro inminente de causarlo. Esto está en armonía con el principio de quien contamina paga, que constituye la base de la política ambiental de la Comunidad Europea (art. 174, párr. 2, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea). El operador también está obligado a compensar los costos (razonables) de prevención y reparación, incluidos los costos de evaluación tanto en el caso de daño ambiental como en el de riesgo inminente de ese daño[136].

98. El artículo 16 no impone a los operadores requisitos estrictos de seguridad y garantía financiera, sino que se limita a alentarlos a contratarlas para hacer frente a sus responsabilidades. Se estima que esto no crea ningún inconveniente, ya que los riesgos que ha de cubrir el régimen son más fácilmente calculables y pueden ser objeto de mejor administración. Además, se estima que es menester proporcionar flexibilidad para los primeros años de aplicación, dado que el régimen introduce diversas novedades para los aseguradores y otros proveedores de servicios financieros[137].

---

[130] Convenio de Lugano, art. 8.

[131] Se señala que es necesaria una acción a nivel de la Comunidad Europea para enfrentar con eficacia y eficiencia la contaminación de lugares determinados y la pérdida de diversidad biológica por las siguientes razones: *a*) existen unos 300.000 parajes que están clara o potencialmente contaminados; *b*) el costo de una limpieza parcial se estima entre 55.000 y 160.000 millones de euros; c) no todos los Estados miembros han adoptado una normativa legal al respecto; la mayoría de las legislaciones nacionales no obligan a las autoridades nacionales a garantizar la limpieza de los llamados sitios huérfanos, y *d*) sin un marco comunitario armonizado los agentes económicos podrían explotar las diferencias entre los sistemas de los Estados miembros para crear construcciones jurídicas artificiales con la esperanza de eludir la responsabilidad. Para el texto, véase Comisión Europea, documento COM(2002) 17 final (nota 4 *supra*), anexo III, Formulario de evaluación de impacto, pág. 60.

[132] Una lista de los diferentes sectores interesados consultados se encuentra en ibíd., anexo, pág. 27, y un resumen de las principales opiniones en ibíd., pág. 29.

[133] Véase el artículo 3, párr. 8 (ibíd., pág. 44). La recomendación formulada en un Libro Blanco publicado anteriormente era distinta. Las razones mencionadas para la evolución de la opinión al respecto son las siguientes: los referidos aspectos están fuera de lugar en un sistema encaminado a lograr ambiciosos objetivos ambientales y aplicar en medida significativa los principios de quien contamina paga y de prevención; los daños tradicionales sólo pueden regularse por la vía de la responsabilidad civil, y se necesita mayor reflexión para armonizar distintas iniciativas internacionales sectoriales e instrumentos de responsabilidad civil internacional en evolución, que complementan los acuerdos ambientales internacionales (ibíd., pág. 19).

[134] De conformidad con la propuesta, una evaluación de la posibilidad de introducir una limitación de la responsabilidad se efectuaría dentro de los tres años de la entrada en vigor de la directiva (ibíd., anexo III, pág. 59). La cuestión de la responsabilidad limitada también se plantea en relación con la asegurabilidad de los riesgos asociados con los daños y su compensación. No obstante, los límites presentan tanto ventajas como inconvenientes. Límites más bajos aumentarían la asegurabilidad y reducirían los costes de la observancia y por tanto el poder disuasorio. Por otra parte, la propuesta da a los Estados miembros la opción de establecer limitaciones a la garantía financiera en el momento de su aplicación (ibíd., pág. 10).

[135] Ibíd., pág. 53. El concepto de actividades ocupacionales abarca las que no tienen ánimo de lucro así como las desarrolladas por empresas u organismos públicos (ibíd., pág. 32).

[136] Art. 7 (ibíd., pág. 46). El artículo no se refiere a los costos razonables, como se ha constatado en el caso de varios otros instrumentos. No obstante, se supone que esa limitación es inherente al principio. Véase Brans, «The EC White Paper on environmental liability and the recovery of damages for injury to public natural resources», pág. 328, nota 22.

[137] COM(2002) 17 final (véase la nota 4 supra), pág. 50.

99. No obstante, con arreglo al artículo 8, en el caso de daños a la biodiversidad[138] o de amenaza inminente de tales daños como resultado de actividades ocupacionales distintas de las enumeradas en el anexo I, el operador no será considerado responsable[139] cuando no pueda demostrarse su culpa o negligencia. El mismo será responsable, sin embargo, en virtud del artículo 10, de cualquier coste ocasionado por la adopción de medidas preventivas que normalmente hubiera debido tomar.

100. Los «daños» se definen como «el cambio adverso conmensurable en un recurso natural o el perjuicio conmensurable a un servicio de un recurso natural, causados directa o indirectamente» (art. 2, párr. 1, apdo. 5).

101. Por «daño ambiental» se entienden los daños a la biodiversidad, los daños de las aguas y los daños del suelo (art. 2, párr. 1, apdo. 18). A estos efectos, se entiende por «'recurso natural', la biodiversidad, el agua y el suelo, incluido el subsuelo» (art. 2, párr. 1, apdo. 8).

102. Cuando las medidas de prevención o de reparación son adoptadas por las autoridades competentes o por un tercero en nombre de éstas, el operador deberá reembolsar su coste, dentro de un plazo de cinco años. Se entiende por «'medidas de prevención', las medidas adoptadas tras un suceso, acto u omisión que haya supuesto una amenaza inminente de que se produzcan daños ambientales, con vistas a impedir o minimizar dichos daños» (art. 2, párr. 1, apdo. 12). Por otra parte, se entiende por «'reparación' cualquier acción o conjunto de acciones encaminadas a reparar, rehabilitar o reemplazar los recursos naturales y servicios dañados, o a facilitar una alternativa equivalente a los mismos (art. 2, párr. 1, apdo. 16), incluyendo la reparación primaria o recuperación natural, y la reparación compensatoria o la llevada a cabo en un lugar distinto de aquel en el que se produjo el daño y cualquier acción que se lleve a cabo para compensar las pérdidas que se hayan registrado transitoriamente[140].

103. Con arreglo al artículo 9, el operador puede oponer ciertas defensas contra las reclamaciones por responsabilidad. Entre éstas se cuentan los acontecimientos que escapan a su control, como conflictos armados, hostilidades, guerra civil o insurrección, y los fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible. No originan tampoco responsabilidades para el operador las emisiones o actos permitidos por las leyes y reglamentos aplicables o por el permiso o autorización que le haya sido expedido; las emisiones o actividades que no se hayan considerado perjudiciales de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad, siempre que el operador no haya actuado con negligencia; los daños derivados de un acto realizado por un tercero con la intención de causar daño; el cumplimiento de normas y reglamentos dictados por una autoridad pública[141], y la actuación del operador en calidad de administrador judicial de conformidad con las disposiciones nacionales pertinentes cuando no se demuestre su culpa o negligencia.

104. Con arreglo al artículo 6, los Estados miembros deben aportar los recursos financieros para garantizar que se adopten las medidas de prevención o de reparación necesarias, sin perjuicio de la responsabilidad financiera del operador, cuando no sea posible recurrir a ésta. Esto puede suceder en los casos en que no se pueda identificar al operador, o en que éste no disponga de medios económicos suficientes para adoptar alguna o todas las medidas preventivas o reparadoras necesarias, o cuando el operador no esté obligado, de conformidad con la referida propuesta de directiva, a sufragar los gastos ocasionados por tales medidas. Los detalles de los arreglos correspondientes se dejan, sin embargo, a la discreción de los Estados.

---

[138] Ibíd., art. 2, párr. 1, apdo. 2, pág. 40. La «biodiversidad» se define en la propuesta haciendo referencia a directivas anteriores de la Comunidad Europea o como hábitat y especies no contemplados en dichas directivas, cuyas áreas de protección o conservación se hayan designado de conformidad con las legislaciones nacionales pertinentes. Ha de señalarse que la definición de «diversidad biológica» del artículo 2 del Convenio sobre la Diversidad Biológica no puede considerarse apropiada a estos efectos ni a efectos de la responsabilidad derivada de organismos modificados genéticamente. La definición de ese Convenio va más allá del concepto de hábitat y especies y abarca la «variabilidad» de los organismos vivos. Según se señala en la propuesta, tal enfoque plantea delicadas cuestiones en cuanto a la manera en que podría cuantificarse el daño y cuál sería el umbral de perjuicio que conllevaría la responsabilidad. Esta observación se formuló sin perjuicio de las posibilidades futuras que existen en relación con esta cuestión en el contexto de la aplicación de ese Convenio y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (ibíd., pág. 20).

[139] Ibíd., pág. 46. La propuesta de la Comisión Europea de excluir los tradicionales epígrafes clasificatorios de los daños y limitar la definición del daño a la biodiversidad mediante una referencia a las especies y hábitat protegidos ha sido objeto de críticas. Según un comentario «limita gravemente la pertinencia y aplicabilidad del régimen propuesto a cualquier daño causado por organismos modificados genéticamente» (Mackenzie, «Environmental damage and genetically modified organisms», pág. 75).

[140] Se ha señalado que «si se produce un daño en un recurso natural, la finalidad de la reparación que se establece en la propuesta es conseguir soluciones equivalentes, en lugar de reproducir la situación previa al incidente con independencia del coste que ello implique» (COM(2002) 17 final (véase la nota 4 *supra*), pág. 7). Se estima en general que los costos de la reparación pueden calcularse con más facilidad y precisión que el valor de los recursos naturales dañados. Véase *Ohio* v. *Department of the Interior* (880 F2d 432 (D.C. Cir. 1989)), citado en Brans, «The EC White Paper…», pág. 331. Véase también Mazzotta, Opaluch y Grigalunas, «Natural resource damage assessment: the role of resource restoration», pág. 167. En el anexo II de la propuesta de directiva (COM(2002) 17 final (véase la nota 4 *supra*), pág. 56) se amplían las consideraciones relativas a las opciones razonables de reparación y se insta a la autoridad competente a estudiar las opciones de restauración sobre la base de diversos criterios: *a*) el efecto que tendrá cada opción sobre la salud y la seguridad públicas; *b*) el coste que supone llevar la opción a la práctica; *c*) la probabilidad de éxito de cada opción; *d*) la medida en que cada una de las opciones contempladas servirá para prevenir futuros daños, sin que se produzcan daños colaterales, y *e*) la medida en que cada una de las opciones contempladas beneficiará a cada componente del recurso o servicio natural. Si es probable que varias opciones proporcionen el mismo valor, se elegirá la menos costosa. Entre otras cosas, la autoridad competente debe invitar a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse las medidas de reparación a presentar sus observaciones, y las tendrá en cuenta. El enfoque de la propuesta parece ser por tanto similar al adoptado en los Estados Unidos para la evaluación de los daños causados a los recursos naturales al aprobarse la Ley integral de respuesta, compensación y responsabilidad por daños al medio ambiente de 1980. Para un análisis, véase Brans, «The EC White Paper…», págs. 331 a 334.

[141] No obstante, el cumplimiento de los reglamentos, es decir, el cumplimiento de lo estipulado en un permiso o autorización no constituye una defensa (COM(2002) 17 final (véase la nota 4 *supra*), pág. 33).

105. También se prevé el otorgamiento de una condición especial a entidades cualificadas, como grupos de interés público y organizaciones no gubernamentales (ONG), para asegurar el buen funcionamiento del régimen, dada la ausencia de intereses derivados del derecho de propiedad, en relación, por ejemplo, con la biodiversidad. En caso de amenaza inminente o de daños efectivos a las condiciones ambientales, las personas afectadas o las entidades cualificadas estarán facultadas para pedir a la autoridad competente que adopte medidas, en determinadas condiciones y circunstancias.

106. El régimen propuesto está sujeto a exámenes periódicos sobre la base de los informes que los Estados miembros han de presentar a la Comisión Europea, en los que indicarán la experiencia recogida, a fin de que este órgano pueda evaluar las repercusiones del régimen sobre el desarrollo sostenible, y si es conveniente su revisión.

9. Daños causados por objetos espaciales

107. El Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales es el único instrumento existente que se refiere a la responsabilidad estatal, en cuanto se diferencia de la responsabilidad civil[142]. El Convenio atribuye una responsabilidad objetiva al «Estado de lanzamiento» (art. I, apdo. *c*), que está definido como: *a*) un Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial, y *b*) un Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial. El Estado de lanzamiento es responsable por los daños causados por objetos espaciales suyos en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo. Se entiende por daño la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales u otros perjuicios a la salud, y la pérdida de bienes o los perjuicios causados a bienes de Estados o de personas físicas o morales, o de organizaciones internacionales.

108. Se ha registrado un solo caso de daños atribuibles a actividades espaciales en el que se invocaron las disposiciones del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales[143]. El 24 de enero de 1978 un satélite soviético alimentado por un pequeño reactor nuclear se desintegró sobre los territorios del noroeste del Canadá. Este país reclamó compensación por los daños causados por los fragmentos radiactivos del satélite con arreglo al Convenio y a los principios generales del derecho internacional. No se produjo ningún daño concreto.

109. No obstante, el Canadá gastó 13.970.143,66 dólares canadienses para localizar, recoger y someter a pruebas los fragmentos del satélite ampliamente dispersos en la congelada superficie ártica. El Canadá argumentó que los costos de limpieza y prevención del riesgo potencial para el territorio del Estado y sus habitantes debían considerarse comprendidos en el concepto de daño a la propiedad en el marco del Convenio. La invocación de los principios generales del derecho internacional tenía sólo el carácter de una precaución adicional. Los gastos efectuados por el Canadá tenían por objeto evaluar los daños, limitar los daños existentes, reducir al mínimo el riesgo de nuevos daños y restablecer las condiciones ambientales que existían antes del incidente. Tras largas negociaciones, la Unión Soviética convino en pagar alrededor de la mitad de la suma reclamada por el Canadá en concepto de costo de las operaciones de limpieza.

110. La interpretación del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales efectuada por el Canadá es igual a la adoptada por la Asamblea General en los «Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre» aprobados en su resolución 47/68, de 14 de diciembre de 1992. El principio 9 trata de la responsabilidad e indemnización. Según el párrafo 1, el principio se aplica a los daños causados por objetos espaciales que lleven a bordo una fuente de energía nuclear, y en el párrafo 3 se declara que «la indemnización incluirá el reembolso de los gastos debidamente justificados que se hayan realizado en operaciones de búsqueda, recuperación y limpieza, incluidos los gastos por concepto de asistencia recibida de terceros». Esto podría considerarse una interpretación autorizada del concepto de «daños» tal como se emplea en el Convenio. Se ha sostenido que este precedente debería ser objeto de una mayor generalización a fin de que el concepto de «daños» empleado en «el Convenio incluya el costo de recoger los restos de los objetos espaciales y dejar el medio ambiente afectado en las condiciones en las que se encontraría si el daño no se hubiese producido»[144].

10. Actividades en la Antártida

111. También hay negociaciones en curso, aunque no con tanto éxito, sobre la cuestión de la adición de uno o más anexos relativos a la responsabilidad por daños derivados de las actividades en la Antártida previstas en el Protocolo sobre la Protección del Medio Ambiente del Tratado Antártico, adoptado en Madrid en 1991. Este Protocolo suspendió la vigencia de la anterior Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos concertada por los Estados partes en el Tratado Antártico. En el artículo 7 del Protocolo se prohíbe toda actividad relativa a los recursos minerales. En el artículo 16 se prevé además la elaboración por los Estados partes de uno o más anexos relativos a la responsabilidad.

112. Las actividades destinadas a la concepción de un régimen de responsabilidad se llevaron a cabo inicialmente en un Grupo de Expertos Jurídicos y se prosiguieron después en reuniones de las partes. Se han venido examinando varias cuestiones y se han formulado al respecto algunas propuestas concretas. Éstas se refieren a aspectos tales como el ámbito de aplicación, la definición del concepto de daño (con respecto a la cual se propuso que el daño debía ser «importante y duradero»[145]), la norma de responsabilidad, las sanciones y límites, las normas relativas a la cuantía de los daños, el deber de adoptar medidas de respuesta y reparación, la responsabilidad del Estado y

[142] El Convenio entró en vigor el 1.° de septiembre de 1972.

[143] Para una reciente descripción del incidente, véase La Fayette, *loc. cit.*, pág. 172.

[144] Ibíd., pág. 173.

[145] Ibíd., pág. 179.

la solución de controversias[146]. Sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo sobre estas cuestiones. Tampoco se mostró entusiasmo por aceptar la responsabilidad del Estado, cuando no actuara como operador, excepto en circunstancias estrictamente definidas.

113. Una de las cuestiones que dieron origen a las controversias es la de si el operador debe ser responsable por los daños identificados y aceptados en una evaluación ambiental integral. Actualmente, las conversaciones[147] están más orientadas a la protección y conservación del frágil entorno de la Antártida y a medidas de respuesta de urgencia. El aspecto tradicional del daño a las personas y a la propiedad previsto en las leyes ordinarias de responsabilidad civil no es actualmente objeto de especial atención. En la última Reunión Consultiva del Tratado Antártico, celebrada en San Petersburgo del 9 al 20 de julio de 2001, se examinó un anexo más restringido propuesto por los Estados Unidos sobre la cuestión de la responsabilidad por omisión de adoptar medidas de respuesta de urgencia[148]. El ámbito de la propuesta no abarca los daños causados por la contaminación gradual o crónica, o la degradación. Existe una general renuencia a elaborar un convenio integral sobre responsabilidad.

B.—Modelos de asignación de la pérdida: algunas características comunes

114. Los distintos modelos de asignación de la pérdida estudiados comparten en general algunas características. En primer lugar, confirman que la responsabilidad de los Estados es la excepción y únicamente se acepta cuando se trate de actividades en el espacio ultraterrestre. La responsabilidad en el caso de un perjuicio que no sea nominal o insignificante, sino apreciable o demostrable, se imputa[149], en el caso de las instalaciones fijas, a quien las explota. Existen no obstante otras posibilidades. En el caso de los buques, la responsabilidad se imputa al propietario, no al armador. Eso significa que el fletador —que puede ser en la práctica el armador— no es responsable según el Convenio de responsabilidad. Conforme al Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación todos los que generen, exporten, importen o eliminen desechos pueden incurrir en responsabilidad durante las diferentes etapas del transporte de los desechos. El principio general que debe extraerse no es que quien explota es responsable siempre, sino que la responsabilidad se imputará en primera instancia a la parte que tenga un mayor control efectivo del riesgo en el momento del accidente.

115. La responsabilidad de quien tiene el control de la actividad es causal u objetiva en el caso de las actividades peligrosas o potencialmente peligrosas. Ello se justifica en virtud de la necesaria aplicación del principio de quien contamina paga[150]. Debe añadirse inmediatamente que el principio de quien contamina paga remite con frecuencia a la pregunta: ¿quién contamina? La respuesta variará según las circunstancias, dependiendo del modelo de asignación de la pérdida que se utilice[151]. Así pues, el modelo de responsabilidad e indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos actualmente en vigor y reconocido internacionalmente determina que el armador y el propietario de la carga comparten la responsabilidad. En Europa Occidental, y tratándose de accidentes nucleares, los riesgos no asegurados están a cargo, en primer lugar del Estado en que se encuentra la instalación y, por encima de un cierto límite, de un fondo de

[146] Para una referencia a las deliberaciones sobre estas cuestiones en una fase anterior, véase el segundo informe del Sr. Sreenivasa Rao, *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), págs. 135 y 136, documento A/CN.4/501, párrs. 61 a 63.

[147] Véase la actualización más reciente relativa a las conversaciones sobre responsabilidad en el contexto de la Antártida en La Fayette, *loc. cit.*, págs. 177 a 181. La Coalición del Océano Antártico y Austral (ASOC), una ONG, expresó su profunda preocupación por la falta de progresos. Con respecto a algunas propuestas y observaciones concretas sobre el proyecto más reciente pendiente de examen por la próxima Reunión Consultiva del Tratado Antártico que se celebrará en Madrid en 2003, véase ASOC, documento de información n.° 77 sobre responsabilidad, tema 8 del programa, disponible en el sitio www.asoc.org.

[148] Tratado Antártico, *Informe Final de la XXV Reunión Consultiva del Tratado Antártico*, parte II, anexo B, decisión 3 (2001).

[149] Según Goldie («Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk», pág. 196), las convenciones sobre responsabilidad civil por daños nucleares iniciaron la nueva corriente de imputar la responsabilidad al explotador por débil que sea el nexo de causalidad y con independencia de lo novedosos que puedan ser los factores que intervengan (salvo que se trate de alguno perteneciente al limitado grupo de factores exculpatorios). Sobre esta cuestión véase también la obra del mismo autor, «Liability for damage and the progressive development of international law», págs. 1215 a 1218.

[150] Goldie («Concepts of strict and absolute liability…», págs. 189 y 190) señala que:

> «el quid de la cuestión de la responsabilidad causal es la necesidad de que las actividades extremadamente peligrosas respondan por las violaciones de los derechos a la seguridad personal, la propiedad o los servicios derivadas de un daño causado por la actividad de una empresa en la medida en que las concepciones socialmente aceptadas de justicia distributiva así lo exijan. Es decir, con independencia de los problemas filosóficos, éticos o incluso fácticos que puedan aparecer al identificar el nexo causal, la empresa que crea el riesgo no debe tener la posibilidad de transferir a las víctimas potenciales los costos de su interferencia en los servicios socialmente aceptados».

En cuanto a la diferencia entre responsabilidad causal y responsabilidad objetiva, el propio autor explica que la responsabilidad objetiva es una forma de responsabilidad «más estricta que la causal» (ibíd., pág. 195). Explica (ibíd., pág. 194) que:

> «las reglas exculpatorias creadas por los tribunales para mitigar el rigor de la responsabilidad del demandado en el caso *Rylands* v. *Fletcher* (así como las que han aparecido en la jurisprudencia de los tribunales que reconocen la doctrina alternativa de las actividades extremadamente peligrosas) han hecho que el adjetivo «objetiva» resulte inapropiado; de ahí que la expresión «responsabilidad causal» sea la que se utilice preferentemente en el *common law*. Por otra parte, en este artículo se ha retomado el término «objetiva» a fin de indicar que nos encontramos ante una modalidad de responsabilidad más rigurosa que la normalmente denominada «causal», especialmente en el ámbito internacional».

Se observa que casi ocho excepciones podrían resultar aplicables a la regla de la responsabilidad objetiva enunciada en el caso *Rylands* v. *Fletcher* (ibíd., pág. 196, nota 50). Para este caso, véase *The Law Reports, English and Irish Appeal Cases before the House of Lords*, vol. III (1868), pág. 330.

[151] Birnie y Boyle, *International Law and the Environment*, pág. 94, dan ejemplos de diferentes métodos de asignación de la pérdida. Estos autores observan que en esos casos «lo que importa es *cómo* se comparte la responsabilidad y cómo se paga la indemnización: determinar quién contamina no responde estas preguntas, ni en este supuesto ni en otras operaciones complejas, como el transporte de desechos peligrosos». Véase también el primer informe del Sr. Sreenivasa Rao, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), párrs. 73 a 86, en particular el párrafo 84, y la nota 107 para otros ejemplos en los que el riesgo y la pérdida se comparten.

indemnización al que contribuyen los gobiernos participantes en proporción a su potencia nuclear instalada y su producto nacional bruto. En este caso el principio general es hacer pagar a quien contamina la parte del riesgo que resulte justa y equitativa, sin olvidar un importante componente de subvención por parte del Estado.

116. El modelo de gestión del riesgo de las instalaciones nucleares de los Estados de Europa Oriental es aún más interesante. Algunos gobiernos de Europa Occidental, que representan un amplio grupo de víctimas potenciales de accidentes, han financiado las obras necesarias para mejorar las normas de seguridad. Los Estados ribereños del Rin hicieron algo similar a fin de persuadir a Francia de que redujese la contaminación procedente de sus minas de potasio.

117. La responsabilidad causal se reconoce en distintas jurisdicciones de todo el mundo y en todos los sistemas jurídicos[152]. De ahí la posibilidad de considerarla un principio general del derecho internacional o cuando menos un exponente del desarrollo progresivo del derecho internacional[153]. Tratándose de actividades que no sean peligrosas pero que impliquen el riesgo de causar un daño sensible, quizá resulte más adecuado vincular la responsabilidad a la culpa o negligencia.

118. En los casos de responsabilidad causal, también es habitual limitarla a sumas que por lo general pueden asegurarse. De otro modo, si no existe un fondo de indemnización, no sería razonable ni viable imponer la responsabilidad causal, por ejemplo, al armador del petrolero únicamente, dejando a un lado a los dueños de la carga de petróleo. En la mayoría de los regímenes de responsabilidad causal pero limitada, el explotador está obligado a contratar seguros y otras garantías financieras adecuadas para beneficiarse de la limitación.

119. Cabe objetar al régimen de responsabilidad limitada que no da al explotador un incentivo suficiente para adoptar medidas de prevención más estrictas. Si se fijan límites demasiado bajos, podría incluso convertirse en una licencia para contaminar o perjudicar a otros y hacer recaer en terceros los costos reales de la explotación. También se considera que tal vez no podría atender a todas las legítimas demandas y reclamaciones de indemnización planteadas por víctimas inocentes que hayan sufrido un daño[154]. Se afirma en ese sentido que no es improbable que, teniendo en cuenta sus pros y contras, la responsabilidad basada en la culpa responda a los intereses de las víctimas de forma más adecuada y que resulta aconsejable mantenerla como uno de los tipos de responsabilidad. No es inusual que, en el ámbito de la responsabilidad basada en la culpa, la víctima tenga oportunidad de recurrir en forma más generosa a las normas probatorias y a las inferencias. Al invertirse la carga de la prueba, puede exigirse al explotador que demuestre haber tomado todas las precauciones debidas y propias de una persona razonable y prudente en proporción al riesgo de la operación[155].

120. La mayoría de los regímenes de responsabilidad relativos a actividades peligrosas prevén fuentes adicionales de recursos para hacer frente a las reclamaciones por daños y en especial para sufragar los costos de las medidas de respuesta y reparación que resultan esenciales para contener el daño y para restablecer los recursos naturales y los servicios públicos afectados.

121. Los fondos adicionales provienen de dos fuentes diferentes. La primera, los fondos públicos que forman parte del presupuesto nacional. En otras palabras, el Estado asume una parte de la pérdida creada por el daño. La otra parte se asigna a un fondo conjunto creado a partir de contribuciones de quienes realizan el mismo tipo de actividades peligrosas o de entidades en cuyo beneficio

[152] El modelo de responsabilidad causal ha sido utilizado para regular la responsabilidad ambiental en Alemania, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo, Noruega y Suecia (véase Jones, *loc. cit*., pág. 16). Según un estudio encargado por la Comisión Europea en conexión con su Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales (nota 4 *supra*), en 1995, 40 estados de los Estados Unidos habían instituido modelos de responsabilidad causal para sufragar el costo de la limpieza de áreas contaminadas que supusieran una amenaza para la salud humana y el medio ambiente. Esta normativa se añadió a la Ley del Superfondo de 1980. Véase Austin y Alberini, «An analysis of the preventive effect of environmental liability – environmental liability, location and emissions substitution: evidence from the Toxic Release Inventory», pág. 3. Véanse también las referencias anteriores al estudio de Arsanjani, «No-fault liability from the perspective of the general principles of law», citado en el segundo informe del Sr. Barboza, *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), pág. 167, nota 61; y en Handl, «State liability for accidental transnational environmental damage by private persons», pág. 551. «[D]ebería admitirse la posibilidad de partir del supuesto de que la responsabilidad causal por actividades anormalmente peligrosas es un principio general del derecho internacional general en vigor» (ibíd., pág. 553).

[153] Véase más arriba la cautela que muestra el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de 1996 en relación con la responsabilidad sin culpa como principio general del derecho internacional (*Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 110, anexo I), Goldie parece compartir esa cautela. Después de estudiar algunas justificaciones y teorías que apoyan la responsabilidad causal, afirma que «en la medida en que estas teorías proporcionan un fundamento para exigir responsabilidad causal por productos y operaciones, han sido objeto no obstante de una aceptación muy limitada en los sistemas jurídicos del mundo». En consecuencia, «su recepción por el derecho internacional sería sin duda reflejo de actuaciones realizadas en el marco del 'desarrollo progresivo'» («Concepts of strict and absolute liability…», pág. 210).

[154] Se señaló que, dados los límites impuestos a la responsabilidad en muchas de las recientes convenciones, esencialmente por razones económicas, «resulta útil volver a las teorías fundamentales sobre responsabilidad extracontractual que las normas han tratado de evitar: las acciones basadas en la responsabilidad derivada de la culpa» (Kiss y Shelton, *International Environmental Law*, pág. 375). Véase también Boyle, «Making the polluter pay?...», pág. 365, que observa que el principio de la responsabilidad causal, a pesar de ser prometedor, «puede no cubrir en su totalidad estos costos transfronterizos». Además, este autor observa que, aunque menos onerosa que la responsabilidad causal, «la responsabilidad por una violación de la diligencia debida puede en la práctica suponer una obligación de indemnización más completa» (ibíd., pág. 366).

[155] Jones, *loc. cit*., pág. 22, afirma: «Si es cierto que en el ámbito de los daños ambientales es particularmente problemático para el demandante demostrar la existencia de culpa, éste podría ser un argumento para alterar las reglas sobre la responsabilidad civil ordinaria invirtiendo la carga de la prueba». También señala que «en última instancia la diferencia entre responsabilidad fundada en la culpa y responsabilidad causal podría no ser tan profunda como en ocasiones se sugiere o se piensa. Incluso los regímenes de responsabilidad causal pueden incluir algunas excepciones que permitan al demandado eludir la responsabilidad en ciertas situaciones. Además, aun en los casos en que la responsabilidad sigue estando fundada en la culpa, la experiencia parece indicar que existe la posibilidad de que los tribunales concluyan que se ha traspasado el umbral de la culpa sobre la base de una prueba relativamente débil o no demasiado fehaciente».

directo se realiza la actividad peligrosa o potencialmente peligrosa. Normalmente no se establece de forma expresa a cuál de los fondos comunes —el creado por los explotadores, el procedente de los beneficiarios o el establecido por el Estado— se recurriría con carácter prioritario una vez superado el límite de la responsabilidad del explotador. En el caso de las medidas de respuesta y recuperación, se llega a afirmar que el Estado o cualquier otra entidad pública que se encargue de llevar a la práctica tales medidas podría posteriormente recuperar del explotador su costo.

C.—Algunos elementos de la responsabilidad civil

122. Para entender cabalmente el régimen de responsabilidad civil, que se basa en la responsabilidad del explotador, deben tenerse en cuenta algunos de sus elementos.

123. Los principales mecanismos jurídicos para obtener la reparación del perjuicio resultante de un daño transfronterizo se fundamentan, en el *common law*, en diferentes teorías. El concepto de molestia, que hace referencia a la obstaculización excesiva y no razonable del uso y disfrute privado de bienes inmuebles, es una de ellas. El allanamiento, que es el fundamento jurídico de la acción en caso de intromisión física directa e inmediata en un bien inmueble ajeno, es otra de estas teorías. La negligencia y el principio de la responsabilidad objetiva establecidos en el caso *Rylands* v. *Fletcher*[156] también se han utilizado como fundamento jurídico de varias demandas en *common law*. Además, la doctrina del fideicomiso público (el Estado actúa como fideicomisario de los recursos naturales) y la de los derechos ribereños (derechos de los propietarios de fincas adyacentes a un curso de agua) también pueden servir de base para reclamar la reparación de tales perjuicios[157]. De manera similar, en los sistemas de derecho romano, la obligación de reparar un perjuicio transfronterizo derivaría primordialmente de las normas sobre relaciones de buena vecindad (obligación de abstenerse de cualesquiera excesos que puedan ir en perjuicio de la propiedad del vecino que pesa sobre el dueño de una finca o instalación, especialmente aquella en la que se desarrollen actividades industriales), de una norma específica sobre responsabilidad por daños al medio ambiente o incluso de los principios generales sobre la responsabilidad civil (carga de la prueba, responsabilidad causal con exoneración en caso de un perjuicio debido a causas independientes, como el caso fortuito o la fuerza mayor)[158].

124. Los diversos fundamentos jurídicos para pedir las reparaciones indicadas más arriba han dado lugar por su parte a otras cuestiones jurídicas.

1. El problema de la causalidad

125. El principio de la causalidad está ligado a las cuestiones de previsibilidad y proximidad o pérdida directa. Se dice que sería posible interponer una demanda por negligencia para obtener la indemnización de un daño a la propiedad si el demandante demuestra que: *a*) el demandado se había obligado respecto de él a cumplir un determinado grado de diligencia; *b*) el demandado incumplió tal obligación; *c*) el incumplimiento del demandado causó el daño al demandante; y *d*) el demandado sufrió un perjuicio como consecuencia. Además, ciertos tipos de degradación ambiental, tales como la contaminación por sustancias peligrosas, pueden dar lugar a responsabilidad objetiva según la jurisprudencia sentada en el caso *Rylands* v. *Fletcher*[159]. En el caso *Cambridge Water*[160], la Cámara de los Lores sostuvo que el principio de previsibilidad no sólo era aplicable a las acciones que pudieran entablarse en casos de negligencia o molestia, sino también a las interpuestas sobre la base de la causa *Rylands* v. *Fletcher*. Según Schoenbaum, las acciones en el common law eran suficientes para diversos casos de daño transfronterizo en que esté presente, por ejemplo, la contaminación atmosférica o del agua, la contaminación del suelo o de aguas subterráneas, y la degradación de zonas húmedas y el vertido de sustancias tóxicas. Sin embargo, añade, el *common law* sigue siendo insuficiente en cuanto a la definición y la cuantificación de los perjuicios[161].

126. Tribunales de distintos países han aplicado el principio y las nociones de causa próxima, causalidad adecuada, previsibilidad y lejanía del daño. Esta rama del derecho es muy discrecional e impredecible. Distintos países han aplicado esas nociones con resultados diversos. Debe mencionarse que el examen de la proximidad parece haberse suavizado en la doctrina moderna de la responsabilidad extracontractual. Ha habido una evolución desde la teoría estricta de la condición *sine qua non* sobre el criterio de la previsibilidad hacia un criterio menos exigente de causalidad, que tan sólo requiere que sea razonable imputar el perjuicio. Además, el criterio de la previsibilidad podría perder cada vez más 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, se señala que parece difícil incluir esos criterios en un modelo analítico más general de asignación de la pérdida[162].

2. Cumplimiento del deber de diligencia

127. En el cumplimiento del deber de diligencia prescrito por la ley incidirían factores como la prueba de la culpa o la negligencia, o la responsabilidad causal; habría también que determinar si el uso era legítimo, razonable o excesivo. Sin embargo, la prueba de la culpa por la parte perjudicada no se precisa a efectos de la aplicación de las normas sobre relaciones de buena vecindad en los sistemas de derecho romano. Tan sólo se necesita demostrar que el daño resultante de la conducta

[156] Véase la nota 150 *supra*.

[157] Para un estudio de los distintos fundamentos en el *common law*, véase Schoenbaum, «Environmental damages in the common law: an overview».

[158] Para un estudio de las posturas sobre estos aspectos o fundamentos de la responsabilidad en los distintos ordenamientos nacionales, véase Bernasconi, *op. cit.*, págs. 16 a 26.

[159] Véase la nota 150 *supra*.

[160] *Cambridge Water Co.* v. *Eastern Counties Leather plc*, *The Law Reports*, Appel Cases (1994), n.° 2, pág. 264 (Cámara de los Lores).

[161] Schoenbaum, «Environmental damages in the common law…», pág. 215.

[162] Véase Wetterstein, «A proprietary or possessory interest: a *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?», pág. 40.

en cuestión va más allá de los límites de tolerancia que los vecinos se deben recíprocamente. El criterio para determinar si se produce tal exceso es el de una persona razonable de sensibilidad media.

128. Además, según el artículo 684 del Código Civil de Suiza, que dispone que las normas sobre relaciones de buena vecindad se han de aplicar con independencia de la culpa, con prescindencia de que la actividad que produjo el daño excesivo haya sido lícita o no. Otra complicación adicional es la del valor y el reconocimiento que han de otorgarse a la autorización concedida por un país para realizar una actividad dentro de su territorio cuando ésta tenga como efecto un daño excesivo en un país vecino. El problema en este caso residiría en la determinación de la ley aplicable. Es necesario optar entre la ley del Estado que dio su autorización y la ley del Estado en que se produjo el daño. Dependiendo del principio por el que se opte, las resoluciones serán diferentes. Por ejemplo, la ley del Estado que da su autorización sería la aplicable si se diera primacía a la voluntad del gobierno extranjero y al vínculo entre dicha voluntad y la situación causante del daño y la necesidad de hacer cumplir la decisión en el país que dio la autorización. En cambio, se preferiría la ley del Estado que sufre el daño si lo que importa es la necesidad de cumplir ciertas normas sustantivas mínimas al otorgar la autorización y el debido respeto por la ley del Estado en que se produce el daño. Una vez más, no existe una solución mayoritaria[163].

129. Para el *common law*, la responsabilidad por la molestia aparece modulada por el principio de acomodación mutua entre dos propietarios vecinos. El conflicto entre los respectivos usos se juzga según que la interferencia sea o no razonable. Podría darse un solapamiento entre las acciones por actividades molestas y por negligencia[164], así como entre las primeras y las acciones por allanamiento[165], pero los razonamientos jurídicos utilizados para juzgar dichas reclamaciones son diferentes. Además, mientras que en el Reino Unido la responsabilidad causal se contempla como un caso especial de la doctrina de la molestia, en la práctica de los Estados Unidos se utiliza una teoría distinta, más cercana a la aplicación del principio de quien contamina paga[166].

3. Definición de perjuicio e indemnización

130. Incluso cuando se establece la causalidad, pueden suscitarse dificultades en cuanto a las reclamaciones que reúnen los requisitos para la indemnización, como la pérdida financiera, los daños físicos y morales, la incapacidad permanente, la pérdida de un goce o consorcio, y la evaluación del daño. De forma similar, el daño sufrido por un bien que pueda ser reparado o sustituido puede compensarse teniendo en cuenta el valor de la reparación o la sustitución. Sin embargo, es difícil compensar el perjuicio causado a objetos con valor histórico o cultural si no es sobre la base de una evaluación individualizada y adaptada a cada caso. Además, cuanto más débil y vago sea el nexo con la propiedad dañada, menor será la certeza de que existe un derecho a indemnización. También se discute si una pérdida puramente económica que implique para el perjudicado la desaparición del derecho a disfrutar de un servicio público, pero que no le suponga una pérdida personal directa o una lesión a su derecho de propiedad, podría dar derecho a indemnización[167]. Las pérdidas estrictamente económicas, como las sufridas por un hotel, por ejemplo, pueden ser indemnizables en Finlandia y Suecia, pero no en otras jurisdicciones[168].

a) *Daños al medio ambiente* per se *o a los recursos naturales*

131. El análisis de los diversos modelos de asignación de la pérdida que antecede revela que en general no existen razones para aceptar la responsabilidad por daños al medio ambiente *per se*. No obstante, esta limitación puede subsanarse parcialmente si existe un daño a personas o a bienes como consecuencia del daño al medio ambiente. Además, en el caso de los daños a recursos naturales o al medio ambiente, hay acuerdo en prever el derecho a la indemnización o al reembolso del costo de las medidas razonables y, en algunos casos, de las medidas aprobadas o autorizadas de prevención o respuesta y de restitución o reintegración. En algunos instrumentos, esto se limita a las medidas *efectivamente* adoptadas, quedando excluido el lucro cesante debido al deterioro del medio ambiente[169]. Algunos países, como el Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Finlandia, Francia, Italia, Noruega y el Reino Unido, y en cierta medida Alemania, cuentan a estos efectos con leyes especiales basadas en la doctrina de la responsabilidad causal[170]. El criterio de lo ecológicamente razonable también ha sido incluido en muchos tratados internacionales. Además, varios instrumentos contienen una definición de perjuicio y especifican las medidas de restablecimiento que reúnen los requisitos para la indemnización. Lo ecológicamente razonable o justificable se define en algunos casos como el conjunto de medidas que

[163] Bernasconi, *op. cit.*, págs. 41 a 44.

[164] Schoenbaum, «Environmental damages in the common law…», pág. 214, nota 5.

[165] Bernasconi, *op. cit.*, pág. 17.

[166] Schoenbaum, «Environmental damages in the common law…», pág. 214, nota 6.

[167] Wetterstein, «A proprietary or possessory interest…», pág. 32.

[168] Dunné, «Liability for pure economic loss-rule or exception? A comparatist's view of the civil law: common law split on compensation of non-physical damage in tort law», citado en Bernasconi, *op. cit.*, pág. 24, nota 108.

[169] Véanse el Convenio de Lugano y otros instrumentos a que se hace referencia más arriba.

[170] Véase Wetterstein, «A proprietary or possessory interest…», págs. 47 y 48. En relación con la Ley del Superfondo de 1980 y la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990, de los Estados Unidos, véanse los párrafos 55 a 61 *supra*. Además, para un análisis de la misma cuestión y para un breve estudio del tratamiento de la protección ambiental en los ordenamientos jurídicos de diferentes países, que resalte algunas de las diferencias que se aprecian entre ellos, véase Bernasconi, *op. cit.*, págs. 20 a 25. En el caso de Francia, los tribunales nacionales han interpretado el artículo 1348 del Código Civil, que originalmente se ocupaba únicamente de los casos excepcionales de responsabilidad por daños causados por cosas tales como animales o edificios, en el sentido de consagrar la responsabilidad sin culpa. Sin embargo, la normativa de la Federación de Rusia establece un régimen de responsabilidad basado en la responsabilidad por culpa. En cuanto al tema de la evaluación de los daños, en este país existen índices fijos de indemnización que atribuyen a los diferentes elementos naturales un valor abstracto y específico, teniendo en cuenta su importancia ecológica y comercial. En los supuestos no previstos, se tendrían en cuenta los costos de la recuperación del medio ambiente a la hora de determinar los perjuicios económicos.

el tribunal competente considera apropiadas y proporcionales teniendo en cuenta todas las circunstancias[171].

132. El objetivo no es devolver al ecosistema a su estado original, sino permitirle mantener sus funciones permanentes. No se prevé que en el proceso se hayan de efectuar gastos desproporcionadamente elevados en relación con los resultados deseados y debe haber una buena relación costo-eficacia. Con sujeción a estas consideraciones, si la recuperación o el restablecimiento del medio ambiente no son posibles, será razonable introducir el equivalente de tales elementos en el medio ambiente[172].

b) *Medición de los daños*

133. El caso *Amoco Cadiz* (1978)[173] ilustra la práctica de los tribunales a la hora de medir los perjuicios en caso de daños al medio ambiente. Francia y otros damnificados presentaron una demanda ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos por el vertido de un petrolero que causó graves daños a la costa de Bretaña. No se presentó una demanda sobre la base del Convenio de responsabilidad y el Convenio del Fondo porque Francia no era parte en el Convenio del Fondo en el momento del accidente. Además, el monto de la indemnización según el Convenio de responsabilidad era demasiado bajo (unos 77 millones de francos franceses, una décima parte de la cantidad reclamada), y se entendió que era difícil persuadir a un tribunal francés de la existencia de culpa y coparticipación y de este modo hacer responsable al armador. Tampoco estaba claro si una sentencia francesa sería ejecutable respecto de una compañía liberiana de pantalla, que no tenía activos en Francia. Por otra parte, resultaba improbable que la empresa matriz, Standard Oil Company of Indiana, admitiera voluntariamente compartir la responsabilidad[174]. Los demandantes reclamaban 2.200 millones de dólares como indemnización por: *a*) las operaciones de limpieza realizadas por empleados públicos; *b*) las donaciones hechas por las comunidades locales y el tiempo de los voluntarios; *c*) el costo del material y el equipamiento adquiridos para la limpieza; *d*) el costo de utilización de edificios públicos; *e*) la recuperación de costas y puertos; *f*) la pérdida de empleos; *g*) la pérdida de reputación e imagen pública de pueblos y ciudades; *h*) las reclamaciones individuales, e *i*) el daño ecológico.

134. El Tribunal concedió únicamente 85,2 millones de dólares de los EE.UU. Con ello se cubrieron el costo de las operaciones de limpieza por parte de los empleados públicos, incluidos sus gastos de viaje; los costos de material y equipamiento, descontado el valor residual de los artículos adquiridos, y siempre que la adquisición hubiera sido razonable, que el equipamiento se hubiera utilizado efectivamente y que se hubiera probado el valor residual; el costo de la utilización de edificios públicos y varias reclamaciones individuales, incluidas las de hoteles, restaurantes, campamentos y otros negocios, aplicando como regla general la pérdida de los ingresos de un año. Las reclamaciones por pérdida de disfrute y una reclamación de la Unión de Asociaciones Familiares del Departamento fueron rechazadas sobre la base de que el derecho francés no las reconocía.

135. En cuanto al daño ecológico, el Tribunal no otorgó indemnización por daños a la biomasa, al conjunto de la vida marina y al fondo marino en la zona afectada, considerando que esta cuestión es compleja, vaga, especulativa, y se basa en una cadena de supuestos. El Tribunal también entendió que el daño había afectado a *res nullius* en relación con las cuales nadie tenía derecho a reclamar indemnización. También consideró que la indemnización por daños a ecosistemas quedaba cubierta por la indemnización a los pescadores y las asociaciones pesqueras basada en la reducción de sus capturas y sus beneficios correspondientes. En cambio, el Tribunal tomó en cuenta los gastos efectuados por el Gobierno de Francia para introducir especies afectadas por la contaminación y sus secuelas.

136. En definitiva, la experiencia del *Amoco Cadiz* no resultó ser demasiado beneficiosa para las víctimas. El litigio duró 13 años, los demandantes tuvieron que presentar engorrosas pruebas con el resultado de una reducción sustancial de la reclamación del Estado y una enorme reducción de las comunidades locales. Al final, las comunidades de Bretaña obtuvieron tan sólo una décima parte de la cantidad reclamada.

137. La experiencia del *Amoco Cadiz* parecía haber servido tan sólo para resaltar la importancia de un mecanismo de indemnización institucionalizado[175]. Cabe hacer una comparación con el incidente del *Tanio*, que también contaminó la costa de Bretaña tan sólo dos años después del incidente del *Amoco Cadiz*, el 7 de marzo de 1980. Para entonces había entrado en vigor el Convenio del Fondo. Casi 100 demandantes presentaron reclamaciones al FIDAC por un total de 527 millones de francos franceses. No se presentó reclamación alguna por daño ambiental, a fin de cumplir la política del Fondo. La reclamación de Francia se refería a los gastos del bombeo de petróleo desde el buque hundido, los de las operaciones de limpieza y recuperación y a las cantidades pagadas por el Estado a

[171] El Protocolo de enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares se refiere a factores tales como: *a*) la naturaleza y magnitud de los daños sufridos o, en el caso de medidas preventivas, la naturaleza y magnitud del riesgo de que se produzcan tales daños; *b*) en qué medida, en el momento en que sean adoptadas, existe la posibilidad de que dichas medidas sean eficaces; y *c*) los conocimientos científicos y técnicos pertinentes. La Corte de Casación de los Estados Unidos, en el caso *Commonwealth of Puerto Rico* v. *S. S. Zoe Colocotroni* (nota 111 *supra*), declaró que «la decisión de si el costo del restablecimiento era razonable dependía de factores tales como la viabilidad técnica, la capacidad del ecosistema para recuperarse de forma natural y los gastos necesarios para rehabilitar el medio ambiente afectado» (Wetterstein, «A proprietary or possessory interest…», pág. 47, nota 94).

[172] Para un análisis de la definición de medio ambiente y de los elementos indemnizables del daño al medio ambiente, véase el undécimo informe del Sr. Barboza, *Anuario... 199*5, vol. II (primera parte), pág. 57, párrs. 3 a 37, especialmente pág. 62, párr. 28. Para una interesante exposición sobre el problema del perjuicio, y las definiciones de daño, perjuicio, efectos adversos y evaluación del perjuicio, véase Fitzmaurice, *loc. cit.*, págs. 225 a 232.

[173] Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 654 F2d 1279 (7th Cir 1992). Para una explicación del caso, véase Kiss y Shelton, *op. cit.*, págs. 355 y 356.

[174] Para una explicación, véase Fontaine, «The French experience – 'Tanio' and 'Amoco Cadiz' incidents compared: advantages for victims under the compensation system established by the international conventions», pág. 103.

[175] Ibíd., pág. 104, así como para detalles sobre el incidente del *Tanio*.

particulares a fin de indemnizar sus pérdidas. La reclamación alcanzaba el doble de la cantidad indemnizable según el Convenio de responsabilidad y el Convenio del Fondo, 224 millones de francos franceses, de los cuales 22 millones aparecían representados por el fondo de limitación de armadores.

138. Después de las negociaciones, y de conformidad con el acuerdo alcanzado, se determinó que había que pagar 348 millones de francos franceses, y en los tres a cinco años posteriores al incidente se había satisfecho casi el 70% de dicha suma.

4. *Locus standi*

139. El principio del *locus standi* se basa generalmente en un derecho de propiedad o en un derecho protegido por la ley y, en el caso de daños a una propiedad pública, queda reservado a una autoridad gubernamental[176]. En el *common law*, otra base legal es la doctrina del fideicomiso público, que se aplica más en los Estados Unidos que en otros países. En virtud de esa doctrina, el Estado se hace cargo de ciertos recursos naturales en calidad de fideicomisario para el beneficio de sus ciudadanos. En el derecho de los Estados Unidos, esto permite la intervención del Estado, e incluso de particulares, para proteger la flora y la fauna y los recursos naturales[177]. Esa posibilidad se ve afianzada por la Ley sobre contaminación por hidrocarburos de 1990 y otras leyes que, en la actualidad, permiten subsanar daños a recursos naturales: la Ley federal sobre lucha contra la contaminación del agua (o Ley sobre el agua salubre)[178], y la Ley del Superfondo de 1980. Como se ha dicho antes, con arreglo a estas leyes, los fideicomisarios establecidos pueden presentar demandas por daños a los recursos naturales. El régimen vigente en Noruega concede a sociedades y organizaciones privadas el derecho a reclamar gastos de restauración[179]. 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 reconoce el derecho de las ONG a actuar en defensa de intereses ambientales públicos. El artículo 2, párr. 5, de la Convención define como público interesado el que resulte afectado o pueda resultar afectado o tenga un interés que invocar.

140. La propuesta de directiva de la Comisión Europea (véanse los párrafos 96 a 106 *supra*) también concede el derecho de ciertas ONG reconocidas a presentar demandas en casos de daños ambientales.

5. Jurisdicción apropiada

141. En cuanto a la cuestión de la jurisdicción apropiada para resolver las demandas de indemnización, ésta puede corresponder bien al Estado de la parte lesionada o víctima o bien a los tribunales del Estado en cuyo territorio se haya producido la actividad causante de los daños. La práctica de los Estados en este tema no es uniforme. Por ejemplo, en los Estados Unidos se aplica la doctrina del *forum non conveniens* y la decisión sobre cuál es el mejor foro recae en los tribunales. En el derecho de los Estados Unidos existe una cierta presunción de no contradecir la elección del demandante pero no se aplica de forma uniforme[180].

142. El principio de otorgar al demandante la elección del foro para demandas relacionadas con daños transfronterizos tuvo una recepción más favorable en el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En el caso *Handelskwekerij G. J. Bier* c. *Mines de Potasse d'Alsace S.A.*[181], el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostuvo que el artículo 5, párr. 3, del Convenio, que confiere competencia «en materia delictual o cuasidelictual, [al] tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», se debía interpretar en el sentido de que la elección del foro entre el Estado donde se produjeron los daños y el Estado donde se realizó la actividad causante de los daños quedaba librada al demandante. En consecuencia, el Tribunal de Justicia dictaminó que se debía entender que el artículo incluía ambos lugares y que la elección en cada caso particular se debía hacer teniendo en cuenta los intereses del demandante. Por lo tanto, en el caso en cuestión, el asunto se envió de nuevo al Tribunal de Rotterdam (Países Bajos) para que fallara el fondo del caso. Inicialmente, ese tribunal había declinado su jurisdicción en un caso de contaminación del río Rin causada por una compañía con sede en Francia. La compañía (Mines de Potasse d'Alsace S.A.) vertía 10.000 toneladas de cloruro al día en el río Rin en Francia y esto había causado daños en explotaciones hortícolas en los Países Bajos. Los demandantes de los Países Bajos querían presentar la demanda en su país y no en Francia[182].

143. En el caso *Oceanic Sun*[183], el Tribunal Superior de Australia aplicó el principio de dificultad excesiva para determinar la inconveniencia del foro para el demandado. Un comentarista señaló que esta decisión hacía difícil que los residentes en Australia y las empresas de ese país pudieran evitar la jurisdicción local si un extranjero los demandase ante los tribunales australianos y añadió que «la posición del tribunal servía de incentivo para que las compañías con sede en Australia adoptaran en sus operaciones en el extranjero medidas de seguridad industrial y normas ambientales similares a las exigidas dentro del país»[184]. Dos años después de la decisión en la causa *Oceanic Sun*, el Tribunal Superior de Australia fijó un criterio más estricto en la causa *Voth* v. *Manildra Flour Mills Pty Ltd.*[185], y sostuvo que, antes de que se pudiera

[176] Wetterstein, «A proprietary or possessory interest…», págs. 30 a 32.

[177] Schoenbaum, «Environmental damages in the common law…», pág. 216, nota 30.

[178] Código de los Estados Unidos, título 33, cap. 26, seccs. 1251 y ss.

[179] Wetterstein, «Environmental damage in the legal systems of the Nordic countries and Germany», págs. 237 y 242.

[180] Véase Kiss y Shelton, *op. cit.*, pág. 365, nota 37.

[181] Caso 21/76, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1976-8, Luxemburgo, pág. 1735. Véase también Sands, *op. cit.*, pág. 160.

[182] Sands, Principles…, pág. 160.

[183] *Oceanic Sun Line Special Shipping Company Inc*. v. *Fay*, *Commonwealth Law Reports*, vol. 165 (1988), pág. 197.

[184] Prince, «Bhopal, Bougainville and Ok Tedi: why Australia's *forum non conveniens* approach is better», pág. 574.

[185] *Voth* v. *Manildra Flour Mills Pty Ltd* (1990), *Commonwealth Law Reports*, vol. 538, pág. 171.

interrumpir el procedimiento en razón del *forum non conveniens* para el demandado, primero había que demostrar que un tribunal australiano era «claramente inapropiado». La solución relativamente exitosa de la causa *Ok Tedi Mining Ltd., Dagi and Others* v. *BHP*, dependía de cómo enfocara Australia el *forum non conveniens*[186].

144. Los efectos ambientales de la mina de Ok Tedi y el muy comentado juicio contra quienes la explotaban redefinieron una amplia variedad de cuestiones relacionadas con la extracción de recursos minerales. La participación en este proceso representó un momento crucial para la industria de la minería, el Estado, las partes interesadas no tradicionales, las ONG nacionales y extranjeras, y los círculos académicos. La causa *Ok Tedi* se refería a los daños ambientales presuntamente causados por Ok Tedi Mining Limited, de la cual era propietaria en un 60% la Broken Hill Proprietary Company (BHP), gran empresa minera australiana, en sus operaciones en las cuencas del Ok Tedi y del río Fly en Papua Nueva Guinea.

145. Al igual que en Bougainville, donde RTZ-CRA tenía una mina de cobre, la causa *Ok Tedi* se refería al vertido de desechos de una mina en los sistemas fluviales vecinos con consecuencias sociales y ambientales catastróficas. En ambos casos, el Gobierno de Papua Nueva Guinea hizo todo lo posible para privar a la población local de sus derechos. Australia había aprobado la mina en Bougainville cuando Papua Nueva Guinea era un protectorado y, al final, hubo una rebelión armada que provocó el cierre de la mina en 1989, dejando un enorme problema. Mientras que Bougainville acabó en una rebelión armada y el cierre forzoso de la mina, la causa *Ok Tedi* se resolvió de forma más o menos pacífica cuando un tribunal de Australia aceptó conocer en la causa. Este caso es un ejemplo de gran importancia de elección del derecho en relación con un daño transfronterizo.

146. En la causa *Ok Tedi*, dado que el Gobierno de Papua Nueva Guinea básicamente había negado a los residentes de los pueblos de la zona el acceso a la justicia nacional, se recurrió al Tribunal Superior de Victoria donde BHP tenía su sede. Primero se entablaron cuatro demandas contra BHP en Melbourne, en nombre de Rex Dagi, John Shackles, Baat Ambetu y Alex Maun (en representación de tres clanes y 73 personas) y Daru Fish Supplies Pty Ltd. (una compañía pesquera comercial). Luego, las demandas de los restantes 500 clanes se presentaron en el Tribunal Nacional de Papua Nueva Guinea. En todo momento, BHP adujo que había actuado con arreglo a la ley, con autorización del Gobierno de Papua Nueva Guinea y en virtud de los diversos contratos y licencias que había recibido.

147. El Tribunal sostuvo que «con arreglo al *common law*, el Tribunal no debe conocer de una demanda que se refiera básicamente a derechos, ya sean de posesión o propiedad, sobre terrenos en el extranjero, puesto que esos derechos corresponden al derecho del lugar donde se sitúan los terrenos y sólo pueden quedar sin efecto por decisión de los tribunales de ese lugar»[187]. En consecuencia, el juez Byrne dictaminó que la demanda por daños basada en la intrusión de los demandados no podía ser interpuesta en Victoria. No obstante, decidió que podía seguir adelante la demanda por daños causados por negligencia a *todo* lo que no fuesen los terrenos. El juez Byrne llegó a la conclusión de que la base de la demanda por negligencia era la pérdida del goce o disfrute del terreno por parte de los demandantes y que dicha pérdida no estaba basada en la posesión o propiedad del terreno.

148. En vista de las causas *Oceanic Sun y Voth* v. *Manildra Flour Mills Pty Ltd*., BHP no pidió que el tribunal declinase su jurisdicción en razón del *forum non conveniens*. Esto significaba que BHP no podía soslayar la aplicación de la legislación australiana en sus operaciones mineras. En el acuerdo negociado resultante se aplicaron normas ambientales australianas más estrictas para determinar las medidas correctivas que BHP debía tomar y otras indemnizaciones, que incluyeron el pago de 400 millones de dólares australianos para la construcción de un sistema de contención de escorias y de hasta 150 millones de dólares como indemnización por daños ambientales[188]. Aunque ha habido algunas cuestiones ulteriores relacionadas con el proceso y el acuerdo, queda demostrado que se puede recurrir eficazmente al derecho en esos casos, en particular cuando existen consideraciones de tipo político que dificultan la indemnización en países menos adelantados y ricos en recursos. No obstante, el asunto volvió a los tribunales en 1997 en un proceso que recogió el espíritu del artículo 2 del Convenio sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medio ambiente y corroboró «la creciente liberalización con respecto al reconocimiento de nuevas formas de daños que dan lugar a indemnización»[189].

149. La posición de Australia en la causa *Ok Tedi* aduciendo un «foro claramente inapropiado»[190], contrasta con la del «foro más conveniente»[191] adoptada por los Estados Unidos y, más tarde, por el Reino Unido y que, en el caso de los Estados Unidos, se basa fundamentalmente en la causa *Piper Aircraft*[192].

---

[186] *Dagi and Others* v. *The Broken Hill Proprietary Company Ltd. and Another*, Tribunal Superior de Victoria, fallo de 22 de septiembre de 1995 (juez: Byrne), *Victorian Reports* (1997), n.° 1, pág. 428. Para un excelente resumen de este caso y sus repercusiones, véase Hunt, «Opposition to mining projects by indigenous peoples and special interest groups», párrs. 94 y ss.

[187] *Victorian Reports* (véase la nota 186 *supra*), pág. 429.

[188] Prince, *loc. cit*., pág. 595.

[189] Bowman, «Biodiversity, intrinsic value and the definition and valuation of environmental harm», pág. 42. Véase también *Dagi and Others* v. *BHP* (nota 186 *supra*), citado en Bowman, *loc. cit*., nota 5.

[190] Véase la nota 185 *supra*.

[191] Prince, *loc. cit*., pág. 574.

[192] *Piper Aircraft Co*. v. *Reyno*, 454 US 235 (1981). Refiriéndose al litigio de Bhopal, entre otros, Prince afirma que la posición de los Estados Unidos discrimina claramente a favor de los litigantes nacionales al poner obstáculos injustos a los litigantes extranjeros que quieran demandar a compañías estadounidenses en los Estados Unidos. En claro contraste con la posición positiva de Australia en la causa *Ok Tedi*, se puede observar que las leyes de los Estados Unidos permiten a sus multinacionales eludir la legislación estadounidense en sus operaciones en el extranjero. Prince sostenía que si se hubiera aplicado la posición australiana al caso de Bhopal habría sido muy difícil que el tribunal aceptara que la empresa matriz no tenía que asumir, en todo o en parte, la responsabilidad por el desastre. Ciertamente, si el caso se hubiera

CAPÍTULO III

Conclusiones y propuestas para su consideración

150. El estudio de los regímenes de responsabilidad pone de manifiesto que existen cuestiones legales complejas que sólo se pueden resolver en el contexto del fondo de cada caso. Su solución también depende de la jurisdicción en la que se acepte el caso y del derecho aplicable. Es posible negociar disposiciones específicas de tratados para fijar el régimen legal aplicable a una actividad. Sin embargo, no se han podido sacar conclusiones generales sobre el régimen de responsabilidad civil. Ese cometido, si se considerara necesario, correspondería a los foros que se encargan de la armonización y el desarrollo progresivo del derecho internacional privado.

151. Igualmente, se ha pasado revista a diversos modelos de responsabilidad civil y sistemas de indemnización recientes y bien establecidos. Estos modelos demuestran con toda claridad que los Estados tienen la obligación de cerciorarse de que exista algún tipo de disposición que garantice una asignación equitativa de la pérdida. Si bien los regímenes muestran elementos comunes, también hacen patente que cada uno está diseñado a la medida de su contexto específico. Eso no quiere decir que en todos los casos la mejor forma de cumplir esa obligación sea la negociación de un convenio de responsabilidad civil, y mucho menos uno basado en un determinado conjunto de elementos. Se podría cumplir de igual modo, si se considera apropiado, como en el derecho de la Comunidad Europea, permitiendo la elección del foro para que el demandante interponga la demanda en la jurisdicción más favorable o negociando un acuerdo especial, como en el litigio relativo a Bhopal.

152. Es más, dada la necesidad de dar a los Estados suficiente flexibilidad para elaborar regímenes de responsabilidad civil adecuados a sus necesidades específicas, el modelo de asignación de la pérdida que la Comisión tal vez desee hacer suyo debe ser al mismo tiempo general y supletorio.

153. En la elaboración de este modelo, y teniendo en cuenta parte de la labor previa de la Comisión sobre el tema, se presentan las siguientes propuestas para su consideración:

a) El régimen que se recomiende deberá entenderse sin perjuicio de las demandas interpuestas con arreglo a la definición de responsabilidad civil en el derecho nacional de los recursos disponibles en el plano nacional o en el derecho internacional privado. En el caso de daños transfronterizos, el modelo de asignación de la pérdida a diferentes agentes no tiene que estar basado necesariamente en un sistema de responsabilidad civil, como el de la responsabilidad causal o la responsabilidad por culpa;

b) La Comisión puede hacer suya la recomendación del Grupo de Trabajo de 2002[193] de que dicho régimen debería existir sin perjuicio de la posibilidad de interponer demandas de conformidad con el derecho internacional y en particular con el de la responsabilidad de los Estados;

c) El alcance de la cuestión para los efectos del régimen actual de asignación debería ser el mismo que el aprobado para los proyectos de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. En el estudio de los diversos regímenes de responsabilidad e indemnización queda claro que todos contemplan ciertos umbrales como base para la aplicación del régimen. En consecuencia, se sugiere que se apruebe el mismo umbral de daño sensible definido y acordado en el contexto del proyecto de artículos antes mencionado. No es ni eficaz ni conveniente reabrir la discusión sobre este punto;

d) Los diversos modelos de responsabilidad e indemnización también han confirmado que la responsabilidad del Estado es una excepción y que se acepta sólo en el caso de las actividades en el espacio ultraterrestre. Por consiguiente, la responsabilidad y la obligación de indemnizar deben recaer, en primer lugar, en quien más control ejerciera sobre la actividad en el momento en que ocurrió el accidente o incidente. De este modo, no tiene por qué ser siempre el operador de una instalación o de una actividad de riesgo;

e) La responsabilidad de la persona al mando o control de una actividad peligrosa puede hacerse valer una vez que se haya establecido de forma razonable la existencia de una relación entre el daño causado y la actividad en cuestión. Debe señalarse que existen opiniones que sostienen que la responsabilidad debería depender de la clara comprobación de la conexión causal entre el daño y la actividad. Dada la complicada naturaleza de las actividades peligrosas, tanto desde el punto de vista científico como tecnológico, y el carácter transfronterizo del daño causado, se considera que el criterio del carácter razonable sería el más adecuado. Sin embargo, ese criterio puede quedar sin efecto, por ejemplo, cuando el daño pueda ser resultado de más de una causa o cuando existan otras causas que puedan haber producido el daño y que escapen al control de la persona al mando y control de la actividad;

f) Cuando el daño es resultado de más de una actividad y se puede establecer un nexo razonable con cada una de ellas pero no es posible separarla con certeza, la

decidido en los Estados Unidos, se habrían presentado aún ciertas cuestiones complejas —como hasta qué punto una empresa matriz debería ser responsable por una filial extranjera— pero también es muy probable que se hubiera llegado a un resultado bastante más justo (Prince, *loc. cit.*, págs. 580 y 595).

[193] Véase la nota 3 *supra*.

responsabilidad puede ser mancomunada y solidaria[194] o se puede repartir equitativamente, o bien esta opción puede quedar librada a los Estados para que decidan de acuerdo con su derecho y sus prácticas nacionales;

g) La responsabilidad limitada se debe complementar con mecanismos de financiación adicional. Dichos fondos pueden proceder de contribuciones de los principales beneficiarios de la actividad o del mismo tipo de empresas o de reservas estatales especiales;

h) El Estado, además de su obligación de reservar fondos nacionales, debe también asumir la responsabilidad de establecer regímenes adecuados con el objetivo específico de hacer frente a los problemas relacionados con daños transfronterizos. Dichos regímenes deben contemplar la protección de sus ciudadanos contra posibles riesgos de daños transfronterizos; la prevención para que los daños causados por actividades dentro de su territorio no se extiendan a otros Estados; la institución de medidas de contingencia y otras medidas de preparación y la puesta en marcha de las necesarias medidas de respuesta una vez que el daño se ha producido;

i) El Estado también debe asegurarse de que exista en su sistema jurídico un recurso, de conformidad con las normas internacionales que se van desarrollando[195], para lograr la rápida y equitativa indemnización y reparación a las víctimas de daños transfronterizos;

j) Como se ha visto antes, la definición de daños que dan lugar a indemnización no es una cuestión que esté claramente resuelta. Los daños a personas y propiedades son generalmente indemnizables. En la actualidad, se reconoce también la indemnización por daños al medio ambiente o a los recursos naturales bajo la jurisdicción del Estado o en zonas bajo su control. Sin embargo, la indemnización en estos casos se limita a los gastos efectivamente realizados en medidas de respuesta a incidentes y de prevención, así como en medidas para establecer la situación anterior. Dichas medidas deber ser razonables o autorizadas por el Estado o estar previstas en su derecho interno o ser calificadas de tales por los tribunales. Los gastos se pueden considerar razonables si son proporcionales a los resultados obtenidos u obtenibles de acuerdo con los conocimientos científicos y los medios técnicos de que se dispone. Cuando el restablecimiento efectivo del medio ambiente o de los recursos naturales dañados no sea posible, se pueden reembolsar los gastos que entrañe la introducción de elementos equivalentes;

k) No se considera que los daños al medio ambiente *per se*, que no causen daños directos a la posesión o propiedad de particulares o del Estado den lugar a indemnización. Del mismo modo, no es probable que se indemnicen el lucro cesante o la pérdida de turismo que se produzcan como consecuencia de daños ambientales.

---

[194] Para un análisis de la responsabilidad mancomunada y solidaria, véase Bergkamp, *op. cit.*, págs. 298 a 306. Ésta se aplica generalmente en situaciones donde una acción conjunta de los demandados o una acción concertada es la responsable del daño. También se impone en los casos donde las acciones independientes de dos o más demandados causan un daño único e indivisible. Otra posibilidad es que dichas acciones causen un daño «prácticamente» indivisible. También se impone cuando una acción simple o dos acciones independientes causan proporciones diferentes del daño que combinadas corresponden a un daño único. En opinión del autor, «la responsabilidad mancomunada y solidaria se debe aplicar sólo en un número limitado de situaciones. Las reglas de la responsabilidad mancomunada y solidaria se deben usar poco porque conllevan ciertas desventajas, como injusticia, 'disuasión excesiva', problemas de asegurabilidad, incertidumbre y altos costos administrativos». La industria rechaza esta idea en la misma medida que las víctimas la prefieren por lo que es necesario encontrar un punto medio.

[195] La necesidad de desarrollar soluciones jurídicas para daños transfronterizos de conformidad con las normas internacionales fue el tema de los proyectos de artículos sobre recursos para daños transfronterizos en los cursos de agua internacionales que se discutieron en la 67.ª conferencia de la ADI en 1996 (véase Cuperus y Boyle, «Articles on private law remedies for transboundary damage in international watercourses»). Véase también Hohmann, «Articles on cross-media pollution resulting from the use of the waters of an international drainage basin». Para un análisis del tema, véase ADI, *Report of the Sixty-seventh Conference, Helsinki, 12-17 August 1996*, págs. 419 a 425.

RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

[Tema 7 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/532

Primer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial

[Original: inglés]
[26 de marzo de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		115
Obras citadas en el presente informe		116
	Párrafos	
INTRODUCCIÓN	1–2	117
Capítulo		
I. TRABAJOS ANTERIORES DE LA COMISIÓN SOBRE EL TEMA	3–11	117
II. ÁMBITO DEL PRESENTE ESTUDIO	12–34	120
Artículo 1.—Alcance del presente proyecto de artículos		
Artículo 2.—Términos empleados		
III. PRINCIPIOS GENERALES RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	35–39	126
Artículo 3.—Principios generales		

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (Québec, 16 de octubre de 1945), en su forma enmendada (Roma, 27 de noviembre de 1991)	FAO, *Textos fundamentales de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación*, edición 2000, vol. 1, Roma, 2001.
Convenio de la Organización Meteorológica Mundial (con anexos y Protocolo relativo a España) (Washington D.C., 11 de octubre de 1947)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 77, n.º 998, pág. 143.
Tratado de cooperación entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (Helsinki, 23 de marzo de 1962, enmendado por el Tratado de enmienda hecho en Copenhague el 13 de febrero de 1971)	Ibíd., vols. 434 y 795, n.º 6262, págs. 145 y 370 respectivamente.
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (Viena, 24 de abril de 1963)	Ibíd., vol. 596, n.º 8638, pág. 392.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 331.

	Fuente
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)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1975* (n.º de venta: S.77.V.3), pág. 91.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1946, n.º 33356, pág. 3.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (Viena, 8 de abril de 1983)	Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1983* (n.º de venta: S.90.V.1), pág. 154.
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.
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.

Obras citadas en el presente informe

BERTRAND, Christine

«La nature juridique de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)», RGDIP, vol. CII, 1998, págs. 365 a 406.

BORTLOFF, Jens

Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa: eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

FITZMAURICE, G. G.

«The law and procedure of the International Court of Justice: international organizations and tribunals», *British Year Book of International Law, 1952*, vol. 29.

GILMOUR, D. R.

«The World Tourism Organization: international constitutional law with a difference», *Netherlands International Law Review*, vol. XVIII, 1971, págs. 275 a 298.

MARCHISIO, Sergio

«Lo *status* della CEE quale membro della FAO», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXVI, 1993, págs. 321 a 350.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando

«La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)», en Manuel Díez de Velasco (ed.), *Las Organizaciones Internacionales*, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, págs. 661 a 670.

RAMA-MONTALDO, Manuel

«International legal personality and implied powers of international organizations», *British Year Book of International Law, 1970*, vol. 44, págs. 111 a 155.

REINISCH, August

International Organizations before National Courts, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

SANDS, PHILIPPE y Pierre KLEIN

Bowett's Law of International Institutions, 5.ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

SAPIRO, Miriam

«Changing the CSCE into the OSCE: legal aspects of a political transformation», AJIL (Washington D.C.), vol. 89, 1995, págs. 631 a 637.

SCHWEISFURTH, Theodor

«Die juristische Mutation der KSZE: eine internationale Organisation in statu nascendi», en Jochen Abr. Frowein, Helmut Steinberger y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1995, vol. 120, págs. 213 a 228.

SCHERMERS, Henry G. y Niels M. BLOKKER

International Institutional Law: Unity within Diversity, 3.ª ed. rev., La Haya, Martinus Nijhoff, 1995.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz

«Internationale Organisationen aufgrund von soft law», en Jochen Abr. Frowein, Helmut Steinberger y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlín, Springer, 1995, vol. 120, págs. 229 a 239.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz y Gerhard LOIBL

Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften, 7.ª ed., Colonia, Carl Heymanns, 2000.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz y Karin RUDOLPH

«Article 104», en Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: a Commentary*, 2.ª ed., Munich, Beck, 2002, págs. 1302 a 1306.

SEYERSTED, Finn

«Objective international personality of intergovernmental organizations: do their capacities really depend upon the conventions establishing them?», *Nordisk Tidsskrift for International Ret og Jus Gentium*, vol. 34, 1964, págs. 1 a 112.

Introducción

1. Después de que la Comisión de Derecho Internacional completara la segunda lectura del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos[1], la Asamblea General, en su resolución 56/82, de 12 de diciembre de 2001, recomendó abordar el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales. En su 54.° período de sesiones, en 2002, la Comisión decidió incluir el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» en su programa de trabajo actual[2]. El autor del presente informe fue nombrado Relator Especial y se creó un grupo de trabajo[3]. En su informe[4], el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales estudió sucintamente el alcance del tema, las relaciones entre el nuevo proyecto y el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, las cuestiones de atribución, los problemas relativos a la responsabilidad de los Estados Miembros por comportamientos atribuidos a una organización internacional y las cuestiones referentes al contenido de la responsabilidad internacional, la forma de hacerla valer y la solución de controversias. Al final de su 54.° período de sesiones, la Comisión aprobó el informe del Grupo de Trabajo[5].

2. El presente informe comienza con una reseña de los trabajos anteriores de la Comisión relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. A continuación se examina el ámbito del trabajo que hay que realizar. Finalmente, se trata de enunciar una serie de principios generales relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, con referencia a cuestiones que se corresponden con las ya estudiadas en el capítulo I (Principios generales, arts. 1 a 3) del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados[6].

[1] El proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos se recoge en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76. El texto de los artículos con sus comentarios correspondientes figura en ibíd., pág. 31, párr. 77.

[2] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 461. Dos años antes, la Comisión había incluido el tema en su programa de trabajo a largo plazo, *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 139, párr. 729. El informe de la Comisión incluyó una explicación del Sr. Pellet sobre el tema (ibíd., pág. 142, anexo, secc. 1).

[3] El Grupo de Trabajo estuvo integrado por los Sres. Gaja (Presidente), Baena Soares, Brownlie, Candioti, Daoudi, Escarameia, Fomba, Kamto, Kateka, Koskenniemi, Mansfield, Simma, Tomka, Yamada y Kuznetsov (*ex-officio*) (*Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 10, apdo. *b*).

[4] Ibíd., párrs. 465 a 488.

[5] Ibíd., párr. 464.

[6] Véase la nota 1 *supra*.

Capítulo I

Trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema

3. En el primer informe del Sr. El-Erian sobre relaciones entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales, en 1963, se indicó por primera vez que la responsabilidad de las organizaciones internacionales era una cuestión especial que merecía la atención de la Comisión. El Sr. El-Erian también observó que «la continua extensión del campo de actividades de las organizaciones internacionales [daría] nuevas dimensiones al problema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales»[7].

4. El mismo año, la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, que discutía el alcance del estudio que finalmente daría lugar al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, sugirió que se omitiera «el estudio de la responsabilidad de otros sujetos de derecho internacional, tales como las organizaciones internacionales»[8]. Varios miembros de la Subcomisión se pronunciaron en el sentido de posponer el estudio del tema[9]. Esta misma postura fue mantenida por otros miembros de la Comisión en las sesiones plenarias[10]. Así pues, el Sr. Ago, que había sido nombrado Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, afirmaba en su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados que:

> También mereció la aprobación general de los miembros de la Comisión la sugerencia de la Subcomisión de prescindir del estudio de la responsabilidad de otros sujetos de derecho internacional, tales como las organizaciones internacionales[11].

5. Si bien las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales no se trataron con carácter general en el proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura, dos disposiciones relativas a la atribución de hechos se referían a las organizaciones internacionales.

[7] *Anuario... 1963*, vol. II, pág. 213, documento A/CN.4/161 y Add.1, párr. 172.

[8] Ibíd., pág. 266, anexo I, documento A/CN.4/152, informe del Sr. Roberto Ago, Presidente de la Subcomisión de Responsabilidad de los Estados, nota 2.

[9] Ibíd., pág. 267, apéndice I, intervenciones de los Sres. de Luna, Ago, Tunkin y Yasseen. Si bien se concedía gran importancia a las consideraciones de tipo práctico, el Sr. Ago también afirmó que era «incluso dudoso que esas organizaciones [tuvieran] capacidad para cometer actos ilícitos internacionales» (ibíd., pág. 268) y añadió que la creación de «las organizaciones internacionales [era] un hecho demasiado reciente y la cuestión de una posible responsabilidad internacional por supuestos actos ilícitos cometidos por esas organizaciones no se presta[ba] a codificación» (ibíd., pág. 273).

[10] La misma opinión fue manifestada más tarde en las intervenciones de los Sres. Nagendra Singh (*Anuario... 1969*, vol. I, 1011.ª sesión, pág. 116, párr. 40) y Eustathiades (ibíd., 1013.ª sesión, pág. 123, párr. 13).

[11] *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 146, documento A/CN.4/217 y Add.1, párr. 94.

Una de ellas se ocupaba del caso de una organización internacional que hubiera puesto uno de sus órganos a disposición de un Estado. El artículo 9 establecía:

> Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado a la disposición del cual se encuentra[12].

El Relator Especial, Sr. Ago, explicando el texto que proponía en su tercer informe y que finalmente se convertiría en el artículo antes citado[13], también se refirió al caso de los actos de un órgano puesto por un Estado a disposición de una organización internacional[14]. En el debate celebrado en la Comisión sobre ese texto, varias intervenciones se refirieron a la cuestión de quién era responsable: *a*) en el caso de un órgano puesto a disposición de un Estado por una organización internacional, y *b*) en el caso opuesto de un órgano que un Estado pone a disposición de una organización internacional[15]. Sin embargo, el proyecto de artículo aprobado en primera lectura y el comentario correspondiente sólo consideraron la cuestión de la atribución del comportamiento cuando la organización internacional ponía alguno de sus órganos a disposición de un Estado[16].

6. La referencia a la situación en que una organización internacional pone a disposición uno de sus órganos se suprimió en la segunda lectura. El artículo 6 lleva por título «Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado» y únicamente considera el supuesto de que un Estado preste uno de sus órganos a otro Estado[17]. No obstante, el comentario reconocía que «[p]ueden plantearse cuestiones análogas en el caso de los órganos de organizaciones internacionales puestos a disposición de un Estado y que ejercen prerrogativas del poder público de ese Estado»[18]. El comentario agrega que este caso «[t]ambién plantea las difíciles cuestiones de las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación de estos artículos»[19]; a continuación hace referencia a la cláusula general de salvaguardia contenida en el proyecto de artículo 57 aprobado en segunda lectura y que se estudiará más abajo (párr. 9). Sin embargo, resulta interesante observar a este punto que el comentario al artículo 57 incluye el siguiente pasaje:

> Lo mismo que un Estado puede adscribir funcionarios a otro Estado, poniéndolos a su disposición de manera que puedan actuar para sus propósitos y bajo su control, igual puede ocurrir entre una organización internacional y un Estado. [...] En cuanto a la situación contraria, no parecen existir en la práctica ejemplos convincentes de órganos de organizaciones internacionales que hayan sido «puestos a […] disposición de» un Estado en el sentido del artículo 6, y no existe ninguna necesidad de prever expresamente esta posibilidad[20].

7. En el proyecto de artículos aprobado en primera lectura también se hacía referencia a las organizaciones internacionales en el artículo 13. En él se trataba un aspecto de las cuestiones suscitadas por la atribución de comportamientos en las relaciones entre un Estado y una organización cuando un órgano de ésta actúa en el territorio del Estado. El artículo 13 establecía:

> No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción[21].

En el debate que precedió a la aprobación de este texto se plantearon varias cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales, en particular las referentes a la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales[22] y la de la responsabilidad de los Estados por el comportamiento de las organizaciones internacionales de las que son miembros[23]. El comentario al artículo 13 se abstenía de pronunciarse sobre cualquiera de estas cuestiones:

> [N]o se supone que el artículo 13 deba dar una definición de la responsabilidad de las organizaciones internacionales ni de los problemas de atribución que tal responsabilidad plantea. Se limita a afirmar que el comportamiento de los órganos de una organización internacional que actúan en esa calidad no es atribuible a un Estado por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción[24].

---

[12] *Anuario... 1974*, vol. I, 1278.ª sesión, pág. 161, párr. 39.

[13] *Anuario... 1971*, vol. II (primera parte), pág. 296, documento A/CN.4/246 y Add.1 a 3, párr. 214. El informe incluía un análisis de las cuestiones relativas a las intervenciones militares en la República de Corea y el Congo (en la actualidad, República Democrática del Congo) (ibíd., págs. 294 y 295, párrs. 211 y 212).

[14] *Anuario... 1974*, vol. I, 1260.ª sesión, pág. 50, párr. 39.

[15] Véase, en particular, ibíd., intervenciones de los Sres. Reuter (párr. 41, y 1261.ª sesión, pág. 53, párr. 18); Tabibi (1260.ª sesión, pág. 50, párrs. 43 y 44); Elias (1261.ª sesión, pág. 51, párr. 1), Yasseen (párr. 2), Ushakov (pág. 52, párr. 6, y 1262.ª sesión, pág. 62, párr. 44); Ago (1261.ª sesión, pág. 52, párrs. 10 y 11, y 1263.ª sesión, pág. 64, párr. 10); Tsuruoka (1261.ª sesión, pág. 54, párr. 29); Bedjaoui (pág. 55, párr. 34); Calle y Calle (pág. 56, párrs. 39 a 41); Sette Câmara (párrs. 45 y 46); Martínez Moreno (1262.ª sesión, pág. 59, párr. 21); Quentin-Baxter (pág. 60, párrs. 28 a 30); El-Erian (párr. 33), y Bilge (pág. 61, párr. 36).

[16] Ibíd., vol. II (primera parte), documento A/9610/Rev.1, págs. 291 a 295.

[17] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 45. La referencia a las organizaciones internacionales se suprimió de conformidad con una propuesta contenida en el primer informe sobre la responsabilidad de los Estados del Sr. Crawford, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/490 y Add.1 a 7, párr. 231.

[18] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 46, párr. 9 del comentario al artículo 6.

[19] Ibíd., pág. 47. El comentario también menciona «los casos en que, por ejemplo, un Estado da traslado de un procedimiento judicial a una institución internacional en aplicación de un tratado. Al cooperar con las instituciones internacionales en tales casos, el Estado interesado no asume ninguna responsabilidad por el comportamiento ulterior de aquéllas».

[20] Ibíd., págs. 151 y 152, párr. 3 del comentario.

[21] *Anuario... 1975*, vol. I, 1345.ª sesión, pág. 232, párr. 36. El texto se aprobó originalmente como artículo 12 *bis*.

[22] Ibíd. Véanse las intervenciones de los Sres. Reuter (1312.ª sesión, pág. 49, párr. 29); El-Erian (ibíd., pág. 50, párr. 35); Ago (1314.ª sesión, pág. 4, párr. 4, y 1315.ª sesión, págs. 64 y 65, párrs. 37 y 42); Martínez Moreno (1314.ª sesión, pág. 57, párr. 16); Tsuruoka (ibíd., pág. 60, párr. 31), Ramangasoavina (ibíd., párr. 34), y Calle y Calle (1315.ª sesión, pág. 62, párr. 11).

[23] Ibíd. Véanse las intervenciones de los Sres. Ustor (1312.ª sesión, pág. 48, párr. 14, y 1315.ª sesión, pág. 66, párr. 54); Ushakov (1313.ª sesión, pág. 51, párr. 6); Kearney (1314.ª sesión, pág. 59, párr. 29); Ramangasoavina (ibíd., pág. 60, párr. 34); Bilge (1315.ª sesión, pág. 63, párr. 19), y Ago (ibíd., pág. 64, párr. 37).

[24] *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 97, documento A/100/10/Rev.1, párr. 12 del comentario al artículo 13.

En el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura no aparece disposición alguna que se corresponda con el artículo 13. Varias disposiciones sobre la cuestión de la atribución que aparecían en el proyecto de artículos de la primera lectura fueron eliminadas, en especial aquellas que, como el artículo 13, contenían un criterio negativo más que positivo para atribuir un comportamiento[25].

8. Los casos examinados en primera lectura de los artículos 9 y 13 de ningún modo trataban de manera exhaustiva las cuestiones en que la responsabilidad del Estado parece estar relacionada con la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Sin embargo el proyecto de artículos aprobado en primera lectura no contenía una cláusula general de salvaguardia a fin de excluir de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Bien es verdad que el título del proyecto de artículos (Responsabilidad de los Estados) sugería que el texto únicamente se ocupaba de casos en los que se abordaba la responsabilidad de un Estado. Así pues, podía sobrentenderse que el proyecto de artículos omitía el estudio de si una organización internacional era responsable en relación con el comportamiento ilícito de un Estado. Sin embargo, no existía justificación alguna para el silencio en cuanto al caso contrario, en el que un Estado es responsable en relación con el comportamiento ilícito de una organización internacional. Por ejemplo, es posible que un Estado sea considerado responsable por el hecho de ser miembro o de prestar ayuda o asistencia a una organización internacional en la perpetración de un hecho ilícito o de ejercer coacción sobre ella[26]. La cláusula de salvaguardia habría tenido una utilidad añadida: podrían darse casos en que un Estado es responsable frente a una organización internacional, a pesar de lo cual la segunda parte (contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional) y la tercera parte (solución de controversias) del proyecto de artículos aprobado en la primera lectura únicamente se referían a las relaciones entre Estados[27]. En este sentido, la ausencia de toda referencia a las organizaciones internacionales no podía considerarse establecida de manera implícita en el título del proyecto de artículos.

9. El artículo 57 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado en segunda lectura establece lo siguiente:

> Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional[28].

Esta disposición establece claramente que en el proyecto de artículos no se contemplan las diversas cuestiones referentes a la responsabilidad de las organizaciones internacionales y, más en general, a su comportamiento. Para los casos en que un Estado sea responsable frente a una organización internacional, que no aparecen comprendidos en la cláusula de salvaguardia incluida en el artículo 57, el artículo 33, párr. 2, contiene otra cláusula de salvaguardia, más amplia, relativa a la segunda parte del proyecto de artículos (Contenido de la responsabilidad internacional del Estado). Este último, que sin duda se refiere también a las organizaciones internacionales aunque no las mencione expresamente, establece:

> La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional de un Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado[29].

10. El comentario al artículo 57 señala que esta disposición se refiere a las organizaciones intergubernamentales que tienen «personalidad jurídica independiente con arreglo al derecho internacional» y son «responsable[s] de sus propios actos, es decir, de actos que la organización lleva a cabo mediante sus propios órganos o funcionarios»[30]. Después de referirse al caso en que el órgano de un Estado se pone a disposición de una organización y a la situación contraria[31], el comentario indica que el proyecto de artículos no contempla «los casos en que la organización internacional es el agente y el Estado es considerado responsable en virtud de su participación en el comportamiento de la organización o de su calidad de miembro de la misma»[32]. El comentario agrega que «el artículo 57 no excluye del alcance de los artículos toda cuestión relativa a la responsabilidad de un Estado por su propio comportamiento, es decir por el comportamiento que se le puede atribuir conforme al capítulo II de la primera parte, que no sea el comportamiento de un órgano de una organización internacional»[33].

11. Este breve estudio muestra que, en el largo camino que condujo a la aprobación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, ya había referencias a algunas de las cuestiones más controvertidas relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Además, ciertas cuestiones ya habían dado lugar a debates en la Comisión. Por más que el proyecto de artículos aprobado en segunda lectura haya dejado abiertas todas las cuestiones concretas, la labor de la Comisión respecto de la responsabilidad de los Estados no puede dejar de incidir sobre el nuevo estudio. No sería razonable que la

---

[25] Según lo señalado por el Relator Especial, Sr. Crawford, en su primer informe sobre la responsabilidad de los Estados, «[c]omo elemento del derecho de atribución, el artículo 13 plantea cuestiones delicadas *a contrario* sin resolverlas en modo alguno» (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), párr. 259).

[26] Los artículos 27 y 28 del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, únicamente se ocupaban de ayuda, asistencia o coacción por parte de un Estado en la perpetración de un hecho ilícito por otro Estado (*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 98, y *Anuario... 1979*, vol. II (segunda parte), pág. 111). En su octavo informe sobre la responsabilidad de los Estados (ibíd., vol. II (primera parte), pág. 5, documento A/CN.4/318 y Add.1 a 4, párr. 3), el Sr. Robert Ago, Relator Especial, mencionó que:

> «La hipótesis de una responsabilidad internacional del Estado por el hecho de un sujeto de derecho internacional que no sea un Estado (organización internacional, movimiento insurreccional, etc.), si bien es intelectualmente concebible, no se ha tenido en cuenta, ya que no se conocen casos prácticos en que haya surgido y es poco probable que tales casos surjan en el futuro.»

[27] *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 75, párr. 86.

[28] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 31. El Relator Especial, Sr. Crawford propuso esa disposición en su primer informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), párr. 259.

[29] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 28; el comentario se encuentra en las páginas 100 y 101.

[30] Ibíd., pág. 151, párr. 2 del comentario.

[31] Véase el párrafo 6 *supra*.

[32] Ibíd., pág. 152, párr 4 del comentario.

[33] Ibíd., párr. 5.

Comisión adoptara un planteamiento diferente para las cuestiones relativas a las organizaciones internacionales, que son paralelas a las que se refieren a los Estados, a menos que existan razones que lo justifiquen. Ello no supone presumir que estas cuestiones deban considerarse similares y hayan de conducir a soluciones análogas. La intención es simplemente que, en caso de que el estudio relativo a las cuestiones específicas referentes a las organizaciones internacionales produzca resultados que no difieran de aquellos a que llegó la Comisión en su análisis de la responsabilidad de los Estados, el modelo del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados debería servir como guía tanto en la estructura general como en la redacción concreta del nuevo texto.

Capítulo II

Ámbito del presente estudio

12. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante la Convención de Viena de 1969) se refiere expresamente a las organizaciones internacionales en su artículo 5, según el cual la Convención se aplicará «a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización». Esta referencia a las organizaciones internacionales hizo que se incluyera en el artículo 2, párr. 1, apdo. *i*, la siguiente definición a los efectos de la Convención:

> [s]e entiende por «organización internacional» una organización intergubernamental.

Esta concisa definición se reproduce en el artículo 1, párr. 1, de la Convención de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal (en adelante, la Convención de Viena de 1975), en el artículo 2, párr. 1, apdo. *n*, de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1978) y en el artículo 2, párr. 1, apdo. *i*, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986).

13. La definición de las organizaciones internacionales como «organizaciones intergubernamentales» se ha venido proponiendo siempre a los efectos de una convención en particular, pero el hecho de que haya sido aceptada en contextos diversos parece sugerir que podría utilizarse también en el de la responsabilidad. Cabe observar que la Comisión aceptó la misma definición en su comentario al artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[34]. Sin embargo, en un estudio dedicado exclusivamente a la responsabilidad de las organizaciones internacionales es necesaria una reflexión más profunda. En primer lugar, la definición afecta de manera significativa al ámbito del proyecto de artículos que se ha de redactar. Así pues, es necesario determinar si se adecua plenamente a los objetivos de ese proyecto. En segundo lugar, incluso si se considera que la definición es apropiada, habría que tener en cuenta la opción de redactar una definición menos concisa y más precisa.

14. La principal dificultad para llegar a una definición satisfactoria del concepto de organización internacional tiene que ver con la gran diversidad que caracteriza a las organizaciones calificadas actualmente de «internacionales». Un aspecto de tal variedad se refiere a sus miembros. La definición de las organizaciones internacionales como «intergubernamentales» parece dar una importancia decisiva al hecho de que los miembros de las organizaciones sean Estados[35]. En contraposición, se considera que una organización es no gubernamental cuando no cuenta con Estados entre sus miembros. Guarda relación con lo anterior la cuestión de la naturaleza del instrumento constitutivo de la organización. Las organizaciones intergubernamentales se establecen normalmente en virtud de un tratado, mientras que las no gubernamentales se basan en instrumentos no regulados por el derecho internacional. No obstante, tanto en lo referente a los miembros como a los instrumentos constitutivos, algunas organizaciones no se encuadran con nitidez en ninguna de las dos categorías. En efecto, ciertas organizaciones tienen entre sus miembros a Estados y a entidades no estatales[36]. Otras, a pesar de que todos sus miembros sean Estados, no han sido establecidas en virtud de un tratado, sino por medio de instrumentos no vinculantes de derecho internacional[37] o

[34] Ibíd., pág. 151, párr. 2. La Comisión manifestó que:

> «De conformidad con los artículos preparados por la Comisión sobre otros temas, la expresión ‘organización internacional’ significa una ‘organización intergubernamental’».

[35] El calificativo «gubernamental» se refiere más a la condición de sus miembros que a sus funciones o a su estructura interna. Schermers y Blokker (*International Institutional Law: Unity within Diversity*, pág. 40) proponen un enfoque diferente, al considerar «características fundamentales de las organizaciones intergubernamentales» que «los poderes de adopción de decisiones se ejerzan de manera efectiva por representantes de los gobiernos» y que «en los asuntos importantes, los gobiernos no puedan quedar obligados contra su voluntad».

[36] La OMM, por ejemplo. El artículo 3, apdos. *d* a *f* del Convenio de la Organización Meteorológica Mundial faculta a entidades no estatales, denominadas «territorios» o «grupos de territorios», a hacerse miembros de la organización.

[37] Por ejemplo, el caso de la OMT. Véase Gilmour, «The World Tourism Organization: international constitutional law with a difference». Otro ejemplo es la OSCE. Véase Sapiro, «Changing the CSCE into the OSCE: legal aspects of a political transformation»; Schweisfurth, «Die juristische Mutation der KSZE: eine internationale Organisation in statu nascendi»; Seidl-Hohenveldern, «Internationale Organisationen aufgrund von soft law»; Bortloff, *Die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa: eine völkerrechtliche Bestandsanufnahme*; Bertrand, «La nature juridique de l’Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)», y Mariño Menéndez, «La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)».

incluso mediante actos paralelos de derecho interno[38]. En estos casos, si se presupone la existencia de un acuerdo implícito en derecho internacional, se justificaría asimilar estas organizaciones a las establecidas en virtud de un tratado. Sin embargo, también existen ejemplos de organizaciones establecidas por Estados únicamente en virtud de un instrumento que se rige por una o más normas de derecho interno[39].

15. Cuando se trata de enunciar una definición de organización internacional que resulte práctica para el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, debe partirse de la premisa de que la responsabilidad en derecho internacional sólo puede imputarse a un sujeto de derecho internacional. Las normas del derecho internacional no pueden imponer a una entidad obligaciones primarias y obligaciones secundarias para el caso de que se incumpla una de las obligaciones primarias a menos que tal entidad tenga personalidad jurídica en derecho internacional. A la inversa, una entidad debe considerarse sujeto de derecho internacional incluso si tiene una sola obligación en virtud del derecho internacional. Así, si existe tal obligación en derecho internacional para una organización, puede suscitarse la cuestión de su responsabilidad. Lógicamente, un estudio sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales debería comprender todas las organizaciones que sean sujetos de derecho internacional.

16. La cuestión de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales ha registrado una evolución considerable desde 1949, cuando la CIJ reconoció la personalidad jurídica de las Naciones Unidas en su opinión consultiva *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[40]. La Corte reconoció entonces la personalidad jurídica de la Organización sobre la base de ciertas características específicas difícilmente reproducibles en otras organizaciones. El pasaje fundamental de la opinión consultiva señala lo siguiente:

> En opinión de la Corte, la Organización estaba destinada a ejercer funciones y derechos que sólo podían explicarse sobre la base de poseer un amplio grado de personalidad internacional y la capacidad de operar en el plano internacional. En el momento presente es el exponente supremo de organización internacional, y no podría cumplir los objetivos de sus fundadores si careciera de personalidad internacional. Debe reconocerse que sus Miembros, al confiarle ciertas funciones, con los consiguientes deberes y obligaciones, la han revestido de las competencias necesarias para permitir el cumplimiento efectivo de tales funciones.
>
> En consecuencia, la Corte ha llegado a la conclusión de que la Organización es una persona internacional[41].

Para observar la evolución en este ámbito del derecho internacional, basta con comparar el pasaje que se acaba de citar con el lenguaje utilizado por la CIJ en su opinión consultiva en el caso *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*[42]. En esta última opinión, la Corte se refería a las organizaciones internacionales en general, aunque podría sostenerse que se refería implícitamente a una organización del mismo tipo que la OMS, y dictaminó lo siguiente:

> Las organizaciones internacionales son sujetos de derecho internacional y, como tales, deben cumplir las obligaciones que les correspondan según los principios generales del derecho internacional, según sus instrumentos constitutivos o según los acuerdos internacionales en que sean partes[43].

17. El reconocimiento por la CIJ de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales debe examinarse en el contexto de su interpretación más reciente de la cuestión de la personalidad jurídica en derecho internacional. La CIJ declaró en el caso *LaGrand* que los individuos también son sujetos de derecho internacional[44] y esta postura podría incluso llevar a la Corte a reconocer la personalidad jurídica de organizaciones no gubernamentales (ONG). Sería difícil entender por qué los individuos pueden adquirir derechos e incurrir en obligaciones en virtud del derecho internacional mientras que esta posibilidad no existiría para las organizaciones internacionales suponiendo siempre que se trate de entidades distintas de los miembros que las componen.

18. Algunos instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales contienen una disposición análoga al Artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual:

> La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos.

Este tipo de disposición no está pensado para conferir personalidad jurídica internacional a la organización de que se trate. Es interesante observar que en su opinión consultiva en el caso *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ no utilizó el Artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas como argumento en favor de la personalidad jurídica de la Organización, sino que señaló que la cuestión de la personalidad internacional de la Organización «no estaba resuelta en la redacción de la Carta»[45]. El propósito del Artículo 104 de la Carta y de otras disposiciones similares es imponer a los Estados Miembros la obligación de reconocer la personalidad jurídica de la Organización en su derecho interno[46]. En un acuerdo relativo a una sede se impone una obligación similar sobre el Estado en cuyo territorio está la sede de la organización, con independencia de que sea

[38] Por ejemplo, el Consejo Nórdico antes de que el Tratado de cooperación entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia entrara en vigor.

[39] Véase Seidl-Hohenveldern y Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, págs. 57 y 58.

[40] *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 174; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

[41] Ibíd., pág. 179.

[42] *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 73; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 150.

[43] Ibíd., págs. 89 y 90, párr. 37.

[44] *LaGrand* (Alemania *c.* Estados Unidos de América), fallo, *C.I.J. Recueil 2001*, pág. 494, párr. 77; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 200. La Corte se refirió a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y concluyó que «el artículo 36, párr. 1, crea derechos individuales».

[45] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 40 *supra*), pág. 178.

[46] Exponen esta cuestión con claridad Seidl-Hohenveldern y Rudolph en «Article 104».

o no miembro[47]. La personalidad jurídica en derecho interno se adquiere entonces directamente sobre la base del instrumento constitutivo o del acuerdo relativo a la sede o, cuando así lo requiera el derecho interno del Estado, sobre la base de la legislación mediante la cual aquéllos pasan a formar parte del derecho interno[48]. El derecho interno de un Estado también puede conferir personalidad jurídica con independencia de la existencia de una obligación en este sentido para el Estado[49]. La personalidad jurídica en derecho internacional no implica necesariamente la personalidad jurídica en derecho interno. Por otra parte, la falta de personalidad jurídica en derecho interno no afecta a la condición jurídica de la organización según el derecho internacional y de ahí la posibilidad de que incurra en responsabilidad internacional.

19. Incluso cuando un tratado tuviera por objeto conferir personalidad internacional a una organización determinada, la adquisición de la personalidad jurídica dependerá de que se establezca efectivamente la organización. Es evidente que una organización que tan sólo exista sobre el papel no puede considerarse sujeto de derecho internacional. La entidad tiene además que haber adquirido suficiente independencia de sus miembros, de modo que no pueda considerarse que actúa como órgano común de aquéllos. Cuando nace una de estas entidades independientes se puede hablar de una «personalidad internacional objetiva», como hizo la CIJ en su opinión consultiva en el caso *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[50]. La calificación de una organización como sujeto de derecho internacional aparece así como una cuestión de hecho[51]. Aunque se ha expresado la opinión de que una organización únicamente tendrá personalidad respecto de Estados que no sean miembros en la medida en que la hayan reconocido[52], esta conclusión no puede considerarse un corolario lógico. Si un Estado celebra un acuerdo relativo a la sede con una organización de la que no es miembro, es difícil imaginar que en ese acto el Estado reconozca a la organización una personalidad jurídica que no existiría de otro modo. La propia celebración del acuerdo relativo a la sede demuestra que la organización ya es sujeto de derecho internacional. Debe observarse que la personalidad jurídica de la organización no implica necesariamente que según el derecho internacional general la organización tenga derecho a disfrutar de inmunidades de Estados que no sean miembros[53]. Tampoco cabe partir del supuesto de que la responsabilidad de los Estados miembros por el comportamiento de una organización de la que son miembros sea idéntica frente a otros Estados miembros y frente a Estados que no lo sean.

20. Si bien puede afirmarse que un gran número de organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica en derecho internacional, la gran variedad de organizaciones internacionales existentes hace difícil sentar reglas generales aplicables a todo tipo de ellas. Sería como si la Comisión tratara de manera simultánea las cuestiones de responsabilidad internacional relativas a los Estados y a los individuos. Con toda seguridad es preferible ocuparse únicamente de una categoría relativamente homogénea de organizaciones internacionales. Si se quiere que el presente estudio sea una continuación del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[54], resulta apropiado limitar su ámbito a las cuestiones relativas a las organizaciones que ejerzan ciertas funciones similares, si no idénticas, a las que ejercen los Estados. Estas funciones, ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales, pueden calificarse de gubernamentales.

21. Ello implicaría en primer lugar que el estudio no habría de ocuparse de las cuestiones de la responsabilidad

[47] Esta fue la opinión, por ejemplo, de la Corte de Casación de Italia en su sentencia n.º 149 de 18 de marzo de 1999, en *Istituto Universitario Europeo* c. *Piette* (*Giustizia civile*, vol. XLIX (1999), parte I, pág. 1313), en la que ese tribunal declaró que «la disposición contenida en un tratado internacional que obligue a reconocer la personalidad jurídica de una organización y a poner en vigor la disposición en la ley sólo puede significar que la organización adquiere personalidad jurídica según el derecho interno de los Estados contratantes».

[48] Los requisitos constitucionales para la celebración de un tratado también pueden resultar pertinentes a este respecto. Por ejemplo, la Corte de Casación de Bélgica, en su sentencia de 12 de marzo de 2001, *Ligue des États arabes* c. *T.*, declaró que «los tribunales de Bélgica no pueden declinar su jurisdicción a causa de una inmunidad prevista en un tratado celebrado por el Rey de no haber aprobación del Parlamento» (*Pasicrisie belge*, vol. 188 (2001/3), Bruselas, Bruylant, 2003, pág. 398).

[49] El hecho de que una organización internacional adquiera personalidad jurídica en un Estado miembro puede dar lugar a consecuencias jurídicas en un Estado que no sea miembro. Como señaló Templeman, al exponer la postura de la mayoría en la Cámara de los Lores, en el caso *Arab Monetary Fund* v. *Hashim and others (n.º 3), The All England Law Reports, 1991*, vol. I (Londres, Butterworths, 1991), pág. 875, «cuando el Acuerdo del Fondo Monetario Árabe fue registrado en los Emiratos Árabes Unidos en virtud del decreto federal n.º 35, tal registro confirió personalidad jurídica a la organización internacional y en consecuencia creó una entidad corporativa que los tribunales de Inglaterra pueden y deben reconocer». El artículo 2 del Acuerdo establecía: «El Fondo tendrá personalidad jurídica propia y tendrá, en particular, el derecho a ser propietario, a celebrar contratos y a litigar» (ibíd., pág. 873).

[50] *C.I.J. Recueil 1949* (nota 40 *supra*), pág. 185.

[51] Fitzmaurice («The law and procedure of the International Court of Justice: international organizations and tribunals», págs. 4 y 5), observa que según la CIJ «la personalidad internacional de la organización era una cuestión de *hecho*» y que «la existencia de personalidad internacional como hecho objetivo es [...] capaz de producir consecuencias fuera de los límites de la organización». El término «hecho objetivo» fue utilizado por el magistrado Krylov en su opinión disidente (*C.I.J. Recueil 1949* (nota 40 *supra*), pág. 218). La opinión de que las organizaciones internacionales tienen personalidad internacional objetiva fue defendida vigorosamente por Seyersted, «Objective international personality of intergovernmental organizations: do their capacities really depend upon the conventions establishing them?»; las conclusiones extraídas por el autor a partir de la personalidad de las organizaciones no resultan pertinentes en este contexto.

[52] De esta opinión, Seidl-Hohenveldern y Loibl, *op. cit.*, pág. 52.

[53] La opinión de que, a falta de un acuerdo, un Estado no miembro no está obligado a otorgar inmunidad a una organización internacional fue sostenida, por ejemplo, por la Corte de Apelación de París en su sentencia de 13 de enero de 1993, *Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest et autres* c. *Bank of Credit and Commerce international* (*Journal du droit international*, vol. 120, n.º 2 (1993), pág. 357). En la Argentina, la misma postura aparece en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 31 de agosto de 1999, *Duhalde Mario* c. *Organización Panamericana de la Salud y otros s/ accidente*, expediente D.73.XXXIV (véase www.oas.org). Reinisch pasa revista a otras decisiones sobre esta cuestión en *International Organizations before National Courts*, págs. 152 a 157.

[54] Varias delegaciones formularon declaraciones en la Sexta Comisión en que resaltaban este punto. Véanse las declaraciones de China, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 20.ª sesión (A/C.6/57/SR.20), párr. 34; República Checa, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 54; Israel, ibíd., párr. 61; Polonia, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 15; Nueva Zelandia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 21; Italia, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 29; Myanmar, ibíd., párr. 62; Brasil, ibíd., párr. 65; Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 22; Suiza, ibíd., párr. 36, y Chile, 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 13.

de las ONG, puesto que con carácter general no ejercen funciones de gobierno[55] y tampoco plantearía la cuestión clave de la responsabilidad de los Estados miembros por el comportamiento de la organización. Esta delimitación del ámbito de aplicación del futuro proyecto de artículos se corresponde con las opiniones expresadas por un amplio número de delegaciones en la Sexta Comisión en respuesta a una invitación que les dirigió la CDI[56]. Es cierto que algunas delegaciones expresaron incidentalmente la postura de que la exclusión de las ONG del ámbito del estudio debería hacerse en la etapa inicial[57], sugiriendo de este modo que la CDI podría revisar la delimitación y en su caso ampliar el objeto de su estudio en un momento posterior. Si se adoptase esta propuesta, se dejaría abierta la puerta de forma deliberada a la posibilidad de reconsiderar, tras una mayor reflexión, la decisión adoptada inicialmente. Sin embargo, si la Comisión procediera de este modo, tendría que volver a redactar algunos proyectos de artículos que bien podrían haber sido ya objeto de aprobación provisional, lo cual recuerda una de las tácticas de Penélope para posponer la elección de un nuevo esposo. Así pues, parece preferible, al menos en la primera lectura, resolver desde el principio la cuestión referente al ámbito de aplicación del proyecto de artículos. Si se seleccionase una categoría relativamente homogénea de organizaciones, el riesgo de que la decisión de dejar a un lado otras organizaciones afectase al resultado del estudio sería mínimo en cualquier caso.

22. Al enfocar la cuestión de la definición de organización internacional a los efectos del nuevo proyecto de artículos, no se puede desestimar el peso de los precedentes por más que no deban seguirse automáticamente. Como se recordó antes[58], en varias convenciones de codificación y en el comentario de la Comisión al artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados se define sucintamente a las organizaciones internacionales como organizaciones intergubernamentales. Partiendo de la base de que la Comisión decidiría dejar de lado a las ONG, la tentación sería reproducir en un artículo del proyecto la misma definición adoptada tantas veces en el pasado[59]. Sin embargo, en cada convención de codificación no se dejaba de enunciar expresamente que la definición se daba sólo a los efectos de esa convención. Si se toma literalmente el sentido de esto hay que preguntarse si la definición tradicional sería también apropiada cuando se está delimitando el ámbito de un estudio sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Cabe observar que la mayor parte de las convenciones se refieren marginalmente a las organizaciones internacionales y, por lo tanto, no constituyen precedentes muy útiles. La Convención de Viena de 1975 no es importante en este sentido porque, tras definir a las organizaciones internacionales como «organizaciones intergubernamentales», en el artículo 1 se define a las «organizaciones internacionales de carácter universal», a las que se limitaba el alcance de la Convención según el artículo 2[60]. No cabe duda de que el objeto de la Convención de Viena de 1986 eran las organizaciones internacionales en general y, sin embargo, de todas maneras se refería a las organizaciones intergubernamentales; en todo caso, esa Convención entrañaba una restricción sustancial porque tenía en cuenta únicamente a las organizaciones que tenían la facultad de concertar tratados. En su comentario sobre el artículo correspondiente del proyecto, la Comisión observó que varios gobiernos propiciaban una definición distinta pero ella había decidido mantener la definición tradicional de organizaciones internacionales como «organizaciones intergubernamentales»:

> por ser ésta suficiente a los efectos del proyecto de artículos. En efecto, una organización intergubernamental, bien tiene la capacidad suficiente para celebrar *por lo menos* un tratado, en cuyo caso las normas enunciadas en el proyecto están destinadas a aplicarse a ella, o bien no tiene esa capacidad, a pesar de su denominación, y es inútil especificar que el proyecto de artículos no se aplica a ella[61].

De aceptarse la misma definición general en el presente estudio, debería considerarse el cuantioso número de organizaciones intergubernamentales para las cuales existen obligaciones en derecho internacional: habida cuenta de lo que ha ocurrido en relación con la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales en derecho internacional[62], existe una variedad de organizaciones mucho mayor que aquella que había de quedar comprendida en la definición cuando se formuló inicialmente. Parece así razonable que la Comisión delimite el alcance redactando una definición más apta al presente estudio. Esta nueva definición tendría que comprender una categoría más homogénea de organizaciones y daría también mayor precisión[63], habida cuenta de que la definición tradicional de organizaciones internacionales como organizaciones intergubernamentales es demasiado amplia.

---

[55] Se pueden admitir algunas excepciones, como el CICR.

[56] Declaraciones de China, ibíd., 20.ª sesión (A/C.6/57/SR.20), párr. 34; Israel, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 61; Chipre, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 12; Nueva Zelandia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 21; Reino Unido, ibíd., párr. 39; Federación de Rusia, ibíd., párr. 70; Austria, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 20; Italia, ibíd., párr. 26; Belarús, ibíd., párr. 56; Myanmar, ibíd., párr. 62; Brasil, ibíd., párr. 65; Rumania, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 22; Suiza, ibíd., párr. 36; Japón, ibíd., párr. 43; Jordania, ibíd., párr. 56; India, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 15; Nepal, ibíd., párr. 19; Grecia, ibíd., párr. 32; Eslovaquia, ibíd., párr. 38; Venezuela, ibíd., párr. 52; Cuba, ibíd., párr. 64; República de Corea, ibíd., párr. 71; Argentina, ibíd., párr. 79, y Chile, 27.ª sesión (A/C.6/57/SR.27), párr. 13.

[57] Véanse las declaraciones de Chipre, ibíd., 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 12; Nueva Zelandia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 21; Reino Unido, ibíd., párr. 39; Belarús, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 56; Myanmar, ibíd., párr. 62; Suiza, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 36; Japón, ibíd., párr. 43; Grecia, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 32, y República de Corea, ibíd., párr. 71.

[58] Párr. 12 *supra*.

[59] Venezuela (ibíd., 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 52) y Argentina (ibíd., párr. 79) parecían ser partidarias de reproducir la definición de organizaciones internacionales como organizaciones intergubernamentales. Sin embargo, formularon sus observaciones aduciendo que había que excluir a las ONG, por lo que no se puede suponer necesariamente que las dos delegaciones tenían la intención de oponerse a una definición más detallada.

[60] Según el artículo 1, párr. 2, de esta Convención, se entiende por «'organización internacional de carácter universal' las Naciones Unidas, sus organismos especializados, el Organismo Internacional de Energía Atómica y cualquier organización similar cuya composición y atribuciones son de alcance mundial».

[61] *Anuario... 1981*, vol. II (segunda parte), págs. 129 y 130, párr. 22 del comentario al proyecto de artículo 2.

[62] Véanse los párrafos 16 y 17 *supra*.

[63] La Federación de Rusia sugirió que sería útil estudiar la definición de la expresión «organizaciones intergubernamentales» (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 70).

23. Hay un elemento de la definición tradicional de organizaciones internacionales que no se debe perder al tratar de redactar otra que sirva para los efectos del presente estudio y es el de su carácter «intergubernamental». Como se señaló antes[64], esta caracterización parece referirse a la composición; en otras palabras, se trata de determinar cuáles son las entidades que tienen en última instancia el control del funcionamiento de la organización y pueden modificar su actividad o ponerle término. Lo que importa es la composición efectiva y no la original. En una organización intergubernamental cabe a los Estados un papel determinante, con prescindencia de que sus órganos estén o no integrados por representantes de Estados.

24. En una definición menos sucinta de la que se emplea en general en las convenciones de codificación es posible especificar que no necesariamente una organización internacional estará integrada únicamente por Estados. La presencia de algunos miembros que no sean Estados no cambia necesariamente el carácter de la organización ni los problemas que se plantean desde el punto de vista de la responsabilidad respectiva de la organización y de los Estados que la integran. Sería útil decir en una definición a los efectos del presente estudio que las organizaciones internacionales a que es aplicable el proyecto de artículos pueden incluir entre sus miembros otras organizaciones internacionales[65]. Con ello se indicaría desde el primer momento que el examen de la responsabilidad de una organización internacional abarca también cuestiones relativas a su condición de miembro de otras organizaciones. Sin embargo, como no es estrictamente necesario especificar que entre los miembros de una organización internacional que no son Estados puede haber otras organizaciones internacionales, tal vez parezca preferible redactar una definición más sencilla.

25. En la doctrina, las definiciones actuales de la expresión «organización internacional» suelen indicar que una organización puede ser calificada de tal únicamente si fue establecida en virtud de un acuerdo con arreglo al derecho internacional[66]. Se han mencionado ya algunos ejemplos de importantes organizaciones que no cumplen este requisito de forma, aunque en esos casos cabe suponer la existencia de un acuerdo tácito, aunque sea ulterior[67]. Lo que parece significativo a los efectos del presente informe no es tanto el carácter jurídico del instrumento adoptado para establecer la organización como las funciones que ésta ejerce. La referencia a las funciones gubernamentales que ejerce la organización es directamente pertinente mientras que el carácter del instrumento constitutivo no tiene más que un valor descriptivo. Por más que sea cierto que, en la mayoría de los casos, para establecer la organización se concertó un acuerdo con arreglo al derecho internacional, no es necesario mencionar en la definición la existencia de ese acuerdo. Si los Estados tienen la intención de cooperar entre sí estableciendo una organización para la construcción y explotación de una planta industrial pueden hacerlo mediante un contrato concertado en virtud del derecho interno de uno de ellos. Pueden alcanzar el mismo propósito concertando un acuerdo con arreglo al derecho internacional. Es menos probable que establezcan mediante un contrato una organización dotada de ciertas atribuciones del poder público, pero no existe un nexo necesario entre el instrumento constitutivo de una organización y sus funciones.

26. Como ya se señaló[68], en un estudio ulterior al relativo a la responsabilidad de los Estados lo que parece importar es el hecho de que la organización ejerza ciertas funciones normativas, ejecutivas o judiciales que puedan resumirse con el término «gubernamental»[69]. A fin de mantener cierta homogeneidad en el objeto del estudio de la Comisión, éste debe referirse a una organización únicamente en la medida en que ejerza en la práctica una de esas atribuciones y no a la organización en general. No es esencial que las funciones de gobierno se ejerzan en el plano internacional. Cuando esto ocurra, es probable que la organización de que se trate haya contraído obligaciones en virtud de derecho internacional en relación con esas atribuciones y la cuestión de la existencia de transgresiones puede plantearse con mayor frecuencia. Sin embargo, no cabe duda de que las obligaciones en derecho internacional afectan también al ejercicio de atribuciones del poder público en el plano interno. Parece superfluo enunciar en una definición el requisito de que la organización pueda contraer obligaciones en derecho internacional. Si una organización tuviese la enorme suerte de no ser objeto de obligación alguna en derecho internacional, la cuestión de su responsabilidad internacional probablemente no se plantearía nunca en la práctica, pero esto no parece razón suficiente para no tenerla en cuenta en el presente estudio.

27. Para que pueda imputarse responsabilidad a una organización es preciso no sólo que tenga personalidad jurídica y, por lo tanto, que haya contraído obligaciones propias en derecho internacional. Es preciso además que, en el ejercicio de sus funciones, pueda ser considerada una entidad separada de sus miembros y, de esa forma, el ejercicio de esas funciones pueda atribuirse a ella misma.

---

[64] Párr. 14 *supra*.

[65] Por ejemplo, en noviembre de 1991, la Constitución de la FAO fue enmendada para permitir la admisión de organizaciones de integración económica regional. La Comunidad Económica Europea, como se llamaba entonces, fue admitida pocos días después. Véase Marchisio, «Lo *status* della CEE quale membro della FAO».

[66] Así, Schermers y Blokker, *op. cit.*, pág. 23, definen las organizaciones internacionales «como formas de cooperación fundadas en un organismo internacional que crean por lo menos un órgano con voluntad propia y establecido en virtud del derecho internacional». Sands y Klein (*Bowett's Law of International Institutions*, pág. 16), dicen que la organización internacional «debe estar establecida por tratado». Según Rama-Montaldo («International legal personality and implied powers of international organizations», págs. 154 y 155), las organizaciones internacionales «tienen personalidad internacional cuando cumplen ciertas condiciones objetivas: un acuerdo internacional por el cual se crea una asociación de Estados dotada de por lo menos un órgano que expresa una voluntad separada de los Estados que la integran y que tiene determinados propósitos u objetivos que se han de alcanzar por conducto del ejercicio de funciones o facultades». El requisito de tener una «base convencional» se encuentra también en el primer informe sobre las relaciones entre los Estados y las organizaciones intergubernamentales del Sr. El-Erian (*Anuario... 1963*, vol. II, pág. 193, párr. 60).

[67] Véase el párrafo 14 *supra*.

[68] Párr. 20 *supra*.

[69] Cabe considerar que el término gubernamental incluye la función de supervisar el cumplimiento de tratados, como mencionó Austria (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 20).

Si al ejercer funciones de gobierno, la organización, que puede en todo caso ser una entidad separada, actúa como órgano de uno o más Estados, su comportamiento debe atribuirse al Estado o los Estados de que se trate, según los artículos 4 o 5 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[70]. La práctica relativa a los casos en que una organización ejerce funciones como órgano de uno o más Estados debe tenerse en cuenta en el presente estudio únicamente en la medida en que sea útil para contrastarla a aquellos casos en que, por el contrario, un comportamiento pueda ser atribuido a una organización.

28. En el párrafo 34 *infra* se enuncia una definición a título provisional que se ajusta a lo que antecede. La definición figura en el proyecto de artículo 2 porque parece preferible comenzar el texto con una descripción general del alcance del proyecto de artículos y especificar en una disposición ulterior qué se entiende por «organización internacional». En todo caso las dos disposiciones están vinculadas porque ambas contribuyen a delimitar el alcance del proyecto de artículos. El orden que se propone tiene diversos precedentes. En varias convenciones de codificación se da una indicación general del alcance antes de la disposición relativa a los «términos empleados». Sirven de ejemplos las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986, la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado, y la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación.

29. La disposición relativa al alcance del proyecto de artículos debe dejar claro en primer lugar que el presente estudio se refiere únicamente a la responsabilidad en derecho internacional. Así, se dejarán de lado los problemas de responsabilidad civil, que han ocupado un lugar central en recientes litigios ante tribunales internos[71]. No se trata de restar interés a algunos fallos judiciales sobre responsabilidad civil, ya que se refieren incidentalmente a cuestiones de derecho internacional o formulan algunos argumentos respecto de un derecho interno que pueda utilizarse a título de analogía[72]. Sin embargo, la decisión de dejar de lado las cuestiones de responsabilidad civil obedecen no sólo al hecho de que el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados no se refería a las cuestiones de responsabilidad civil. Hay otra razón y ella es que la enunciación de normas sobre responsabilidad civil correspondería casi por completo al ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional y es dudoso en todo caso que la Comisión sea el órgano más adecuado para estudiar esas cuestiones.

30. Habría que delimitar el alcance del presente estudio a fin de dejar en claro que el proyecto de artículos apunta exclusivamente a examinar cuestiones de responsabilidad internacional por hechos ilícitos. La Comisión ya ha decidido examinar en forma separada el tema titulado «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)»[73]. Este tema plantea diversos problemas que pueden analizarse en relación con las organizaciones internacionales. A los efectos de acotar el alcance del presente tema es importante observar que las cuestiones dimanadas de los hechos no prohibidos en derecho internacional son distintas de aquellas que se tienen en cuenta en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. La mayor parte de las delegaciones que respondieron en la Sexta Comisión a la solicitud de la CDI de que formularan observaciones expresaron claramente que preferían que en el presente estudio se tuvieran en cuenta únicamente las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales por hechos ilícitos[74]. De esta manera, si la Comisión se propone hacer un estudio acerca de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por hechos no prohibidos por el derecho internacional, sería más lógico hacerlo en el contexto del presente estudio sobre responsabilidad internacional o en una secuela de ese estudio en el futuro.

31. Las soluciones que se propugnan en los dos párrafos precedentes pueden considerarse implícitas en un texto similar al artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[75]. Una disposición de esta índole establecería un nexo entre la responsabilidad internacional y la comisión de un hecho ilícito en derecho internacional y, por lo tanto, dejaría en claro que el alcance del estudio no incluye cuestiones de responsabilidad civil ni cuestiones de responsabilidad internacional por hechos no prohibidos en derecho internacional.

---

[70] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26. El artículo 4 puede ser pertinente porque, por más que se refiera al «derecho interno del Estado» a los efectos de identificar a los órganos del Estado, no lo considera un requisito necesario. El texto del artículo 5 se refiere a «una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público». El comentario de la Comisión no menciona a las organizaciones internacionales en esos contextos.

[71] Especialmente el relativo al Consejo Internacional del Estaño. Uno de los casos relacionados, en que se hizo valer la responsabilidad de la Comunidad Económica Europea, fue incoado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase el asunto C-241/87, *Maclaine Watson & Co., Ltd.* c. *Consejo de las Comunidades Europeas y Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, 1990-5, pág. I-1797, que fue eliminado del registro por decisión del Tribunal pero no antes de que el fiscal general emitiera una extenso dictamen.

[72] Como ya había señalado el Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (*Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 487).

[73] Ibíd., párrs. 430 a 457; en esta parte del informe de la Comisión no se hacía referencia a la cuestión de la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales.

[74] Véanse las intervenciones de Israel, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Sexta Comisión*, 21.ª sesión (A/C.6/57/SR.21), párr. 61; Chipre, 22.ª sesión (A/C.6/57/SR.22), párr. 12; Polonia, ibíd., párr. 15; Nueva Zelandia, 23.ª sesión (A/C.6/57/SR.23), párr. 21; Reino Unido, ibíd., párr. 39; Italia, 24.ª sesión (A/C.6/57/SR.24), párr. 26; Suiza, 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 36; India, 26.ª sesión (A/C.6/57/SR.26), párr. 15; Grecia, ibíd., párr. 32; Eslovaquia, ibíd., párr. 38; Venezuela, ibíd., párr. 52; Cuba, ibíd., párr. 64, y República de Corea, ibíd., párr. 71. Belarús (ibíd., 24.ª sesión (A/C.6/57SR.24), párr. 56) sugirió que la Comisión estudiase la responsabilidad de las organizaciones internacionales junto con su responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito. Jordania (ibíd., 25.ª sesión (A/C.6/57/SR.25), párr. 56), sostuvo que el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales no debía limitarse a la responsabilidad por el hecho internacionalmente ilícito.

[75] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

32. Por lo general será la conducta ilícita de una organización internacional la que dé lugar a su responsabilidad en derecho internacional. Cabe concebir sin embargo que una organización sea también responsable cuando el hecho sea realizado por un Estado o por otra organización internacional. Así puede ocurrir en circunstancias tales como aquellas que se tienen en cuenta en los artículos 16 a 18 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados[76], por ejemplo, en el caso de que un Estado u otra organización preste ayuda o asistencia para la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. La responsabilidad de una organización internacional puede obedecer también a la conducta ilícita de otra organización de la cual es miembro. Todas estas cuestiones deben quedar comprendidas sin lugar a dudas en el alcance del presente estudio, que por lo tanto no debe limitarse a las cuestiones relativas a la responsabilidad de una organización internacional por un comportamiento que pueda calificarse de propio.

33. El ámbito del presente estudio tiene que comprender asimismo cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados que fueron omitidas en el proyecto de artículos sobre la cuestión porque guardaban relación con el comportamiento ilícito de una organización internacional. Como se recordó antes[77], en el artículo 57 de ese proyecto de artículos se dejó expresamente de lado «la cuestión relativa a la responsabilidad, en virtud del derecho internacional, de una organización internacional o de un Estado por el comportamiento de una organización internacional». Este último caso se refiere a un comportamiento que, a diferencia de las organizaciones internacionales que actúan como órganos del Estado[78], ha de atribuirse a una organización. Según las circunstancias, de todas maneras puede tener lugar la responsabilidad de un Estado porque ha contribuido al hecho ilícito de la organización o porque es miembro de ella. Hay que tener en cuenta en el presente estudio esas cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados y, por lo tanto, el texto relativo al alcance del proyecto no debe limitarse a las cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Es necesario señalar que las cuestiones relativas a la responsabilidad de los Estados quedarían incluidas en el ámbito del estudio en su integridad sin perjuicio de la forma en que deban resolverse. Por más que en este estudio se llegara a la conclusión de que los Estados nunca son responsables por el hecho de las organizaciones de que son miembros, el alcance del presente proyecto de artículos no quedaría enunciado con precisión si no se dejara en claro que incluye cuestiones que fueron omitidas en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en razón de su relación con cuestiones relativas a la responsabilidad de las organizaciones internacionales.

34. Habida cuenta de lo que antecede, se someten los textos siguientes para su examen por la Comisión:

«Artículo 1.—Alcance del presente proyecto de artículos

El presente proyecto de artículos será aplicable a la cuestión de la responsabilidad internacional de una organización internacional por un hecho ilícito en derecho internacional. Será también aplicable a la cuestión de la responsabilidad internacional de un Estado por el comportamiento de una organización internacional.

Artículo 2.—Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos, por ‘organización internacional’ se entenderá una organización que incluya Estados entre sus miembros en la medida en que ejerza a su propio nombre ciertas funciones de gobierno.»

[76] Véase el texto de los artículos y los comentarios correspondientes en ibíd., págs. 69 a 74.

[77] Párr. 9 *supra*.

[78] Véase el párrafo 27 *supra*.

CAPÍTULO III

Principios generales relativos a la responsabilidad de las organizaciones internacionales

35. El capítulo I de la primera parte (El hecho internacionalmente ilícito del Estado) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos tiene por título «Principios generales»[79] y enuncia tres de esos principios. Los dos primeros se pueden extrapolar fácilmente a las organizaciones internacionales y no parecen suscitar polémica. El texto del artículo 1 es el siguiente:

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional[80].

Qué se entiende por responsabilidad queda de manifiesto en la segunda parte del proyecto de artículos (Contenido de la responsabilidad internacional del Estado)[81]. No hay razón para hacer un planteamiento distinto en el caso de las organizaciones internacionales. Bien cabe decir como principio general que todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional. Como ejemplo cabe remitirse a la opinión consultiva de la CIJ en el caso *Différend relatif à l’immunité de juridiction d’un rapporteur spécial de la Commission des droits de l’homme*, en que la Corte señaló lo siguiente:

[79] Ibíd., pág. 26.

[80] Ibíd.

[81] Ibíd., pág. 28.

[L]a Corte desea señalar que la cuestión de la inmunidad judicial es distinta de la indemnización por daños sufridos como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o sus agentes actuando a título oficial.

Las Naciones Unidas pueden incurrir en responsabilidad por los daños dimanados de esos actos[82].

36. El artículo 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos especifica la acepción de hecho internacionalmente ilícito y enuncia sus dos elementos básicos: la atribución a un Estado y la caracterización del comportamiento como violación de una obligación internacional. Estos dos elementos se han desarrollado en los capítulos II y III. El texto del artículo 2 es el siguiente:

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y

b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado[83].

Tampoco hay razón en este caso para adoptar un planteamiento distinto respecto de las organizaciones internacionales y se podría enunciar un principio general similar simplemente reemplazando la palabra «Estado» por las palabras «organización internacional».

37. El tercer principio general, enunciado en el artículo 3 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, es el siguiente:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno[84].

Tal como la Comisión no dejó de observar desde el primer momento en su comentario de este proyecto de artículo: «[E]l artículo 3 enuncia en forma expresa un principio que ya se desprende intrínsecamente del artículo 2, a saber, que la calificación de un hecho como internacionalmente ilícito es independiente de su calificación como lícito en el derecho interno del Estado»[85]. No está claro que realmente sea necesario volver a enunciar este principio en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Lo que sí está claro en todo caso es que un hecho internacionalmente ilícito está calificado de tal en derecho internacional y que otros sistemas jurídicos mal podrían afectar a tal calificación. Por otra parte, la referencia al «derecho interno» crearía problemas en su aplicación a las organizaciones internacionales ya que por lo menos sus instrumentos constitutivos corresponden por lo general al derecho internacional. Además, por más que el cumplimiento con las normas internas de la organización tal vez no excluya el incumplimiento por ella de una de sus obligaciones en derecho internacional con respecto a un Estado no miembro, no cabe decir lo mismo en términos similares con respecto a los Estados que son miembros de ella. Según el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, prevalecen el instrumento constitutivo y, tal vez, las decisiones obligatorias adoptadas sobre la base de la Carta[86], pero esta no es una norma que pueda generalizarse y aplicarse a otras organizaciones que no sean las Naciones Unidas. Queda por verse si habrá que examinar estas cuestiones en el contexto del presente proyecto de artículos y, ciertamente, no es posible tenerlas en cuenta en forma satisfactoria en una disposición que enuncia un principio general, cuyo propósito principal consistiría únicamente en insistir en la necesidad de examinar las cuestiones de la responsabilidad internacional exclusivamente en relación con el derecho internacional.

38. Los dos principios mencionados en los párrafos precedentes no se refieren a la cuestión de la responsabilidad en que pueden incurrir los Estados en calidad de miembros de una organización internacional. No se refieren tampoco a la situación en que una organización internacional es responsable en su calidad de miembro de otra porque el comportamiento correspondiente sería imputable en ese caso a la segunda organización y no a la primera. Tampoco queda comprendido en ellos el caso en que un Estado es responsable porque presta ayuda o asistencia a una organización internacional o ejerce coacción sobre ella. Sin embargo, si bien estos principios no serían aplicables a todas las cuestiones comprendidas en el alcance del proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales, no afectan a la solución de aquellos a que esos principios no se refieren. Decir que una organización internacional es responsable por su propio comportamiento ilícito no significa que no pueda imputarse también responsabilidad a otras entidades por un mismo comportamiento y, por lo tanto, no parece haber problema para enunciar los principios antes indicados.

39. Al enunciar los dos principios generales no es necesario reproducir en dos disposiciones separadas el contenido de los artículos 1 y 2 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La razón principal para enunciar el primero en un artículo 1 separado parece haber sido el deseo de comenzar el texto con la proclamación solemne de que un hecho ilícito entraña responsabilidad internacional. Como se decía en el comentario del artículo 1, este es «el principio básico en que descansa todo el proyecto de artículos»[87]. Habida cuenta de que la primera disposición del presente proyecto de artículos se refiere al alcance, es preferible incluir los dos principios en un párrafo, habida cuenta de que el segundo principio básicamente

[82] *C.I.J. Recueil 1999*, págs. 88 y 89, párr. 66; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 66.

[83] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26.

[84] Ibíd.

[85] Ibíd., pág. 37, párr. 1 del comentario al artículo 3.

[86] Cabe remitirse a lo que señaló la CIJ al dictar medidas provisionales en los casos *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne* c. *Royaume-Uni)*, medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, y *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne* c. *États-Unis d'Amérique)*, medidas provisionales, providencia de 14 de abril de 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, pág. 15, párr. 39 y pág. 126, párr. 42, respectivamente. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, págs. 1 y 7, respectivamente.

[87] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 33, párr. 1 del comentario al artículo 1.

constituye una especificación del primero. Así pues, se sugiere el texto siguiente:

«Artículo 3.—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.»

RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS

[Tema 9 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/533 y Add.1

Primer informe sobre recursos naturales compartidos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial

[Original: inglés]
[30 de abril y 30 de junio de 2003]

ÍNDICE

		Página
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		130
Obras citadas en el presente informe		131
	Párrafos	
PRIMERA PARTE: ESBOZO DEL TEMA		
INTRODUCCIÓN	1–5	131
Capítulo		
I. ANTECEDENTES DEL TEMA	6–18	132
II. AGUAS SUBTERRÁNEAS CONFINADAS TRANSFRONTERIZAS	19–25	135
SEGUNDA PARTE: PANORAMA DE LOS RECURSOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS		
INTRODUCCIÓN	26–29	137
III. ACUÍFEROS CONFINADOS Y ACUÍFEROS DESCONECTADOS	30–32	138
IV. CARACTERÍSTICAS DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y LOS ACUÍFEROS	33–39	138
A.—Características generales	33–34	138
B.—Características de los acuíferos	35–37	139
C.—Acuíferos internacionales y transfronterizos	38	139
D.—Sistemas de acuíferos transfronterizos	39	140
V. RECURSOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS DEL MUNDO Y SU UTILIZACIÓN	40–48	140
A.—Europa	41	140
B.—India	42	140
C.—China	43	141
D.—América del Norte	44	141
E.—América Central	45	141
F.—América del Sur	46	141
G.—África y Oriente Medio	47	141
H.—Australia	48	141
VI. CAUSAS Y ACTIVIDADES QUE REPERCUTEN NEGATIVAMENTE EN EL RECURSO	49–58	142
A.—Calidad de las aguas subterráneas	49	142
B.—Contaminación de las aguas subterráneas	50–52	142
C.—Protección y ordenación de las aguas subterráneas	53	143
D.—Los problemas de la contaminación de las aguas subterráneas transfronterizas	54	143
E.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos transfronterizos poco profundos	55–56	143
F.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos transfronterizos más profundos	57	144
G.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos fósiles transfronterizos	58	144

Capítulo		*Párrafos*	*Página*
VII.	Prácticas de los Estados respecto de la gestión nacional de las aguas subterráneas	59	144
VIII.	Estudio preliminar de los acuíferos compartidos que sufren la presión del bombeo o la contaminación transfronterizos	60	145
IX.	Aspectos sociales, económicos y ambientales de la gestión de las aguas subterráneas no conectadas, con especial hincapié en las aguas subterráneas no renovables	61–63	146
	A.—Aspectos generales	61	146
	B.—Recursos de aguas subterráneas no conectadas: riesgo combinado con incertidumbre científica y política	62	146
	C.—Normas éticas y normas científicas	63	146
X.	Conclusiones	64–65	147

ANEXOS

I. Terminología empleada en este informe 148

II. Estudio de casos 149

LISTA DE GRÁFICOS

1. Ciclo hidrogeológico 150
2. Flujo transfronterizo 151
3. Contaminación de las aguas subterráneas 152

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

	Fuente
Acta Final del Congreso (Viena, 9 de junio de 1815)	*British and Foreign State Papers, 1814-1815*, vol. II, pág. 3.
Tratado general para el restablecimiento de la paz entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Cerdeña y Turquía, y Rusia (París, 30 de marzo de 1856)	Ibíd., *1855–1856*, vol. XLVI, pág. 8.
Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales (Helsinki, 17 de marzo de 1992)	Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1936, n.º 33207, pág. 269.
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.

Obras citadas en el presente informe

ALMÁSSY, E. y Zs. BUZÁS

Inventory of Transboundary Groundwaters, vol. 1, Lelystad, septiembre de 1999.

BURKE, Jacob J. y Marcus H. MOENCH

Groundwater and Society: Resources, Tensions and Opportunities, publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta E.99.II.A.1.

FOSTER, Stephen y otros

Utilization of Non-Renewable Groundwater: a Socially-Sustainable Approach to Resource Management, nota de información n.º 11, GW-MATE Briefing Note Series, Washington D.C., Banco Mundial, 2002.

LEEDEN, Frits van der, Fred L. TROISE y David Keith TODD

The Water Encyclopedia, 2.ª ed., CRC Press, 1990.

SHIKLOMANOV, Igor A.

«Global renewable water resources», en H. Zebedi, *Water: A Looming Crisis?* Actas de la Conferencia internacional sobre recursos hídricos mundiales al inicio del siglo XXI, París, 3 de junio de 1998.

ZAPOROZEC, Alexander y John C. MILLER

Ground-Water Pollution, París, UNESCO, 2000.

ZEKTSER, Igor S. y Lorne G. EVERETT

Groundwater and the Environment: Applications for the Global Community, CRC Press, 2000, 192 págs.

PRIMERA PARTE: ESBOZO DEL TEMA

Introducción

1. Este primer informe, de carácter muy preliminar, es un esbozo del tema «Recursos naturales compartidos». Consta de la presente introducción, de los antecedentes de la formulación del tema de los recursos naturales compartidos y de un examen de los problemas que deben abordarse en relación con las aguas subterráneas confinadas transfronterizas[1].

2. La Asamblea General, en su quincuagésimo cuarto período de sesiones celebrado en 1999, alentó a la Comisión «a proceder a la selección de nuevos temas para su próximo quinquenio con arreglo a los deseos y preocupaciones de los Estados y a que presente ideas relativas a nuevos temas posibles e información conexa, a fin de facilitar la decisión de la Asamblea General al respecto»[2]. En su 52.° período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión examinó su programa de trabajo a largo plazo y, tras examinar detenidamente los estudios preliminares sobre esos temas, convino en que procedía incluir los temas siguientes en el programa de trabajo a largo plazo[3]:

1. Responsabilidad de las organizaciones internacionales;
2. Efectos de los conflictos armados en los tratados;
3. Recursos naturales compartidos de los Estados;
4. Expulsión de extranjeros;
5. Riesgos resultantes de la fragmentación del derecho internacional.

3. En su quincuagésimo quinto período de sesiones, celebrado en 2000, la Asamblea General se limitó a tomar nota del informe de la Comisión relativo «a su programa de trabajo a largo plazo, y de los planes de estudio de nuevos temas»[4]. Seguidamente, en su 53.° período de sesiones celebrado en 2001, la Comisión decidió, a fin de aprovechar mejor el tiempo, «dar prioridad, durante la primera semana de la primera parte de su 54.° período de sesiones, al nombramiento de dos relatores especiales encargados de dos de los cinco temas incluidos en su programa de trabajo a largo plazo»[5]. En el debate de la Sexta Comisión de la Asamblea General celebrado en su quincuagésimo sexto período de sesiones en 2001, las delegaciones destacaron el interés particular de los nuevos cinco temas propuestos, habida cuenta de la posible necesidad de aclarar el derecho en esferas en las que pudieran plantearse problemas prácticos. Muchas delegaciones opinaron que ya se podía codificar el tema «Responsabilidad de las organizaciones internacionales» y que la Comisión debía darle prioridad entre los cinco temas recomendados. Algunas delegaciones también expresaron su apoyo al examen del tema «Recursos naturales compartidos»[6]. Por consiguiente, la Asamblea General pidió a la Comisión que «inicie su labor sobre el tema de la 'Responsabilidad de las organizaciones internacionales' y siga considerando los temas restantes que habría que incluir en su programa de trabajo a largo plazo, teniendo debidamente presentes las observaciones hechas por los gobiernos»[7].

4. En la primera parte de su 54.° período de sesiones celebrado en 2002, la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema «Recursos naturales compartidos», nombrar a un Relator Especial sobre el tema

[1] *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 144.

[2] Resolución 54/111 de la Asamblea General, de 2 de febrero de 2000, párr. 8.

[3] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 139, párr. 729.

[4] Resolución 55/152 de la Asamblea General, de 19 de enero de 2001, párr. 8.

[5] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 220, párr. 259.

[6] Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones (A/CN.4/521), párr. 122.

[7] Resolución 56/82 de la Asamblea General, de 18 de enero de 2002, párr. 8.

y establecer un grupo de trabajo para ayudar al Relator Especial[8]. En la segunda parte del período de sesiones, el Relator Especial preparó un documento de trabajo para su examen en consultas oficiosas[9] en el que se refirió a las circunstancias que llevaron a proponer ese tema en el Grupo de Planificación de la Comisión y señaló que tenía la intención de tratar las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, el petróleo y el gas natural en el contexto del tema. Aunque reconoció que un único depósito de mineral podía estar bajo la jurisdicción de más de dos Estados, que muchos recursos marinos vivos también eran recursos compartidos y que los animales terrestres y las aves también podían migrar cruzando fronteras, el Relator Especial señaló que no procedía examinar esos recursos en el contexto de dicho tema, puesto que tenían características muy distintas a las de las aguas subterráneas, el petróleo y el gas, y podían examinarse mejor en otros foros. El Relator Especial también propuso adoptar un enfoque por etapas, iniciando el estudio del tema con las aguas subterráneas. Posteriormente, propuso el siguiente programa de trabajo para el actual quinquenio:

2003 Primer informe: esbozo del tema

2004 Segundo informe: aguas subterráneas confinadas

2005 Tercer informe: petróleo y gas

2006 Cuarto informe: examen global del tema.

Los miembros de la Comisión hicieron varias aportaciones de interés y, en general, apoyaron el enfoque propuesto por el Relator Especial.

[8] *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 518, apdo. *a*.

[9] ILC(LIV)/IC/SNR/WP.1, de 8 de agosto de 2002.

5. En el debate celebrado por la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones de 2002, muy pocas delegaciones formularon observaciones sobre el tema «Recursos naturales compartidos». Las que lo hicieron se mostraron partidarias en general de que se estudiara el tema. Se expresó preocupación sobre si el título del tema resultaba apropiado. Según una opinión, el tema debía limitarse a la cuestión de las aguas subterráneas como complemento de la labor anterior de la Comisión sobre las aguas transfronterizas. Sin embargo, era pronto todavía para estudiar otros aspectos de los recursos transfronterizos. Aparte de la cuestión de los cursos de agua transfronterizos, rara vez se habían planteado conflictos verdaderos entre los Estados, y en los casos en que habían surgido, se habían logrado acuerdos prácticos para resolver la situación concreta de que se tratara. Según esa opinión, no resultaría productivo tratar de extrapolar el derecho internacional consuetudinario de esa práctica divergente[10]. En su quincuagésimo séptimo período de sesiones, la Asamblea General se limitó a tomar nota de la decisión de la Comisión de incluir en su programa de trabajo el tema titulado «Recursos naturales compartidos»[11]. Dado que hasta la fecha se han recibido muy pocas respuestas de los Estados, el Relator Especial ha decidido seguir por el momento las pautas descritas en el párrafo 4 *supra*, si bien el estudio sobre las aguas subterráneas podía requerir mucho más tiempo del previsto en dicho párrafo.

[10] Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones (A/CN.4/529), párr. 236.

[11] Resolución 57/21 de la Asamblea General, de 21 de enero de 2003, párr. 2.

CAPÍTULO I

Antecedentes del tema

6. La primera vez que la Comisión abordó el problema de los recursos naturales compartidos fue en el marco de un debate sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Sería de gran utilidad para la labor de la Comisión hacer una breve reseña del proceso de codificación. El régimen jurídico de los ríos internacionales se trató por primera vez en el Congreso de Viena de 1815, en el que se proclamó el principio de la libre navegación por los ríos internacionales de Europa[12]. El Danubio revestía una importancia particular en el desarrollo del derecho europeo sobre los ríos internacionales. La Comisión Europea del Danubio, establecida en virtud del Tratado de Paz de París de 1856[13] reglamentó la navegación en el Danubio mediante la cooperación internacional y fue un ejemplo para otras comisiones fluviales que habrían de crearse más adelante. En un principio, el desarrollo del derecho internacional sobre los ríos estuvo centrado casi exclusivamente en los derechos a la libre navegación.

[12] Acta Final del Congreso.

[13] Tratado general para el restablecimiento de la paz entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Cerdeña y Turquía, y Rusia, art. XVII.

7. Más adelante fue preciso tratar también otros usos de los ríos internacionales, como la producción de energía eléctrica, la irrigación, los procesos industriales, el transporte para fines distintos de la navegación (explotación forestal) y las actividades recreativas. En la mayoría de los principales sistemas fluviales, los Estados que se encuentran aguas abajo utilizan las aguas al máximo. Los nuevos usos de las aguas por parte de los Estados situados aguas arriba han de afectar de alguna manera los intereses adquiridos a lo largo de los años por los Estados situados aguas abajo. Tales usos también plantean problemas ambientales debido a los riesgos de contaminación que entrañan. Existe una diferencia fundamental entre el régimen de navegación y el régimen de usos distintos de la navegación. El objetivo del régimen de navegación es establecer medidas administrativas concertadas destinadas a garantizar la libre navegación en el sistema fluvial. El régimen de usos distintos de la navegación debe centrarse en mantener un equilibrio equitativo de intereses entre los

Estados que corresponde y constituir una protección contra los efectos perjudiciales para el medio ambiente.

8. En 1970 la Asamblea General recomendó que la Comisión «emprenda […] el estudio del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, con vistas a su desarrollo progresivo y a su codificación»[14]. La labor de la Comisión comenzó en 1971 y se prolongó hasta 1994 con cinco Relatores Especiales sucesivos, a saber, los Sres. Kearney, Schwebel, Evensen, McCaffrey y Rosenstock. Desde el comienzo de su labor, la Comisión recibió importantes aportaciones de los Estados. Casi la mitad de los Estados dieron a conocer su posición a la Comisión. El proyecto de artículos preparado por la Comisión en primera lectura en 1991[15] apenas recibió críticas desfavorables. Tras redactar la versión definitiva del proyecto de artículos[16], la Comisión lo presentó en 1994 a la Asamblea General, con cambios de menor importancia respecto de la versión de 1991. La Asamblea General decidió entonces dedicar un período de dos años a que los Estados reflexionaran sobre el tema y convocar en 1996 un Grupo de Trabajo plenario de la Sexta Comisión para que elaborara una convención marco sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación sobre la base del proyecto de artículos formulado por la Comisión.

9. El Grupo de Trabajo plenario de la Sexta Comisión se reunió en 1996 y 1997 y, el 4 de abril de 1997, completó la elaboración de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Por recomendación del Grupo de Trabajo, la Asamblea General aprobó el 21 de mayo de 1997 esta Convención por 103 votos contra 3 y 27 abstenciones[17]. La Convención aún no ha recibido las 35 ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

10. El rasgo principal de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación es que fue concebida como una convención marco en la que se proporcionarían normas subsidiarias. Los principios generales en ellas enunciados son la utilización y la participación equitativas y razonables por parte de los Estados en los usos de los recursos hídricos internacionales, por una parte, y la obligación de los Estados, al utilizar los cursos de agua internacionales que atraviesan sus territorios, de adoptar todas las medidas que corresponda para no causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, por otro lado. Estos principios se materializarán mediante la cooperación entre los Estados del curso de agua, en particular mediante el sistema de notificación de medidas proyectadas. Un Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados. También es necesario intercambiar información pertinente y celebrar consultas y negociaciones. Además, se estipula la obligación de proteger y preservar los ecosistemas de los cursos de agua internacionales y prevenir, reducir y controlar la contaminación de los cursos de agua internacionales. Cabe mencionar que la solución de controversias incluye la referencia obligatoria a una comisión imparcial de determinación de los hechos, aunque sus conclusiones no sean vinculantes para los Estados en cuestión.

11. Hubo tres temas de discusión principales durante las negociaciones del Grupo de Trabajo plenario de la Sexta Comisión. El primero se refirió a la naturaleza de la convención marco y la relación que guardaba con los acuerdos de cursos de agua para ríos concretos. Los Estados situados aguas abajo insistían en que los acuerdos especiales tenían prelación sobre la convención marco, en tanto que los Estados en desarrollo que estaban situados aguas arriba preferían que prevalecieran los principios de la convención marco. Era preciso tener en cuenta dos consideraciones de orden práctico: en cualquier caso, se necesitaba el consentimiento de todos los Estados del curso de agua y, en realidad, los principios enunciados en la convención marco sin duda afectarían al acuerdo especial de curso de agua. El segundo tema era el equilibrio entre el principio de la utilización y la participación equitativas y razonables (art. 5) y el de la obligación de no causar daños transfronterizos sensibles (art. 7). Éste era sin duda el meollo de la discusión. Los Estados aguas arriba sostenían que, a menos que se diera prelación al principio de la utilización sobre el principio de no causar daños, no podrían realizar proyectos de desarrollo. Por otra parte, los Estados aguas abajo insistían en el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Finalmente, esta discrepancia se resolvió vinculando los dos principios con los términos «teniendo en cuenta», que figuran en el artículo 7, párr. 2. Este vínculo, poco convincente, parecía favorecer a los Estados aguas arriba. No obstante, los Estados aguas arriba debían atenerse a las normas estrictas aplicables a los nuevos proyectos de desarrollo, según lo dispuesto en la parte III de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y, de este modo, se lograba el pleno equilibrio. El tercer tema se refería a la solución de controversias y, en particular, a si era necesario disponer de un régimen obligatorio de determinación de los hechos. Este punto se resolvió mediante el entendimiento tácito de que los Estados tenían la posibilidad de formular reservas si no aceptaban la remisión obligatoria a una comisión de determinación de los hechos. Todas esas cuestiones y las correspondientes soluciones resultarían muy pertinentes a la hora de examinar el régimen jurídico de cualquier otro recurso natural compartido.

12. Durante el examen por la Comisión del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación se planteó la cuestión de las aguas subterráneas en el contexto del ámbito de aplicación de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. El Relator Especial, Sr. McCaffrey, presentó un estudio detallado sobre el tema[18]. En su análisis de los componentes de un curso de agua que debían incluirse en la definición de «curso de agua internacional», hizo hincapié en dos aspectos de las aguas subterráneas. El

[14] Resolución 2669 (XXV) de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1970, párr. 1.

[15] *Anuario... 1991*, vol. II (segunda parte), pág. 71.

[16] *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 95.

[17] *Anuario... 1997*, vol. I, 2481.a sesión, pág. 54, párr. 1.

[18] *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), pág. 52 y ss., documento A/CN.4/436, párrs. 8 a 58.

primero era la cantidad; la característica más sorprendente de las aguas subterráneas era su cantidad en relación con las aguas de superficie. Las aguas subterráneas constituían aproximadamente el 97% de los recursos de agua dulce de la Tierra, con exclusión de los casquetes polares y los glaciares[19]. El otro aspecto era el uso que se hacía de este recurso; hay una gran dependencia de las aguas subterráneas para la satisfacción de las necesidades humanas básicas, en particular en el mundo en desarrollo. Para el Sr. McCaffrey, la característica fundamental de las aguas subterráneas era que, si bien su flujo era lento en comparación con el de las aguas de superficie, las aguas subterráneas estaban en constante movimiento y que, si bien en casos excepcionales se podían encontrar en zonas en las que casi no había aguas de superficie, solían estar íntimamente relacionadas con los ríos y lagos. Estas dos características de las aguas subterráneas, su movilidad y su interrelación con las aguas de superficie, indicaban que las acciones de un Estado de un curso de agua respecto de sus aguas subterráneas podían afectar a las aguas subterráneas o de superficie de otro Estado del curso de agua. Por ello, el Relator Especial consideró que las aguas subterráneas debían incluirse en el ámbito de aplicación de la Convención. Tras someter su propuesta a debate, la Comisión finalmente convino en incluir en el proyecto de Convención las aguas subterráneas relacionadas con las aguas de superficie. Según el proyecto de artículo aprobado por la Comisión en primera lectura, se entendía por «curso de agua» «un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a un término común» (art. 2, apdo. *b*)[20]. El motivo por el que se incluyeron las aguas subterráneas era que, teniendo en cuenta que las aguas de superficie y las aguas subterráneas constituían un conjunto unitario, cualquier intervención humana en algún punto de ese conjunto podía tener repercusiones en otras partes del mismo conjunto. De la unidad del conjunto se desprende que el término «curso de agua» así definido en el proyecto de artículos no incluye las aguas subterráneas «confinadas» que no están relacionadas con las aguas de superficie. Se propuso que las aguas subterráneas confinadas se trataran en un estudio separado de la Comisión con miras a elaborar proyectos de artículos sobre el tema.

13. El Sr. Rosenstock, sucesor del Sr. McCaffrey en el cargo de Relator Especial a partir de 1992, volvió a plantear la cuestión de las aguas subterráneas. En su primer informe[21], presentado en 1993, se inclinaba a incluir en la Convención el tema de las «aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie». Si la Comisión estuviera abierta a esa idea, él prepararía los cambios pertinentes del proyecto de artículos correspondientes. En 1994, el Sr. Rosenstock presentó su estudio sobre las aguas subterráneas confinadas «no relacionadas con las aguas de superficie» como anexo de su segundo informe[22]. El Sr. Rosenstock sostenía que en su estudio había demostrado la conveniencia de incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie en los proyectos de artículos y señaló que la nueva tendencia en la ordenación de los recursos hídricos consistía en adoptar un enfoque integrado. La inclusión de las aguas subterráneas confinadas «no relacionadas con las aguas de superficie» en el plan general de ordenación de los recursos hídricos era justo lo que hacía falta para administrar esos recursos de manera integrada. También estaba convencido de que los principios y las normas aplicables a las aguas de superficie y las aguas subterráneas relacionadas podían aplicarse del mismo modo a las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie. En su opinión, los cambios que precisaba el proyecto de artículos para ampliar su ámbito de aplicación eran relativamente pocos y sencillos, y procedió a prepararlos. En 1993 y 1994, la Comisión sometió la propuesta a debates amplios y extensos[23]. Si bien algunos miembros estaban de acuerdo con el Sr. Rosenstock en incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie en el ámbito de aplicación de la Convención, muchos miembros tenían reservas acerca de la propuesta pues no entendían cómo las aguas subterráneas «no relacionadas con las aguas de superficie» podían considerarse parte de un sistema de aguas que constituía un conjunto unitario. A su juicio, el uso de las aguas subterráneas confinadas era un fenómeno relativamente nuevo y poco se sabía acerca de tales recursos. Sin embargo, convinieron en que, habida cuenta de que en algunas regiones del mundo las aguas subterráneas eran muy importantes y que el derecho relativo a las aguas subterráneas confinadas era más afín al que regía la explotación de los recursos naturales, en particular el gas y el petróleo, estaba justificado tratarlos en forma separada.

14. Finalmente, la Comisión decidió no incluir las aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie en el proyecto de Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación[24] y aprobó el proyecto de artículo 2 en la forma en que se redactó en primera lectura, con cambios de menor importancia. En 1997, la Asamblea General aprobó el artículo 2 sin cambios importantes en el proyecto de la Comisión. El texto definitivo fue el siguiente:

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos de la presente Convención:

a) Por «curso de agua» se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común;

b) Por «curso de agua internacional» se entenderá un curso de agua, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos;

[…]

[19] Ibíd., pág. 54, párr. 17.

[20] Véase la nota 15 supra.

[21] *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), pág. 201, documento A/CN.4/451.

[22] *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), pág. 134, documento A/CN.4/462.

[23] Véase *Anuario... 1993*, vol. I, págs. 82 y ss., actas resumidas de las sesiones 2309.ª, 2311.ª a 2316.ª y 2322.ª; y *Anuario... 1994*, vol. I, págs. 39 y ss., actas resumidas de las sesiones 2334.ª a 2339.ª, y 2353.ª a 2356.ª.

[24] *Anuario... 1994*, vol. II (segunda parte), pág. 96, párr. 4 del comentario al artículo 2.

15. Al mismo tiempo, la Comisión aprobó y presentó la siguiente Resolución sobre las aguas subterráneas transfronterizas a la Asamblea General exhortando a los Estados a que se guiaran por los principios contenidos en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuando proceda, en la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas:

La Comisión de Derecho Internacional,

Habiendo completado su examen del tema sobre «El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación»,

Habiendo examinado en ese contexto las aguas subterráneas relacionadas con un curso de agua internacional,

Reconociendo que las aguas subterráneas confinadas, que son aguas subterráneas no relacionadas con un curso de agua internacional, constituyen también un recurso natural de vital importancia para el sostenimiento de la vida, la salud y la integridad de los ecosistemas,

Reconociendo también la necesidad de realizar esfuerzos continuados para elaborar normas relativas a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

Considerando su opinión de que los principios contenidos en su proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación pueden aplicarse a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas,

1. *Exhorta* a los Estados a que se guíen por los principios contenidos en el proyecto de artículos sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, cuando proceda, en la regulación de las aguas subterráneas transfronterizas;

2. *Recomienda* a los Estados que consideren la posibilidad de concertar acuerdos con el otro Estado o los otros Estados en que se encuentran las aguas subterráneas confinadas transfronterizas;

3. *Recomienda asimismo* que, en caso de que surja una controversia relacionada con aguas subterráneas confinadas transfronterizas, los Estados interesados consideren la posibilidad de resolverla de conformidad con las disposiciones contenidas en el artículo 33 del proyecto de artículos o de cualquier otra manera que se convenga[25].

16. La Asamblea General no adoptó medidas respecto de la recomendación de la Comisión sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas.

17. Cuando la Comisión seleccionó en 2000 los «recursos naturales compartidos» como uno de los temas nuevos para el siguiente quinquenio, lo hizo basándose en el esquema general preparado por el Sr. Rosenstock[26]. Éste sugirió que la Comisión podría analizar provechosamente el tema centrándose exclusivamente en el agua, particularmente en las napas cautivas, y otras estructuras geológicas únicas, como el petróleo y el gas. Las actividades debían limitarse a los recursos naturales comprendidos en la jurisdicción de dos o más Estados. El medio ambiente en general y los espacios públicos internacionales planteaban muchos problemas análogos y otros de distinto carácter.

18. Basándose en estos antecedentes, el Relator Especial propone examinar las aguas subterráneas confinadas, el petróleo y el gas en relación con el tema del presente informe, analizando en primer lugar la cuestión de las aguas subterráneas confinadas. Cabe señalar también que la labor que desarrolla la Comisión sobre el tema de la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional también es pertinente en el análisis de los recursos naturales compartidos puesto que, si bien no se aborda el uso de los recursos propiamente dicho, sí se examinan las actividades comprendidas en la jurisdicción de un Estado que tendrían efectos transfronterizos en otros Estados.

[25] Ibíd., pág. 144.

[26] *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 148, anexo, secc. 3.

Capítulo II

Aguas subterráneas confinadas transfronterizas

19. Del examen anterior se deduce que las «aguas subterráneas» que han de considerarse son las masas de agua compartidas por más de dos Estados a las que no se hace referencia en el artículo 2, apdo. *a*, de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Los términos que se utilizan para denominar estas masas de agua son los siguientes: «aguas subterráneas confinadas no relacionadas con las aguas de superficie», «aguas subterráneas confinadas», «aguas subterráneas confinadas transfronterizas», «napas cautivas», «acuífero transfronterizo» y otros. El término se aplica a una masa independiente de recursos hídricos que no aporta caudal a una desembocadura común por conducto de un sistema fluvial, o que recibe un caudal abundante de agua de cualquier masa de agua de superficie existente. Es necesario formular una definición precisa de ese tipo de masas de agua basándose en una comprensión adecuada de sus características hidrogeológicas. Hasta que se adopte una decisión sobre la definición, el Relator Especial considera más conveniente utilizar el término «aguas subterráneas confinadas transfronterizas».

20. La Comisión hizo bien en decidir hacer un estudio separado sobre las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. Es evidente que casi todos los principios consagrados en la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación también son aplicables a las aguas subterráneas confinadas transfronterizas. No obstante, existen diferencias claras entre esos dos tipos de masas de agua. Por ejemplo, los recursos de aguas de superficie son renovables, mientras que los de aguas subterráneas no lo son. Esto significa que las aguas subterráneas se agotan rápidamente tras su extracción puesto que tardan años en reponerse, y cuando resultan contaminadas, permanecen así durante muchos años. En el caso de las aguas de superficie, es preciso regular las actividades relacionadas con el

uso de los recursos. En el caso de las aguas subterráneas, tal vez sea necesario regular además otro tipo de actividades que podrían afectar de forma negativa a la condición y la calidad de las aguas subterráneas. Para abordar estos problemas específicos será necesario examinar otros principios.

21. A pesar de que el agua es la sustancia más abundante de la Tierra y de que el 70% de su superficie está cubierta por agua, únicamente el 2,53% del total de este recurso es agua dulce. Además, las dos terceras partes del agua dulce se encuentran inmovilizadas en el hielo de los distritos polares y en glaciares[27]. Así pues, sólo el 1% del agua dulce está disponible para el consumo humano. El uso per cápita está aumentando con la mejora de los estilos de vida y el rápido crecimiento de la población mundial. Como consecuencia de ello, el agua dulce se está convirtiendo en un bien escaso. Además, los recursos de agua dulce están cada vez más contaminados debido a las actividades humanas. El 50% de la población de los países en desarrollo está expuesto a agua no apta para el consumo; en el mundo en desarrollo mueren cada día 6.000 niños por haber consumido agua impura y contaminada, lo que equivale a 20 accidentes diarios de aviones jumbo de pasajeros; o a la desaparición todos los años de la población del centro de París[28]. Se está yendo hacia una crisis mundial del agua. Este es el problema contra el que se debe luchar en el Foro Mundial del Agua mediante la cooperación internacional[29].

22. A diferencia de lo que ocurre con las aguas de superficie, el conocimiento humano sobre los recursos hídricos subterráneos sigue siendo limitado pese a su gran volumen y a su excelente calidad y pureza. Según una estimación[30], el caudal de aguas subterráneas asciende a 23.400.000 km^3, mientras que el de los ríos es de 42.800 km^3. La ciencia de la hidrogeología, que se ocupa de las aguas subterráneas, está evolucionando rápidamente, pero al parecer está tratando las aguas subterráneas en su conjunto, en lugar de distinguir entre las aguas subterráneas en relación con las aguas de superficie y las aguas subterráneas por sí solas. La ordenación de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas sigue en una etapa preliminar, y existe una clara necesidad de iniciar una cooperación internacional al respecto. Bajo los auspicios de la UNESCO y de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos (IAH), en cooperación con la FAO y la CEPE, se ha preparado una propuesta de programa para una Iniciativa sobre la Gestión de Recursos de Acuíferos Transnacionales (ISARM). El programa tiene por objetivo apoyar la cooperación entre los Estados para desarrollar sus conocimientos científicos y eliminar posibles conflictos, así como ofrecer capacitación, educación, información y hacer aportaciones para la formulación de políticas y la adopción de decisiones sobre la base de una buena comprensión técnica y científica[31].

23. La Sra. Aureli, del Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO, que se encarga de la ISARM, ha ofrecido asistencia al Relator Especial. Con motivo del Tercer Foro Mundial del Agua, se celebró en Osaka (Japón) los días 18 y 19 de marzo de 2003, una actividad relacionada con las aguas subterráneas en la que la Sra. Aureli organizó una reunión del grupo de apoyo[32], integrado por representantes de la UNESCO, la FAO, la IAH y el Relator Especial. El grupo de apoyo propuso que se formara un grupo de expertos para asesorar al Relator Especial, y está dispuesto a prestar servicios a esos expertos. Se seleccionarán aproximadamente 20 expertos[33] en asuntos jurídicos e hidrogeología, teniendo en cuenta la experiencia y la representación de las diferentes regiones. El Relator Especial agradece profundamente la valiosa asistencia que se le está prestando.

24. A fin de formular normas para la regulación de las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, es preciso conocer las existencias de estos recursos en todo el mundo y desglosar las diferentes características regionales de los recursos. Actualmente, varias organizaciones nacionales, regionales e internacionales están evaluando y examinando sistemas de acuíferos importantes como el acuífero guaraní (América del Sur), el acuífero de arenisca de Nubia (África Septentrional), los acuíferos de Karoo (África Meridional), el acuífero de Vechte (Europa Occidental), el acuífero eslovaco de Karst-Aggtelek (Europa Central) y el acuífero de Praded (Europa Central). El acuífero guaraní, que comparten la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, tiene un volumen almacenado de 40.000 km^3, suficiente agua para abastecer a una población de 5.500 millones de personas durante 200 años a un ritmo de 100 litros diarios por persona[34]. El Sr. Opertti Badán ha proporcionado al Relator Especial el texto del Memorándum de entendimiento para la ejecución del «Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní», entre el Gobierno del Uruguay y el Secretario General de la OEA. El Relator Especial está muy agradecido por esta contribución que, sin duda, le ayudará a comprender mejor la cuestión.

25. Además de los temas mencionados en el párrafo 24 *supra*, también deben estudiarse los siguientes aspectos:

a) La importancia socioeconómica: las aguas subterráneas se están convirtiendo en un recurso cada vez

[27] *Agua para todos, Agua para la vida*, Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo: Resumen, UNESCO, Mundi-Prensa Libros, 2003, pág. 8.

[28] Boletín informativo de la Universidad de las Naciones Unidas, publicado con motivo del Día Mundial del Agua (12 de marzo de 2003).

[29] El Tercer Foro Mundial del Agua se celebró en Kyoto, Osaka y Shiga (Japón), del 16 al 23 de marzo de 2003.

[30] *Agua para todos, Agua para la vida* (nota 27 *supra*), Resumen, pág. 25.

[31] UNESCO, *Internationally Shared (Transboundary) Aquifer Resource Management – Their Significance and Sustainable Management: A Framework Document*, París, UNESCO, 2001, párr. 1.1.

[32] El grupo de apoyo está integrado por las Sras. Aureli y Lipponen (ambas hidrogeólogas) de la UNESCO; la Sra. Mechlem (oficial jurídico) y el Sr. Burke (oficial superior de política hidrológica) de la FAO, y el Sr. Puri de la IAH.

[33] Lista provisional de expertos: Sras. Aureli y Lipponen, y Sr. Appelgren (UNESCO); Sres. Puri, Wong y Lenzi (IAH); Sres. Burchi y Burke, y Sra. Mechlem (FAO); Sres. Bakhbakhi, Xu, Habermehl y Sefe (hidrogeólogos); y Sres. McCaffrey, Del Castillo Laborde, Nanni, Upadhyay y Ntambirweki (expertos jurídicos).

[34] *Groundwater Briefing*, «Managing transboundary groundwater resources for human security», presentado por la UNESCO y la IAH en el Tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto (Japón), 16 a 23 de marzo de 2003. Véase también el sitio de la IAH, www.iah.org.

más importante para todas las poblaciones, pero particularmente para las poblaciones del mundo en desarrollo. El Equipo Asesor en Gestión de Aguas Subterráneas del Banco Mundial, está examinando exhaustivamente la relación entre el desarrollo y las aguas subterráneas;

b) La práctica de los Estados en cuanto al uso y la ordenación;

c) La contaminación: causas y actividades que afectan negativamente a los recursos, y prevención y medidas de reparación;

d) Casos de conflicto;

e) Aspectos jurídicos: legislación interna y acuerdos internacionales existentes sobre la ordenación de los recursos;

f) Bibliografía del material directamente relacionado con la labor de la Comisión.

SEGUNDA PARTE: PANORAMA DE LOS RECURSOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Introducción

26. En esta parte del presente informe se pretende dar un panorama general de la visión de los hidrogeólogos acerca de las aguas subterráneas. En la primera parte de este informe, el Relator Especial señaló que las aguas subterráneas que ha de considerar la Comisión son las masas de agua compartidas por más de dos Estados a las que no se hace referencia en el artículo 2, apdo. *a*, de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación y que por el momento se utilizaría el término «aguas subterráneas confinadas transfronterizas»[35] para referirse a estas masas de agua. Sin embargo, es esencial para la Comisión saber exactamente qué comprenden los recursos de aguas subterráneas a fin de poder regular y ordenar adecuadamente dichos recursos en beneficio de la humanidad. La normativa legal que ha de formular la Comisión debe ser fácil de entender y los administradores e hidrogeólogos deberían poder aplicarla sin dificultad. Con miras a entablar un diálogo con los hidrogeólogos y los administradores que tienen un profundo conocimiento de los recursos de aguas subterráneas, el Relator Especial ha solicitado la ayuda de la Sra. Aureli, hidrogeóloga del Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO, que aporta la competencia técnica de la ISARM, que como ya se ha señalado, es un programa coordinado conjuntamente por la UNESCO, la FAO, la CEPE y la IAH.

27. Esta parte está basada en la contribución de los siguientes expertos: Sres. Burchi y Burke, y Sra. Mechlem (FAO); Appelgren (ISARM/UNESCO); Sra. Aureli y Sres. Arduino, Margat y Stephan (UNESCO); Sr. Vrba (presidente de la Comisión de Aguas Subterráneas de la IAH); Sr. Xu (cátedra UNESCO de hidrogeología de la University of the Western Cape (Sudáfrica)); y Sr. Buzás (ISARM/CEPE (Fuerza de Tareas de vigilancia y evaluación de aguas transfronterizas))[36]. El Relator Especial expresa su más profunda gratitud a todos los expertos que aportaron datos y contribuciones, en tanto que acepta su plena responsabilidad por la forma y el contenido de esta parte del informe.

28. Las aguas subterráneas se encuentran en diversos sistemas acuíferos localizados en toda la corteza terrestre. Son la principal fuente de agua dulce de la Tierra, con volúmenes superiores al disponible en los lagos y los cursos de agua. Desde el punto de vista del ser humano, las aguas subterráneas son un recurso vital, ya que a menudo son la única fuente de agua en las regiones áridas y semiáridas y las islas pequeñas. Las aguas subterráneas son importantes para la conservación de la humedad del suelo, el caudal de los cursos de agua y los manantiales, el caudal de base de los ríos, los lagos, la vegetación y los humedales. Se encuentran generalmente en todas partes y son relativamente fáciles de extraer y de alta calidad, sin que apenas sea necesario tratarlas para su consumo como agua potable. Debido a estas características, durante los últimos decenios se ha extendido rápidamente su uso, especialmente en los países en desarrollo. Más de la mitad del abastecimiento de agua potable de la población mundial depende de las aguas subterráneas y aproximadamente el 35% del riego mundial depende del acceso continuado a las aguas subterráneas.

29. En este informe se abordarán las cuestiones siguientes: terminología básica; características de las aguas subterráneas, incluidos los acuíferos transfronterizos; recursos mundiales de aguas subterráneas y su utilización; causas y actividades que afectan negativamente a los recursos; encuesta preliminar sobre los acuíferos compartidos de aguas subterráneas afectados por el bombeo o la contaminación transfronterizos; aspectos sociales, económicos y ambientales de la ordenación de las aguas subterráneas no conectadas, prestando atención especial a las aguas subterráneas no renovables; y cuestiones preliminares relacionadas con la idoneidad de los principales principios del derecho internacional del agua en materia de aguas subterráneas internacionales.

[35] Véase el párrafo 19 *supra*.

[36] Los datos fueron extraídos de: *Internationally Shared (Transboundary) Aquifer Resource Management* (véase la nota 31 *supra*); Zaporozec y Miller, *Ground-Water Pollution*; Zektser y Everett, *Groundwater and the Environment: Applications for the Global Community*; Foster y otros, *Utilization of Non-Renewable Groundwater: a Socially-Sustainable Approach to Resource Management*; Regional Groundwater Reports, Natural Resources/Water Series n.os 12–27 (1983–1990) (publicaciones de las Naciones Unidas); y Burke y Moench, *Groundwater and Society: Resources, Tensions and Opportunities*.

Capítulo III

Acuíferos confinados y acuíferos desconectados

30. El Relator Especial se propone ocuparse de las aguas subterráneas confinadas. El término «confinadas» fue utilizado ya en la resolución de la Comisión sobre aguas subterráneas confinadas. En el preámbulo de la resolución, la Comisión definió las «aguas subterráneas confinadas» como «aguas subterráneas no relacionadas con un curso de agua internacional»[37]. La Comisión emplea aparentemente el término «confinadas» con el sentido de «no relacionadas». Sin embargo, los hidrogeólogos definen el término «confinado» de forma diferente. En términos hidrogeológicos, un acuífero confinado es un acuífero que se encuentra entre dos capas impermeables o prácticamente impermeables (una inferior y otra superior) y cuyo contenido de agua está sometido a presión. Por tanto, el término «confinado» hace referencia a un estado hidráulico y no a una conexión o relación con una masa de agua de superficie. En este sentido, la Comisión utilizó el término «confinado» simplemente para distinguir las aguas subterráneas no conectadas o separadas de una masa de agua de superficie, que pueden estar confinadas o no en el estricto sentido hidráulico de la palabra.

31. Las aguas subterráneas relacionadas con una masa de agua de superficie pueden estar dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. La Convención se aplica a los «cursos de agua internacionales». Un «curso de agua» es un «sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común» (art. 2, apdo. *a*). Un «curso de agua internacional» es «un curso de agua, algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos» (art. 2, apdo. *b*). Para que la Convención se aplique también a las aguas subterráneas deben cumplirse cuatro condiciones: *a*) deben formar parte de un sistema de aguas subterráneas y de superficie; *b*) este sistema debe formar parte de un conjunto unitario; *c*) el sistema debe fluir normalmente a una desembocadura común, y *d*) las partes del sistema deben encontrarse en Estados distintos. Si se consideran las aguas subterráneas, esta definición presenta una serie de problemas que no es posible analizar en detalle en este informe. Las aguas subterráneas no fluyen habitualmente a una desembocadura común y el requisito de formar parte de un «conjunto unitario» es más adecuado para las aguas de superficie que para las subterráneas. Las aguas subterráneas situadas en sistemas acuíferos desconectados de sistemas activos de aguas de superficie están excluidas del ámbito de aplicación de la Convención. Estos sistemas acuíferos pueden o no estar confinados, es decir, contener aguas sometidas a presión. Un subconjunto de este tipo de acuíferos, que no ha recibido nuevas aportaciones de agua en la época contemporánea, a menudo recibe el nombre de acuífero fósil. Como se señaló anteriormente, estos acuíferos pueden ser confinados o no confinados. Lo que los hace diferentes no es el grado de presión a que están sometidas sus aguas sino el hecho de que en las condiciones climáticas actuales no son fuentes de agua renovables.

32. Los acuíferos fósiles pueden considerarse recursos no renovables al igual que el petróleo y el gas. Por tanto, la Comisión está considerando la posibilidad de ocuparse de los sistemas acuíferos desconectados de los sistemas de aguas de superficie, centrando su atención en un subconjunto de estos acuíferos denominados acuíferos fósiles. Los acuíferos fósiles también deberían regirse por un régimen jurídico específico, dado que son especialmente vulnerables a la contaminación y el agotamiento. A pesar de que las aguas de estos acuíferos revisten importancia vital para muchas regiones áridas del mundo, son casi imposibles de sanear una vez contaminados, ya que casi no reciben nuevas aportaciones de agua. Esto plantea dudas sobre la idoneidad del principio de daños sensibles y el interrogante de si deberían aplicarse normas más estrictas. Además, estos recursos acuíferos se agotarán tarde o temprano, y la ley debería ocuparse de la forma en que esto incide en la aplicación del principio de utilización equitativa y sostenible. En el resto del informe se trata la cuestión de los recursos de aguas subterráneas de forma general a fin de dar una visión de conjunto de este importante recurso. Se señalarán los casos en que las características de los acuíferos fósiles merezcan una atención especial.

[37] Véase la nota 1 *supra*.

Capítulo IV

Características de las aguas subterráneas y los acuíferos

A.—Características generales

33. Las aguas subterráneas se encuentran en acuíferos, que son en términos generales formaciones geológicas capaces de producir cantidades utilizables de agua. Los acuíferos raras veces son homogéneos y su variabilidad geológica determina la naturaleza de las aguas subterráneas que fluyen por su estructura y litología respectivas. Las mayores variaciones en la configuración del flujo de las aguas subterráneas se producen cuando los cambios en los tipos de roca —por ejemplo, sedimentos calcáreos suprayacentes y una roca cristalina dura— provocan discontinuidad en el flujo y pueden hacer que las aguas fluyan hacia la superficie en el punto de unión entre los dos tipos de roca. Prácticamente todas las aguas subterráneas tienen su origen en las precipitaciones. La lluvia que cae o se acumula en la superficie de la tierra es absorbida y baja atravesando la zona no saturada (gráf. 1). Una vez que llega al límite superior de la zona saturada, el nivel freático, repone el sistema del acuífero, con lo que aumenta

la presión hidrostática en el punto de reposición e induce cambios de presión donde los acuíferos estén cubiertos por un estrato de material impermeable.

34. Los sistemas de acuíferos constituyen los depósitos y la reserva estratégica predominantes de los depósitos de agua dulce en la Tierra[38]. Ahora bien, desde el punto de vista económico, sólo se puede recuperar una fracción de las aguas subterráneas y, para determinar el acceso a esos recursos lo que importa son los niveles de esas aguas y no los volúmenes de agua almacenada. Las aguas subterráneas se pueden mover hacia los lados y hacia arriba o hacia abajo. Ese movimiento depende de la gravedad, las diferencias de elevación y las diferencias de presión. Como norma general, las aguas subterráneas se mueven a lo largo de gradientes hidráulicos impulsadas por las diferencias de la presión hidrostática, y a la larga desembocan en arroyos, lagos y manantiales y en el mar. Las aguas subterráneas se mueven por los acuíferos muy lentamente, y la velocidad del flujo se mide en fracciones de metros por día o metros por año, en comparación con el caudal de los cursos de agua que se mide en metros por segundo. Las escalas de tiempo y espacio son los fenómenos fundamentales para comprender el régimen de las aguas subterráneas y la dinámica del flujo. Los sistemas de acuíferos están compuestos de subsistemas interrelacionados, controlados fundamentalmente por las propiedades hidrogeológicas de los suelos y rocas que los rodean, las condiciones climáticas, la topografía del lugar y la cubierta vegetal. En los sistemas de acuíferos el flujo debe estudiarse en relación con la velocidad de infiltración en las zonas de reposición, la zona de transición y el flujo ascendente en las zonas de descarga. En condiciones naturales se establece un estado estacionario o un equilibrio dinámico cuando las tasas de reposición y de descarga se mantienen equilibradas durante mucho tiempo. Algunos sistemas de acuíferos forman un conjunto unitario con las aguas superficiales, y otros no. En este caso se trata de las aguas subterráneas que están confinadas bajo presión pero que, debido a la estructura geológica, no se combinan con un curso de agua específico en un «conjunto unitario» como aguas subterráneas confinadas no relacionadas.

B.—Características de los acuíferos

35. En general deben reconocerse tres tipos de acuíferos (tanto nacionales como transfronterizos):

Acuíferos poco profundos: suelen encontrarse en depósitos fluviales, glaciales y eólicos y en zonas erosionadas por agentes atmosféricos, y son en su mayoría no confinados o semiconfinados, muy vulnerables debido a que la zona no saturada es poco espesa, y frecuentemente están contaminados (suele haber contaminación difusa de los acuíferos superficiales bajo tierras cultivables). Se caracterizan por descargas activas de aguas subterráneas y un sistema de flujo único. En los acuíferos de depósitos fluviales es particularmente importante la permeabilidad, debido a la porosidad y una conductividad hidráulica elevada. Esos acuíferos se caracterizan por una permanencia breve en términos de años y decenios y por un bajo nivel de mineralización. Suele haber interfaz con aguas superficiales (descarga de aguas subterráneas hacia arroyos o lagunas y/o filtración de agua desde las masas de agua superficiales hacia los acuíferos poco profundos adyacentes a través de las orillas). Ahora bien, muchos acuíferos poco profundos no tienen contacto directo con aguas superficiales y descargan sus aguas a través de manantiales. Esos sistemas también pueden ser compartidos por dos países. El bajo costo de explotación y el fácil acceso a las aguas subterráneas con pozos poco profundos condujeron a la amplia explotación de esos acuíferos mediante pozos para uso doméstico y público.

36. *Acuíferos más profundos*: tienen una amplia extensión a nivel regional, suelen estar confinados y por lo general son menos vulnerables. Con todo, muchos acuíferos más profundos pueden no estar confinados y, debido a la permeabilidad de la zona no saturada, son vulnerables. Debido a la heterogeneidad geológica, los acuíferos más profundos pueden estar formados por varios sistemas de flujo de aguas subterráneas de diversa magnitud interconectados lateral y/o verticalmente. En los acuíferos más profundos, las aguas subterráneas son renovables, fluyen a mayores distancias en comparación con los sistemas de aguas freáticas de poca profundidad y desembocan en grandes ríos, lagos o zonas costeras de océanos o mares. Las cuencas hidrogeológicas más profundas no suelen coincidir con la zona de captación de aguas superficiales. En los acuíferos más profundos, la temperatura, la presión y el contacto en tiempo y espacio entre la roca y las aguas subterráneas aumentan gradualmente y disminuye la velocidad de flujo de dichas aguas. Las aguas freáticas de los acuíferos más profundos datan de decenas a centenares de años. Dos o más países comparten muchos de los acuíferos más profundos. Se prevé la posibilidad de que surjan conflictos en el caso de acuíferos cuya zona de reposición se encuentra en un país y la zona de descarga en otro. Se encuentra una interrelación entre los acuíferos superficiales y los más profundos, particularmente en regiones donde existen rocas muy fracturadas con permeabilidad fisurada.

37. *Acuíferos fósiles*: se puede considerar que son recursos de aguas subterráneas no renovables de muy poca vulnerabilidad. Las aguas fósiles no son parte del actual ciclo hidrológico. Esos acuíferos se repusieron principalmente en los últimos períodos pluviales. En condiciones más lluviosas, esos acuíferos serían renovables. Sólo excepcionalmente se han contaminado los acuíferos fósiles confinados (por ejemplo, durante la excavación de pozos profundos). El agua fósil muy mineralizada y rica en cloro suele ser antigua, y la edad puede variar entre unos cuantos miles hasta millones de años. Dos o más países comparten internacionalmente muchos de los acuíferos fósiles. La explotación indiscriminada de acuíferos fósiles transfronterizos puede crear graves problemas políticos y diplomáticos, en particular en zonas áridas y semiáridas en que el agua es escasa.

C.—Acuíferos internacionales y transfronterizos

38. A fin de elaborar una terminología uniforme, se propone establecer una distinción entre los acuíferos internacionales y los acuíferos transfronterizos. Puede considerarse que un acuífero es internacional si forma parte de un sistema en el que las aguas subterráneas interactúan

[38] Shiklomanov, «Global renewable water resources».

con aguas de superficie que en algún punto atraviesan una línea fronteriza. En el caso de un acuífero y un río que están vinculados hidrológicamente, bastaría con que uno de ellos esté atravesando una línea fronteriza para que todo el sistema se considere internacional. Incluso un acuífero contenido totalmente en el territorio de un Estado puede ser considerado un acuífero internacional (que estaría comprendido en el ámbito de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, siempre que cumpliera los demás criterios de la Convención) si está vinculado a la masa de aguas de superficie atravesada por una frontera internacional. En cambio, un acuífero transfronterizo es una masa de agua subterránea atravesada por una frontera. Por consiguiente, podría considerarse que los acuíferos transfronterizos son una subcategoría de los acuíferos internacionales. Los acuíferos fósiles tienen que ser transfronterizos para ser considerados recursos compartidos internacionalmente, ya que están desvinculados de todas las demás aguas.

D.—Sistemas de acuíferos transfronterizos

39. Algunos acuíferos asociados a cuencas sedimentarias continuas pueden extenderse uniformemente en grandes superficies que atraviesan fronteras internacionales. Uno de los rasgos fundamentales de los acuíferos transfronterizos, es que incluyen, en general, una vía subterránea natural de flujo de aguas subterráneas, cortada por una frontera internacional. Esas aguas se trasladan, aunque lentamente, de un lado al otro de la frontera (gráf. 2). En muchos casos, es posible que el acuífero se reabastezca mayormente en un lado de la frontera y descargue la mayor parte de sus aguas en el otro. Esta es una característica que requiere acuerdo y una gestión sensata a fin de evitar o minimizar el efecto transfronterizo nocivo y conciliar en términos generales los intereses en pugna de los países en cuestión. Ciertas actividades, como la extracción de la reposición natural de un lado de la frontera podrían tener efectos sutiles sobre la escorrentía de base y los humedales en el otro lado de la frontera. En la mayoría de los acuíferos transfronterizos, esos efectos pueden estar muy extendidos y tardar decenios. Lo mismo sucede con la contaminación, ya sea procedente de vertimientos directos como de actividades de fuentes terrestres. Tal vez pasen muchos años antes de que con la labor de vigilancia se detecten los efectos. Recientemente se ha iniciado un estudio mundial de importantes acuíferos transfronterizos gracias a la ISARM (UNESCO, FAO, CEPE e IAH).

Capítulo V

Recursos de aguas subterráneas del mundo y su utilización

40. La cantidad total de agua subterránea que se utiliza depende de diferentes factores, como la población, las condiciones climáticas e hidrogeológicas, la disponibilidad de recursos de aguas de superficie y su grado de contaminación. Entre 1950 y 1975 hubo una rápida expansión de la explotación de las aguas subterráneas en muchas naciones industrializadas, y entre 1970 y 1990 en la mayor parte del mundo en desarrollo. Si bien no se dispone de estadísticas sistemáticas sobre su extracción y uso, se estima que a nivel mundial el 50% del agua potable utilizada para el abastecimiento, el 40% de la demanda de las industrias que se autoabastecen y el 20% del agua utilizada en la agricultura de regadío proceden de aguas subterráneas. Sin embargo, esas proporciones varían mucho de un país a otro. En comparación con las aguas de superficie, la utilización de las aguas subterráneas suele proporcionar grandes beneficios económicos por unidad de volumen, debido a su gran disponibilidad a nivel local, su fiabilidad en caso de sequía y su buena calidad, que requiere un tratamiento mínimo[39]. El agua para uso general en los hogares incluye agua para beber, cocinar, lavar la vajilla, lavar la ropa y bañarse. Actualmente, con una tasa mundial de extracción de entre 600 y 700 km^3 por año, las aguas subterráneas son la materia prima más extraída del mundo y, por ejemplo, son la piedra angular de la revolución verde de Asia, aportan el 70% del agua corriente en la UE y sostienen los medios de vida en las zonas rurales en grandes extensiones del África Subsahariana[40]. En regiones áridas y semiáridas, donde la escasez de agua es endémica, las aguas subterráneas desempeñan un papel crucial para atender las necesidades domésticas y de riego.

A.—Europa

41. El análisis de los datos disponibles muestra que las aguas subterráneas son la principal fuente de los servicios de abastecimiento de agua en los países europeos y aportan más del 70% del total de recursos hídricos utilizados para ese fin. Las poblaciones rurales y las ciudades pequeñas y medianas dependen básicamente del agua subterránea potable. En general, más del 90% de las grandes y pequeñas ciudades se abastecen exclusivamente de aguas subterráneas. La utilización de aguas subterráneas para el abastecimiento de agua a las industrias representa alrededor del 22% de la extracción total, incluido el drenaje de pozos artesianos en algunos países (por ejemplo, Alemania y Francia). El uso extensivo de aguas subterráneas en las industrias es característico de países como Alemania, la Federación de Rusia, Francia y el Reino Unido.

B.—India

42. Las aguas subterráneas se vienen utilizando en la India desde los tiempos védicos, o sea desde hace más de 6.000 años. El potencial para regadío creado mediante las aguas subterráneas ha aumentado de 6 millones de hectáreas en 1951 a 36 millones en 1997. La presión a que están sometidas las aguas subterráneas debido a la demanda cada vez mayor ha ocasionado problemas

[39] *Agua para todos, Agua para la vida* (nota 27 *supra*).

[40] Ibíd.

relacionados con la explotación excesiva, como la caída de los niveles de las aguas subterráneas, la intrusión de agua del mar y el empeoramiento de la calidad.

C.—China

43. El desglose de la utilización de las aguas subterráneas por sectores en China es como sigue: uso urbano residencial, 7,4%; uso urbano industrial, 17,5%; uso rural residencial, 12,8%; regadío de tierras de labranza, 54,3%; empresas rurales y otros, 8%.

D.—América del Norte

44. Las aguas subterráneas representan probablemente menos del 5% del uso total de agua en el Canadá[41]; ahora bien, más de 6 millones de personas, o alrededor de la quinta parte de la población, dependen de las aguas subterráneas para el uso municipal y doméstico. Alrededor de las dos terceras partes de esos usuarios viven en zonas rurales, y el resto fundamentalmente en municipios más pequeños. Alrededor del 50% de la población de los Estados Unidos depende de las aguas subterráneas para usos domésticos. Más del 95% de las viviendas que se autoabastecen de agua potable utilizan aguas subterráneas. El uso de esas aguas en los Estados Unidos aumentó de manera constante entre 1950 y 1980, y ha disminuido ligeramente desde entonces, en parte gracias a una utilización más eficiente del agua para fines agrícolas e industriales, un mayor reciclado del agua y otras medidas de conservación.

E.—América Central

45. Las aguas subterráneas son una fuente importante de agua potable en gran parte de México y América Central. En México, con más de las dos terceras partes del país sujetas a condiciones desérticas y semiáridas, las aguas subterráneas se utilizan ampliamente. En Costa Rica, El Salvador y Nicaragua, la mayor parte de las necesidades de agua potable y uso doméstico e industrial se satisface con aguas subterráneas. Guatemala también utiliza grandes cantidades de aguas subterráneas, en tanto que Belice, Honduras y Panamá dependen menos de esa fuente. En la mayor parte de las zonas rurales de América Central, más del 80% de la población se abastece de sistemas de pozos, privados o municipales. Entre las zonas urbanas de México y América Central que utilizan aguas subterráneas como su fuente única o principal de abastecimiento cabe mencionar la Ciudad de Guatemala, Managua, México D.F. y San José.

F.—América del Sur

46. Según las estimaciones más recientes de las Naciones Unidas, en América del Sur las aguas subterráneas se utilizan fundamentalmente para atender las necesidades domésticas e industriales. En estos momentos se utilizan muy poco las aguas subterráneas en comparación con los recursos renovables disponibles. Aunque la región tiene suficiente agua, la disponibilidad de agua apta para el consumo se está convirtiendo en un importante problema socioeconómico.

G.—África y Oriente Medio

47. En el África Septentrional, es decir, en los países árabes que ocupan el cinturón semiárido, árido e hiperárido al norte del Sahara, hay en general una explotación excesiva de las aguas subterráneas. La economía de la región depende en gran parte de los recursos de aguas subterráneas. Bajo los países del Oriente Medio y de África Septentrional se encuentran grandes acuíferos. En esas regiones, varios países comparten los recursos de aguas subterráneas contenidas en sistemas de acuíferos transfronterizos. En las regiones húmedas ecuatoriales y tropicales de África, las aguas subterráneas no están muy explotadas porque en los principales ríos y sus afluentes abundan las precipitaciones y las aguas superficiales. Con todo, los países de esas regiones se han percatado recientemente de que el abastecimiento de agua potable a pequeñas ciudades y zonas urbanas sólo podría garantizarse utilizando fuentes de aguas subterráneas. En la región árida y semiárida del África Meridional se necesita con urgencia utilizar las aguas subterráneas para el abastecimiento de agua a las zonas rurales. Con la excepción de los países del África Septentrional y unos cuantos países del África Occidental y Meridional, no hay información fiable y adecuada sobre la utilización del agua en África. Otro problema evidente es la falta de normas y regulaciones nacionales.

H.—Australia

48. La cantidad total de aguas subterráneas utilizadas anualmente en Australia ascendió a 2.460 x 10^6 m^3 en 1983, lo que equivale a alrededor del 14% de la cantidad total de agua utilizada. En Australia, los acuíferos superficiales son por lo general los recursos de aguas subterráneas que se utilizan más intensivamente para regadío y abastecer de agua a zonas urbanas e industrias. El uso intensivo de aguas subterráneas en algunas zonas, en especial para regadío, ha conducido a la explotación excesiva de algunos acuíferos regionales confinados. Las aguas subterráneas son vitales para la ganadería (bovina y caprina) en muchas partes de Australia, y la industria minera también depende en gran medida de las aguas subterráneas.

[41] Leeden, Troise y Todd, *The Water Encyclopedia*.

CAPÍTULO VI

Causas y actividades que repercuten negativamente en el recurso

A.—Calidad de las aguas subterráneas

49. El valor de las aguas subterráneas reside no solamente en su existencia frecuente y su disponibilidad sino también en su constante buena calidad, que hace que sean una fuente ideal de agua potable. El término «calidad del agua» se refiere a sus características físicas, químicas y biológicas, dependiendo del uso que se le pretenda dar. Las aguas subterráneas también son más limpias que la mayoría de las aguas de superficie porque los elementos de la tierra suelen actuar como filtros naturales que retienen las bacterias e impurezas del agua que pasa a través de ellos. La mayoría del agua subterránea no contiene partículas en suspensión ni bacterias y materia orgánica. Por lo general es incolora e inodora. La mayoría de los minerales disueltos son inofensivos para la salud, se encuentran en concentraciones bajas y pueden dar al agua un sabor agradable. Al comprobarse que algunas de estas sustancias en disolución podían ser objetables o incluso perjudiciales para la salud, se elaboraron normas para el agua potable. Los resultados de los análisis químicos se evalúan de acuerdo con esas normas, que se basan en la presencia de propiedades o sustancias objetables (sabor, olor, color, sólidos en disolución, hierro, etc.) y de sustancias con efectos fisiológicos perniciosos. Una causa de los daños es la explotación intensiva del acuífero, que puede alterar las condiciones de equilibrio. El uso intensivo del agua subterránea puede provocar su agotamiento y la degradación de su calidad.

B.—Contaminación de las aguas subterráneas

50. Teniendo en cuenta los diversos usos de las aguas subterráneas, es esencial que no tengan ningún tipo de contaminación. Si bien las aguas subterráneas son menos vulnerables a la contaminación que las de superficie, las consecuencias de la contaminación persisten mucho más tiempo en las aguas subterráneas. En éstas, la contaminación no se advierte fácilmente y, en muchos casos, no se detecta hasta que los contaminantes aparecen efectivamente en el suministro de agua potable, cuando la contaminación ya puede haber afectado una zona extensa. La vulnerabilidad de los sistemas de acuíferos a los contaminantes depende de varios factores, como el tipo de suelo, las características y el grosor de los materiales de la zona no saturada, la profundidad de las aguas subterráneas y la reposición del acuífero. La contaminación de las aguas subterráneas constituye una modificación de sus propiedades físicas, químicas y biológicas que limita o impide el uso para el que eran antes adecuadas. Las sustancias que pueden contaminar las aguas subterráneas son de dos clases: las que aparecen naturalmente y las producidas o introducidas por las actividades humanas (gráf. 3)[42].

51. Las sustancias que *aparecen naturalmente* en el agua y contaminan las aguas subterráneas son el hierro, el manganeso, los elementos tóxicos y el radio. Algunas son relativamente inocuas, como el hierro y el manganeso, que causan únicamente inconvenientes. Sin embargo, otras pueden ser perjudiciales para la salud humana, por ejemplo los elementos tóxicos (como el arsénico o el selenio), el fluoruro, o los radionúclidos (radio, radón y uranio). El arsénico se encuentra muy disperso en el medio ambiente, por lo general en compuestos con sulfato. Es sumamente tóxico en concentraciones superiores a 0,01 mg/l y en dosis altas provoca rápidamente la muerte.

52. Las sustancias contaminantes *producidas por las actividades humanas* comprenden principalmente los productos químicos orgánicos, los pesticidas, los metales pesados, los nitratos, las bacterias y los virus. El tipo de contaminación de las aguas subterráneas que más preocupa hoy en día —por lo menos en los países industrializados— es el que provocan los productos químicos peligrosos, específicamente los productos químicos orgánicos. Los pesticidas utilizados en la agricultura y la explotación forestal son principalmente compuestos orgánicos sintéticos. El término pesticida incluye cualquier sustancia (insecticidas, herbicidas y fungicidas) utilizada para controlar, destruir o mitigar la acción de los insectos y las malezas. Muchos de los constituyentes de los pesticidas son altamente tóxicos, incluso en cantidades mínimas. El nitrato es el contaminante que se encuentra con más frecuencia en las aguas subterráneas de las zonas rurales. Aunque carece relativamente de toxicidad, en determinadas condiciones puede provocar graves trastornos sanguíneos en los niños pequeños. El mayor peligro asociado con el agua potable es su posible contaminación con excrementos humanos y la consiguiente ingestión de agentes patógenos. La infiltración es probablemente el mecanismo de contaminación más frecuente de las aguas subterráneas. Un contaminante liberado en la superficie infiltra el suelo a través de los poros de la matriz del suelo y desciende por fuerza de gravedad a través de la zona no saturada hasta que alcanza la parte superior de la zona saturada (nivel freático). Después de ingresar a la zona saturada (acuífero), el contaminante avanza en la corriente de las aguas subterráneas. La contaminación de las aguas subterráneas puede también ser provocada por su explotación y extracción descontroladas. Cuando la utilización ilimitada de las aguas subterráneas ha superado considerablemente las tasas naturales de reposición de los acuíferos, los sistemas de acuíferos pueden resultar perjudicados. A veces también puede provocar el hundimiento del terreno y el ingreso de agua salina de las formaciones geológicas más profundas o del mar. La intrusión de agua de mar amenaza permanentemente las reservas de agua subterránea de los acuíferos costeros utilizados en exceso donde, en condiciones naturales, el agua subterránea dulce se encuentra en un equilibrio frágil por encima del agua de mar más densa. Ocurre con frecuencia que entra agua de baja calidad, procedente de ríos y de sistemas acuíferos contaminados poco profundos a las partes más profundas del acuífero.

[42] Zaporozec y Miller, *op. cit.*

C.—Protección y ordenación de las aguas subterráneas

53. Se pueden instalar pozos de vigilancia para descubrir la contaminación de las aguas subterráneas provocada por una actividad determinada, identificar su alcance y advertir a tiempo de la proximidad de aguas contaminadas que se aproximan a fuentes importantes de suministro de agua. Sin embargo, la limpieza es difícil y costosa, y generalmente lleva mucho tiempo. Por lo tanto, debería hacerse un gran esfuerzo para impedir la contaminación. Los gastos que entraña proteger el agua subterránea mediante la prevención suelen ser mucho menores que los que entraña corregir la contaminación una vez que se detecta. Los recursos de agua subterránea son vulnerables a la actividad humana, en particular en las zonas de reposición, donde las cargas hidráulicas son elevadas y la corriente de agua tiene un sentido descendente. Mediante el establecimiento de zonas de protección, en que se restringen los usos y las actividades potencialmente contaminantes, se pueden preservar fuentes importantes de agua potable. Las actividades humanas (agricultura, industria, urbanización, deforestación) que se realizan en las zonas de reposición deben estar controladas y parcial o totalmente restringidas por los reglamentos pertinentes. Sin embargo, las políticas de protección de las aguas subterráneas deben adaptarse a los diferentes sistemas de acuíferos.

D.—Los problemas de la contaminación de las aguas subterráneas transfronterizas

54. La contaminación de las aguas subterráneas puede producirse por infiltración (caudal descendente de contaminantes), reposición con aguas de superficie, migración directa, y en los puntos de contacto entre los acuíferos. La infiltración es el método más frecuente de contaminación de los acuíferos poco profundos y de los acuíferos más profundos no confinados. El agua que penetra en el suelo y la zona no saturada forma un producto de lixiviación que puede contener contaminantes inorgánicos y orgánicos. Cuando llega a la zona saturada, los contaminantes se esparcen horizontalmente en la dirección de la corriente del agua subterránea y verticalmente por efecto de la fuerza de gravedad. La reposición de las aguas superficiales contaminadas en los acuíferos poco profundos puede producirse en cursos de agua con pérdidas, durante inundaciones y cuando el nivel de las aguas subterráneas del acuífero cercano a un curso de agua superficial se reduce a causa del bombeo. Las pérdidas de las fuentes de contaminación ubicadas por debajo del nivel de las aguas subterráneas (por ejemplo, tanques de almacenamiento, cañerías, sótanos de vertederos de desechos) migran directamente hacia las aguas subterráneas y afectan en particular a los acuíferos poco profundos. El transporte de contaminantes en los sistemas de aguas subterráneas es un proceso complejo, cuya descripción no es el objeto de este informe y depende de la permeabilidad de la roca (porosa, fisurada, kárstica), de las propiedades de los contaminantes, de la composición química de las aguas subterráneas y de los procesos que determinan la migración de los contaminantes (advección, dispersión mecánica, difusión molecular y reacciones químicas). Hay diversas fuentes de contaminación que afectan en particular a los acuíferos poco profundos y los acuíferos más profundos no confinados. La vulnerabilidad de los acuíferos confinados más profundos a los efectos de la contaminación es considerablemente menor y se observa principalmente en las zonas de reposición. Sin embargo, esos acuíferos pueden estar contaminados por constituyentes naturales, como fluoruro, arsénico, cobre, zinc, cadmio y otros. Pese a que los acuíferos fósiles no son vulnerables a la actividad humana a menudo están más mineralizados y su temperatura es más alta. El movimiento de los contaminantes es generalmente lento, pero en las rocas fisuradas y particularmente en las rocas kársticas, los contaminantes pueden avanzar varios metros por día. Los nitratos, los líquidos ligeros de fase no acuosa, los metales pesados y los radionúclidos migran en los acuíferos a largas distancias y contaminan las aguas subterráneas transfronterizas.

E.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos transfronterizos poco profundos

55. Los acuíferos transfronterizos poco profundos pueden contaminarse de diversas maneras. Muchos acuíferos no confinados poco profundos se forman en los depósitos fluviales de los valles de los ríos, y la contaminación puede pasar de un país a otro en la corriente de las aguas subterráneas. Los gradientes hidráulicos entre el agua de superficie y el agua subterránea limitan la posibilidad de que el agua de superficie se infiltre en las márgenes hacia los acuíferos adyacentes y viceversa. En la respuesta de la corriente de los cursos a las precipitaciones se reflejan los cambios a corto y largo plazo de la carga hidráulica de las aguas superficiales y subterráneas. Durante períodos de sequía prolongados, la corriente superficial depende casi exclusivamente de las aguas subterráneas (condiciones de corriente de base) y la calidad del agua de los cursos refleja la calidad de los acuíferos subyacentes. La contaminación se produce principalmente en la superficie del terreno de los depósitos fluviales y penetra en el acuífero. Las aguas subterráneas contaminadas pueden fluir en un acuífero poco profundo paralelamente a la corriente del río, o desembocar en un río u otras aguas de superficie. En ambos casos, la contaminación originada en el país situado aguas arriba afecta la calidad del agua del país situado aguas abajo. Esta contaminación transfronteriza debe identificarse mediante sistemas de vigilancia de la calidad del agua. Cuando se establecen sistemas de vigilancia de la calidad del agua subterránea es preciso tener en cuenta los cambios estacionales en la carga hidráulica.

56. Sin embargo, la penetración de las aguas de superficie contaminadas en los acuíferos poco profundos subyacentes también puede producirse lejos de la fuente de contaminación, donde el río es un curso de agua con pérdidas y se dan las condiciones de infiltración del agua superficial. Debido a la baja capacidad de atenuación de los depósitos fluviales (principalmente grava y arena), que no pueden retener ni eliminar los contaminantes, los acuíferos poco profundos quedan contaminados a largo plazo. Por lo tanto, para determinar la calidad del agua en las fronteras entre los países, es preciso establecer sistemas de vigilancia de las aguas de superficie y subterráneas. Hay muchos acuíferos poco profundos no confinados en zonas rocosas alteradas por los agentes atmosféricos, en terrazas fluviales más elevadas o en depósitos eólicos que no están conectados directamente con las aguas

superficiales y a menudo descargan en manantiales. Sin embargo, con frecuencia esos acuíferos son de escasa extensión. La contaminación se produce en zonas vulnerables de reposición de esos acuíferos y puede trasladarse por una trayectoria de flujo a larga distancia. La contaminación se puede detectar mediante muestras de manantiales o utilizando pozos de vigilancia poco profundos. La contaminación transfronteriza debe determinarse mediante pozos de vigilancia poco profundos.

F.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos transfronterizos más profundos

57. Los acuíferos confinados más profundos pueden abarcar cientos o incluso miles de kilómetros cuadrados. Las aguas subterráneas de las zonas de reposición de los acuíferos más profundos no están confinadas y son vulnerables a la contaminación. La contaminación puede avanzar lateralmente largas distancias por una trayectoria de flujo en condiciones de acuífero confinado. El movimiento lateral de los contaminantes del acuífero de la zona de reposición hacia la de descarga puede acelerarse a causa de la explotación intensiva del acuífero. La contaminación de los acuíferos transfronterizos profundos confinados debe determinarse mediante pozos de vigilancia profundos ubicados en las fronteras de los países que, dependiendo de las propiedades de los contaminantes, tienen que llegar a la parte superior o la parte inferior del acuífero. En razón de que la extensión de la zona de reposición de los acuíferos confinados profundos en un país puede equivaler a varias veces la de la zona de descarga en otro país, el acuífero puede agotarse, sobre todo si no se aplican medidas que limiten su explotación. Los acuíferos más profundos también pueden ser no confinados, lo que supone una zona de tránsito y reposición vulnerable. La migración descendente de los contaminantes hacia el acuífero depende de las propiedades del suelo y del grosor y la litología de la zona no saturada. En condiciones de permeabilidad por porosidad, pueden pasar varios años antes de que la pluma de contaminación llegue al acuífero saturado. Sin embargo, en los acuíferos con permeabilidad por fisuras y en los acuíferos de rocas kársticas, los contaminantes pueden llegar al acuífero muy rápidamente (en días o meses). En estos acuíferos, el mecanismo de movimiento lateral de los contaminantes es similar al de los acuíferos confinados. Para determinar los problemas de contaminación de las aguas subterráneas cuando están todavía en una etapa en que pueden controlarse y ordenarse, es necesario vigilar la calidad de la zona no saturada y de la parte superior del acuífero y dar una alerta temprana.

G.—Los problemas de la contaminación de los acuíferos fósiles transfronterizos

58. Los acuíferos fósiles están bien protegidos por el medio ambiente geológico, su vulnerabilidad suele ser muy baja y su contaminación es poco frecuente. Los contaminantes pueden ingresar a los acuíferos fósiles por fugas verticales a través de las juntas que rodean la envoltura de los pozos que se perforan para diversos fines (por ejemplo, pozos de explotación, pozos profundos de desecho), si no se controla el proceso de perforación. Sin embargo, muchos acuíferos transfronterizos pueden verse afectados por el agotamiento, en particular si hay explotación minera y se agota constantemente la reserva de agua subterránea no renovable. Es muy aconsejable y urgente establecer un control integral de la extracción de los acuíferos fósiles transfronterizos.

Capítulo VII

Prácticas de los Estados respecto de la gestión nacional de las aguas subterráneas

59. Mediante la gestión de los recursos de agua subterránea se procura equilibrar la explotación de un recurso complejo (en términos de cantidad y calidad e interacción con las aguas de superficie) con la creciente demanda de agua y las actitudes de los usuarios, que pueden plantear una amenaza para la disponibilidad y la calidad de los recursos. Tanto en los países de tradición jurídica anglosajona como en los de derecho civil, la propiedad de la tierra incluía todos los recursos situados por encima y por debajo de la tierra. No obstante, en respuesta a la creciente presión ejercida por la demanda en alza de reservas de alta calidad, las aguas subterráneas se han encuadrado cada vez más en el marco legislativo que regula la extracción y utilización de ese recurso. Además, la amenaza que se cierne sobre la calidad de las aguas subterráneas ha propiciado la adopción de disposiciones legislativas que regulen las extracciones directas e indirectas, a la vez que previenen y reducen la contaminación de las aguas. En muchos países se protegen las aguas subterráneas mediante la promulgación de una ley básica de los recursos hídricos que regula todos esos recursos. Podrían incluirse disposiciones específicas relativas a las aguas subterráneas en esa ley o añadirse más adelante. Este enfoque se ha seguido en España, los Estados Unidos, Finlandia, Israel, Italia, Polonia y el Reino Unido. En otros países, entre ellos Francia, los Países Bajos, Rumania y Turquía, la protección de las aguas subterráneas ha evolucionado mediante la adopción de una amplia variedad de reglamentaciones relativas a aspectos concretos de las aguas subterráneas, tales como las tasas de extracción, la profundidad de los pozos y la protección del medio ambiente. La jurisdicción primaria para la protección de las aguas subterráneas puede centralizarse a nivel nacional, como sucede en Egipto y México, o puede delegarse en gran parte en los estados o provincias, como sucede en China, los Estados Unidos y la India. En los casos en que se delega esta jurisdicción, el gobierno central conserva generalmente la autoridad sobre ciertos aspectos, por ejemplo, sobre las normas de calidad mínima del agua, a fin de garantizar la coherencia. Uno de los componentes fundamentales de una gestión

eficaz de las aguas subterráneas es el establecimiento de un organismo central encargado de aplicar la legislación relativa a las aguas subterráneas. Se ha desarrollado una amplia variedad de mecanismos reguladores y no reguladores para prevenir la extracción excesiva y la contaminación de los recursos de agua subterránea.

CAPÍTULO VIII

Estudio preliminar de los acuíferos compartidos que sufren la presión del bombeo o la contaminación transfronterizos

60. *Zona fronteriza de Sonora-Arizona* entre los Estados Unidos y México (regulada parcialmente mediante acuerdo) (Acta 242, de 1973, de la reunión de la Comisión Internacional de Límites y Aguas (entre los Estados Unidos y México). Esta zona contiene el acuífero de Yuma Mesa y su jurisdicción hidrológica pertenece a la cuenca inferior del río Colorado, pero lo que genera tensión es el bombeo de las aguas subterráneas.

Acuífero de Hueco Bolson (Texas (Estados Unidos) – Chihuahua (México)) (sin acuerdo).

Acuífero de Mimbres (Nuevo México (Estados Unidos) – Chihuahua (México)) (sin acuerdo).

En general, hay por lo menos 15 acuíferos transfronterizos en la frontera entre los Estados Unidos y México (sin acuerdo, salvo lo dispuesto en el Acta 242 sobre el acuífero de Yuma Mesa).

Zona de aguas subterráneas de Araba-Arava (Israel y Jordania), regulada mediante el Tratado de Paz entre el Estado de Israel y el Reino Hachemita de Jordania (26 de octubre de 1994). Éste podría ser un caso de cooperación. La verdadera tensión entre Israel y Jordania se genera por las aguas superficiales (ríos Jordán y Yarmuk).

Acuífero de la Montaña (Israel y Palestina) (un caso de conflicto actual) (Acuerdo Provisional Israelí-Palestino sobre la Ribera Occidental y la Faja de Gaza, de 28 de septiembre de 1995). Aunque en el Acuerdo se establece la creación de una comisión conjunta, ello no soluciona el conflicto generado por el agua, que debía examinarse en las negociaciones finales.

Acuífero de Disi (Arabia Saudita y Jordania) (sin acuerdo).

Sistema de acuíferos basálticos regionales (Jordania-República Árabe Siria). La CESPAO y el Instituto Federal de Geociencias y Recursos Naturales de Alemania promovieron la cooperación técnica entre los dos países para recabar información sobre la explotación sostenible de los recursos de agua subterránea, que se tradujo en la elaboración de un mapa geológico de los acuíferos y el estudio de las condiciones hidrogeológicas prevalecientes. A instancias de la CESPAO, la República Árabe Siria firmó un memorando de entendimiento, que deberá firmar Jordania, para promover la cooperación en el ámbito de los acuíferos.

Sistema de acuíferos de arenisca de Nubia (Chad, Egipto, Jamahiriya Árabe Libia y Sudán). Acuerdo por el que se establece una autoridad para el sistema de acuíferos de Nubia (no se sabe con seguridad la fecha) y dos acuerdos contraídos en 2000 por los que se rigen el acceso a la base de datos y al sistema de acuíferos, y su uso (puede consultarse en la FAO).

Sistema de acuíferos del Sahara Nordoccidental (Argelia, Jamahiriya Árabe Libia y Túnez) (no hay acuerdo, pero sí una decisión conjunta por la que se establece un acuerdo para la celebración de consultas tripartitas sobre la actualización y gestión de la base de datos y el sistema de acuíferos) (puede consultarse en la FAO).

Acuífero terminal continental (Gambia y Senegal) (sin acuerdo).

Acuífero guaraní (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) (no hay acuerdo, pero sí un proyecto en curso del Fondo para el Medio Ambiente Mundial). El principal objetivo del proyecto es elaborar y aplicar un marco institucional común para la gestión y preservación del acuífero. El proyecto de acuerdo prevé la creación de un comité directivo de representantes de los cuatro países (y un representante del MERCOSUR).

La Fuerza de Tareas de vigilancia y evaluación de aguas transfronterizas de la CEPE, establecida en virtud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, ha estudiado y registrado 89 acuíferos transfronterizos de Europa (véase Almássy y Buzás, *Inventory of Transboundary Groundwaters*, anexo III, págs. 181 a 283 (disponible en la FAO)). Sin embargo, se desconoce actualmente cuántos de ellos sufren la presión real o previsible de la extracción o la contaminación.

Capítulo IX

Aspectos sociales, económicos y ambientales de la gestión de las aguas subterráneas no conectadas, con especial hincapié en las aguas subterráneas no renovables

A.—Aspectos generales

61. Los recursos hídricos son de dos tipos: las corrientes y las reservas. La disponibilidad futura de los recursos hídricos no se verá afectada por el uso de las corrientes, pero sí por el de las reservas. Las aguas subterráneas fósiles representan, por definición, un recurso basado en reservas. La gestión de los recursos de las corrientes suele ser por lo general una aplicación sencilla del análisis marginal. Por el contrario, los recursos de las reservas, como de cualquier capital físico, tiene la característica de que para lograr su uso óptimo es preciso tomar en consideración los efectos futuros (como riesgos o valores utilitarios) de las decisiones actuales. Si se considerasen a las aguas subterráneas no conectadas o no relacionadas como un recurso de combinación con características conjuntivas, la conexión con los recursos de las corrientes se acercaría más a la realidad hidrogeológica. Sin embargo, los aspectos conjuntivos del agua hacen más compleja su gestión, y esa es probablemente una de las razones por las cuales se han convertido en una cuestión principal de debate. En un paradigma neoclásico, el objetivo de la gestión de los recursos hídricos es maximizar (a corto y a largo plazo) el valor de los recursos hídricos en provecho de la sociedad. Ahora bien, el paradigma neoclásico ha dado paso a un número creciente de alternativas, tales como el paradigma político, evolutivo, institucional y económico, en las que hay un mayor reconocimiento de los procesos evolutivos y de la economía política prevaleciente, que es la que en realidad determina las decisiones sobre asignación de recursos en la sociedad. Los recursos de agua subterránea fósil almacenados en acuíferos confinados pueden ser grandes sistemas regionales compartidos por dos o más países. Las aguas fósiles tienen la característica aparente de poder medirse directamente y almacenarse, por lo que deberían ser objeto de apropiación y regularse conforme a derecho, como se haría con cualquier otro objeto de propiedad pública o privada. Sin embargo, esta es una visión simplificada y los aspectos relativos a la medición y el almacenamiento no tienen en cuenta los complejos e inciertos efectos hidrogeológicos, sociales, económicos y políticos a largo plazo caracterizados por el riesgo elevado y la incertidumbre que genera el cambio de las condiciones climáticas y ambientales. Hasta la fecha, los hidrólogos y los juristas tienen, de hecho, pocos instrumentos para tener en cuenta las incertidumbres futuras. Para resolver este problema se necesitan mecanismos que promuevan la participación y la comunicación y presten mayor atención a las demandas de agua de la sociedad y el medio ambiente. La voluntad política de tener en cuenta la incertidumbre e incorporar cláusulas de excepción y de prever los riesgos compartidos ya existentes en el momento de negociar acuerdos internacionales sobre recursos hídricos ha demostrado ser, no obstante, limitada, por lo que se ha hecho un llamamiento para que se establezcan mecanismos alternativos de prevención y solución de conflictos.

B.—Recursos de aguas subterráneas no conectadas: riesgo combinado con incertidumbre científica y política

62. Aunque no conectadas, por lo menos no directamente, con la recarga anual moderna, las aguas subterráneas fósiles se confinan generalmente en pozos sometidos a una presión excesiva y, a menudo, en pozos artesianos. El riesgo de uso abusivo provocado por la actividad humana va aparejado al riesgo que supone la recarga anual de las aguas subterráneas conectadas, no sólo con agua inapropiada y otras prácticas de perforación, entubación y control para limitar el flujo, la extracción excesiva de agua y la contaminación entre los acuíferos, sino también por los efectos del uso cambiante de la tierra y sus consecuencias para la recarga, la salinización y la calidad del agua. Aunque las aguas subterráneas no conectadas son menos vulnerables a la contaminación de fuentes puntuales y no puntuales, un súbito aumento de residuos procedentes de la extracción de agua parcialmente fosilizada podría tener efectos ambientales negativos (contaminación del agua, salinización y anegamiento) y positivos (aumento de los recursos de agua disponibles, reducción de las pérdidas de agua provocada por la evaporación). Al igual que en la explotación de otras reservas de recursos naturales, la práctica de los acuerdos sobre aguas transfronterizas parece también representar un mecanismo importante para la gestión y la utilización conjuntas de las aguas subterráneas no conectadas transfronterizas.

C.—Normas éticas y normas científicas

63. Aunque el uso de las aguas subterráneas fósiles se había clasificado como no sostenible, la actitud firme basada en el concepto rígido de rendimiento hidrogeológico seguro se ha venido suavizando recientemente, y el nivel permisible de explotación ya no es una variable fija sino relativa, relacionada con valores sociales, económicos y ambientales. Hay una tendencia a reconocer cada vez más que la mayor parte de las normas aplicadas en la gestión de los recursos hídricos y naturales son de carácter ético, ya que el predominio anterior de las normas científicas y utilitarias podría producir resultados que se desviaran de las intenciones convenidas en materia de política y basadas en la ética expresadas por los legisladores y el público.

CAPÍTULO X

Conclusiones

64. De la exposición sobre los recursos de aguas subterráneas se extraen en general las siguientes conclusiones:

a) Los acuíferos transfronterizos (ya sean no confinados, semiconfinados, o confinados a poca profundidad) pueden estar conectados con sistemas de aguas superficiales internacionales;

b) Sin embargo, puede haber casos de acuíferos transfronterizos no conectados con sistemas de aguas superficiales internacionales;

c) Los acuíferos de poca profundidad son generalmente más vulnerables (se explotan y se contaminan con facilidad) que los acuíferos de mayor profundidad, pero todos los acuíferos (confinados y no confinados) son vulnerables en sus zonas de recarga;

d) Los acuíferos fósiles, desconectados de la recarga contemporánea, tienen que ser tratados como recursos no renovables y planificarse en consecuencia;

e) Los acuíferos necesitan ser examinados y vigilados periódicamente para que sean gestionados y asignados de manera equitativa;

f) Las políticas de desarrollo de las aguas subterráneas tienen que tomar en consideración el uso combinado de las aguas subterráneas y de superficie, los efectos en los ecosistemas dependientes, las actividades de coordinación acordes con la planificación del uso de la tierra y los vínculos con la política social y las prácticas culturales.

65. Dada la vulnerabilidad de las aguas subterráneas, especialmente las fósiles, al agotamiento y la contaminación, es necesario elaborar normas de derecho internacional que prevean normas de utilización y prevención de la contaminación más rigurosas que las aplicadas a las aguas de superficie.

Anexo I

TERMINOLOGÍA EMPLEADA EN ESTE INFORME

Acuífero	Formación geológica permeable y acuífera de la que se pueden extraer cantidades aprovechables de agua.
Acuífero confinado	Acuífero limitado superior e inferiormente por formaciones impermeables o casi impermeables y en el cual las aguas subterráneas se almacenan bajo una presión confinante.
Acuífero no confinado	Acuífero que tiene un nivel freático a presión atmosférica y que es susceptible de recarga.
Aguas subterráneas	Toda agua que se encuentra por debajo de la superficie del suelo.
Aguas subterráneas fósiles	Aguas subterráneas que no se recargan en absoluto o tienen un índice de recarga insignificante y se pueden considerar no renovables.
Aguas subterráneas internacionales	Aguas subterráneas a las que cruza una frontera internacional o que integran un sistema de superficie y aguas subterráneas, parte del cual se encuentra en diferentes Estados.
Aguas subterráneas transfronterizas	Aguas subterráneas a las que cruza una frontera internacional. Es una subcategoría de las aguas subterráneas internacionales.
Aguas superficiales	Aguas que fluyen o se almacenan en la superficie del suelo.
Nivel freático subterráneo	Límite superior de la zona saturada en la que la presión del agua de los poros equivale a la presión atmosférica.
Recarga	Reabastecimiento de aguas subterráneas por filtración descendente de la precipitación y de las aguas superficiales al nivel freático.
Recursos hídricos subterráneos	Volumen de aguas subterráneas que se pueden utilizar durante un período dado de un determinado volumen de terreno o masa de agua.
Vulnerabilidad de las aguas subterráneas	Propiedad intrínseca de un sistema de aguas subterráneas que depende de la sensibilidad de ese sistema a los efectos resultantes de factores humanos y/o naturales.
Zona no saturada	Parte del suelo por debajo de la superficie de la tierra en el que los poros y las fisuras contienen aire y agua.

Anexo II

ESTUDIO DE CASOS

A.—Práctica de los Estados en la gestión de las aguas subterráneas y de efectos adversos sobre las aguas subterráneas y sus causas. Ejemplos del Oriente Medio: Jordania, Líbano y República Árabe Siria

Recursos hídricos subterráneos

Situados en una zona árida y semiárida, los países del Oriente Medio cuentan con escasas cantidades de aguas de superficie y dependen de sus recursos hídricos subterráneos.

De los tres países que se examinan, Jordania tiene recursos de agua muy limitados (entre los más bajos del mundo sobre la base de un cálculo per cápita), y la mayoría de ellos consisten en aguas subterráneas, en acuíferos renovables y no renovables. Se ha constatado la existencia de 13 cuencas de aguas subterráneas, de las cuales dos son no renovables (Al-Jafer y el acuífero de Disi, que se comparte con la Arabia Saudita) y dos (distintos del de Disi) son compartidos (uno con la República Árabe Siria y el otro con Israel (Wadi Araba)).

En cuanto a la República Árabe Siria, el país cuenta con siete cuencas de aguas de superficie (de las cuales seis son grandes ríos internacionales como el Tigris y el Éufrates), cuya responsabilidad incumbe a siete direcciones generales. No se dispone de datos fidedignos acerca de la disponibilidad y la calidad de las aguas subterráneas. En algunas cuencas hidrológicas, las aguas subterráneas son más importantes que en otras; algunas de ellas son renovables y otras no.

En el Líbano, el 65% de la superficie del país consiste en suelo kárstico, que propicia una rápida infiltración de agua. Sin embargo, sólo parte de ella se almacena, otra parte reaparece como agua superficial (manantiales), y el resto fluye por el subsuelo hacia el mar o hacia los países vecinos.

Reglamentación de las aguas subterráneas

De los tres países, el agua es de dominio público en dos (Jordania y República Árabe Siria) y de propiedad del Estado en el tercero (Jordania). Por consiguiente, el bombeo y la utilización de las aguas subterráneas se reglamentan por ley o por estatuto. El bombeo de pozos queda supeditado a la obtención de un permiso, que especifica asimismo el volumen de agua que se puede extraer y su utilización. En Jordania, el Ministerio de Agua y Riego ha elaborado también una normativa de gestión de las aguas subterráneas en que se estipula la política y las intenciones del Gobierno con respecto a la gestión de las aguas subterráneas dirigida al aprovechamiento de este recurso, su protección, gestión y las medidas necesarias, de modo que las extracciones anuales de los diversos acuíferos renovables tengan un índice sostenible.

Utilización de las aguas subterráneas

Al igual que en la mayoría de los demás países del Oriente Medio, el sector agrícola es el mayor consumidor de agua. Entre el 75 y el 80% de los recursos hídricos de Jordania, el Líbano y la República Árabe Siria, que dependen en gran medida de las aguas subterráneas, se destinan al riego.

En la República Árabe Siria, el 60% de las áreas irrigadas se riegan actualmente con aguas subterráneas, mediante el uso de pozos de propiedad de particulares y explotados por ellos. A pesar de los estatutos que regulan el empleo de las aguas subterráneas en la agricultura y que supeditan el bombeo de pozos a la obtención de un permiso, casi el 50% de todos los pozos del país son ilegales, lo que ha dado lugar a graves problemas de contaminación y de sobreexplotación de los acuíferos. Es frecuente la extracción de aguas subterráneas a niveles superiores a la capacidad de recarga, y se están produciendo en consecuencia descensos en el nivel de las aguas en varias cuencas. Esto ha tenido importantes repercusiones sobre las fuentes de la superficie, como por ejemplo los flujos de los manantiales. En la zona costera, las aguas subterráneas se ven afectadas por la intrusión de aguas salinas a causa de la sobreexplotación de los acuíferos. En algunas de estas cuencas resulta particularmente evidente la explotación de recursos no renovables.

La situación en Jordania es muy similar. Las explotaciones agrícolas privadas situadas en las tierras altas se riegan con aguas subterráneas procedentes de pozos privados. El riego de las tierras altas pasó de 3.000 ha en 1976 a 33.000 ha en la actualidad (según estimaciones) y representa alrededor del 60% de la utilización de aguas subterráneas. Otras 5.000 ha se irrigan con aguas subterráneas no renovables en la zona de Disi. La extracción de aguas subterráneas excede el índice prudencial, y ha provocado una importante disminución del nivel de las aguas y un aumento de la salinidad, el secado de manantiales y niveles de agua inferiores y de peor calidad. Tampoco se aplican debidamente los reglamentos relativos al control de las aguas subterráneas. Aun en los casos en que se ha obtenido el correspondiente permiso para el bombeo de los pozos, en la mayoría de ellos no se respeta el límite permitido de agua que se puede bombear (medidores averiados), ni la profundidad de bombeo.

En el Líbano, la mayoría de los pozos son ilegales. El bombeo excesivo ha dado lugar a los mismos problemas que en Jordania y la República Árabe Siria. En el valle de Beka'a, el nivel freático ha bajado de 2 m en 1952 a 160 m en la actualidad.

B.—Estudio de caso: el acuífero de arenisca de Nubia

El acuífero de arenisca de Nubia ocupa gran parte del Sahara Oriental árido de África Nororiental (gráf. 1). Es compartido por cuatro países: Chad, Egipto, Jamahiriya Árabe Libia y Sudán. Abarca una superficie aproximada de 2,2 millones de km². La cantidad de aguas subterráneas almacenadas en este acuífero es enorme: se estima que alcanza los 457.000 km³. Se trata de un sistema acuífero transfronterizo, profundo y confinado, que contiene recursos de aguas subterráneas no renovables.

En los últimos 30 años, Egipto, la Jamahiriya Árabe Libia y el Sudán han intentado en forma separada explotar los acuíferos de arenisca de Nubia y las tierras áridas situadas encima de ellos. Desde principios del decenio de 1970, los tres países han expresado interés en la cooperación a nivel regional para el estudio y la explotación de estos recursos compartidos. Han convenido en formar una autoridad conjunta para estudiar y explotar los sistemas de acuíferos de arenisca de Nubia. También han convenido en solicitar asistencia técnica internacional para establecer un proyecto regional para el aprovechamiento del sistema de acuíferos de arenisca de Nubia.

A efectos de garantizar el desarrollo sostenible y una continua cooperación regional para la adecuada gestión del acuífero, se consideró imprescindible compartir información, supervisar el acuífero a nivel regional, e intercambiar información actualizada acerca del comportamiento de ese recurso compartido. Por consiguiente, los coordinadores nacionales de los cuatro países suscribieron dos acuerdos en octubre de 2000, que fueron posteriormente suscritos por la autoridad conjunta en enero de 2001.

GRÁFICO 1

Ciclo hidrogeológico

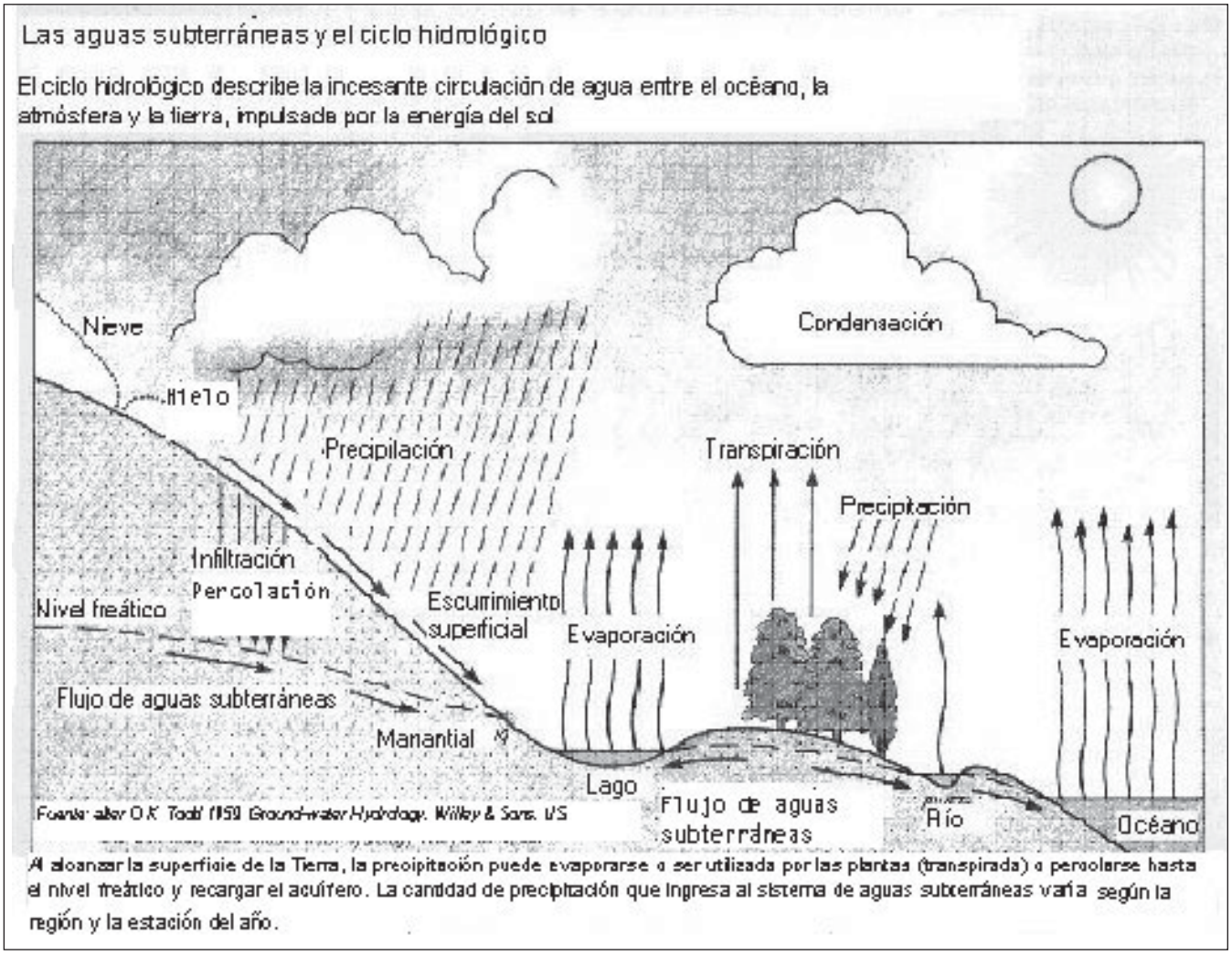
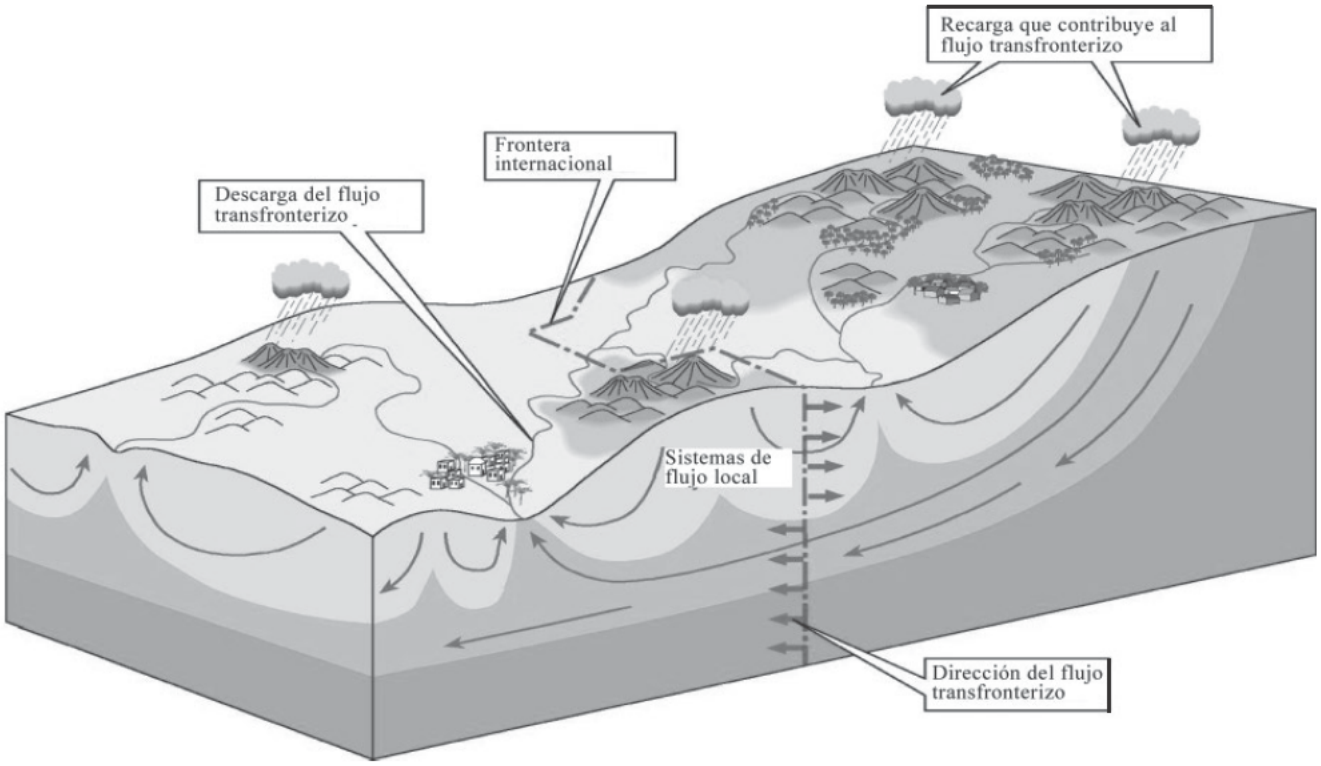


GRÁFICO 2

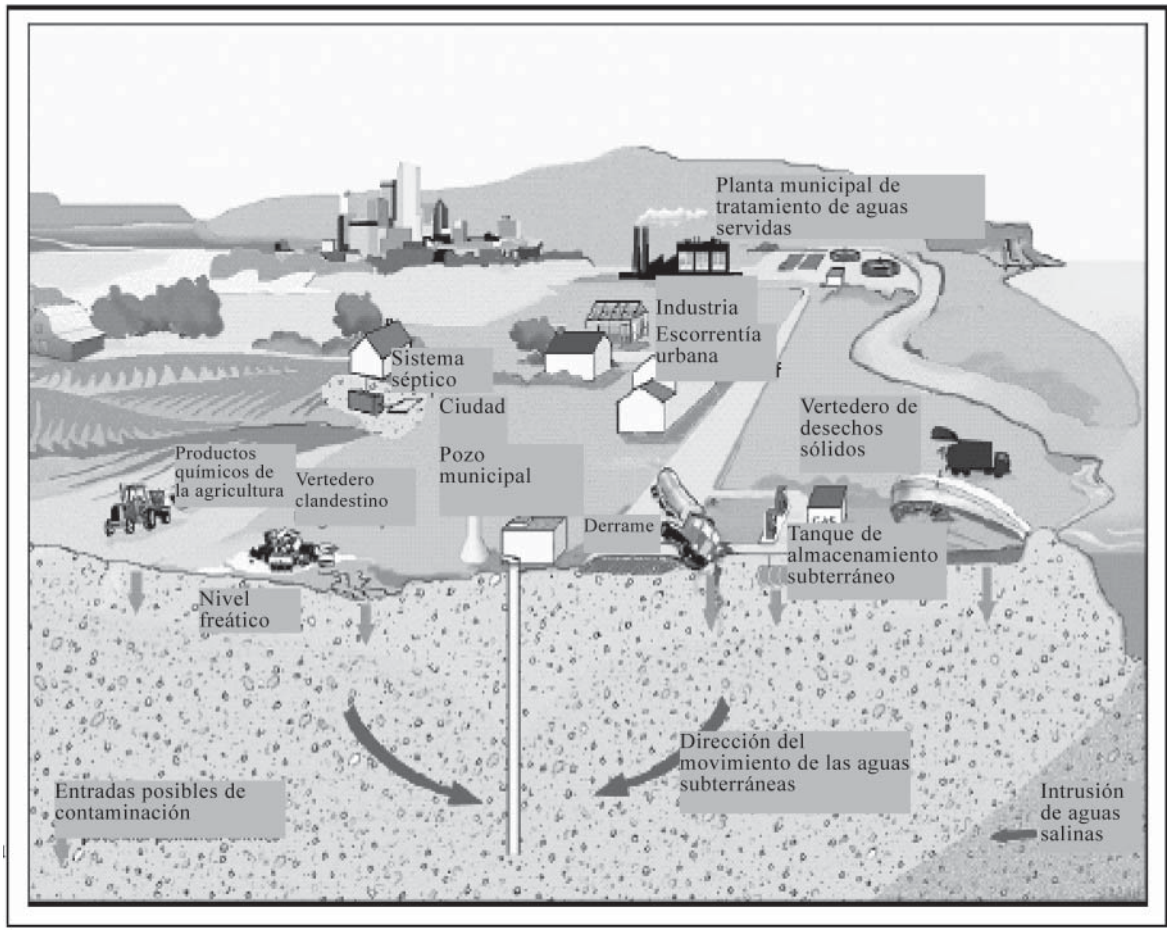
Flujo transfronterizo



Fuente: *Internationally Shared (Transboundary) Aquifer Resource Management – Their Significance and Sustainable Management: A Framework Document*, París, UNESCO, 2001, pág. 13.

GRÁFICO 3

Contaminación de las aguas subterráneas

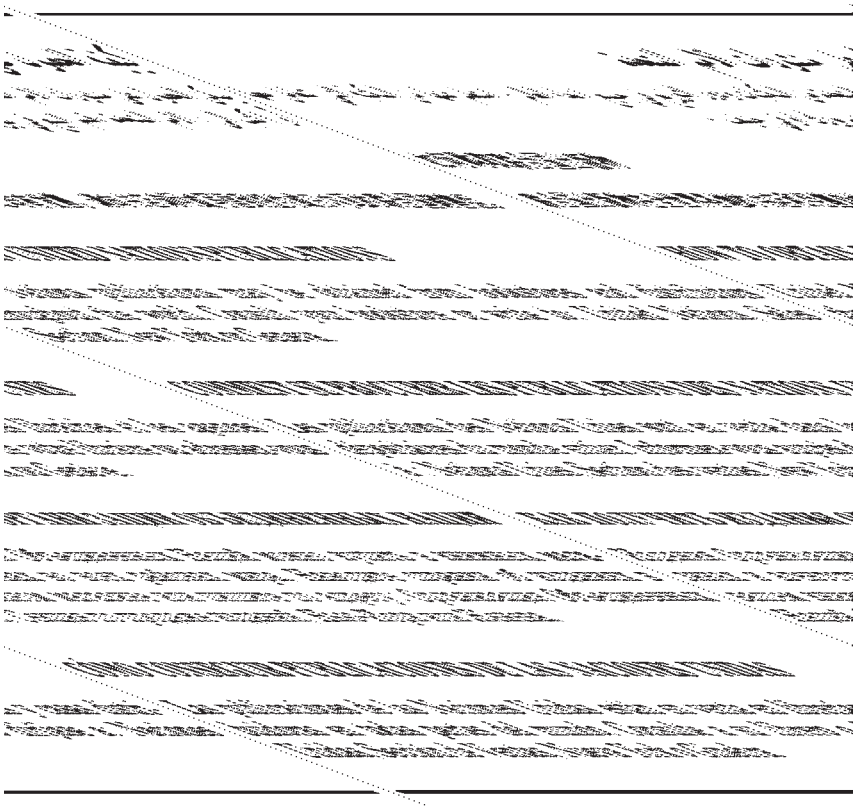


Fuente: Zaporozec y Miller, *Ground-Water Pollution*, pág. 1.

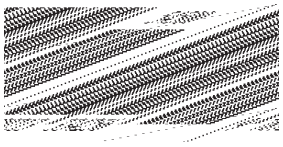
LISTA DE DOCUMENTOS DEL 55.º PERÍODO DE SESIONES

Signatura	*Título*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/527 y Add.1 a 3	Provisión de vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto). Nota de la Secretaría	A/CN.4/527 y Add.2 reproducidos en el presente volumen, y A/CN.4/527/Add.3 mimeografiado.
A/CN.4/528	Programa provisional	Mimeografiado. El programa definitivo figura en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte), párr. 13.
A/CN.4/529	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo séptimo período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/530 y Add.1	Cuarto informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen.
A/CN.4/531	Primer informe sobre el régimen jurídico aplicable a la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, del Sr. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/532	Primer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, del Sr. Giorgio Gaja, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/533 y Add.1	Primer informe sobre recursos naturales compartidos, del Sr. Chusei Yamada, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/534	Sexto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, por el Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/535 y Add.1	Octavo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem.
A/CN.4/L.630 [y Corr.2]	Las reservas a los tratados. Títulos y textos de los proyectos de directrices aprobados por el Comité de Redacción	Texto reproducido en *Anuario... 2003*, vol. I, acta resumida de la 2760.ª sesión, párr. 34.
A/CN.4/L.631 [y Corr.1]	Protección diplomática. Título y texto de los proyectos de artículos 8 [10], 9 [11] y 10 [14] aprobados por el Comité de Redacción	Ídem., acta resumida de la 2768.ª sesión, párr. 3.
A/CN.4/L.632	Responsabilidad de las organizaciones internacionales. Títulos y textos de los proyectos de artículos 1, 2 y 3 aprobados por el Comité de Redacción	Ídem., acta resumida de la 2776.ª sesión, párr. 1.
A/CN.4/L.633	Proyecto de informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 55.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado. Véase el texto aprobado en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento n.º 10* (A/58/10). El texto definitivo figura en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.634	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 55.º período de sesiones)	Ídem.
A/CN.4/L.635	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.636 y Add.1	Ídem: capítulo IV (Responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem.
A/CN.4/L.637 y Add.1 a 4	Ídem: capítulo V (Protección diplomática)	Ídem.

Signatura	*Titulo*	*Observaciones y referencias*
A/CN.4/L.638	Ídem: capítulo VI (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.
A/CN.4/L.639 y Add.1	Ídem: capítulo VII (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem.
A/CN.4/L.640 y Add.1 a 3	Ídem: capítulo VIII (Las reservas a los tratados)	Ídem.
A/CN.4/L.641	Ídem: capítulo IX (Recursos naturales compartidos)	Ídem.
A/CN.4/L.642	Ídem: capítulo X (Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional)	Ídem.
A/CN.4/L.643	Ídem: capítulo XI (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem.
A/CN.4/L.644	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio	Mimeografiado. El texto definitivo figura en *Anuario... 2003*, vol. II (segunda parte).
A/CN.4/L.645	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación. Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/L.646	Actos unilaterales de los Estados. Informe del Grupo de Trabajo	Ídem.
A/CN.4/SR.2751-A/CN.4/SR.2790	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2751.ª a 2790.ª	Ídem. El texto definitivo figura en *Anuario... 2003*, vol. I.



United Nations publication
Sales No. S.04.V.7 (Part 1)
ISSN 0497-9885



Printed at United Nations, Geneva–GE.09-65073–July 2010–360

ISBN 978-92-1-333425-6