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

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2719.ª SESIÓN

Martes 14 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

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

Protección diplomática[1] *(continuación)* (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1[3], A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

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

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

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

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

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

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

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

4. Los proyectos de artículo 12 y 13 suscitaron muchas críticas. El Sr. Brownlie estimó que no ofrecían un marco útil para el estudio del tema y que habría sido mejor enunciar la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos, los motivos por los cuales el derecho internacional plantea esta norma: la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero y el país de acogida, la necesidad de determinar rápidamente los hechos, lo que los tribunales internos están en mejores condiciones de hacer, etc. el Sr. Brownlie elabora también este argumento[4] y añade, sin embargo, que la función de la norma del agotamiento de los recursos internos aparece más claramente si se distinguen tres situaciones, que figuran entre las enunciadas por Fawcett[5] y en las que el Relator Especial se basó para establecer sus proyectos de artículo 12 y 13. Parece ser, pues, que estos últimos constituyen, después de todo, un marco útil para abordar el tema. Además, en su segundo informe[6] el Relator Especial había incluido una sección introductoria sobre la razón de ser de la norma, que no fue particularmente bien acogida por la Comisión. Así pues, volverá sobre este aspecto en el comentario del artículo 10. En todo caso, hay que reconocer que los proyectos de artículo 12 y 13 no gozaron de la aprobación general y fueron considerados demasiado teóricos, ajenos al tema, doctrinalmente dualistas y demasiado determinados por la distinción entre el procedimiento y el fondo, siendo así que proceden en realidad de un debate que ocupa un lugar importante en la literatura, que tiene repercusiones prácticas importantes y que constituyó el fundamento del intento anterior de la Comisión de codificar la norma del agotamiento de los recursos internos. No cabe duda de que algunas críticas al artículo 13 son fundadas. El Sr. Tomka y el Sr. Pellet señalaron que la protección diplomática interviene cuando ha habido violación del derecho internacional, mientras que el artículo 13 trata esencialmente de situaciones en que el daño aún no se ha hecho, según el derecho internacional. La Sra. Escarameia y otros miembros señalaron que el proyecto de artículo 13 versa esencialmente sobre la cuestión de determinar cuándo interviene la responsabilidad internacional del Estado y, por lo tanto, no depende de la norma del agotamiento de los recursos internos. En cuanto al proyecto de artículo 12, aunque algunos miembros lo apoyaron, varios otros estimaron que el Comité de Redacción podría simplemente tenerlo en cuenta al redactar el artículo 10. El Relator Especial propone, por lo tanto, que los proyectos de artículo 12 y 13 no se envíen al Comité, lo que tendría por lo menos el mérito de no zanjar el debate sobre la cuestión de determinar si la norma del agotamiento de los recursos internos es una norma de procedimiento o de fondo y dejaría a los miembros la libertad de tener su propia opinión a ese respecto.

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

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

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

[5] Véase 2712.ª sesión, nota 11.

[6] Ibíd., nota 2.

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

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

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

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

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

11. El Sr. TOMKA considera que la propuesta que haría del concepto de vínculo voluntario una excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos no ha contado con suficiente apoyo de parte de los miembros de la Comisión como para que el apartado *c* pueda enviarse al Comité de Redacción. Este Comité podría tener en cuenta las diferentes opiniones expresadas cuando formule el apartado *a* del artículo 14 y los artículos 10 y 11, o mencionarlas en el comentario sobre esos artículos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así queda acordado.

Las reservas a los tratados[7] (A/CN.4/526 y Add.1 a 3[8], A/CN.4/521, secc. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Tema 3 del programa]

SÉPTIMO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

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

34. Todos esos proyectos de directriz se retoman en el anexo al séptimo informe, donde se reproduce en caracteres normales el texto de los proyectos de directriz que ya han sido aprobados definitivamente por la Comisión en primera lectura y que no deberían ser reexaminados, por lo menos antes de que concluya el examen en primera lectura de la Guía de la práctica. Esto no se aplica, sin embargo, a las disposiciones relativas a las declaraciones interpretativas condicionales, que se ha convenido en abandonar si se confirma que su régimen es idéntico al de las reservas. El Relator Especial precisa que sobre este punto tiene una postura neutral. En el mismo anexo figura además, en cursiva, el texto de los proyectos de directriz que el Relator Especial propuso en su sexto informe[10] en el período de sesiones anterior de la Comisión y que se remitieron al Comité de Redacción. La Comisión ya no debe examinarlos en sesión plenaria, por lo menos en esta fase. El Relator Especial hace notar que lo mismo se aplica al proyecto de directriz 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional), para el que propuso dos variantes, que difieren sólo en la forma y no en fondo, y de las cuales la más larga ha sido acogida favorablemente por la mayoría de los miembros de la Comisión. Incumbirá al Comité elegir una de las dos variantes.

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

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

[8] Véase la nota 3 *supra*.

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

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

[11] Ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

47. No obstante, es verdad que puede haber ciertas dificultades, en particular cuando se trata de determinar si la reserva es compatible con el objeto y la finalidad del tratado. En consecuencia, habría podido preverse otra solución, consistente en dar al depositario la facultad de intervenir cuando la reserva está prohibida, pero no cuando hay un problema de compatibilidad. El Sr. Gaja estima, sin embargo, que el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* es equilibrado y merece ser enviado al Comité de Redacción. Entre las ventajas que presenta está el hecho de que el Estado que formula una reserva, sabiendo que el intercambio de pareceres con el depositario será comunicado a los demás Estados contratantes, podría reconsiderar su reserva. Es útil para limitar una práctica bastante difundida, por la cual pueden formularse incluso reservas que no son conformes con el objeto y la finalidad del tratado, contrariamente a lo dispuesto en el apartado *c* del artículo 19 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

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

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2720.ª SESIÓN

Miércoles 15 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

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

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

[Tema 2 del programa]

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