Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

A.—Introducción

55. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión consideró que el tema de la «Protección diplomática» era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo[57]. Ese mismo año la Asamblea General, en el párrafo 13 de su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión y de las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, de conformidad con la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477.ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema[58]. En el mismo período de sesiones el Grupo de Trabajo presentó un informe que fue aprobado por la Comisión[59]. El Grupo de Trabajo trató de: *a*) aclarar, en todo lo posible, el alcance del tema; y *b*) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo propuso un esquema para el examen del tema y, por su parte, la Comisión recomendó al Relator Especial que adoptase ese esquema como base para la presentación de un informe preliminar[60].

56. También en su 49.º período de sesiones, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema[61].

57. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema «Protección diplomática».

58. En su 50.º período de sesiones, celebrado en 1998, la Comisión tuvo ante sí el informe preliminar del Relator Especial[62]. En el mismo período de sesiones, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema[63].

59. En su 51.º período de sesiones, celebrado en 1999, la Comisión nombró al Sr. Christopher John Robert Dugard Relator Especial para el tema[64], tras la elección del Sr. Bennouna como magistrado del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

60. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del Relator Especial[65]. Por falta de tiempo, la Comisión aplazó el examen del capítulo III hasta su siguiente período de sesiones. En el mismo período de sesiones, la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículo 1, 3 y 6[66]. Posteriormente la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 1, 3, 5, 6, 7 y 8 al Comité de Redacción junto con el informe de las consultas oficiosas.

61. En su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial, así como su segundo informe[67]. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículo 10 y 11, y aplazó hasta su siguiente período de sesiones el examen del resto del informe, acerca de los proyectos de artículo 12 y 13. En el mismo período de sesiones, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículo 9, 10 y 11 al Comité de Redacción.

62. También en el mismo período de sesiones la Comisión inició unas consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre el artículo 9.

63. En su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión tuvo ante sí el resto del segundo informe del Relator Especial[68], relativo a los proyectos de artículo 12 y 13, así como su tercer informe[69], que trataba de los proyectos de artículo 14 a 16. En ese período de sesiones la Comisión decidió remitir los apartados *a*, *b*, *d* (para su examen en relación con el apartado *a*) y *e* del artículo 14 al Comité de Redacción. Posteriormente decidió además remitir el apartado *c* del artículo 14 al Comité de Redacción, para su examen en relación con el apartado *a*.

64. También en ese período de sesiones, la Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 1 a 7 [8]. Aprobó los artículos 1 a 3 [5],

---

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

[58] *Anuario… 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 169.

[59] Ibíd., párr. 171.

[60] Ibíd., párrs. 189 y 190.

[61] Ibíd., párr. 190.

[62] *Anuario… 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/484.

[63] Las conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en ibíd., vol. II (segunda parte), párr. 108.

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

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

[66] El informe de las consultas oficiosas figura en *Anuario… 2000*, vol. II (segunda parte), párr. 495.

[67] *Anuario… 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514.

[68] Ibíd.

[69] *Anuario… 2002*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/523 y Add.1.

4 [9], 5 [7], 6 y 7 [8]. La Comisión aprobó asimismo los comentarios de los proyectos de artículo mencionados[70].

65. La Comisión estableció consultas oficiosas de composición abierta, presididas por el Relator Especial, sobre la cuestión de la protección diplomática de las tripulaciones y de las sociedades y sus accionistas.

B.—Examen del tema en el actual período de sesiones

66. En el actual período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/530 y Add.1). La Comisión examinó la primera parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 17 a 20, en sus sesiones 2757.ª a 2762.ª, 2764.ª y 2768.ª, celebradas del 14 al 23 de mayo, el 28 de mayo y el 5 de junio de 2003, respectivamente. Ulteriormente examinó la segunda parte del informe, relativa a los proyectos de artículo 21 y 22 en sus sesiones 2774.ª a 2777.ª celebradas los días 11, 15, 16 y 18 de julio de 2003.

67. En su 2762.ª sesión, la Comisión decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Relator Especial, sobre el párrafo 2 del artículo 17. La Comisión examinó el informe del Grupo de Trabajo en su 2764.ª sesión.

68. En su 2764.ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción el artículo 17, propuesto por el Grupo de Trabajo, y los artículos 18 a 20. En su 2777.ª sesión, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los artículos 21 y 22.

69. La Comisión examinó el informe del Comité de Redacción sobre los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14] (A/CN.4/L.631 y Corr.1) en su 2768.ª sesión. En la misma sesión, aprobó provisionalmente dichos proyectos de artículo (véase secc. C *infra*).

1. Artículo 17[71]

a) *Presentación por el Relator Especial*

70. Al presentar el artículo 17, el Relator Especial observó que la sentencia dictada en 1970 por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*[72] dominaba toda la materia de la protección diplomática de las personas jurídicas. En ese asunto, la Corte enunció la regla de que el derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio causado a una sociedad correspondía al Estado conforme a cuya legislación se había constituido la sociedad y en cuyo territorio ésta tenía su domicilio social, y no al Estado de nacionalidad de los accionistas. La Corte reconoció además la existencia de una práctica relativa a los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones que solían otorgar protección directamente a los accionistas, pero que ello no constituía una prueba de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario que confiriese al Estado de nacionalidad de los accionistas el derecho a ejercer la protección diplomática en favor de éstos. La Corte desechó tal práctica calificándola de *lex specialis*.

71. Al alcanzar su decisión, la Corte estatuyó sobre tres cuestiones de principio: *a*) los accionistas que invertían en una sociedad que desarrollaba sus actividades en el extranjero asumían unos riesgos, incluido el riesgo de que el Estado de nacionalidad de la sociedad pudiera, en el ejercicio de su poder discrecional, no ejercer la protección diplomática en su favor; *b*) permitir que el Estado de nacionalidad de los accionistas ejerciese la protección diplomática podría dar lugar a una multiplicidad de reclamaciones puesto que los accionistas podían ser nacionales de muchos países y los accionistas podían ser incluso sociedades; y *c*) la Corte prefirió no aplicar por analogía a las sociedades y los accionistas las normas relativas a la doble nacionalidad de las personas físicas, que hubieran permitido que los Estados de nacionalidad de unas y otros ejerciesen la protección diplomática.

72. El Relator Especial recordó asimismo que el razonamiento de la CIJ había suscitado numerosos desacuerdos entre los magistrados, según demostraba el hecho de que 8 de los 16 magistrados hubieran emitido un voto particular y que 5 de ellos hubieran apoyado el derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a ejercer la protección diplomática. La decisión de la Corte también había sido objeto de numerosas críticas, entre otras, que no había tenido suficientemente en cuenta la práctica de los Estados; y que la Corte había establecido una norma inaplicable puesto que, en la práctica, los Estados no otorgarían su protección a sociedades con las que no tenían un vínculo efectivo. En realidad, en opinión de algunos tratadistas, el derecho tradicional de la protección diplomática había sido sustituido en gran parte por procedimientos de solución de controversias previstos en tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones.

73. El Relator Especial observó que incumbía a la Comisión decidir si quería atenerse o no a la sentencia de la CIJ, dado que las decisiones de la Corte no eran necesariamente vinculantes para la Comisión y teniendo en cuenta los diferentes cometidos de los dos órganos. Observó además que, en el asunto de la sociedad *ELSI*[73], la Sala de la Corte, aunque de lo que se trataba era de la interpretación de un tratado y no del derecho internacional consuetudinario, había pasado por alto la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction* al autorizar a los Estados Unidos de América a ejercer la protección diplomática en favor de dos sociedades estadounidenses que poseían la totalidad de las acciones de una sociedad

[70] El texto de los proyectos de artículo con los comentarios correspondientes figura en ibíd. vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C, párrs. 280 y 281.

[71] El artículo 17 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 17*

»1. Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a un perjuicio a una sociedad que tiene la nacionalidad de ese Estado.

»2. A los efectos de la protección diplomática, el Estado de nacionalidad de una sociedad es el Estado en que se ha constituido la sociedad [y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social].»

[72] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 3. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 104.

[73] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, pág. 15. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 252.

italiana. Al mismo tiempo, reconoció que el asunto de la *Barcelona Traction* se seguía considerando como la expresión fiel del derecho internacional consuetudinario en esta materia y que la práctica de los Estados en materia de protección diplomática de las sociedades se guiaba por esa resolución.

74. El Relator Especial enumeró siete opciones en lo referente al Estado que tendría competencia para ejercer la protección diplomática: *a*) el Estado de constitución, conforme a la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*; *b*) el Estado de constitución y el Estado de vínculo efectivo; *c*) el Estado del domicilio social o sede; *d*) el Estado de control económico; *e*) el Estado de constitución y el Estado de control económico; *f*) el Estado de constitución, o en su defecto el Estado de control económico; y *g*) los Estados de nacionalidad de todos los accionistas.

75. Después de examinar todas esas opciones, propuso que la Comisión considerase la posibilidad de codificar la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*, con sujeción a la excepción reconocida en la sentencia. En el párrafo 1 del artículo 17 se reconocía que, como el Estado tenía derecho a ejercer la protección diplomática, incumbía al Estado decidir si quería hacerlo o no. Se reconoció que la naturaleza discrecional del derecho significaba que las sociedades que no tenían un vínculo efectivo con el Estado de constitución podían verse privadas de protección. No obstante, la Corte misma había reconocido ese defecto, que era la razón por la cual los inversores preferían la seguridad de los tratados bilaterales sobre inversiones. El objeto del párrafo 2 era definir el Estado de nacionalidad a los efectos del proyecto de artículos. Se proponía que el Estado de nacionalidad de una sociedad fuera el Estado en que se había constituido la sociedad. Cabía incluir la mención adicional «y en cuyo territorio ésta tiene su domicilio social», que también se había examinado en la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*. No obstante, las dos condiciones no eran estrictamente necesarias.

b) *Resumen del debate*

76. Los miembros felicitaron al Relator Especial por la calidad de su informe y expresaron su gratitud por la ecuanimidad con que se presentaban las opciones que se ofrecían a la Comisión.

77. Se manifestó la opinión de que todos los Estados, fuera cual fuese su nivel de desarrollo, dependían de las inversiones extranjeras. Por consiguiente, el derecho internacional debía ofrecer a los inversores las garantías necesarias, y la Comisión debía tratar de conseguir que el derecho coincidiera con los hechos y de mantener al mismo tiempo un equilibrio entre los intereses de los Estados y los de los inversores. En este contexto se pedía a la Comisión que reconociese el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática en favor de las sociedades que tenían su nacionalidad.

78. Los miembros de la Comisión en general expresaron su apoyo al párrafo 1 del artículo 27, puesto que se basaba en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, que en su opinión no había sido contradicha en el asunto *ELSI*. Se señaló que la elección del criterio del Estado de nacionalidad estaba en consonancia con el artículo 3, aprobado provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones, en 2002[74], en el que se designaba al Estado de nacionalidad como el Estado con derecho a ejercer la protección diplomática en el caso de las personas físicas. Este planteamiento unificado permitiría aplicar a las personas tanto físicas como jurídicas otras normas que tenía que elaborar la Comisión en materia de la protección diplomática. Se propuso incluso modificar el párrafo 1 del artículo 17 para que concordase mejor con el párrafo 1 del artículo 3 aprobado en 2002, de la manera siguiente: «El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática en razón de un perjuicio sufrido por una sociedad es el Estado de nacionalidad de esa sociedad».

79. En lo referente al párrafo 2 del artículo 17, la mayoría de los miembros apoyó la propuesta del Relator Especial de basar el debate en la norma establecida en el asunto de la *Barcelona Traction*. Se observó que, pese a sus defectos, la sentencia dictada en ese asunto reflejaba adecuadamente el estado actual del derecho de la protección diplomática de las sociedades y el derecho internacional consuetudinario en la materia.

80. Algunos miembros apoyaron el texto del párrafo 2, aunque se inclinaban por suprimir el segundo criterio, que figuraba entre corchetes. Se hizo observar que la CIJ se había referido a ambos requisitos porque los países de tradición jurídica romanista solían dar importancia al lugar del domicilio social, mientras que los países de *common law* preferían el criterio del lugar de constitución. Sin embargo, la Comisión podía aceptar este último criterio en vista de su creciente predominio en otros campos del derecho. Se sugirió también que se explicase en el comentario que el otro criterio era superfluo porque el domicilio social de una sociedad se hallaba casi siempre en el mismo Estado.

81. Otros miembros preferían mantener los dos criterios. Se señaló que la determinación de la nacionalidad de las sociedades era una cuestión que pertenecía fundamentalmente al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados, aunque incumbía al derecho internacional resolver cualquier conflicto. Del mismo modo como la nacionalidad de las personas físicas venía determinada por dos criterios alternativos principales, el *jus soli* y el *jus sanguinis*, la nacionalidad de las sociedades también dependía de dos sistemas alternativos, a saber, el lugar de constitución y el lugar del domicilio social, aunque muchos Estados tomaban en diverso grado elementos de uno u otro sistema. No obstante, había que obrar con prudencia ya que algunos Estados no aplicaban ninguno de los dos criterios ni reconocían el concepto de nacionalidad de las sociedades.

82. Se sugirió asimismo que, si se mantenía el criterio adicional que figuraba entre corchetes en el texto, se sustituyera la conjunción «y» por «o». Otros oradores preferían que las dos condiciones fueran acumulativas. Otros aun expresaron la preocupación de que, si se mantenían esas palabras con la conjunción «y», la sociedad

[74] Véase la nota 70 *supra*.

cuyo domicilio social se hallase en un Estado distinto del Estado de constitución corría el peligro de perder el derecho a acogerse a la protección diplomática por no reunir las dos condiciones. En cambio, si se sustituía la conjunción «y» por «o», el resultado podía ser doble nacionalidad y competencia entre varios Estados para ejercer la protección diplomática, lo que supondría desviarse de la posición adoptada por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*.

83. Otros miembros sugirieron que se profundizara en el estudio del criterio de la sede o domicilio social, conforme a la práctica del derecho internacional privado.

84. No obstante, se expresó cierto apoyo a la inclusión de una referencia a la existencia de una relación auténtica o vínculo efectivo entre la sociedad y el Estado de nacionalidad. Se señaló, efectivamente, que la no inclusión de una referencia al criterio de la relación auténtica podía tener por efecto alentar el fenómeno de los paraísos fiscales, aunque sólo fuera indirectamente.

85. Se señaló después que en el asunto de la *Barcelona Traction* no se había pedido a la CIJ que estatuyera sobre la cuestión de la nacionalidad, que no había sido puesta en tela de juicio por las partes. La Corte había mencionado los principios de la constitución y el domicilio social, pero también otros puntos de conexión entre la sociedad y el Estado de nacionalidad. De ahí que fuera necesario adoptar un criterio de derecho internacional suficientemente amplio para abarcar las diversas posibilidades, así que se sugirió hacer referencia en el artículo 17 al Estado en que se había constituido la sociedad y/o en cuyo territorio ésta tenía su domicilio social y/o con el que mantenía otros vínculos adecuados. Se hicieron otras sugerencias, en particular que se indicase que el ejercicio de la protección diplomática correspondía al Estado nacional, el cual venía determinado en cada caso por el derecho interno, siempre y cuando existiera un vínculo o relación auténtica entre el Estado nacional y la sociedad de que se tratase; y que se modificara el artículo 17 de la manera siguiente: «El Estado conforme a cuyo ordenamiento jurídico se ha fundado una sociedad y en el que ésta tiene su domicilio social está facultado para ejercer la protección diplomática como Estado de nacionalidad si se causa un perjuicio a la sociedad». Entre otras sugerencias se propuso modificar el párrafo 2 de la manera siguiente: «A los efectos de la protección diplomática, el Estado nacional de una sociedad es el Estado en que se ha constituido la sociedad o en el que ésta tiene su domicilio social o su sede, o donde desarrolla su principal actividad económica o radica cualquier otro elemento reconocido por el derecho internacional como manifestación de la existencia de una relación auténtica entre la sociedad y el Estado de que se trate»; y volver a redactar la última parte del párrafo 2 para que dijera: «o que reconoce de otro modo que la sociedad ha adquirido su nacionalidad».

86. Al mismo tiempo, se advirtió de las dificultades a que podía dar lugar la adopción del criterio del «vínculo efectivo» (que no se había aceptado en el asunto de la *Barcelona Traction*), introduciendo así un criterio que, en realidad, se basaría en el control económico según resultaba de la participación mayoritaria. Se señaló que el requisito de la «relación auténtica» o «vínculo efectivo» requeriría el levantamiento del «velo societario», lo que crearía dificultades, no sólo para los tribunales, sino también para los Estados receptores de inversiones, que tendrían que decidir si admitían o no las notas o protestas diplomáticas de los Estados que estimaran que una sociedad con la que tenían una relación auténtica había sufrido un perjuicio. Además, se mencionó la complejidad de la determinación de la existencia de un vínculo «adecuado» en relación con las sociedades multinacionales con presencia en muchos Estados.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

87. El Relator Especial tomó nota de que la mayoría de los miembros apoyaban el párrafo 1.

88. Con respecto al párrafo 2, observó que la Comisión había expresado al principio un apoyo general a su planteamiento, sin perjuicio de que se manifestaran opiniones discrepantes con respecto a la inclusión de un solo criterio y no dos para la determinación de la nacionalidad de una sociedad a los efectos de la protección diplomática. Sin embargo, el debate tomó después otro cariz cuando muchos miembros, aun apoyando la idea en que se inspiraba el proyecto de artículo 17, manifestaron su preferencia por fórmulas que hacían hincapié en los vínculos formales entre la sociedad y el Estado que ejercía la protección diplomática. En algunos casos las propuestas eran cautelosas, a fin de evitar la inclusión de una referencia al Estado de nacionalidad de los accionistas, pero en otros llegaban más lejos y suponían levantar el velo societario para identificar el Estado con el que la sociedad estaba relacionada más estrechamente y que, por lo tanto, constituía el centro del control económico de la sociedad. El Relator Especial observó que este último planteamiento, aunque sería difícil de conciliar con el de la *Barcelona Traction*, estaría en consonancia con el asunto *Nottebohm*[75], que recalcaba el principio del vínculo con el Estado. Sin embargo, como la Comisión no había adoptado el criterio del asunto *Nottebohm* en el proyecto de artículo 3 con respecto a las personas físicas, quizás fuera ilógico hacerlo con respecto a las personas jurídicas.

89. Además, durante el debate se planteó el problema de la doble protección, esto es, cuando tanto el Estado en que se había constituido la sociedad como el Estado donde se hallaba el domicilio social ejercían la protección diplomática en favor de la misma sociedad, una idea que había sido apoyada por varios de los magistrados de la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*. No obstante, la Corte, en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, se había mostrado claramente hostil a la idea de doble protección o de un derecho secundario a la protección con respecto de la sociedad y los accionistas.

d) *Establecimiento de un Grupo de Trabajo*

90. La Comisión decidió a continuación crear un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Relator Especial, para examinar el artículo 17, antes de proceder a adoptar una decisión sobre la remisión del texto al Comité de Redacción.

[75] Segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1955*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 46.

91. Posteriormente, el Relator Especial informó acerca de los resultados del examen de la disposición en el Grupo de Trabajo. Señaló que el Grupo de Trabajo había llegado a un consenso sobre la necesidad, en primer lugar, de tener en cuenta el supuesto en que un ordenamiento jurídico interno no conocía la práctica de la constitución sino que aplicaba algún otro sistema para crear una sociedad, y, en segundo lugar, establecer alguna relación entre la sociedad y el Estado en el sentido de los vínculos mencionados por la CIJ en la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*. Al mismo tiempo, sin embargo, el Grupo de Trabajo había procurado no adoptar una fórmula que pudiera dar a entender que el tribunal que conociera de la cuestión debía tener en cuenta la nacionalidad de los accionistas que controlaban la sociedad.

92. El Grupo de Trabajo llegó a un acuerdo sobre el siguiente texto del artículo 17, que, a propuesta del Relator Especial, la Comisión remitió al Comité de Redacción:

«A los efectos de la protección diplomática [, en relación con un perjuicio causado a una sociedad], el Estado de nacionalidad [es el Estado conforme a cuyo ordenamiento jurídico se ha constituido la sociedad]/[se determina de conformidad con el derecho interno en cada caso particular] y con el cual la sociedad tiene un vínculo [administrativo]/[formal] [suficiente]/[estrecho y permanente].»

2. Artículo 18[76]

a) *Presentación por el Relator Especial*

93. El Relator Especial explicó que el proyecto de artículo 18 versaba sobre las excepciones a la regla general enunciada en el artículo 17. La primera excepción, contenida en el apartado *a*, se refería al supuesto en que la sociedad había dejado de existir en el lugar de su constitución. Observó que la expresión «dejado de existir», que la CIJ había empleado en el asunto de la *Barcelona Traction*, no era del agrado de todos los tratadistas, muchos de los cuales preferían fijar un umbral más bajo de intervención en favor de los accionistas cuando la sociedad estuviera «prácticamente extinta». El Relator Especial opinaba que la primera solución probablemente era preferible.

94. La segunda excepción, en el apartado *b*, preveía la intervención del Estado de nacionalidad de los accionistas cuando una sociedad tenía la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado. No era inusual que un Estado insistiera en que los extranjeros que se encontraban en su territorio realizaran sus operaciones mercantiles por intermedio de una sociedad constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de ese Estado. Si el Estado se incautaba del patrimonio de la sociedad o le causaba de otro modo un perjuicio, la única posibilidad de reparación a que podía acogerse esa sociedad en el ámbito internacional era mediante la intervención del Estado de nacionalidad de sus accionistas. No obstante, como había indicado en su informe, esta norma era controvertida.

95. El Relator Especial explicó además que, antes del asunto de la *Barcelona Traction*, la existencia de la segunda excepción encontraba apoyo en la práctica de los Estados, los laudos arbitrales y la doctrina. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte se planteó la posibilidad de la excepción, para concluir después que no era necesario que se pronunciase al respecto puesto que no se trataba de un caso en que el Estado de constitución (Canadá) hubiera causado un perjuicio a la sociedad. En la época posterior al asunto de la *Barcelona Traction*, el principio había obtenido cierto apoyo, principalmente en relación con la interpretación de tratados sobre inversiones. En el asunto de la sociedad *ELSI*, una Sala de la Corte había admitido que los Estados Unidos ejerciesen la protección de los accionistas estadounidenses de una sociedad italiana que había sido constituida e inscrita en Italia y a la que el Gobierno italiano había causado un perjuicio. La Sala no se ocupó de esta cuestión en ese asunto, aunque estuvo claramente presente en la mente de algunos de los magistrados. Con todo, los tratadistas seguían divididos con respecto a esta cuestión. El Relator Especial propuso que la Comisión aceptase la excepción.

b) *Resumen del debate*

96. El apartado *a* recibió apoyo general, aunque se sugirió que se fijase un plazo, quizás a partir de la fecha en que la sociedad se declarase en quiebra. Otras sugerencias fueron suprimir las palabras «en el lugar de su constitución» y sustituir la palabra «lugar» por «Estado».

97. Algunos miembros opinaron que el requisito de que una sociedad hubiese «dejado de existir» era tal vez un umbral demasiado alto y que el criterio podría ser el de que la sociedad estuviera «prácticamente extinta» o los accionistas «privados de la posibilidad de recurso por medio de la sociedad». De ese modo, no era que la sociedad hubiese dejado de existir realmente, sino simplemente que se había vuelto inoperante, eliminando toda posibilidad de recurso. Se sugirió igualmente que se incluyeran las palabras «*de jure* o *de facto*» entre «existir» y «en el lugar de». Se sugirió además que se aclarase en el comentario que la expresión «dejado de existir» debía interpretarse en el sentido de abarcar las situaciones en que una sociedad continuaba existiendo aunque se encontraba sujeta a administración judicial. A tenor de otra sugerencia, la disposición diría que la protección diplomática se podía ejercer en favor de los accionistas cuando no existía «la posibilidad de recurso por medio de la sociedad»; o cuando la sociedad en realidad ya no estaba en condiciones de actuar para defender sus derechos e intereses.

98. Se expresaron opiniones discrepantes en cuanto a la inclusión de la excepción propuesta en el apartado *b*. Con arreglo a una serie de opiniones, la excepción era muy controvertida y potencialmente desestabilizadora, por lo que no debería incluirse. Se expresó el parecer de que el fundamento jurídico de la excepción no era sólido. Hacía caso omiso de la norma tradicional de que un Estado no era culpable de una violación del derecho internacional

[76] El artículo 18 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 18*

»El Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad no estará facultado para ejercer la protección diplomática en favor de dichos accionistas cuando se haya causado un perjuicio 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 del perjuicio causado a la sociedad.»

por haber causado un perjuicio a uno de sus nacionales. También se expresó preocupación por el hecho de que el reconocimiento del derecho de accionar del Estado de nacionalidad de los accionistas podía dar lugar a procedimientos largos y complejos y suscitar dificultades con respecto a la norma de la continuidad de la nacionalidad, dado que las acciones cambiaban de mano con rapidez. Además, en la mayoría de los casos el Estado en que se había constituido la sociedad proporcionaba un marco jurídico y, por lo tanto, vías de recurso internas en caso de abuso. Sólo en los casos extremos en que se hubieran agotado esos recursos sin obtener justicia se aplicaría el apartado *b*. En efecto, un inversor era siempre libre de no invertir en un país determinado. Se manifestó asimismo la opinión de que la excepción podía poner en peligro el principio de la igualdad de trato de los accionistas nacionales y de los que tuvieran la nacionalidad de otro Estado, contraviniendo así a las normas internacionales sobre el trato de los extranjeros. De igual modo, se señaló que los recientes acuerdos sobre protección de las inversiones proporcionaban a los inversores recursos jurídicos eficaces en caso de que el Estado de constitución incurriera en denegación de justicia o cometiera un acto lesivo por el que se causara un perjuicio a la sociedad.

99. Otros aludieron a las razones políticas que justificaban la inclusión de la excepción propuesta por el Relator Especial, es decir, que no era inusual que los Estados importadores de capital exigieran a los consorcios extranjeros que desearan realizar operaciones mercantiles en su territorio que lo hicieran por mediación del instrumento de una sociedad constituida conforme a su ordenamiento jurídico. Se hizo referencia a la preocupación expresada por el Gobierno del Reino Unido en el asunto del *Mexican Eagle*[77] de que el requisito de la constitución conforme al ordenamiento jurídico interno podía dar lugar a abusos en los casos en que el Estado nacional utilizara esa constitución como justificación para rechazar las tentativas de otro Estado para ejercer la protección diplomática. Ello equivaldría a limitar «el ejercicio del indudable derecho [que asistía a los gobiernos extranjeros] con arreglo al derecho internacional de proteger los intereses comerciales de sus nacionales en el extranjero»[78]. Así, pues, la excepción del apartado *b* tenía por objeto conceder cierto grado de protección a esas sociedades. Se recordó que el principio básico se recogía en muchos tratados sobre inversiones concertados por muchos Estados de la comunidad internacional, independientemente de su nivel de desarrollo o de su orientación ideológica. Se expresó también el parecer de que esa excepción, aunque no estaba todavía plenamente madura para su codificación, se debería acoger favorablemente en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional.

100. Se sugirió que, si se aceptaba la excepción, se podía incluir una referencia al control económico de la sociedad, determinado según el criterio de la participación mayoritaria. Otros opinaron que ese requisito sería complicado de aplicar y quizás discriminatorio. Según otra sugerencia, su ámbito de aplicación podía limitarse al supuesto en que la legislación del país receptor exigiera la creación de una sociedad.

[77] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), págs. 1272 a 1274.

[78] Ibíd., pág. 1274.

101. A tenor de otra sugerencia, convenía incluir el requisito de un «plazo razonable» para ejercer la protección diplomática. Otros miembros pusieron en tela de juicio la necesidad de tal requisito.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

102. El Relator Especial observó que la primera excepción, contenida en el apartado *a*, no había planteado ningún problema particular y que la mayoría de la Comisión estaba a favor de ella. No obstante, se habían hecho varias sugerencias para mejorar la disposición, en particular la de fijar un plazo para interponer la reclamación. Como no había habido objeciones al apartado *a* del artículo 18, recomendó que se remitiera al Comité de Redacción.

103. El apartado *b* había dado pie a un debate mucho más intenso y había dividido a la Comisión. A fin de cuentas, una mayoría de la Comisión era partidaria de incluir el apartado *b* del artículo 18. A juicio del Relator Especial, la excepción formaba parte de un grupo de normas y principios que en conjunto integraban la decisión de la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*. Por esa razón, era del parecer de que debía incluirse. En cuanto a si la excepción formaba parte o no del derecho internacional consuetudinario, la Comisión también había estado dividida. En opinión del Relator Especial una norma consuetudinaria estaba en gestación, y la Comisión debía ser alentada a acometer el desarrollo progresivo del derecho en esta esfera, de ser necesario. Ahora bien, debía hacerlo con mucha cautela.

104. El Relator Especial observó además que varios miembros de la Comisión habían sostenido que el apartado *b* del artículo 18 era superfluo porque los accionistas disponían de otras vías de recurso como los tribunales internos, el CIADI o los tribunales internacionales establecidos en algunos convenios bilaterales o multilaterales. Sin embargo, eso no era siempre así, bien por no existir ninguna vía de recurso interna, o bien porque el Estado de nacionalidad o el Estado receptor no habían llegado a ser parte en el CIADI o en un tratado bilateral sobre inversiones. Varios miembros habían insistido también en que la excepción contenida en el apartado *b* del artículo 18 debía utilizarse sólo en última instancia. A juicio del Relator Especial, eso se daba por sentado: no era una vía que hubiera de utilizarse a la ligera, sino que había que recurrir a ella sólo cuando no hubiese otra solución. En consecuencia, recomendó que se remitiera el apartado *b* del artículo 18 al Comité de Redacción.

3. Artículo 19[79]

a) *Presentación por el Relator Especial*

105. El Relator Especial explicó que el artículo 19 era una cláusula de salvaguardia destinada a proteger a los

[79] El artículo 19 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 19*

»Los artículos 17 y 18 se entienden sin perjuicio del derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas de una sociedad a proteger a esos accionistas cuando hayan sido directamente lesionados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.»

accionistas cuyos propios derechos, en contraposición a los de la sociedad, hubieran resultado lesionados. Como reconoció la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*, los accionistas gozaban en tal supuesto de un derecho de acción independiente y podían acogerse por derecho propio a la protección diplomática. La Sala de la Corte también examinó esta cuestión en el asunto de la sociedad *ELSI*, pero no se pronunció sobre las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a esta materia. El artículo propuesto dejaba dos cuestiones sin respuesta: en primer lugar, el contenido del derecho, o sea, cuándo se producía esa lesión directa; y, en segundo lugar, el ordenamiento jurídico que tenía que hacer esa determinación.

106. En el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte había mencionado los derechos más evidentes de los accionistas, pero la enumeración no era exhaustiva. Esto significaba que correspondía a los tribunales determinar, con arreglo a los hechos de cada caso particular, los límites de esos derechos. Sin embargo, había que poner cuidado en trazar claramente una línea divisoria entre los derechos de los accionistas y los derechos de la sociedad. No creía que fuera posible elaborar una norma aplicable en esta materia, puesto que correspondía a los tribunales resolver en cada caso particular.

107. En cuanto a la segunda cuestión, era evidente que la determinación de la norma aplicable a la cuestión de si se habían vulnerado directamente los derechos de un accionista tenía que regirse por el ordenamiento jurídico del Estado en que se había constituido la sociedad, aunque ese ordenamiento jurídico podía ser completado mediante una referencia a los principios generales del derecho internacional. No había tratado de elaborar una nueva norma, sino simplemente de volver a enunciar la que había reconocido la Corte en la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, a saber, que en los supuestos en que los derechos de los accionistas habían sido directamente lesionados, su Estado de nacionalidad podía ejercer la protección diplomática en su favor.

b) *Resumen del debate*

108. El artículo 19 obtuvo la aprobación general de la Comisión. Se expresó la opinión de que no planteaba dificultades porque codificaba el supuesto más común, es decir, el de una persona física accionista cuyo derecho subjetivo había sido lesionado, y que se ajustaba a las normas generales enunciadas en la parte del proyecto de artículos dedicada a la protección diplomática de las personas físicas.

109. Se sugirió que se considerasen en el comentario los derechos propios de los accionistas, distintos de los derechos de la sociedad. Entre tales derechos podía figurar, por ejemplo, el derecho al control y la administración de la sociedad. De hecho, se sugirió que se definiera el ámbito de la disposición y se trazara una distinción clara entre la vulneración de los derechos de los accionistas debido al perjuicio sufrido por la sociedad y la conculcación directa de los derechos conferidos a los accionistas por los estatutos y el derecho de sociedades, de los que se daban algunos ejemplos en la sentencia dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*.

110. Se preguntó si, en el supuesto de que una sociedad hubiera dejado de existir por haber sido nacionalizada y, por consiguiente, no pudiera intervenir en favor de sus accionistas ante los tribunales nacionales, los derechos de los accionistas se considerarían derechos propios. ¿Se regiría tal supuesto por el apartado *b* del artículo 18 o por el artículo 19?

111. Se sugirió que el artículo 19 podía considerarse como otra excepción a la norma enunciada en el artículo 17, una excepción que versaba sobre la lesión sufrida directamente por los accionistas. Se propuso incluso que se incorporase la disposición al artículo 18. Otros miembros opinaron que, puesto que no se planteaba la cuestión de la protección diplomática de la sociedad, el artículo 19 no podía considerarse una excepción al artículo 17.

112. En cuanto al ordenamiento jurídico al que habría que acudir para determinar los derechos de los accionistas, se expresó la opinión de que incumbía a la legislación del Estado en que se había constituido la sociedad determinar el contenido de esos derechos. Hubo acuerdo con respecto a la propuesta de que se tuviera en cuenta la posibilidad de invocar los principios generales del derecho en ciertos casos, ya que algunos ordenamientos nacionales tal vez no definieran claramente lo que constituía violación de esos derechos propios.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

113. El Relator Especial observó que el artículo 19 había presentado pocos problemas. Aunque algunos miembros habían opinado que se trataba de una excepción que sería mejor que figurase en el artículo 18, estaba persuadido de que, por coherencia con la decisión dictada en el asunto de la *Barcelona Traction*, los dos artículos debían mantenerse separados.

4. Artículo 20[80]

a) *Presentación por el Relator Especial*

114. Al presentar el artículo 20 sobre la continuidad de la nacionalidad de las sociedades, el Relator Especial observó que la práctica de los Estados en la materia se refería principalmente a las personas físicas. Recordó que en su 54.º período de sesiones, celebrado en 2002, la Comisión había aprobado el proyecto de artículo 4 [9] sobre esta cuestión[81]. El principio era importante en el caso de las personas físicas porque éstas cambiaban de nacionalidad con más frecuencia y más fácilmente que las sociedades. Una sociedad podía cambiar de nacionalidad sólo volviéndose a constituir en otro Estado, en cuyo caso cambiaba totalmente de nacionalidad, produciendo así una ruptura en la continuidad de su nacionalidad. Parecía

[80] El artículo 20 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 20*

»Un Estado está facultado para ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad que estaba constituida conforme a su legislación tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación [; con la salvedad de que, si la sociedad hubiere dejado de existir como resultado del perjuicio, el Estado de constitución de la sociedad extinta podrá no obstante presentar una reclamación con respecto a la sociedad].»

[81] Véase la nota 70 *supra*.

razonable, pues, disponer que un Estado tenía derecho a ejercer la protección diplomática con respecto a una sociedad sólo cuando ésta estaba constituida conforme a su legislación en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación.

115. No obstante, si la sociedad dejaba de existir en el lugar de su constitución a consecuencia del perjuicio que le había sido irrogado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, se planteaba la cuestión de si la reclamación tenía que ser presentada por el Estado de nacionalidad de los accionistas, de conformidad con el apartado *a* del artículo 18, o por el Estado de nacionalidad de la sociedad extinta, o por ambos Estados. El Relator Especial estaba de acuerdo con la opinión, expresada por algunos de los magistrados en el asunto de la *Barcelona Traction*, de que ambos Estados deberían tener derecho a ejercer la protección diplomática, ya que sería difícil determinar el momento exacto de la desaparición de la sociedad y habría una «zona gris» de tiempo durante la cual la sociedad estaba prácticamente extinta aunque quizás no hubiera dejado de existir formalmente. En tal supuesto, tanto el Estado de constitución de la sociedad como el Estado de nacionalidad de los accionistas deberían poder intervenir. No se le ocultaba que, en el asunto de la *Barcelona Traction*, la Corte no se había declarado partidaria de esa doble protección, aunque esa solución parecía ser la más apropiada.

116. Por último, no creía necesario elaborar una norma distinta sobre la continuidad de la nacionalidad de los accionistas a los que, siendo personas físicas, se aplicarían las disposiciones del artículo 4 [9].

b) *Resumen del debate*

117. Hubo apoyo para el proyecto de artículo 20. Se expresó la opinión de que el proyecto de artículos no debería, en principio, otorgar a las personas jurídicas en materia de continuidad de la nacionalidad un trato más favorable que a las personas físicas.

118. Según otra opinión, las dificultades que planteaba la norma de la continuidad de la nacionalidad de las personas físicas existían también en el caso de las personas jurídicas: en virtud del principio mismo de la ficción jurídica en que se basaba la protección diplomática sólo era pertinente la nacionalidad de la persona protegida en el momento del hecho internacionalmente ilícito. Ahora bien, como la Comisión había adoptado una postura diferente en el artículo 4 [9], sería incoherente adoptar otro tipo de razonamiento con respecto a las personas jurídicas.

119. Se sugirió que la excepción enunciada en el párrafo 2 del artículo 4 en relación con las personas físicas se hiciera extensiva también a las personas jurídicas.

120. Hubo apoyo al mantenimiento de la parte del artículo 20 que figuraba entre corchetes, ya que era una solución compatible con el apartado *a* del artículo 18. Sin embargo, se hizo observar que ni en el apartado *a* del artículo 18 ni en el artículo 20 el elemento importante era la desaparición legal de la sociedad. Lo más importante era que fuera efectivamente y en la práctica incapaz de defender sus derechos e intereses. Otros miembros opinaron que la disposición que figuraba entre corchetes parecía estar en contradicción con el apartado *a* del artículo 18, según el cual el Estado de nacionalidad de la sociedad ya no tenía derecho a ejercer la protección diplomática cuando la sociedad había dejado de existir. Sin embargo, en virtud de la salvedad hecha en el artículo 20, el Estado de nacionalidad seguía estando facultado para ejercer la protección diplomática en favor de la sociedad extinta. Por consiguiente, se sugirió que se suprimiera esa salvedad. A tenor de otra sugerencia, convendría dividir el artículo 20 en dos párrafos, el segundo de los cuales estaría constituido por la parte del texto que figuraba entre corchetes y en la que se habrían suprimido las palabras «con la salvedad de que», añadiéndose al final del apartado *a* del artículo 18, después de la palabra «constitución», las palabras «con la excepción prevista en el párrafo 2 del artículo 20».

121. También se expresó apoyo a la opinión del Relator Especial de que no era necesario elaborar una norma de continuidad separada para los accionistas. Sin embargo, no estaba tan claro que la norma de continuidad aplicable a las personas físicas fuera siempre aplicable también a los accionistas. Ello era así sólo en algunos casos. En otros, mucho más numerosos, los accionistas de una sociedad eran personas jurídicas.

122. Se sugirió que se sustituyeran las palabras «que estaba constituida conforme a su legislación» por «que tenía su nacionalidad», y las palabras «el Estado de constitución de la sociedad extinta» por «el Estado de nacionalidad de la sociedad extinta».

c) *Conclusiones del Relator Especial*

123. El Relator Especial observó que no se habían hecho grandes objeciones al artículo 20. Había habido, sin embargo, división de opiniones acerca de la cláusula de salvedad. También se había propuesto que se armonizara el texto del artículo con el del artículo 4 [9]. Por consiguiente, recomendó que se remitiera el artículo al Comité de Redacción.

5. Artículo 21[82]

a) *Presentación por el Relator Especial*

124. Al presentar el artículo 21, el Relator Especial recordó que el cuarto informe sobre la protección diplomática señalaba el hecho de que las inversiones extranjeras estaban cada vez más protegidas por alguno de los 2.000 tratados bilaterales sobre inversiones. Esos acuerdos ofrecían dos vías para la solución de las controversias en materia de inversiones, como alternativa a las vías de recurso internas del Estado receptor: *a*) dirimir directamente la controversia en materia de inversiones entre el inversor y el Estado receptor; y *b*) resolver la controversia sobre inversiones recurriendo al arbitraje entre el Estado de nacionalidad del inversor, fuera éste una sociedad o una

[82] El artículo 21 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 21*.—Lex specialis

»Los presentes artículos no se aplican cuando la protección de las sociedades o de los accionistas de una sociedad, incluida la solución de controversias entre las sociedades o los accionistas de una sociedad y los Estados, se rige por normas especiales de derecho internacional.»

persona física, y el Estado receptor, respecto de la interpretación o aplicación del tratado bilateral. Este segundo procedimiento normalmente estaba disponible en todos los casos y, en consecuencia, venía a reforzar el mecanismo de solución de controversias entre el inversor y el Estado. Algunos Estados eran también partes en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que preveía tribunales establecidos con los auspicios del CIADI.

125. El Relator Especial explicó que, cuando se recurría a los procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones o en el CIADI, se excluían las normas de derecho consuetudinario relativas a la protección diplomática. Era evidente que los procedimientos de solución de controversias de esas dos vías ofrecían mayores ventajas al inversor extranjero que las del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo, en el caso del derecho internacional consuetudinario había siempre una incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática. En el caso de los tratados bilaterales sobre inversiones y del CIADI, el inversor extranjero tenía acceso directo al arbitraje internacional. En el asunto *Barcelona Traction*, la CIJ reconoció la existencia de acuerdos especiales de esa clase, mostrándose favorable a considerarlos como *lex specialis*.

126. La finalidad del artículo 21 era dejar en claro que el proyecto de artículos no se aplicaba al régimen especial previsto en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones. La disposición se inspiraba en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001[83]. Se observó que el párrafo 4 del comentario al artículo 55 señalaba que, para que ese principio fuera aplicable, «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»[84].

127. El Relator Especial estimó que había una clara discrepancia entre las normas del derecho consuetudinario internacional sobre la protección diplomática de las inversiones de las sociedades, en que se preveía la protección sólo a discreción del Estado, y únicamente respecto de la propia sociedad, y el régimen especial de inversiones extranjeras establecido por tratados especiales, que confería al inversor extranjero, ya se tratara de una sociedad o de un accionista, sobre los que podía decidir un tribunal internacional. Por ello era necesario incluir esa disposición en el proyecto de artículos.

b) *Resumen del debate*

128. Se expresaron diferentes opiniones en la Comisión sobre la necesidad de incluir una disposición sobre la *lex specialis* en el proyecto de artículos. Se examinaron tres posibilidades: *a*) limitar el proyecto de artículos a los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones; *b*) volver a formularlo como una disposición más general aplicable a todo el proyecto de artículos; o *c*) suprimirlo.

129. Según un conjunto de opiniones, era conveniente incluir una disposición de esa índole, ya que aclararía la relación entre el principio y el proyecto de artículos, y reconocería la existencia del importante régimen de la *lex specialis* aplicable en materia de protección de las inversiones. Se observó que en el campo de la protección diplomática había muchas normas especiales. Algunas excluían o aplazaban esa protección estableciendo un método de solución de controversias que daba al inversor un papel directo. Otras disposiciones modificaban la necesidad de la nacionalidad de las reclamaciones o se apartaban de la norma sobre las vías de recurso internas. Según otra opinión similar, aunque la inclusión de una disposición sobre la *lex specialis* no era estrictamente necesaria, ya que se aplicaría como principio general del derecho con independencia de que se incluyera o no en el proyecto de artículos, esa inclusión no era perjudicial y podía hacerse *ex abundanti cautela*.

130. Sin embargo, se sugirió que, aunque la mayoría de esos regímenes especiales pudieran afectar a la protección diplomática de las sociedades o sus accionistas, una disposición sobre la *lex specialis* no debía limitarse a la protección de las sociedades y sus accionistas. Debía tener un ámbito más amplio y ser colocada entre las disposiciones finales del proyecto de artículos. De hecho, se expresó la opinión de que no había ninguna razón para no otorgar prelación, por ejemplo, a los tratados de derechos humanos en el contexto de la protección de las personas físicas.

131. Otros expresaron su preocupación en cuanto a la idea de dar a la disposición una aplicación más amplia en relación con el proyecto de artículos en su conjunto. Se dijo que ello excluiría el recurso a la protección diplomática de las personas físicas cuando existieran regímenes «especiales» de protección de los derechos humanos, que se basaban normalmente en convenciones multilaterales y por lo común no excluían expresamente el ejercicio de la protección diplomática. Por ello, hacer extensiva la aplicación de la disposición relativa a la *lex specialis* a las personas físicas podría dar la impresión de que la posibilidad de ejercer la protección diplomática quedaba necesariamente excluida al existir un régimen de protección de los derechos humanos. Por el contrario, ambos regímenes se habían concebido para complementarse mutuamente. Por ello se sugirió que la disposición estableciera que la *lex specialis* se aplicaría íntegra y exclusivamente sólo cuando así se dijera expresamente, y que de otro modo se aplicarían también las normas generales de derecho internacional.

132. Otra propuesta fue que el requisito de que hubiera una discrepancia real entre las dos disposiciones relativas a la misma cuestión, así como una intención discernible de que una disposición excluyera la otra, figurase en el propio texto del artículo 21. Se aludió a la diferencia entre el artículo 21 y el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos

[83] El artículo 55 dice: «Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional» [*Anuario… 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 76].

[84] Ibíd., párr. 77.

internacionalmente ilícitos, es decir, que la norma general dejaría de aplicarse no sólo cuando la cuestión de la protección diplomática se rigiera por normas especiales de derecho internacional, sino también «en la medida» en que así fuera. Otros señalaron que la disposición era distinta de la del artículo 55, que se ocupaba de los casos de contradicción entre la norma general y la norma especial. El artículo 21, en cambio, establecía un principio de preferencia: en el caso de las sociedades se daría prelación al procedimiento especial, que prevalecería sobre las normas generales. Se sugirió redactar nuevamente la disposición como una norma de prelación, de forma que la protección diplomática no quedara totalmente excluida. Se expresó también la opinión de que un régimen de prelación no se podía presumir, y que un «régimen especial» no se podía considerar siempre como el recurso que debía agotarse antes de que fuera aplicable la protección diplomática.

133. Como otra sugerencia se señaló que fundamentalmente se trataba de reconocer, en el proyecto de artículos o en el comentario, que había regímenes especiales importantes de protección de las inversiones, entre ellos, aunque no exclusivamente, los tratados bilaterales sobre inversiones, y que la finalidad del proyecto de artículos no era sustituir a esos regímenes ni modificarlos. Ese enfoque dejaría abierta la posibilidad, en esos contextos, de recurrir a las normas de derecho consuetudinario internacional en la medida en que no fueran incompatibles con esos regímenes.

134. Entre otras sugerencias para dar nueva formulación a la disposición estuvo la de redactarla como una exclusión condicional, de especificar su contenido y ámbito de aplicación, de armonizar más estrechamente su enunciado con la terminología empleada en los tratados sobre inversiones y de suprimir las palabras *«lex specialis»* del título.

135. A la inversa, otros miembros expresaron dudas sobre la necesidad misma de incluir una disposición sobre la *lex specialis*. Se señaló que esa disposición no era quizás necesaria si la *lex specialis* se basaba sólo en disposiciones de tratados. Se expresó asimismo la opinión de que una disposición de esa índole tendía a dar la falsa impresión de un mundo del «o todo o nada», en el que las normas de la protección diplomática, bien se aplicaban íntegramente, o no se aplicaban en absoluto. Por ejemplo, cuando hubiera un régimen pertinente, como el de los derechos humanos, la protección diplomática quedaría inmediatamente excluida en su integridad (lo que no sería exacto). Además, insertar una disposición así en textos elaborados por la Comisión también podía dar la impresión errónea *a contrario* de que si una convención no mencionaba la norma de la *lex specialis* era porque sus redactores se habían propuesto conferirle la condición especial de instrumento del que no era posible apartarse. Por eso era preferible tal vez suprimir el artículo totalmente y tratar la cuestión en el comentario.

c) *Conclusiones del Relator Especial*

136. El Relator Especial recordó que había propuesto el artículo 21 por dos motivos: *a*) para seguir el ejemplo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos; y *b*) para tener en cuenta que los tratados bilaterales sobre inversiones pretendían expresamente evitar el régimen de la protección diplomática por su carácter discrecional, y también conferir derechos al Estado de nacionalidad de los accionistas. Sin embargo, después de seguir el debate no estaba ya seguro de ninguna de esas dos cosas. Estaba de acuerdo en que no era preciso atenerse al proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y le convencía el argumento de que los tratados bilaterales sobre inversiones no pretendían excluir por completo el derecho internacional consuetudinario. De hecho, con frecuencia la intención de las partes era que se acudiera al derecho internacional consuetudinario para llenar las lagunas del régimen, con objeto de orientar a los tribunales cuando se tratara de interpretar esos tratados. En la medida en que el artículo 21 daba a entender que el régimen de los tratados bilaterales sobre inversiones excluía las normas consuetudinarias resultaba a un tiempo inexacto y, posiblemente, peligroso. Si se mantuviera tendría que modificarse eliminando del título las palabras «*lex specialis*», y volviendo a redactar su texto en el sentido sugerido en el debate.

137. El Relator Especial recordó además que otra crítica hecha al artículo 21 era que no había razón para limitarlo a los tratados bilaterales sobre inversiones. Había otros regímenes especiales, por ejemplo en los tratados que excluían la regla del agotamiento de los recursos internos, regímenes que comprendían normas de derechos humanos y que podrían complementar o sustituir la protección diplomática. Había tomado nota, a este respecto, de la sugerencia de que se volviera a formular el artículo como una disposición general incluida al final del proyecto de artículos. No obstante, advirtió de que ese método podría apoyar la opinión de que la protección diplomática podía quedar excluida por un tratado de derechos humanos, cuando, de hecho, la protección diplomática podía ofrecer un recurso más eficaz. En su opinión, si se quería dar la máxima protección a los derechos individuales, el individuo debía poder acogerse a todos los regímenes.

138. Reflexionando y a la luz de las preocupaciones suscitadas durante el debate, propuso que la Comisión examinara la posibilidad de suprimir el artículo 21, dejando la cuestión al comentario.

139. No obstante, la Comisión decidió enviar la disposición al Comité de Redacción, a fin de que elaborase un nuevo texto destinado a figurar al final del proyecto de artículos, por ejemplo, como una cláusula «sin perjuicio de».

6. Artículo 22[85]

a) *Presentación por el Relator Especial*

140. El Relator Especial explicó que la finalidad del artículo 22 era aplicar las normas enunciadas con respecto a las sociedades a otras personas jurídicas, con los cambios que fueran necesarios a consecuencia de las diferencias de estructura, objetivos y naturaleza de esas otras personas

[85] El artículo 22 propuesto por el Relator Especial en su cuarto informe dice así:

«*Artículo 22.—Personas jurídicas*

»Los principios enunciados en los artículos 17 a 21 con respecto a las sociedades serán aplicables *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas.»

jurídicas. El Relator Especial observó que esas otras personas jurídicas podían necesitar también protección diplomática. Varias decisiones de la CPJI habían subrayado el hecho de que otras instituciones podían tener una personalidad jurídica que podía dar lugar a la protección diplomática. No había motivo, por ejemplo, para que un Estado no protegiera a una universidad si sufría un perjuicio en el extranjero, siempre que fuera una universidad totalmente privada. En el caso de un perjuicio causado a una universidad pública, sería el Estado el que resultaría directamente perjudicado. Se refirió también al ejemplo de las fundaciones y de las organizaciones no gubernamentales, que desempeñaban cada vez más una labor filantrópica en el extranjero en materia de salud, bienestar, derechos humanos, derechos de la mujer, etc. En su opinión, esas fundaciones y organizaciones no gubernamentales (a pesar de la opinión contraria de algunos tratadistas) debían ser protegidas en el extranjero.

141. Señaló que no era posible redactar proyectos de artículo que trataran de la protección diplomática de todas las clases de personas jurídicas distintas de las sociedades. La dificultad era que no había coherencia ni uniformidad entre los ordenamientos jurídicos con respecto a la atribución de la personalidad jurídica, lo que se traducía en una amplia variedad de personas jurídicas de características diferentes: sociedades, empresas públicas, universidades, escuelas, fundaciones, iglesias, colectividades locales, asociaciones sin fin lucrativo, organizaciones no gubernamentales e incluso, en algunos países, sociedades de personas (*partnerships*). La imposibilidad de encontrar características comunes o uniformes en todas esas personas jurídicas explicaba el hecho de que la doctrina tanto en derecho internacional público como en derecho internacional privado acostumbrara a centrar su atención en las sociedades. Como otro motivo señaló que eran las sociedades las que se dedicaban al comercio internacional y la inversión extranjera, lo que hacía que la mayor parte de la jurisprudencia sobre el tema guardase relación con controversias en materia de inversiones que afectaban a las sociedades y no a otras personas jurídicas. La complejidad de la cuestión quedaba ilustrada por la sociedad personalista (*partnership*): en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, especialmente en el derecho anglosajón, la sociedad de personas no tenía personalidad jurídica. Sin embargo, en algunos se les atribuía tal personalidad. Por consiguiente, una sociedad personalista podía ser considerada persona jurídica en un Estado y en otro no.

142. En esas circunstancias, la única forma de avanzar era centrarse en la sociedad, e incluir luego una cláusula general, como la del artículo 22, que hiciera extensivo *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas los principios aplicables a las sociedades. Señaló además que la mayoría de los casos relativos a la protección diplomática de personas jurídicas distintas de las sociedades quedarían comprendidos en los proyectos de artículo 17 y 20, y que los artículos 18 y 19, relativos a la protección de los accionistas, no se aplicarían a las personas jurídicas distintas de las sociedades.

b) *Resumen del debate*

143. Se expresó apoyo a la opinión de que no sería posible redactar otros artículos que tratasen de la protección diplomática de cada clase de persona jurídica. La dificultad principal de ese enfoque era la infinita variedad de formas que podían adoptar las personas jurídicas, en función de la legislación interna de los Estados. Se expresó también la opinión de que podía ser de cierta utilidad práctica mantener esa disposición, para indicar que tales casos, aunque raros, existían, como demostraba el asunto *Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*[86].

144. Aunque la inclusión de la expresión *mutatis mutandis* obtuvo cierto apoyo, ya que se había convertido en un uso jurídico aceptado, se dijo también que ello no resolvería por completo el problema. Se indicó que la dificultad era que decía poco sobre las circunstancias que supondrían la aplicación de una norma diferente, y también sobre el contenido de esa norma diferente, es decir, sobre qué sería lo que provocaría el cambio y de qué clase de cambio se trataría. Por ello, se expresó preferencia por una norma positiva que tratara de las personas jurídicas distintas de las sociedades y se basara en un análisis de la práctica de los Estados. Se propuso la siguiente redacción: «El Estado facultado para ejercer la protección diplomática de una persona jurídica distinta de una sociedad es el Estado conforme a cuya legislación se ha atribuido la personalidad jurídica, siempre que el centro de administración se halle o la inscripción en el registro se efectúe en el territorio del mismo Estado».

145. Según otra propuesta, había que incluir en el texto el requisito del reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de una entidad determinada por los Estados interesados. Otros mantuvieron que sólo debía exigirse el reconocimiento por parte del Estado que presentara la reclamación de protección diplomática, porque, si fuera necesario el reconocimiento mutuo, el Estado que no reconociera determinadas entidades, como las organizaciones no gubernamentales, podría hacer con ellas lo que quisiera. De hecho, se recordó que ese requisito de reconocimiento mutuo no se incluía en el contexto de las sociedades. Según otro punto de vista, el aspecto común de todas las personas jurídicas era el ser titulares de derechos y obligaciones. Si en derecho interno una entidad había sido considerada como persona jurídica, eso bastaría para el ordenamiento jurídico internacional, que habría de tenerlo en cuenta a efectos de la protección diplomática. Otros sugirieron que podría dejarse al Estado determinar si deseaba ejercer la protección diplomática con respecto a la persona jurídica o no.

146. Algunos miembros expresaron su preocupación por el recurso a la protección diplomática por los Estados en el caso de personas jurídicas distintas de las sociedades, como las organizaciones no gubernamentales, cuya creación y funcionamiento se regían generalmente por el derecho interno de esos Estados. Se recordó que el ejercicio de la protección diplomática era esencialmente una decisión política, y se mantuvo que era posible que un Estado se sintiera inclinado a apoyar a una persona jurídica, establecida en su territorio, frente a otro Estado con el que no mantuviera relaciones cordiales. Por ello, se expresó preferencia por una redacción clara del artículo 22 que indicara si las organizaciones no

[86] Fallo, *1933, C.P.J.I. série A/B, n.º 61*, pág. 208.

gubernamentales gozarían de eprotección o no. De hecho se sostuvo la opinión de que, en la mayoría de los casos, las organizaciones no gubernamentales no tenían una vinculación suficiente con el Estado de inscripción para que éste ejerciera la protección diplomática. Algunos otros miembros opinaron que la protección diplomática abarcaba todas las demás personas jurídicas, incluidas las organizaciones no gubernamentales, y que de todos modos los Estados gozaban del derecho discrecional de proteger a sus propios nacionales.

147. Otros expresaron dudas sobre la conveniencia de incluir siquiera la disposición, ya que se disponía de información jurídica insuficiente, incluida la relativa a la práctica de los Estados, para elaborar proyectos de normas sobre la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades. También se expresó la preocupación de que el artículo 22 planteaba problemas mucho más complejos de lo que parecía a primera vista, y que la asimilación de esas otras personas jurídicas a las sociedades y los accionistas era muy difícil. Se propuso que la cuestión fuera objeto más bien de un estudio separado.

148. Por lo que se refiere a otras sugerencias, se señaló que la referencia a los artículos 17 a 21 era inexacta, dado que los artículos 18 y 19 no se aplicaban, por lo que había que sustituirla simplemente por «en los artículos 17 y 20». Además, su título podría ser «Otras personas jurídicas». Otros miembros pusieron en duda la necesidad de referirse a los «principios».

c) *Conclusiones del Relator Especial*

149. El Relator Especial observó que la práctica de los Estados relativa a las circunstancias en que el Estado protegía a personas jurídicas distintas de las sociedades era escasa. Las sociedades eran las personas jurídicas que se dedicaban con más frecuencia al comercio internacional, y por ello ocupaban un lugar sumamente destacado en los litigios internacionales. El problema era cómo tratar una situación en la que había poca, o ninguna, práctica estatal, y atender al mismo tiempo a la necesidad real de ocuparse de las personas jurídicas distintas de las sociedades en el proyecto de artículos. Se recordó que, durante el debate sobre la protección de las sociedades, algunos miembros de la Comisión habían planteado la cuestión de la protección de otras personas jurídicas. Cuestiones análogas podían plantearse en la Sexta Comisión y en la comunidad jurídica internacional si no se incluía ninguna disposición en el proyecto de artículos. En su opinión, no era apropiado evitar el tema simplemente porque no había suficiente práctica de los Estados. Había que incluir una disposición al respecto, bien porque se trataba de un principio general del mismo tipo que el enunciado en el asunto *Barcelona Traction*[87], o bien porque se podría recurrir a él por analogía o a modo de desarrollo progresivo.

150. El Relator Especial señaló que varios miembros habían manifestado tener dificultades en relación con las organizaciones no gubernamentales. Aclaró que su intención no era ocuparse de la situación jurídica de esas entidades en el proyecto de artículos. Su planteamiento consistía simplemente en reconocer que, si el problema surgía, había que acudir a los principios de la protección diplomática de las sociedades y aplicarlos *mutatis mutandis*. Observó que, sin perjuicio de diversas sugerencias de redacción, la mayoría de la Comisión parecía apoyar ese planteamiento, así como la inclusión de la expresión *mutatis mutandis*.

151. Por consiguiente, la propuesta era que la Comisión remitiese el proyecto de artículo al Comité de Redacción a fin de que éste redactara una disposición flexible que estuviera abierta a la evolución de la práctica relativa a la aplicación de la protección diplomática a otras personas jurídicas.

C.—Texto de los proyectos de artículos sobre la protección diplomática aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión

1. Texto de los proyectos de artículos

152. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículos aprobados provisionalmente hasta ahora por la Comisión.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Primera parte

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.—Definición y alcance

1. La protección diplomática consiste en el recurso a la acción diplomática u otros medios de solución pacífica por un Estado que asume, por derecho propio, la causa de uno de sus nacionales en razón de un perjuicio sufrido por éste dimanante de un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

2. La protección diplomática podrá ejercerse con respecto a no nacionales, de conformidad con el artículo 7 [8][88].

Artículo 2 [3][89].—Derecho a ejercer la protección diplomática

Un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con estos artículos.

Segunda parte

PERSONAS FÍSICAS

Artículo 3 [5][90].—Estado de nacionalidad

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

2. A los efectos de la protección diplomática de las personas físicas, se entiende por «Estado de nacionalidad» el Estado cuya nacionalidad ha adquirido la persona a quien se pretende proteger por razón de lugar de nacimiento, filiación, sucesión de Estados, naturalización

[87] Véase la nota 72 *supra*.

[88] Este párrafo volverá a examinarse si se incluyen otras excepciones en el proyecto de artículos. Véase el comentario en *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párr. 281.

[89] Los números entre corchetes corresponden a los de los artículos propuestos por el Relator Especial. El comentario figura en ibíd.

[90] El artículo 3 [5] se revisará en relación con el examen por la Comisión de la protección diplomática de las personas jurídicas. El comentario figura en ibíd.

o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional.

Artículo 4 [9][91]*.—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.

Artículo 5 [7][92]*.—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un tercer Estado*

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

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

Artículo 6[93]*.—Nacionalidad múltiple y reclamación frente a un Estado de nacionalidad*

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

Artículo 7 [8][94]*. —Apátridas y refugiados*

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

2. Un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que ese Estado reconozca la condición de refugiado cuando esa persona, en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.

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

Artículo 8 [10][95]*.—Agotamiento de los recursos internos*

1. Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8][96] antes que la persona lesionada, no obstante lo dispuesto en el artículo 10 [14], haya agotado todos los recursos internos.

2. Por «recursos internos» se entiende los recursos que de derecho puede interponer la persona lesionada ante los tribunales u órganos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado presuntamente responsable del perjuicio.

Artículo 9 [11][97]*.—Tipo de reclamaciones*

Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8][98].

Artículo 10 [14][99]*.—Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos*

No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

a) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;

b) En la tramitación del recurso exista dilación indebida atribuible al Estado presuntamente responsable;

c) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable o las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos;

d) El Estado presuntamente responsable haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos[100].

2. Texto de los proyectos de artículo y los comentarios correspondientes aprobados en el 55.º período de sesiones de la Comisión

153. A continuación se reproduce el texto de los proyectos de artículo 8 [10], 9 [11] y 10 [14] y de los comentarios correspondientes aprobado por la Comisión en su 55.º período de sesiones.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Artículo 8 [10][101]*.—Agotamiento de los recursos internos*

1. Un Estado no podrá formular una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8][102] antes que la persona lesionada, no obstante lo dispuesto en el artículo 10 [14], haya agotado todos los recursos internos.

2. Por «recursos internos» se entiende los recursos que de derecho puede interponer la persona lesionada ante los tribunales u órganos judiciales o

[91] El comentario figura en ibíd.

[92] Ibíd.

[93] Ibíd.

[94] Ibíd.

[95] Los artículos 8 [10], 9 [11] y 10 [14] se incluirán en una futura cuarta parte titulada «Recursos internos», con una nueva numeración. Véase el comentario en la sección C.2 *infra*.

[96] La remisión del artículo 7 [8] se examinará de nuevo si se incluyen en el proyecto de artículos otras excepciones a la regla de la nacionalidad. Véase el comentario en la sección C.2 *infra.*

[97] Véase la nota 95 *supra*.

[98] Véase la nota 96 *supra*.

[99] Véase la nota 95 *supra*.

[100] El apartado *d* podrá examinarse nuevamente con miras a incluirlo en una disposición distinta titulada «Renuncia».

[101] Véase la nota 95 *supra*.

[102] Véase la nota 96 *supra*.

administrativos, ordinarios o especiales, del Estado presuntamente responsable del perjuicio.

Comentario

1) El artículo 8 trata de codificar la norma de derecho internacional consuetudinario que requiere el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para la presentación de una reclamación internacional. Esta norma fue reconocida por la CIJ en el asunto *Interhandel* como principio «bien establecido en el derecho internacional consuetudinario»[103] y por una Sala de la Corte en el asunto *ELSI*, como «importante principio de derecho internacional consuetudinario»[104]. El agotamiento de los recursos internos garantiza que «el Estado en que había tenido lugar la infracción tuviera la oportunidad de rectificarla por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno»[105]. La Comisión ha examinado anteriormente el agotamiento de los recursos internos en el contexto de su labor sobre la responsabilidad de los Estados, llegando a la conclusión de que es un «principio de derecho internacional general» apoyado por las decisiones judiciales, la práctica de los Estados, los tratados y la doctrina[106].

2) Tanto las personas físicas como las jurídicas deben agotar los recursos internos. También las sociedades extranjeras financiadas en parte o principalmente con fondos públicos deben agotar los recursos internos cuando realizan *acta jure gestionis*. Igualmente, los no nacionales del Estado que ejerce la protección, con derecho a protección diplomática en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 7 [8], deben agotar los recursos internos.

3) El párrafo 1 se refiere a la formulación de una reclamación y no a su presentación, ya que el término «formular» refleja más exactamente el proceso de que se trata que la palabra «presentar», que sugiere un acto formal al que se atribuyen consecuencias, y que se utiliza mejor para designar el momento en que la reclamación se interpone oficialmente.

4) La expresión «todos los recursos internos» debe interpretarse en relación con el artículo 10 [14], que enuncia las circunstancias excepcionales en que no es preciso agotar los recursos internos. Las sugerencias de que se aludiera en esta disposición a la necesidad de agotar sólo los recursos internos «adecuados y eficaces» no se recogieron por dos razones. En primer lugar porque esa salvedad del requisito del agotamiento de los recursos internos requiere atención especial en una disposición separada. En segundo lugar, el hecho de que recaiga generalmente en el Estado demandado la carga de probar que existen recursos internos, mientras que incumbe generalmente al Estado demandante la de probar que la persona lesionada no tiene a su disposición vías de recurso efectivas[107], requiere tratar por separado estos dos aspectos de la regla de los recursos internos.

5) Los recursos disponibles para un extranjero, que deben ser agotados antes de formular una reclamación internacional, varían inevitablemente según los Estados. Por ello, ninguna codificación puede ofrecer una norma absoluta por la que se rijan todas las situaciones. El párrafo 2 trata de describir, en términos generales, las principales clases de recursos que deben agotarse[108]. En el primer caso, es evidente que el nacional extranjero debe agotar todos los recursos judiciales disponibles en el derecho interno del Estado demandado. Si ese derecho autoriza a apelar en las circunstancias del caso al más alto órgano jurisdiccional, habrá que interponer esa apelación a fin de obtener una decisión firme sobre la cuestión. A ese respecto, los tribunales incluyen tanto los ordinarios como los especiales, porque «la cuestión esencial no es saber si se trata de un recurso ordinario o extraordinario, sino si ofrece un remedio eficaz y suficiente»[109]. Hay que agotar también los recursos administrativos. Sin embargo, el extranjero lesionado sólo está obligado a agotar los recursos de esa índole que puede hacer valer de derecho y que pueden llevar a una decisión obligatoria, de conformidad con la máxima *ubi jus, ibi remedium*. No está obligado a dirigirse al poder ejecutivo para que éste le conceda una reparación en el ejercicio de poder discrecional. Los recursos internos no incluyen los recursos a título de gracia[110] ni aquellos «cuyo objeto es obtener un favor y no hacer valer un derecho»[111].

---

[103] Fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 27. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 64.

[104] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 73 *supra*), pág. 42, párr. 50.

[105] Asunto *Interhandel* (véase la nota 103 *supra*).

[106] Véanse el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura, *Anuario… 1996*, vol. II (segunda parte), cap. III, secc. D.1[el proyecto de artículo 22 fue aprobado por la Comisión en su 29.º período de sesiones y su texto y el comentario correspondientes figuran en *Anuario… 1977*, vol. II (segunda parte), cap. II, secc. B, págs. 32 a 53]; y el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos adoptado por la Comisión en su 53.º período de sesiones (nota 6 *supra*); el comentario a este artículo figura en las páginas 129 y 130.

[107] La cuestión de la carga de la prueba fue examinada por el Relator Especial en la sección C de su tercer informe sobre la protección diplomática (véase la nota 69 *supra*). La Comisión decidió no incluir un proyecto de artículo sobre ese tema [véase *Anuario… 2002*, vol. II (segunda parte), párrs. 240 a 252]. Véase también el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 73 *supra*), en las págs. 46 a 48, párrs. 59 a 63.

[108] En el asunto *Ambatielos*, el tribunal arbitral declaró que «se tiene que haber puesto a prueba todo el sistema de protección jurídica previsto en el derecho interno» [sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), pág. 120]. Véase además sobre este tema, C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990.

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

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

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

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

para que una demanda internacional sea admisible, basta que se haya sometido el fondo de la demanda a los órganos jurisdiccionales competentes y que se haya perseverado hasta donde lo permitan las leyes y los procedimientos locales, y ello sin éxito[112].

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

todos los argumentos de hecho y de derecho aducidos por el Gobierno demandante […] deben haber sido examinados por los tribunales internos, que deben haber estatuido al respecto[113].

7) Por consiguiente, el litigante extranjero debe presentar todas las pruebas de que disponga en apoyo del fondo de su demanda durante el proceso de agotamiento de los recursos internos[114]. No puede acogerse a la vía de recurso internacional que le ofrece la protección diplomática para compensar la mala preparación o la mala presentación de su demanda en el ámbito interno[115].

Artículo 9 [11][116].—Tipo de reclamaciones

Se deberán agotar los recursos internos cuando una reclamación internacional, o una petición de sentencia declarativa relacionada con la reclamación, se funde predominantemente en un perjuicio causado a un nacional o a una de las personas a que se refiere el artículo 7 [8][117].

Comentario

1) El agotamiento de los recursos internos sólo se aplica en los casos en que el Estado que formula la reclamación ha sido perjudicado «indirectamente», es decir, en la persona de su nacional[118]. No es aplicable cuando el Estado autor de la reclamación es perjudicado directamente por el hecho ilícito de otro Estado, por cuanto en este caso el Estado tiene claramente una razón propia para presentar una reclamación internacional.

2) En la práctica, es difícil decidir si la reclamación es «directa» o «indirecta» cuando es «mixta», en el sentido de que contiene elementos tanto de perjuicio para el Estado como de perjuicio para los nacionales del Estado. Muchas controversias sometidas a los tribunales internacionales corresponden al fenómeno de la reclamación mixta. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*[119], hubo una violación directa por parte de la República Islámica del Irán de la obligación de proteger a los diplomáticos y cónsules de los Estados Unidos de América, pero al mismo tiempo hubo un perjuicio para la persona de los nacionales (diplomáticos y cónsules) retenidos como rehenes; y en el asunto *Interhandel*[120], Suiza alegó haber sido lesionada directamente, por la violación de un tratado, y también indirectamente, por el perjuicio causado a una sociedad suiza. En el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ trató la reclamación como una violación directa del derecho internacional; y en el asunto *Interhandel*, decidió que la reclamación era preponderantemente indirecta y que Interhandel no había agotado los recursos internos.

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

la Sala no duda que la cuestión que predominantemente influye en la demanda de los Estados Unidos en su conjunto es el presunto perjuicio sufrido por Raytheon y Machlett [sociedades estadounidenses][121].

Muy próximo al criterio de la preponderancia, el criterio de la condición *sine qua non*, o «a falta de», plantea la cuestión de si la reclamación que comprende elementos de perjuicio tanto directo como indirecto se habría presentado si no fuera por la demanda por cuenta del nacional lesionado. Si la respuesta es negativa, la reclamación es indirecta y deben agotarse los recursos internos. No es mucho, sin embargo, lo que distingue el criterio de la preponderancia del criterio «a falta de». Si una reclamación se basa preponderantemente en el perjuicio sufrido por un nacional, ello indica que la reclamación no se habría presentado a falta de ese perjuicio. En esas circunstancias, la Comisión prefirió adoptar un solo criterio, es decir, el de la preponderancia.

4) Los otros «criterios» invocados para determinar si la reclamación es directa o indirecta no son tanto criterios como factores que deben considerarse al decidir si la reclamación se inclina predominantemente en el sentido de una reclamación directa o de una reclamación indirecta, o si no se habría presentado a falta del perjuicio causado al nacional. Los principales factores que deben considerarse para hacer esa determinación son el objeto de la controversia, la naturaleza de la reclamación y la reparación exigida. Así, cuando el objeto de la contro-

[112] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 73 *supra*), pág. 46, párr. 59.

[113] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 110 *supra*), pág. 1502.

[114] Véase el asunto *Ambatielos* (nota 108 *supra*).

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

[116] Véase la nota 95 *supra*.

[117] Véase la nota 96 *supra*.

[118] Esto concuerda con el principio expuesto por la CPJI en el asunto *Concessions Mavrommatis en Palestine*, según el cual «[a]l asumir la causa de uno de los suyos, al poner en marcha, en su favor, la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus súbditos» (fallo n.º 2, *1924, C.P.J.I. série A, n.º 2*, pág. 12).

[119] Fallo, *C.I.J. Recueil 1980*, pág. 3. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 145.

[120] Véase la nota 103 *supra*.

[121] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 73 *supra*), pág. 43, párr. 52. Véase también el asunto *Interhandel* (nota 103 *supra*), pág. 28.

versia sea un funcionario diplomático[122] o un bien del Estado[123], la reclamación será normalmente directa, y si el Estado trata de obtener una indemnización por cuenta de su nacional, la reclamación será indirecta.

5) El artículo 9 [11] deja en claro que los recursos internos deben agotarse no sólo con respecto a una reclamación internacional sino también con respecto a una petición de sentencia declarativa que se base predominantemente en un perjuicio causado a un nacional. Aunque se pueda considerar que si el Estado no pide una indemnización de daños y perjuicios para un nacional lesionado, sino simplemente una decisión sobre la interpretación y aplicación de un tratado no hay necesidad de agotar los recursos internos[124], hay casos en que se ha exigido a un Estado que agote los recursos internos cuando pedía una sentencia declarativa relativa a la interpretación y aplicación de un tratado supuestamente violado por el Estado demandado en relación o con ocasión del trato ilícito dado a un nacional del Estado demandante[125]. El artículo 9 [11] deja en claro que una petición de sentencia declarativa no supone en sí exención de la regla del agotamiento de los recursos internos. Cuando la petición de sentencia declarativa es accesoria a una reclamación en que se alega un perjuicio a un nacional o está relacionada con ella —*vinculada o no a una demanda de indemnización o restitución en favor del nacional lesionado*— sigue siendo posible que un tribunal falle que, dadas las circunstancias del caso, la petición de sentencia declarativa se basa principalmente en el perjuicio causado al nacional. Una decisión de esa índole sería justa y razonable en los casos en que se hubiera probado que el Estado demandante había pedido deliberadamente una sentencia declarativa a fin de evitar el cumplimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

Artículo 10 [14][126]*.—Excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos*

No habrán de agotarse los recursos internos cuando:

***a*) Los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz;**

***b*) En la tramitación del recurso exista una dilación indebida atribuible al Estado presuntamente responsable;**

***c*) No exista vínculo pertinente entre la persona lesionada y el Estado presuntamente responsable o las circunstancias del caso hagan de otro modo que no sea razonable agotar los recursos internos;**

***d*) El Estado presuntamente responsable haya renunciado a exigir que se agoten los recursos internos[127].**

Comentario

1) El artículo 10 [14] trata de las excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos. Los apartados *a* a *c*, que tratan de las circunstancias que hacen injusto o poco razonable exigir a un extranjero lesionado que agote los recursos internos como condición previa para formular una reclamación son claras excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos. El apartado *d* trata de un caso diferente, que se produce cuando el Estado demandado ha renunciado a exigir la observancia de esa regla. Como esta excepción no es de la misma naturaleza que las que figuran en los apartados *a* a *c*, quizás sea necesario, en una etapa ulterior, regular este supuesto en una disposición separada[128].

Apartado a

2) El apartado *a* versa sobre la excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que a veces se denomina, en términos generales, excepción de «inutilidad» o de «ineficacia». La Comisión examinó tres opciones para formular una norma que recogiera las circunstancias en que no sería necesario agotar los recursos internos:

a) Los recursos internos son manifiestamente inútiles;

b) Los recursos internos no ofrecen ninguna perspectiva razonable de éxito;

c) Los recursos internos no ofrecen ninguna posibilidad razonable de reparación eficaz.

Las tres opciones cuentan con cierto apoyo entre los autores.

3) La Comisión examinó el criterio de la «inutilidad manifiesta», expuesto por el árbitro Bagge en el asunto *Arbitrage relatif aux navires finlandais*[129], pero decidió que ese criterio fijaba un umbral demasiado alto. En cambio, la Comisión estimó que el criterio de la «falta de perspectiva razonable de éxito», aceptado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en varias decisiones[130], era demasiado generoso para el demandante. En

[122] Véase el asunto *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (nota 119 *supra*).

[123] Véase el asunto *Détroit de Corfou*, fondo, fallo, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 4. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 7.

[124] Véanse los asuntos *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentencia de 9 de diciembre de 1978, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (n.º de venta: E/F.80.V.7), pág. 415; y *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1988*, págs. 12 y ss., en particular pág. 29, párr. 41.

[125] Véanse los asuntos *Interhandel* (nota 103 *supra*), págs. 28 y 29; y *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 73 *supra*), pág. 43.

[126] Véase la nota 95 *supra*.

[127] Véase la nota 100 *supra*.

[128] Ibíd.

[129] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 110 *supra*), pág. 1504.

[130] Véanse el asunto *Retimag S. A.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 712/60, decisión de 16 de diciembre de 1961, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, págs. 385 y ss., en particular pág. 400; y el asunto *X, Y et Z* c. *Royaume-Uni*, demandas n.os 8022/77 y 8027/77, decisión de 8 de diciembre de 1979, Consejo de Europa, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 18, págs. 66 y ss., en particular pág. 74. Véase también el comentario al artículo 22 del proyecto de artículos

consecuencia, prefirió la tercera opción, que evita los términos rigurosos de «inutilidad manifiesta» pero impone sin embargo una pesada carga al demandante al exigirle que pruebe que, en las circunstancias del caso, y atendiendo al ordenamiento jurídico del Estado demandado, no hay una posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz. Este criterio tiene su origen en el voto particular de Sir Hersch Lauterpacht en el asunto *Emprunts norvégiens*[131] y es apoyado por una parte de la doctrina[132]. Además, concuerda con las decisiones judiciales que han mantenido que no han de agotarse los recursos internos cuando el tribunal interno no sea competente para conocer de la controversia de que se trate[133]; cuando la legislación nacional que justifica los actos impugnados por el extranjero no sea examinada por el tribunal interno[134]; cuando sea notorio que los tribunales internos carecen de independencia[135]; cuando haya una serie constante y bien establecida de precedentes contrarios a los extranjeros[136]; quando los tribunales internos no ofrezcan al extranjero una vía de recurso apropiada y suficiente[137]; o cuando el Estado demandado no tenga un sistema adecuado de protección judicial[138].

4) La cuestión de si los recursos internos ofrecen o no una posibilidad razonable de reparación eficaz debe determinarse atendiendo al derecho interno y las circunstancias en el momento en que se apliquen. Es una cuestión que decidirán los tribunales internacionales competentes encargados de examinar el agotamiento de los recursos internos. La decisión en esta materia debe tomarse sobre la base de que la reclamación es fundada[139].

Apartado b

5) La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una demora excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en los intentos de codificación[140], los instrumentos y prácticas de derechos humanos[141], las decisiones judiciales[142] y la doctrina.

sobre la responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en su 29.º período de sesiones (nota 106 *supra*).

[131] Véase *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (Francia *c*. Noruega), fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, págs. 9 y ss., en particular pág. 39. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 55.

[132] Véase el tercer informe sobre la protección diplomática (nota 69 *supra*), párr. 35.

[133] Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, *1939, C.P.J.I. série A/B, n.º 76*, págs. 4 y ss., en particular pág. 18; y *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, *American Journal of International Law*, vol. 28 (1934), págs. 760 y ss., en particular pág. 789; las reclamaciones de *Rosa Gelbtrunk*, sentencia de 2 de mayo de 1902, y de la *Salvador Comercial Company («El Triunfo Company»)*, sentencia de 8 de mayo de 1902, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), págs. 455 y ss., en particular págs. 467 a 479; el asunto *The Lottie May Incident* (arbitraje entre Honduras y el Reino Unido), sentencia arbitral de 18 de abril de 1899, Naciones Unidas, ibíd., págs. 29 y ss., en particular pág. 31; el voto particular del magistrado Lauterpacht en el asunto de los *Affaire relative à certains emprunts norvégiens* (nota 131 *supra*), págs. 39 y 40; y el asunto *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 110 *supra*), pág. 1535.

[134] Véase el asunto *Arbitration under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (nota *supra*). Véanse también los asuntos *Forêts du Rhodope central*, fondo, sentencia de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1405; *Ambatielos* (nota 108 *supra*); e *Interhandel* (nota 103 *supra*), pág. 28.

[135] Véanse los asuntos *Robert E. Brown (United States)* v. *Great Britain*, sentencia arbitral de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 120; y *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, n.º 4 [para este asunto véase también *International Legal Materials*, vol. 28 (1989), págs. 291 y ss., en particular págs. 304 a 309].

[136] Véanse los asuntos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 133 *supra*); *Lisman*, sentencia de 5 de octubre de 1937, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales* vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), págs. 1767 y ss. en particular pág. 1773; *Seguranca*, sentencia de 27 de septiembre de 1939, Naciones Unidas, ibíd., págs. 1861 y ss., en particular pág. 1868; *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 110 *supra*), pág. 1495; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 27/55, decisión de 31 de mayo de 1956, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, pág. 138; *X.* c. *République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 352/58, decisión de 4 de septiembre de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, págs. 342 y ss., en particular pág. 344; y *X* c. *Austria*, demanda n.º 514/59, decisión de 5 de enero de 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, págs. 197 y ss., en particular pág. 203.

[137] Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 110 *supra*), págs. 1496 y 1497; *Velásquez Rodríguez* c. *Honduras* (nota 135 *supra*); *Yağci et Sargin* c. *Turquie*, sentencia de 8 de junio de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 319, págs. 3 y ss., en particular pág. 17, párr. 42; y *Hornsby* c. *Grèce*, sentencia de 19 de marzo de 1997, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n.º 33, págs. 495 y ss., en particular pág. 509, párr. 37.

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

[139] Véanse los asuntos *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (nota 110 *supra*), pág. 1504; y *Ambatielos* (nota 108 *supra*), págs. 119 y 120.

[140] Véanse el examen de los primeros intentos de codificación por el Relator Especial García Amador en su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, *Anuario… 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 171 a 227, en particular págs. 219 a 222; y el párrafo 2 del artículo 19 del proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1960 por la Facultad de Derecho de Harvard (Harvard Research on International Law), reproducido en L. B. Sohn y R. R. Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *American Journal of International Law*, vol. 55 n.º 3 (julio de 1961), pág. 545, en pág. 577.

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

[142] Véanse los asuntos *El Oro Mining and Railway Company (Limited)* (Gran Bretaña) *c*. Estados Unidos Mexicanos, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), págs. 191 y ss., en particular pág. 198; y *Administration du Prince von Pless*, excepciones preliminares, *1933, C.P.J.I. série A/B, n.º 52*, pág. 11 y en particular pág. 16.

La Comisión tuvo conciencia de la dificultad de dar un contenido objetivo al significado de «dilación indebida», o de tratar de establecer un plazo fijo para hacer efectivos los recursos internos. Cada asunto debe juzgarse por separado. Como declaró la Comisión de Reclamaciones Británico-mexicana en el asunto *El Oro Mining and Railway Company*:

> La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el plazo en que se supone que el tribunal dicte sentencia. Ello dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso[143].

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

Apartado c

7) La excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos que figura en el apartado *a* del artículo 10 [14], según la cual no habrán de agotarse los recursos internos cuando «no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener una reparación eficaz», no incluye los supuestos en que esos recursos internos podrían ofrecer una posibilidad razonable de reparación, pero sería poco razonable o causaría grandes dificultades al extranjero lesionado agotar los recursos internos. Por ejemplo, aunque existan recursos internos eficaces, sería poco razonable e injusto exigir a una persona lesionada que agotase esos recursos cuando sus bienes hubieran sufrido daños ambientales causados por la contaminación, la lluvia radiactiva o la caída de objetos espaciales procedentes de un Estado en el que no estuvieran situados sus bienes; o si se encuentra a bordo de una aeronave derribada por un Estado cuyo espacio aéreo haya sido violado accidentalmente; o cuando el Estado demandado u otro órgano pone graves obstáculos para utilizar sus recursos internos. Se ha sugerido que en tales casos los recursos internos no deben agotarse, por la falta de un vínculo voluntario o conexión territorial entre el individuo lesionado y el Estado demandado, o por la existencia de la excepción de dificultades especiales.

8) Hay apoyo en la doctrina para la tesis de que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha habido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como por ejemplo la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con ese Estado[144]. Los que defienden este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la regla del agotamiento de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba actividades comerciales en un país extranjero era lesionado por la actuación de ese Estado y, por consiguiente, cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que debe considerarse que el nacional que se traslada al extranjero aceptará normalmente el derecho del país tal como lo encuentra, incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia, en la actualidad puede ocurrir que un particular sea lesionado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio, o por algún acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos los daños ambientales transfronterizos (como la explosión de la central nuclear de Chernóbil cerca de Kiev, en Ucrania, que causó una lluvia radiactiva que llegó hasta el Japón y Escandinavia) y el hecho de derribar una aeronave que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en el que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que había penetrado por accidente en su espacio aéreo[145]). La base de esa norma del vínculo voluntario o conexión territorial es que el extranjero asume el riesgo en un Estado extranjero. Sólo cuando se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado cabe esperar de él que agote los recursos internos.

9) Ni la jurisprudencia ni la práctica de los Estados ofrecen una orientación clara sobre la existencia de esa excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos. Aunque hay pronunciamientos jurisdiccionales que apoyan la existencia de una excepción en los asuntos *Interhandel*[146] y *Salem* (Egipto/Estados Unidos)[147], en otros asuntos[148], los tribunales han mantenido la aplicabilidad de la regla del agotamiento de los recursos internos a pesar de la ausencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado demandado. Tanto en el asunto *Emprunts norvégiens*[149] como en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955*[150] se hizo hincapié en el requisito del vínculo voluntario, pero en ninguno de los dos casos la CIJ adoptó una decisión al respecto. En el asunto *Fonderie de Trail* (Trail Smelter)[151], relativo a una

[143] Véase la nota *supra.*

[144] Véanse Amerasinghe, *op. cit.* (nota 108 *supra*), pág. 138; y T. Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *The British Year Book of International Law, 1959*, págs. 83 y ss., en particular pág. 94.

[145] *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), fallo, *C.I.J. Recueil 1959*, pág. 127. Véase también *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991* (nota 10 *supra*), pág. 67.

[146] En este asunto, la CIJ declaró: «[…] se ha considerado necesario que el *Estado en que tuvo lugar la infracción** tenga una oportunidad de subsanarla por sus propios medios» (véase la nota 103 *supra*), pág. 27.

[147] En este asunto, un tribunal arbitral declaró que «por norma, todo extranjero debe reconocer que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona» [sentencia de 8 de junio de 1932, Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1202].

[148] *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre* (véase la nota 110 *supra*); *Ambatielos* (véase la nota 108 *supra*).

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

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

[151] Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1905. Véase también *American Journal of International Law*, vol. 33 (1939), pág. 182.

contaminación transfronteriza en que no había un vínculo voluntario ni una conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este asunto y otros[152] en que se prescindió de los recursos internos sin que hubiera ningún vínculo voluntario, se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya una aceptación voluntaria de la jurisdicción como condición previa para que se aplique la regla del agotamiento de los recursos internos. La falta de insistencia en la aplicación de esa regla en estos casos, sin embargo, puede explicarse como ejemplo de daño directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o basada en que en el compromiso arbitral de que se trataba no se exigía ese agotamiento.

10) Aunque la Comisión estimó que era necesario prever expresamente esta excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, prefirió no utilizar la expresión «vínculo voluntario» para describirla, ya que esta expresión subraya la intención subjetiva del individuo lesionado y no la falta de una conexión objetivamente determinable entre el particular y el Estado de acogida. Además, sería difícil probar ese criterio subjetivo en la práctica. De ahí la decisión de la Comisión de exigir la existencia de un «vínculo pertinente» entre el extranjero lesionado y el Estado que lo acoge. Ese vínculo debe ser «pertinente» en el sentido de que debe referirse de algún modo al perjuicio sufrido. El tribunal no sólo tendrá que examinar si el particular lesionado estaba presente, residía o realizaba actividades comerciales en el territorio del Estado de acogida, sino también si, dadas las circunstancias, el particular, con su conducta, había asumido el riesgo de que, de sufrir un perjuicio, quedaría sometido a la jurisdicción de ese Estado. Se decidió que la palabra «pertinente» sería la que mejor permitiría a un tribunal examinar los elementos esenciales de la relación entre el extranjero lesionado y el Estado de acogida en el contexto del perjuicio, a fin de determinar si había habido una asunción del riesgo por parte de ese extranjero lesionado.

11) La segunda parte del apartado *c* tiene por objeto dar a un tribunal la potestad de prescindir de la necesidad de agotar de los recursos internos cuando, dadas las circunstancias del caso, no sería razonable esperar la observancia de esa regla. Al hacer esa determinación, habrá que examinar evidentemente cada caso de forma individual, y no sería prudente tratar de ofrecer una lista amplia de los factores que podrían matizar esa excepción. No obstante, se sugiere que la excepción podría invocarse cuando un Estado impidiera a un extranjero lesionado el acceso de hecho a sus tribunales, por ejemplo, denegándole la entrada en su territorio o exponiéndole a peligros que hicieran para él inseguro tratar de entrar en su territorio; o cuando conspiraciones delictivas dentro del Estado de acogida obstaculicen la interposición de una demanda ante los tribunales internos; o cuando el costo del agotamiento de los recursos internos resulte prohibitivo.

[152] Asunto *Virginius* (1873), recogido en J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington D.C., U. S. Government Printing Office, 1906, vol. II, pág. 895, en pág. 903; y asunto *Jessie* (1921), recogido en *American Journal of International Law*, vol. 16 (1922), págs. 114 a 116.

Apartado d

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

> En este caso, según los principios del [d]erecho [i]nternacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y, como tal, renunciable, aun de modo tácito[153].

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

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

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

Se reconoce generalmente que la renuncia expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y un extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la legislación del Estado de acogida[154].

[153] *Viviana Gallardo y otras*, sentencia de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º G 101/81, pág. 22, párr. 26 [véase también *International Law Reports*, vol. 67 (1984), pág. 587]. Véanse también el asunto *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 73 *supra*), pág. 42, párr. 50; los asuntos *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos *«Vagabondage»*), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, *Série A, n.º 12* [véase también *International Law Reports*, vol. 56 (1980), pág. 337, en pág. 370, párr. 55].

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

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

> aceptar que se considere tácitamente excluida la aplicación de un principio importante de derecho internacional consuetudinario, sin que se haya precisado verbalmente la intención de excluirla[155].

16) Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de renunciar al agotamiento de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión es corroborada tanto por la jurisprudencia[156] como por la doctrina. No es posible enunciar una norma general que establezca dos supuestos en que se puede inferir tácitamente la intención de renunciar al agotamiento de los recursos internos. Cada caso deberá resolverse conforme a los términos del instrumento y las circunstancias de su aprobación. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter al arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cabe considerar que ese acuerdo «no implica la renuncia a exigir el agotamiento de todos los recursos internos cuando uno de los Estados contratantes hace suya la demanda de su nacional»[157]. La Sala de la CIJ confirmó en el asunto *ELSI* que había una fuerte presunción contra la renuncia implícita o tácita en un caso de esa índole[158]. Es sin duda más fácil admitir una renuncia implícita en el caso de un compromiso de arbitraje concertado después de haber surgido la controversia. En tal caso, se puede sostener que la renuncia puede ser considerada implícita si el Estado demandado concertó un convenio arbitral con el Estado demandante para resolver las controversias relativas al trato de los nacionales después de haber causado al nacional el perjuicio que es objeto de la controversia, y si el convenio no dice nada acerca del mantenimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos.

17) Aunque la tesis de que el comportamiento observado por el Estado demandado en un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado no pueda exigir que se agoten los recursos internos obtuvo cierto apoyo[159], la Comisión prefirió no mencionar el *estoppel* o regla de los actos propios al formular la norma relativa a la renuncia, a causa de la incertidumbre que rodea a la doctrina del *estoppel* en derecho internacional. La Comisión estimó que era más prudente permitir que el comportamiento del que podía inferirse una renuncia al requisito del agotamiento de los recursos internos se tratara como una renuncia implícita.

---

[155] *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (véase la nota 73 *supra*), pág. 42, párr. 50.

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

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

[158] Véase la nota 73 *supra*. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (véase la nota 133 *supra*), la CPJI sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa a tenor del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte no constituía una renuncia implícita a la regla del agotamiento de los recursos internos.

[159] Véanse los asuntos *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (nota 73 *supra*), en pág. 44, párr. 54; *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) (Tribunal arbitral), *International Law Reports*, vol. 102 (1996), págs. 216 y ss., en particular pág. 285, párr. 6.33; y *Foti and others* (1982), ibíd., vol. 71 (1986), págs. 366 y ss., en particular pág. 380, párr. 46.

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)

A.—Introducción

154. En su 30.º período de sesiones, celebrado en 1978, la Comisión incluyó en su programa de trabajo el tema «Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional» y nombró Relator Especial al Sr. Robert Q. Quentin-Baxter[160].

155. La Comisión recibió y examinó, entre su 32.º período de sesiones, celebrado en 1980, y su 36.º período de sesiones, celebrado en 1984, cinco informes del Relator Especial[161]. Los informes tenían por objeto elaborar una base teórica y un plan esquemático del tema y contenían propuestas relativas a cinco artículos. El plan esquemático figuraba en el tercer informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 34.º período de sesiones, en 1982. Los cinco artículos se proponían en el quinto informe presentado por el Relator Especial a la Comisión en su 36.º período de sesiones. Esos artículos fueron examinados por la Comisión, pero no se acordó remitirlos al Comité de Redacción.

156. En ese mismo 36.º período de sesiones, la Comisión dispuso también de las respuestas a un cuestionario que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas había dirigido en 1983 a 16 organizaciones internacionales con objeto de determinar, entre otras cosas, hasta qué punto las obligaciones que los Estados habían contraído recíprocamente y cumplían como miembros de organizaciones internacionales podían corresponder a algunos de los procedimientos indicados en el plan esquemático, o suplirlos[162], y de un estudio preparado por la Secretaría titulado «Estudio sobre la práctica de los Estados relativa a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»[163].

157. En su 37.º período de sesiones, celebrado en 1985, la Comisión nombró Relator Especial del tema al Sr. Julio Barboza. La Comisión recibió, entre su 37.º período de sesiones y su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, 12 informes del Relator Especial[164].

158. En su 44.º período de sesiones, celebrado en 1992, la Comisión estableció un Grupo de Trabajo para que examinara algunas de las cuestiones generales relacionadas con el alcance, el planteamiento y la posible orientación de los trabajos futuros sobre el tema[165]. Sobre la base de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, la Comisión adoptó la decisión de continuar gradualmente la labor sobre este tema: finalizar primero la labor sobre la prevención de los daños transfronterizos y seguir con las medidas correctivas. La Comisión decidió, habida cuenta de la ambigüedad del título del tema, mantener su hipótesis de trabajo de que el tema se refería a «actividades» y aplazar todo cambio oficial del título[166].

---

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

[161] Los cinco informes del Relator Especial figuran en:

Informe preliminar: *Anuario... 1980*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/334 y Add.1 y 2, pág. 259;

Segundo informe: *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/346 y Add.1 y 2, pág. 113;

Tercer informe: *Anuario... 1982*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/360, pág. 61;

Cuarto informe: *Anuario... 1983*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/373, pág. 213; y

Quinto informe: *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/383 y Add.1, pág. 162.

[162] *Anuario... 1984*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/378, pág. 135.

[163] *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), adición, documento A/CN.4/384, pág. 1. Véase también el estudio preparado por la Secretaría sobre los regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional», *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/471, pág. 67.

[164] Los 12 informes del Relator Especial figuran en:

Informe preliminar: *Anuario... 1985*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/394, pág. 101;

Segundo informe: *Anuario... 1986*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/402, pág. 153;

Tercer informe: *Anuario... 1987*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/405, pág. 49;

Cuarto informe: *Anuario... 1988*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/413, pág. 254;

Quinto informe: *Anuario... 1989*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/423, pág. 139;

Sexto informe: *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/428 y Add.1, pág. 89;

Séptimo informe: *Anuario... 1991*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/437, pág. 73;

Octavo informe: *Anuario... 1992*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/443, pág. 77;

Noveno informe: *Anuario... 1993*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/450, pág. 209;

Décimo informe: *Anuario... 1994*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/459, pág. 141;

Undécimo informe: *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/468, pág. 55; y

Duodécimo informe: *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/475 y Add.1.

[165] Véase *Anuario... 1992*, vol. II (segunda parte), documento A/47/10, párrs. 341 a 343.

[166] Las recomendaciones detalladas de la Comisión figuran en ibíd., párrs. 344 a 349.