

en los países de tradición jurídica romanista. El derecho internacional no suele regular esas cuestiones: como se ha señalado, hay muy pocos tratados y —añadiría por su parte— apenas otros instrumentos de derecho internacional que contengan disposiciones específicas al respecto.

84. Se ha sugerido que el estudio debería extenderse a las normas de derecho internacional que puedan afectar a la responsabilidad de los Estados miembros por el hecho ilícito de una organización, aunque ese hecho esté relacionado con un contrato y la controversia se someta a un tribunal nacional para un arbitraje comercial. Aunque no desea comprometerse antes de tener una idea de las opiniones de la Comisión, estima que realmente podría considerarse si hay normas de derecho internacional que pudieran ser pertinentes en los litigios privados. Ello estaría de acuerdo con el enfoque adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en su período de sesiones de 1995 en Lisboa, al tratar en un contexto similar las cuestiones de la responsabilidad civil y el derecho internacional.

85. La responsabilidad civil internacional de los Estados por el comportamiento de las organizaciones internacionales es esencial para el estudio: la mayor parte de la literatura jurídica sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y los ejemplos de prácticas más conocidos se refieren a esa cuestión y no a las cuestiones de atribución a las organizaciones internacionales. Con independencia de que la Comisión llegue a la conclusión de que los Estados pueden ser responsables de esa conducta, no podrá hacer caso omiso de la cuestión central, que es sin duda también una de las más difíciles. Se ha dejado fuera del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en el que tampoco se ha examinado la responsabilidad del Estado por prestar ayuda o asistencia a una organización en la comisión de un hecho ilícito, ni a otros aspectos del capítulo IV de la primera parte. En el párrafo 1 del proyecto de artículo 1, se ha limitado por su parte a reproducir lo que se dice en el artículo 57 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados. Varios miembros han sugerido trasponer la segunda oración de ese párrafo a un párrafo distinto, y no tiene dificultades con esa sugerencia, a pesar de la similitud de las cuestiones de que se trata. Se ha criticado la frase «un hecho ilícito en derecho internacional» de la primera oración porque no recoge la redacción del artículo 1 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, es decir, «hecho internacionalmente ilícito». La razón, como se dice en el párrafo 32 de su informe, es que, si se quiere que la definición sea amplia y exacta, no se puede hablar de la responsabilidad de una organización por su propia conducta, ya que esa responsabilidad podría surgir también de la conducta de otra organización de la que la primera fuera miembro.

86. Para concluir su resumen del debate con respecto al proyecto de artículo 1, su preferencia en cuanto a las disposiciones sobre el alcance del tema es hacer una descripción tan exacta como sea posible de las cuestiones incluidas. Algunos miembros de la Comisión parecen preferir una descripción menos amplia, centrada en las cuestiones principales, pero ello, juntamente con otros puntos que se han suscitado hasta la fecha, podría dejarse al Comité de Redacción.

87. El PRESIDENTE dice que la sugerencia del Sr. Yamada, apoyada por otros, de que debería estudiarse el establecimiento de contactos con la Asociación de Derecho Internacional en relación con la responsabilidad de las organizaciones internacionales podría ser tratada por el grupo de planificación una vez que se establezca.

*Se levanta la sesión a las 13.00 horas.*

## 2756.ª SESIÓN

*Martes 13 de mayo de 2003, a las 10.05 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Yamada.

### **Elección de la Mesa (conclusión\*)**

1. El PRESIDENTE da la bienvenida a los tres nuevos miembros elegidos de la Comisión, los Sres. Economides, Kolodkin y Melescanu. Como el Grupo de Estados de Europa oriental está ya completo, puede proponer un candidato al cargo de primer Vicepresidente.
2. El Sr. GALICKI propone al Sr. Melescanu para el cargo de primer Vicepresidente en nombre del Grupo de Estados de Europa oriental.

*Por aclamación, el Sr. Melescanu queda elegido primer Vicepresidente.*

### **Responsabilidad de las organizaciones internacionales (continuación) (A/CN.4/529, secc. E, A/CN.4/532<sup>1</sup>, A/CN.4/L.632)**

[Tema 7 del programa]

#### PRIMER INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

3. El PRESIDENTE invita al Sr. Gaja, Relator Especial sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, a continuar su resumen del debate acerca del tema.
4. El Sr. GAJA (Relator Especial) aborda la parte más controvertida de su informe y observa que el Sr. Koskeniemi ha hablado de «diferencias culturales» (2754.ª sesión,

\* Reanudación de los trabajos de la 2751.ª sesión.

<sup>1</sup> Reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte).

párr. 1) en relación con la cuestión de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales por relación con dos conceptos que se oponen: según el primero, la personalidad jurídica existe *a priori* mientras que, según el segundo, obedece a la existencia de derechos y obligaciones para la organización. Por su parte, el Relator Especial se sitúa entre estas dos tesis opuestas. Considera que, si una organización tiene un derecho o una obligación en virtud del derecho internacional, poseerá necesariamente la personalidad jurídica. Ello no quiere decir que todos los derechos y obligaciones de una organización internacional estén sujetos al derecho internacional. Esa sujeción depende ante todo de su capacidad de acción. Una organización puede estar sujeta al derecho interno de un Estado determinado, por ejemplo, cuando concluye contratos, y puede también actuar como órgano de un Estado. El Relator Especial observa de paso que no es ninguna revolución considerar que los individuos tienen derechos y obligaciones en virtud del derecho internacional. Gozan por esta razón de personalidad jurídica, pero su capacidad es limitada.

5. La existencia de personalidad jurídica se desprende claramente de la definición de organización internacional que figura en el proyecto de artículo 2, en particular de la expresión utilizada en inglés *in its own capacity*. Según el Relator Especial, las expresiones empleadas en francés (*en son nom propre*) y en español (a su propio nombre) son menos claras que la expresión inglesa. En todo caso, sería absurdo hablar de la responsabilidad internacional de una entidad que carece de personalidad jurídica. El Relator Especial no ve sin embargo ningún inconveniente en mencionar expresamente la existencia de la personalidad jurídica de la organización internacional en la definición y cumplir así el deseo expresado por varios miembros de la Comisión.

6. Algunos miembros de la Comisión han propuesto asimismo que, en la definición de organización internacional, se precise que el instrumento constitutivo de la organización es un tratado o, por lo menos, que la organización es creada por Estados. La mayor parte de ellos reconoce que, a veces, participan en la creación de la organización entidades no estatales y el instrumento constitutivo no es un tratado. A modo de ejemplo cabe citar la OSCE y la OPEP. En otros casos, como el de la OMT, no se ha concluido ningún tratado oficial. Para tener en cuenta estas situaciones, cabría aceptar la sugerencia de la Sra. Escarameia y del Sr. Sreenivasa Rao y hablar de instrumento internacional, pero habría entonces que definir esta expresión. Además, como ha subrayado el Sr. Mansfield, la referencia a los Estados como únicos creadores o miembros de una organización internacional no traduciría verdaderamente la situación observada en la práctica. La mayoría de los miembros de la Comisión parece también opinar que el proyecto de artículos debería abarcar asimismo las organizaciones entre cuyos miembros figuran entidades no estatales. Para obtener una mayor exactitud, habría pues que completar la definición que figura en el artículo 2 propuesto.

7. La referencia de este artículo a las «funciones de gobierno» (prerrogativas de poder público) ha suscitado fuertes críticas, que se explican en parte por la dificultad

que plantea traducir esta expresión al francés y al español. En general, las funciones de una organización internacional están definidas en su instrumento constitutivo. Sin embargo, cabe que una organización adquiera en la práctica nuevas funciones, como ha sucedido en los casos de la OTAN, la CEDEAO o la Unión Europea, por ejemplo. De ahí que no se pueda excluir la responsabilidad internacional de una organización solamente porque ha cometido un acto ilícito en el ejercicio de funciones que no estaban previstas en el tratado que la creó. Por ejemplo, una organización que emprenda una acción militar que constituya un acto ilícito en derecho internacional no puede eludir su responsabilidad internacional solamente porque cumple funciones que no estaban inicialmente previstas. De ahí que la definición que se acepte deba tener en cuenta las funciones que la organización cumple efectivamente y no las mencionadas en su instrumento constitutivo.

8. Se ha elegido el criterio funcional para limitar el alcance del estudio a las organizaciones que cumplen funciones legislativas, ejecutivas o judiciales en sentido amplio, del tipo de las que corresponden a funciones esenciales del Estado. Este criterio ha sido aprobado por algunos miembros y criticado por otros, quienes subrayan que es difícil determinar en qué consisten esas prerrogativas de poder público. Se trata ciertamente de un criterio impreciso, y varios miembros han manifestado su preferencia por la definición tradicional de la organización internacional como organización intergubernamental. En realidad, hay dos razones para limitar el alcance del proyecto de artículos a cierta categoría de organizaciones internacionales. Ante todo, habida cuenta de la extraordinaria diversidad de estas organizaciones, la aplicación de las normas establecidas en el modelo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos<sup>2</sup> se debería limitar a las organizaciones que tienen cierto número de características comunes con los Estados. La segunda razón es que la práctica conocida en materia de responsabilidad de las organizaciones internacionales se limita a un pequeño número de organizaciones, como las Naciones Unidas, la OTAN y la Unión Europea, por sólo citar algunas. La práctica de las demás organizaciones es probablemente limitada, pero es también muy difícil de evaluar. En lo que concierne a cuestiones esenciales como la atribución y la responsabilidad de los Estados miembros, la dificultad reside en que no es seguro que los principios que sea posible elaborar para las principales organizaciones existentes se apliquen de igual modo a la totalidad de las organizaciones. Según algunos miembros de la Comisión, es necesario establecer una tipología. No obstante, para elegir las organizaciones que conviene utilizar hay que disponer de un criterio suficientemente preciso y éste no es el caso ahora. De ahí que, si no es aceptable o posible atenerse a una definición funcional, el Relator Especial proponga volver sobre la definición general de las organizaciones internacionales, pero procediendo a la actualización de la definición tradicional que figura en la Convención de Viena de 1969 y en otros convenios. Desde este punto de vista, sería también necesario aclarar el significado de la expresión «intergubernamental», puesto que es necesario elaborar una definición exacta que se aplique por lo menos a todas las grandes organizaciones.

<sup>2</sup> Véase 2751.ª sesión, nota 3.

9. De las observaciones formuladas por los miembros de la Comisión se desprende que es preciso redactar de nuevo el proyecto de artículo 2. El Relator Especial propone por lo tanto que se reúna a estos efectos un grupo de trabajo de composición abierta y que la Comisión examine el resultado de sus trabajos antes de remitir el proyecto de artículo al Comité de Redacción.

10. El proyecto de artículo 3 ha suscitado por su parte escasos comentarios y no se ha formulado ninguna objeción contra su texto propiamente dicho. El único punto mencionado es la omisión, deliberada en el proyecto actual, de una frase que figura en el artículo 3 del articulado sobre la responsabilidad del Estado. Sólo los Sres. Khabatzi, Galicki y Candioti han criticado esta opción del Relator Especial. Puesto que el proyecto de artículos actual no constituye una versión paralela fiel del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, esta omisión no debería crear grandes dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un punto en definitiva superfluo. Chocaría que se hiciera una referencia, en el proyecto de artículo 3, al derecho interno de los Estados, tal y como se ha sugerido.

11. El Sr. Koskenniemi y el Sr. Pellet han mencionado brevemente la cuestión de la relación entre el derecho internacional y el derecho de las organizaciones internacionales y se han referido a la jerarquía de las normas y a la distinción esencial que existe entre las obligaciones de una organización para con sus Estados miembros y sus obligaciones para con los Estados que no son miembros de ella. Según el Relator Especial, esta distinción no es siempre absoluta, como demuestra el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas; sería pues difícil enunciar a este respecto una norma general, pero comparte la opinión del Sr. Pellet, a cuyo juicio esta cuestión se debería examinar en el contexto del elemento objetivo, en otras palabras, cuando se produce una violación de una obligación en virtud del derecho internacional.

12. En lo que respecta a la propuesta del Sr. Kamto de que se añada un párrafo sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la organización, ya sea porque éstos han contribuido al acto ilícito, ya sea porque la organización ha actuado como órgano de un Estado, el Relator Especial señala que este último caso está cubierto, por lo menos de manera implícita, en los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. La cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros es demasiado problemática para abordarla en la fase de elaboración de principios generales. Siempre se podría completar el proyecto de artículo 3 cuando se hayan examinado los proyectos de artículos pertinentes.

13. En conclusión, el Relator Especial propone que los proyectos de artículos 1 y 3 se remitan al Comité de Redacción y que el proyecto de artículo 2 sea reexaminado de la manera que ha propuesto.

14. El PRESIDENTE dice que, si no se formulan objeciones, entenderá que la Comisión acepta la propuesta del Relator Especial de que se constituya un grupo de trabajo de composición abierta para examinar las cuestiones en suspenso relacionadas con el proyecto de artículo 2 y que

se remitan al Comité de Redacción los proyectos de artículos 1 y 3.

*Así queda acordado.*

**Protección diplomática<sup>3</sup> (A/CN.4/529, secc. A, A/CN.4/530 y Add.1<sup>4</sup>, A/CN.4/L.631 y Corr.1)**

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL

15. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que, antes de presentar su informe, desearía formular algunas observaciones sobre la manera en que se trata actualmente a los relatores especiales. En primer lugar, la Quinta Comisión ha decidido arbitrariamente suprimir sus honorarios. En segundo lugar, los servicios de conferencias han establecido normas nuevas y rigurosas para la fecha de presentación y la longitud de los informes, fundándose en el tiempo necesario para su traducción y su publicación. En lo sucesivo, los relatores especiales trabajan sin compensación financiera alguna y deben cumplir plazos muy estrictos, sin dejar por ello de asumir sus demás responsabilidades. Sólo la idea de que la Comisión no puede funcionar sin su contribución les incita a respetar sus compromisos.

16. El orador añade que la decisión de la Quinta Comisión es injusta y discriminatoria y representa una forma de explotación. Da por descontado que la Comisión expresará de nuevo su desacuerdo a este respecto pero, como sabe que las delegaciones no prestarán ninguna atención a ese desacuerdo, pide encarecidamente a los miembros a quienes sus gobiernos escuchan que inciten a éstos a plantear la cuestión en la Quinta Comisión.

17. Refiriéndose a su cuarto informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/530 y Add.1), el Relator Especial dice que está consagrado a una sola categoría de personas jurídicas, las sociedades, la más importante en relación con el tema y a la que se refieren casi todas las decisiones judiciales pertinentes. Sin embargo, añadirá a los proyectos de artículos que figuran en el informe otros que contendrán las disposiciones que se podrían extender a otras categorías de personas jurídicas. Además, el Relator Especial se limitará por ahora a los proyectos de artículos 17 y 18. En un momento ulterior del debate presentará los proyectos de artículos 19 y 20, que figuran también en el informe.

18. Hay una decisión que domina todos los debates centrados en el tema: el fallo pronunciado por la CIJ en la causa *Barcelona Traction*, que se describe en los párrafos 4 a 10 del informe. En esta causa, la Corte enunció la regla de que el derecho a ejercer la protección diplomática en caso de perjuicio causado a la sociedad incumbe al Estado con

<sup>3</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones en *Anuario...* 2002, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.

<sup>4</sup> Véase la nota 1 *supra*.

arreglo a cuyo derecho esté constituida la sociedad y en cuyo territorio tenga su domicilio social (en este caso, el Canadá) y no al Estado de que sean nacionales sus accionistas (en este caso, Bélgica). La Corte reconoció que los acuerdos bilaterales o multilaterales de inversión podían conferir protección directa a los accionistas y que existía una abundante jurisprudencia arbitral general resultante de la interpretación de esos tratados que apoyaba la tesis del derecho de los accionistas a presentar recursos, pero ello no demostraba que existiese una norma de derecho internacional consuetudinario en favor del derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a concederles una protección diplomática. La Corte descartó estos principios y estos acuerdos, porque los consideró *lex specialis* (véase el párrafo 6 del informe).

19. Para tomar su decisión, la CIJ se fundó en tres consideraciones de principio, expuestas en el párrafo 10 del informe. En primer lugar, cuando los accionistas invierten en una sociedad que tiene actividades comerciales en el extranjero, asumen riesgos, incluido el riesgo de que la sociedad pueda decidir, en el ejercicio de su facultad discrecional, no darles protección diplomática. En segundo lugar, si se permitiese al Estado de nacionalidad de los accionistas usar de la protección diplomática, se correría el riesgo de abrir la puerta a una multiplicidad de reclamaciones de diferentes Estados, ya que las grandes sociedades tienen a menudo accionistas de muchas nacionalidades distintas. En tercer lugar, la Corte prefirió no aplicar por analogía a las sociedades y a los accionistas las normas relativas a la doble nacionalidad y no permitir que los Estados de nacionalidad de unas y de otros ejerciesen la protección diplomática.

20. Muchos jueces estaban en desacuerdo con el razonamiento de la CIJ, como atestigua el hecho de que 8 de 16 formularon opiniones separadas, 5 de ellas en favor del derecho del Estado de nacionalidad de los accionistas a conceder la protección diplomática. Entre los jueces que aprobaron el razonamiento de la Corte, el Sr. Padilla Nervo expresó claramente la dimensión ideológica del debate cuando declaró que no eran los accionistas de estas enormes sociedades quienes necesitaban la protección diplomática; los que necesitaban protección contra la injerencia de poderosos grupos financieros o contra presiones diplomáticas injustificadas eran los Estados pobres o débiles cuyos capitales estaban invertidos en esas sociedades.

21. El Relator Especial recuerda que la decisión tomada por la CIJ en la causa *Barcelona Traction* ha sido objeto de numerosas críticas, las más pertinentes de las cuales cita en los párrafos 14 a 21 de su informe. En primer lugar, si la Corte hubiese tenido en cuenta la práctica de los Estados recogida en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones y en las decisiones arbitrales que interpretaban esos instrumentos, en lugar de prescindir de ellos porque considerarlos *lex specialis*, habría encontrado sin duda pruebas suficientes de la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario a favor del derecho de reclamación de los accionistas. En segundo lugar, la Corte creó una norma inaplicable porque, en la práctica, los Estados no ejercerán su protección diplomática en favor de sociedades con las que no tengan un

vínculo efectivo. El Relator Especial cita largos extractos de los informes sometidos a la Asociación de Derecho Internacional por los profesores Bederman y Kokott<sup>5</sup> según los cuales el derecho que regía hasta ahora la protección diplomática ha sido reemplazado en gran parte por procedimientos de solución de controversias previstos en los tratados bilaterales o multilaterales relativos a las inversiones, en otras palabras, que lo que la Corte califica de *lex specialis* es hoy en día lo corriente. En tercer lugar, el razonamiento de la Corte carece a veces de coherencia puesto que, por un lado, el fallo parece rechazar la aplicación del «vínculo efectivo» a las sociedades y, por otra parte, la Corte concluye que se ha creado «un vínculo estrecho y permanente» [pág. 42, párr. 71] entre el Canadá y la sociedad. Por último, la Corte no justifica suficientemente sus declaraciones de principio mencionadas en el párrafo 10 del informe.

22. En lo que respecta a la autoridad del fallo en la causa *Barcelona Traction*, el Relator Especial recuerda que las decisiones de la CIJ no vinculan a la Comisión y que ésta puede perfectamente decidir no ajustarse al fallo en cuestión. Además, la Comisión puede considerar que, en este asunto, la Corte no enunciaba una norma general, sino que resolvía un conflicto particular. Además, en la causa *ELSI*, una sala de la propia Corte ignoró el fallo en la causa *Barcelona Traction* y autorizó a los Estados Unidos a ejercer la protección diplomática en favor de dos sociedades americanas que poseían la totalidad de las acciones de una gran sociedad italiana, como se indica en los párrafos 23 a 26 del informe. Dicho esto, hay que reconocer que 30 años después se considera la causa *Barcelona Traction* como la expresión fiel del derecho internacional consuetudinario y que la práctica de los Estados en materia de protección diplomática de las sociedades se guía por ese fallo.

23. Antes de proponer normas sobre la nacionalidad y la protección diplomática de las sociedades o de sus accionistas, es necesario exponer las posibilidades que se ofrecen a la Comisión en relación con el Estado que puede ejercer la protección diplomática. El Relator Especial lo ha hecho así en los párrafos 28 a 46 de su informe, en los que propone siete opciones. La primera, la del Estado donde la sociedad ha sido constituida, se puede describir como la regla de la *Barcelona Traction*, cuyas ventajas e inconvenientes se han examinado ya. La opción 2 es la del Estado en el que se ha constituido la sociedad y con el que ésta tiene un vínculo efectivo. Esa opción correspondería mejor a la práctica de los Estados, porque muchos prefieren proteger solamente a las sociedades con las que tienen un vínculo efectivo. Su principal inconveniente, sobre todo si se la considera como un criterio adicional, es que numerosas sociedades comerciales están constituidas, por razones fiscales, en Estados con los que no tienen ningún vínculo real. A efectos de la protección diplomática, estas sociedades serían pues apátridas. La opción 3 es la del Estado de domicilio social o sede y no es diferente en la práctica de la del Estado donde está constituida la

<sup>5</sup> D. J. Bederman, «Lump sum agreements and diplomatic protection», informe provisional, y J. Kokott, «The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment», informe provisional, Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Seventieth Conference* (véase 2751.ª sesión, nota 7), págs. 230 y 259, respectivamente.

sociedad. Sin embargo, «domicilio social» y «sede» son términos de derecho internacional privado y quizá no convenga que la Comisión los utilice. La opción 4 es la del Estado en que radica el control económico. Tanto si se parte del criterio de la propiedad de la mayoría del capital o del criterio de la propiedad del mayor porcentaje de partes, se observa que es muy difícil en la práctica demostrar el control económico. La propia decisión en el caso *Barcelona Traction* demuestra lo difícil que resulta identificar con precisión a los accionistas de una sociedad. La opción 5 consiste en combinar el criterio del Estado en que la sociedad se ha constituido con el del Estado en que radica el control económico. Se pueden hallar buenos argumentos a favor de una doble protección, pero si se admiten las críticas contra el criterio del control económico, no tiene ningún sentido reconocer esta forma de «doble nacionalidad». La opción 6 es el Estado de constitución en primera instancia de la sociedad y luego, en su defecto, el Estado de control económico, que poseería así un derecho subsidiario a ejercer dicha protección. Aparte de que el criterio del control económico crea dificultades, no es fácil determinar en qué momento el Estado donde la sociedad está constituida no tiene ya el deseo ni la capacidad de ejercer su derecho y nace por lo tanto un derecho subsidiario. La opción 7 concedería a los Estados de la nacionalidad de todos los accionistas la posibilidad de incoar una acción judicial. En otras palabras, autorizaría la multiplicidad de procedimientos, solución cargada de peligros que sería preferible evitar.

24. En definitiva, la norma consagrada por el fallo de la causa *Barcelona Traction* es probablemente la que convendría examinar a fondo y codificar, a reserva sin embargo de excepciones que la propia CIJ reconoce. Con el proyecto de artículo 17, el Relator Especial trata de elaborar una disposición que materialice esta norma. En el párrafo 1 se reafirma que el Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática, pero a él incumbe decidir si la ejerce o no. Este derecho discrecional puede tener como resultado que las sociedades que no tienen vínculo real con ese Estado y sus accionistas queden privados de protección. De ahí que los inversionistas prefieran la seguridad de los tratados bilaterales sobre inversiones, inconveniente que la propia Corte ha reconocido. En el párrafo 2 del proyecto de artículo, el Relator Especial propone que el Estado de la nacionalidad de una sociedad sea el Estado en que la sociedad está constituida y añade entre corchetes «y en cuyo territorio tiene su sede social», para tener en cuenta los deseos de los miembros que preferirían que se mencionase también la sede de la sociedad. En el fallo de la causa *Barcelona Traction*, la Corte hizo hincapié en estos dos criterios. No es seguro que las dos condiciones sean necesarias. En la práctica parecen valerse.

25. El proyecto de artículo 18 versa sobre las excepciones a la norma según la cual el Estado que puede ejercer su protección diplomática es aquel donde está constituida la sociedad. La primera de esas excepciones es que la sociedad haya dejado de existir en el lugar de su constitución. La expresión «ha dejado de existir» que figura en el fallo de la CIJ en la causa *Barcelona Traction* [pág. 41, párr. 66] no parece convenir a todos los autores. Éstos se inclinan en favor del criterio menos riguroso de la intervención por cuenta de los accionistas, cuando la sociedad está «prácticamente extinta» (*practically defunct*) [ibíd.].

A juicio del Relator Especial, es probablemente preferible la primera solución. Las críticas que se han emitido al respecto versan más bien sobre la manera en que ha sido aplicada por la Corte en la causa *Barcelona Traction* que sobre la forma propiamente dicha. El otro problema que se puede plantear es el del lugar donde la sociedad ha dejado de existir. Si en el fallo de la causa *Barcelona Traction* la Corte no dijo expresamente que la sociedad debía haber dejado de existir en el lugar de su constitución, parece sin embargo desprenderse claramente del contexto de la causa que ése era precisamente el caso. La Corte estaba dispuesta a reconocer que la sociedad en cuestión había dejado de existir en España, pero destacó que ello no impedía que siguiera existiendo en el Canadá, Estado donde había sido constituida, de donde su conclusión de que la sociedad no había dejado de existir.

26. La otra excepción es la que autoriza al Estado de nacionalidad de los accionistas a intervenir si la sociedad tiene la nacionalidad del Estado responsable del perjuicio causado. Esta es la excepción más importante a la regla consagrada en el fallo de la CIJ en la causa *Barcelona Traction*. No es raro que un Estado exija a los extranjeros establecidos en su territorio que ejerzan su actividad comercial por intermedio de una sociedad constituida con arreglo a su derecho. Si este Estado (a menudo un país en desarrollo) confisca luego el activo de la sociedad o le causa cualquier otro perjuicio, el único medio de que la sociedad dispone para obtener reparación en el plano internacional es la intervención del Estado de nacionalidad de sus accionistas. Esta regla es controvertida. Algunos estiman que sólo se la debe admitir si la sociedad que ha sufrido el perjuicio se ha visto obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio o si está «prácticamente extinta». En el fallo de la causa *Barcelona Traction*, la Corte consideró que tal norma era posible pero no se pronunció sobre su existencia ni sobre su alcance. Para examinar los argumentos que militan en favor y en contra de esta excepción, conviene examinar el crédito de que gozaba antes del fallo de la causa *Barcelona Traction*, el trato de que fue objeto la causa *Barcelona Traction* y por último la evolución de la situación después del fallo de la Corte en esa causa.

27. Antes del fallo, la práctica de los Estados, las sentencias arbitrales y la doctrina demuestran la existencia de esta excepción. Sin embargo, la práctica y las sentencias arbitrales no son ni mucho menos claras. Los argumentos más sólidos en favor de esta excepción están en los veredictos relativos a los tres asuntos en los que la sociedad que había sufrido el perjuicio se había visto obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio: *Delagoa Bay Railway*, *Mexican Eagle* y *El Triunfo Company*.

28. En la causa *Barcelona Traction*, la Corte se refirió a la posibilidad de esta excepción y luego estimó que era inútil pronunciarse a este respecto puesto que no se trataba en ese caso de un asunto en el que el Estado donde la sociedad estaba constituida (el Canadá) hubiese perjudicado a esa sociedad. Es evidente, sin embargo, que la Corte era más bien favorable a esta excepción y así lo subrayaron algunos jueces, como el Sr. Fitzmaurice, quien declaró que esta norma formaba claramente parte del derecho institucional consuetudinario. En cambio, los jueces

Padilla Nervo, Morelli y Ammoun se alzaron firmemente contra ella.

29. Después del fallo en la causa *Barcelona Traction*, se observa cierto apoyo en favor de este principio sobre todo en el contexto de la interpretación de los tratados sobre inversiones. En la causa *ELSI*, una sala de la CIJ autorizó a los Estados Unidos a proteger a los accionistas americanos de una sociedad italiana constituida y registrada en Italia a la que el Gobierno italiano había causado un perjuicio. En ese caso, la sala no trató esta cuestión pero estaba claramente presente en el espíritu de algunos de los jueces, como atestiguan los argumentos intercambiados por el juez Oda y el juez Schwebel en sus opiniones separadas; y el juez Schwebel se mostró muy favorable a esta excepción. Es difícil saber qué conclusión se debe extraer del fallo pronunciado en la causa *ELSI*. Parece sin embargo que este fallo refuerza la posición de la mayoría de los jueces que se declararon favorables a esa excepción en la causa *Barcelona Traction*.

30. En resumen, antes del fallo de la causa *Barcelona Traction*, la excepción examinada gozaba de cierto apoyo, aunque las opiniones estaban divididas. El *obiter dictum* de la CIJ en el fallo de la causa *Barcelona Traction* y las opiniones separadas de algunos de sus jueces dieron peso a los argumentos favorables a la excepción. La evolución ulterior de la situación, sobre todo en el contexto de la interpretación de los tratados, ha confirmado esta tendencia. Además, tanto los Estados Unidos como el Reino Unido se han declarado favorables a ella. Actualmente, los autores siguen divididos acerca de la cuestión. El Relator Especial propone por su parte a la Comisión que acepte esta excepción, que no se debería limitar a los casos en que la sociedad víctima de un perjuicio haya sido obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio, sino que debería aplicarse también a las situaciones en las cuales la sociedad no está «prácticamente extinta». Sin embargo, si la Comisión abrigase reservas en cuanto a esta excepción, sería muy difícil prescindir de los casos en que la sociedad se ha visto obligada a constituirse en el Estado autor del perjuicio para poder desplegar en él actividades comerciales.

*Se levanta la sesión a las 11.30 horas.*

## 2757.ª SESIÓN

*Miércoles 14 de mayo de 2003, a las 10.00 horas*

*Presidente:* Sr. Enrique CANDIOTI

*Miembros presentes:* Sr. Addo, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Sepúlveda, Sr. Yamada.

## Protección diplomática<sup>1</sup> (continuación) (A/CN.4/529, secc. A, A/CN.4/530 y Add.1<sup>2</sup>, A/CN.4/L.631 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

### CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación)

1. El Sr. BROWNLIE dice que el cuarto informe del Relator Especial (A/CN.4/530 y Add.1) es útil y está bien documentado y que su calidad es equiparable a la calidad de su presentación por el Relator Especial, quien especifica que limita su estudio a la protección diplomática de las sociedades. Personalmente, no le parece que se justifique verdaderamente esta restricción y confía en que no se haga demasiado hincapié en ella. Hay otras personas jurídicas —municipios, autoridades locales, universidades, asociaciones profesionales y organizaciones no gubernamentales— que pueden necesitar protección diplomática y en algunos casos importantes han intervenido universidades y municipios, por ejemplo, Ratibor.

2. Se están concertando en la actualidad numerosos tratados bilaterales de inversiones y cabe preguntar en qué medida la pauta que marcan estos tratados constituye prueba de la evolución del derecho internacional consuetudinario. Existen hoy en día más de 2.000 tratados bilaterales de inversiones, pero el número no equivale necesariamente a calidad y sigue siendo necesario descubrir la *opinio juris*. El orador tiene la impresión de que, cuando los tratados de esta clase conducen de hecho a un arbitraje en el que el derecho aplicable es una combinación del derecho del Estado demandado y el derecho internacional público, el efecto es extraordinariamente desequilibrante. Un laudo reciente, que no es todavía de dominio público, ilustra esta afirmación. Los tratados de esta clase plantean pues problemas de política muy graves.

3. La causa *Barcelona Traction* ocupa un lugar importante en la doctrina sobre protección diplomática. El Relator Especial pregunta en su informe si la decisión de la CIJ en la causa *Barcelona Traction* vincula a la Comisión, pero este problema no debería plantearse: la decisión fue objeto de una cuidadosa argumentación por dos despachos importantes de abogados internacionalistas, forma parte de la doctrina y hay que tomarla sencillamente muy en serio. La causa *ELSI* se ha de tomar también en serio. Ésta se basa claramente en una causa de acción relacionada con un tratado bilateral de amistad y las presuntas incongruencias entre los asuntos *ELSI* y *Barcelona Traction* no deben preocupar demasiado a la Comisión.

4. El elemento central en la causa *Barcelona Traction* es una cuestión de política. La CIJ, a la que a veces se acusa de no tener en cuenta la política, la tuvo muy claramente en cuenta en esa ocasión, puesto que consideró que si el titular de acciones al portador, que permanecen en el mercado durante largos períodos, puede emerger del caparazón de la empresa para formular una reclamación, la

<sup>1</sup> Véase el texto de los artículos 1 a 7 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, con sus comentarios, aprobados provisionalmente por la Comisión en su 54.º período de sesiones en *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), cap. V, secc. C.

<sup>2</sup> Reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte).