

75. El Sr. BROWNLIE dice que la Comisión no debe perder el tiempo examinando un tema que no figura en su programa. Es cierto que no puede examinarse el reconocimiento de Estados y de gobiernos o de vigilancia, neutralidad y otros temas sin estudiar el fondo de la cuestión a que se refiere el reconocimiento. La Asamblea General no ha incluido en el programa estos temas y el comportamiento de las personas que decidan no asistir a las sesiones plenarias cuando se examinen esos temas suscita un grave problema. Sin embargo, la Comisión se aleja cada vez más del tema incluido en el programa.

76. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión había acordado en el período de sesiones anterior que el Relator Especial examinase el tema del reconocimiento. Es importante escuchar todas las opiniones sobre la cuestión.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2774.ª SESIÓN

Viernes 11 de julio de 2003, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Enrique CANDIOTI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskeniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue.

Actos unilaterales de los Estados (continuación) (A/CN.4/529, secc. C, A/CN.4/534¹, A/CN.4/L.646)

[Tema 5 del programa]

SEXTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

1. El PRESIDENTE invita a los miembros de la Comisión a continuar el examen del sexto informe del Relator Especial sobre los actos unilaterales de los Estados (A/CN.4/534).

2. El Sr. KEMICHA dice que si se considera con una cierta perspectiva, el escepticismo que ha acogido al sexto informe sobre los actos unilaterales de los Estados parece como mínimo exagerado. Este sentimiento se explica por el carácter inédito y complejo del tema, aunque tal vez haya sido también favorecido por el propio Relator

Especial, quien desde un primer momento ha dado la sensación en su informe de que él mismo tenía dudas sobre la viabilidad del tema. Ha hecho alternativamente referencia a las declaraciones de los representantes de los Estados en la Sexta Comisión y citado a miembros de la CDI, como si tuviera que justificar el criterio que ha adoptado, que consiste en centrar el informe en torno a un tipo particular de acto unilateral como es el reconocimiento de Estado.

3. Al emplear este ejemplo, el Relator Especial ha demostrado al parecer, en algunos casos sin grandes dificultades pero las más de las veces con muchos esfuerzos, que el acto de reconocimiento es susceptible de codificación empleando la sencilla técnica de la transposición del régimen de Viena en materia de tratados, habiendo detallado este procedimiento a lo largo de todo su sexto informe. No puede dejar de impresionar el número de referencias que en el informe figuran al derecho de los tratados y al régimen de Viena. Si bien es cierto que esta transposición abre perspectivas de codificación, sus límites aparecen rápidamente. La realidad es que nada garantiza que los trabajos sean de aplicación a otros actos unilaterales. Cualquiera que sea la respuesta a esta cuestión, subsiste una preocupación de mayor enjundia como es el peligro de olvidar la especificidad del acto unilateral que permite precisamente al Estado obligarse fuera del marco convencional. Como han dicho diversos miembros de la Comisión, es necesario abstenerse de aplicar el régimen de Viena a los actos unilaterales. Estos actos constituyen una forma de manifestarse, de igual manera que la forma convencional, y preguntarse si estos actos constituyen o no una institución jurídica tiene en esta fase escasa importancia, ya que, como ha señalado el Sr. Economides, los hechos son más importantes que su calificación.

4. La realidad es que estos actos se realizan para producir efectos jurídicos y obligar al que los realiza, y por esta razón han de poderse catalogar, e incluso codificar, no sólo porque tal es el deseo de la Sexta Comisión, sino también por la contribución que con el tiempo aportaría a la estabilidad jurídica a escala de los Estados. Es por tanto de gran interés para la Comisión buscar en la práctica de los Estados, que ha sido recogida por la doctrina y la jurisprudencia, los rasgos característicos que permitan elaborar un conjunto de normas formales, una especie de lenguaje común, un código, que permita a los Estados medir la dimensión jurídica de sus actos.

5. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el sexto informe del Relator Especial es de una riqueza semejante a los precedentes y que las ideas y observaciones que contiene no pueden dejar de retener la atención, sean o no de una pertinencia inmediata. Son ya muchos los miembros que han expresado su opinión sobre este particular y lo que ahora importa a la Comisión es facilitar al Relator Especial indicaciones sobre la dirección que debe seguir, y cabe esperar que con la contribución colectiva de la Comisión sus enérgicos esfuerzos se dirijan a un terreno más productivo.

6. Después del acierto que supuso centrar el informe en torno al examen del reconocimiento por ser uno de los aspectos del estudio del conjunto de actos unilaterales, sería contraproducente estudiar el reconocimiento de Estados

¹ Reproducido en *Anuario... 2003*, vol. II (primera parte).

en sí. Además, en nuestros días lo que retiene la atención de la comunidad internacional es más el reconocimiento de gobierno que el reconocimiento de Estado. El reconocimiento, ya sea de Estado o de gobierno, es en cualquier caso un acto discrecional y no puede regirse por criterios jurídicos.

7. La Comisión tal vez podría tomar como punto de partida lógico para elaborar proyectos de artículos una exposición inicial de derecho positivo, un *restatement*. Habría para ello que preguntarse sobre el estatuto jurídico de determinados actos unilaterales, la forma en que se realizan, las expectativas que suscitan y la combinación de factores que llevan al nacimiento de obligaciones jurídicas. Pese a no haber duda alguna de que existen en efecto actos unilaterales que por sí mismos y en sí mismos crean obligaciones, las más de las veces estas obligaciones son resultado de una serie de declaraciones y acontecimientos y este proceso, esta génesis, es lo que la Comisión debe estudiar.

8. El Sr. ECONOMIDES, con referencia a la observación hecha por el Sr. Melescanu en la sesión precedente sobre la necesidad de estudiar en el marco de este tema no sólo los actos unilaterales sino también los comportamientos unilaterales de los Estados, con inclusión del silencio, dice que, siendo ya extremadamente difícil la labor emprendida por la Comisión limitada como está únicamente a los actos, teme que, si se añaden los comportamientos, resulte prácticamente imposible. Los miembros de la Comisión deben dar pruebas de prudencia, como hicieron sus predecesores cuando elaboraron el texto que iba a convertirse en la Convención de Viena de 1969 excluyendo totalmente los acuerdos verbales. A título de compromiso, la Comisión podría prever una cláusula «sin perjuicio» en virtud de la cual el proyecto de artículos no afectaría a los comportamientos unilaterales, que seguirían regidos por el derecho internacional consuetudinario.

9. El Sr. MOMTAZ considera, respecto a la afirmación implícita del Sr. Melescanu de que la Comisión tiene ya codificado en parte el derecho aplicable a los actos unilaterales con la elaboración de su proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, que, de ser fundada esta afirmación, constituiría un argumento de peso en contra de quienes siguen siendo escépticos respecto a la existencia de actos unilaterales en cuanto instituciones jurídicas. Pregunta al Sr. Melescanu si en su opinión los redactores del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados pensaban también en los actos unilaterales cuando se refirieron a los hechos internacionalmente ilícitos.

10. El Sr. MELESCANU dice, en respuesta al Sr. Economides, que si había hablado de la conveniencia de no olvidar los comportamientos de los Estados susceptibles de producir efectos jurídicos semejantes a los actos unilaterales, lo hizo en razón del interés manifestado por determinados miembros de la Comisión por el estudio de este aspecto del tema.

11. En respuesta al Sr. Momtaz, dice que su observación constituía una reacción «en caliente» a la intervención del Sr. Koskeniemi, según el cual la codificación de los actos unilaterales era difícil no porque la cuestión fuera

compleja sino porque esos actos no existían en cuanto institución jurídica.

12. El Sr. FOMBA recuerda que en la sesión anterior la Sra. Xue dijo que, a diferencia de otros actos unilaterales, el reconocimiento está sujeto a un régimen bien establecido. Por lo que a él respecta no cree que pueda decirse que en el estado actual del derecho internacional el reconocimiento esté sometido a un corpus jurídico claro, estricto y aceptado por todos. Si se tienen en cuenta los intentos de clasificación de los actos unilaterales por la doctrina, parece que se considera al reconocimiento un acto discrecional que se desprende de la soberanía, y que escapa por consiguiente al dominio directo del derecho internacional, a reserva del respeto de las normas imperativas de éste.

13. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) resume el debate sobre el informe que se examina y agradece a los miembros sus comentarios constructivos, positivos y estimulantes, a veces justificadamente críticos, en relación especialmente con cuestiones de estilo o de insuficiencia en la consideración de algunos aspectos. El debate celebrado ha revelado una vez más las dificultades del tema, no sólo respecto al fondo sino también en lo que respecta al método que ha de seguirse.

14. Respecto a la existencia de los actos unilaterales en cuanto institución y a la pertinencia y posibilidad de llevar a cabo una labor de codificación y de desarrollo progresivo, comparte la idea de la gran mayoría de los miembros de que si bien no se puede hablar de una institución propiamente dicha, los actos unilaterales no dejan por ello de existir. La simple observación de la práctica internacional permite constatar que el Estado actúa mediante estos actos y hay que reconocer de algunos comportamientos que gozan de características propias y pueden a veces producir efectos jurídicos. En opinión de algunos miembros, el estudio del tema sería limitado si se redujera al acto unilateral en el sentido estricto del término, como establece una corriente jurídica.

15. En respuesta a algunos miembros en relación con el reconocimiento y más concretamente con el reconocimiento de Estado, el Relator Especial dice que ha analizado este particular acto unilateral por habérselo pedido la Comisión en 2002 y que en esta decisión tal vez pueda verse el deseo de la Comisión de efectuar una especie de pausa a fin de reflexionar sobre el camino más idóneo para avanzar en estos trabajos. La referencia a este particular acto unilateral se hizo con el fin de mostrar las características generales del acto unilateral y no para efectuar un estudio sobre el reconocimiento de Estado. Por esta razón el informe que se examina es fundamentalmente un documento de referencia.

16. Existen sobre el acto de reconocimiento numerosos y excelentes trabajos. La naturaleza, las características y los efectos jurídicos del reconocimiento varían sin ninguna duda en función de su objeto. Los criterios y las reglas aplicables al reconocimiento de Estado o de gobierno difieren o pueden diferir de las aplicables al reconocimiento de un estado de beligerancia, de neutralidad, de insurgencia o en relación con cuestiones territoriales. Quizás el

informe, limitado a una de las formas de reconocimiento, puede crear alguna confusión. Esta es quizá la razón que le llevó a no incluir en el informe toda la doctrina sobre el reconocimiento, ni a referirse a las numerosas clasificaciones, por lo demás muy útiles, relativas al reconocimiento *de jure* o *de facto*, que algunos miembros de la Comisión han echado en falta. En todo caso, la doctrina y los instrumentos internacionales, como la resolución del Instituto de Derecho Internacional aprobada en su 40.º período de sesiones², se refieren al reconocimiento pleno o definitivo y al reconocimiento limitado o provisional.

17. El objeto principal del sexto informe era mostrar, siguiendo las sugerencias de algunos miembros en 2002, que la definición del acto unilateral de reconocimiento en sentido estricto puede acercarse al proyecto de definición que la Comisión ha examinado en períodos de sesiones anteriores.

18. El Relator Especial no está seguro, por otra parte, de que el examen de los actos por separado, como han sugerido algunos miembros, sea la mejor vía para seguir adelante. Naturalmente hay que examinar la cuestión con mucha profundidad y de acuerdo con la práctica estatal. Se impone un estudio comparativo sobre sus características, su naturaleza y sus efectos jurídicos y ello se tendrá en cuenta en los próximos informes. En alguna medida, la división horizontal y vertical preconizada por algunos miembros podría ser útil, empleando algunos elementos de los informes anteriores, analizando la práctica estatal en materia de actos unilaterales y tratando de extraer conclusiones generales de ello.

19. Del debate se deduce que persisten todavía diferencias importantes en cuanto al alcance del estudio, incluso del objeto mismo de éste. Referirse al acto jurídico unilateral en el sentido estricto del término puede ser restrictivo y dar lugar a reticencias en algunos gobiernos. Por ello se ha sugerido que en el ámbito del estudio se consideren otros actos y comportamientos del Estado que pueden también producir efectos jurídicos. Ello obligaría a ampliar el alcance del tema para incluir los comportamientos del Estado mediante los cuales asume o puede asumir obligaciones jurídicas internacionales en relación con otro u otros Estados e incluso con la comunidad internacional en su conjunto. Sin duda, ello afectaría a los trabajos anteriores de los que se habían excluido los distintos comportamientos del Estado que no entraban en el marco del trabajo de codificación que se había previsto. Los comportamientos del Estado, incluso las omisiones, pueden tener importantes efectos jurídicos y es probable que, como algunos miembros han sugerido, estas cuestiones pudieran examinarse en una fase ulterior, lo que obligaría a introducir una cláusula de salvaguardia en este sentido. Habría que reflexionar sobre la cuestión en el marco del Grupo de Trabajo.

20. Otras cuestiones de fondo muy importantes se plantearon durante el debate, en especial los criterios para la formulación del acto de reconocimiento, su discrecionalidad, la posibilidad de que pueda ser condicionado, la necesidad de ahondar más en la cuestión del reconoci-

miento, la asimilación del acto de admisión en las Naciones Unidas a un acto de reconocimiento y la revocación o suspensión unilateral del acto, particularmente del acto de reconocimiento.

21. Es opinión generalizada que el reconocimiento es un acto discrecional, que el Estado puede o no formular. Por otra parte, el acto unilateral no debería, en principio y en general, ser formulado bajo condiciones, pues ello equivaldría a crear una relación convencional si el destinatario acepta tales condiciones. Pero el acto de reconocimiento de Estado es muy específico y sus características no son en todos los casos similares a las de los otros actos de reconocimiento.

22. La práctica estatal parece mostrar que los Estados formulan un acto de reconocimiento cuando se dan ciertas condiciones, algunas establecidas por el derecho internacional en relación con la creación del Estado, y otras de índole más política. Si bien es cierto que un acto sometido a condición implica que otra parte haga algo, perdiendo de esta forma su carácter de acto unilateral, también es verdad que en la práctica esta situación se produce con bastante frecuencia. La cuestión merece un examen detenido.

23. El reconocimiento colectivo mediante una resolución de las Naciones Unidas ha suscitado algunas dudas. Algunos Estados lo han aceptado, como por ejemplo España y Suecia, pero otros no. La admisión de nuevos miembros en las Naciones Unidas reviste en algunos casos tintes políticos y las consecuencias jurídicas podrían ser distintas según la manera de interpretar la práctica. En este sentido, la admisión de nuevos Estados en la Organización en el decenio de 1990 ha dado lugar en ocasiones a importantes polémicas, como por ejemplo en el caso de la República Federal de Yugoslavia.

24. Se ha hecho igualmente referencia a las dificultades que plantea la terminación del acto unilateral en general, y en particular la cuestión de si un Estado puede o no revocar unilateralmente un acto de esta naturaleza. Se concluyó que el Estado no tiene ese poder arbitrario. La revocación podría estar sometida a ciertas limitaciones y conviene sostener una visión restrictiva al respecto que atienda a las circunstancias del caso y, además, a las expectativas que se generan en terceros. Si un Estado pudiese revocar un acto unilateral, en cualquier momento y sin ninguna justificación, quedarían en entredicho tanto la regla *acta sunt servanda*, como la propia buena fe.

25. Respecto a si puede haber criterios para el acto de reconocimiento de Estado, el Relator Especial precisa que, en principio, el reconocimiento no sólo es un acto discrecional del Estado sino que además no suele limitarse más que en situaciones extremas (por ejemplo, cuando una resolución del Consejo de Seguridad prohíbe reconocer a un Estado, un gobierno o una situación determinada).

26. Por otra parte, con referencia a la declaración de Ihlen³, la doctrina está dividida; para algunos se trata de un acto unilateral, principalmente de renuncia, para otros

² Véase *Annuaire de l'Institut de droit international, session de Bruxelles (avril 1936)*, París, Pedone, 1936, págs. 300 y ss.

³ Véase 2770.ª sesión, nota 8.

es un acto convencional, en la medida en que era la respuesta a una intervención del Gobierno danés. Según el Relator Especial, la motivación de la declaración no le da necesariamente carácter convencional. En los asuntos de los *Essais nucléaires*, las declaraciones francesas, consideradas por la mayoría como una promesa, respondían a una actuación de algunos países que se sentían afectados por las explosiones nucleares francesas en el Pacífico Sur. No se puede negar, como ha reconocido la propia CIJ, la naturaleza unilateral de esas declaraciones o de la declaración en su conjunto que debemos considerar como un solo acto jurídico compuesto de varias declaraciones.

27. Sobre la forma del resultado final, el Relator Especial considera que es prematuro dar una respuesta en este momento, habida cuenta de las opiniones divergentes al respecto, aunque hasta ahora se había trabajado con las perspectivas de un proyecto de artículos. No se trata de cambiar radicalmente de método, sino de responder a las inquietudes de los miembros de la Comisión y buscar soluciones de compromiso aceptables. Sobre este particular, espera las directrices de la Comisión.

28. No cabe duda de que deberá considerarse más detenidamente la práctica y tratará de hacerlo en el próximo informe. Concederá también más atención en sus futuros trabajos a la jurisprudencia internacional y a la doctrina. Se propone enviar a todos los miembros de la Comisión el plan de trabajo de su séptimo informe para recabar sus opiniones y tener una idea más clara de la orientación que ha de seguir su estudio.

29. El Sr. Sreenivasa RAO piensa que, mejor que enviar su plan de trabajo a los miembros de la Comisión, el Relator Especial debería ponerse de acuerdo con tres o cuatro colegas a los que presentaría sus observaciones, o bien pedir al Grupo de Trabajo que se ha creado, y que preside el Sr. Pellet, que colabore con él.

Protección diplomática⁴ (continuación*) (A/CN.4/529, secc. A, A/CN.4/530 y Add.1⁵, A/CN.4/L.631 y Corr.1)

[Tema 3 del programa]

CUARTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (continuación**)

30. El Sr. DUGARD (Relator Especial) presenta la adición de su cuarto informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/530 y Add.1) y dice que la Comisión ha terminado la parte más importante de los trabajos sobre la protección diplomática, puesto que ha remitido al Comité de Redacción los proyectos de artículo sobre la protección diplomática de las sociedades y los accionistas (2764.ª sesión, párr. 19) y aprobado los proyectos de artículo sobre

la institución de la protección diplomática, la protección diplomática de las personas físicas y el agotamiento de los recursos internos (2768.ª sesión, párr. 38). Queda por tratar una cuestión importante, que es la protección diplomática de las tripulaciones de los buques por el Estado del pabellón. Las opiniones están divididas sobre este tema, tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. El Relator Especial presentará en 2004 un proyecto de artículo sobre esta cuestión.

31. Quedan en consecuencia por examinar tres temas: la protección diplomática de las personas jurídicas distintas de las sociedades, la *lex specialis* prevista en los tratados bilaterales sobre inversiones y la cuestión de la doble protección de una persona por una organización internacional y por un Estado. Considera esencial para la reputación de la Comisión concluir la segunda lectura del proyecto antes de que termine el quinquenio en curso.

32. Con respecto a la *lex specialis*, que es objeto del proyecto de artículo 21 que propone, observa que no existe conflicto entre el documento que el Sr. Koskenniemi ha elaborado sobre este mismo tema para el Grupo de Estudio sobre la fragmentación del derecho internacional y su propio trabajo. Algunas ideas expuestas por el Sr. Koskenniemi podrían incluso figurar en su informe. Da las gracias a este último por haber señalado a su atención el parecer del TIDM en el asunto *Thon à nageoire bleue*, en el que el Tribunal afirmó que el principio de la *lex specialis*, por ser un principio general de derecho reconocido en todos los ordenamientos jurídicos, caso de contener disposiciones aplicables a la solución de controversias, éstas prevalecen sobre cualquier otra disposición similar que figure en la *lex generalis*.

33. Como se indica en el párrafo 106 del informe, las inversiones extranjeras están en gran medida reguladas y protegidas por tratados bilaterales sobre inversiones que ofrecen dos posibilidades de arreglo de diferencias en materia de inversiones. Pueden organizar el arreglo directo de una diferencia en materia de inversiones que oponga el inversor al Estado anfitrión, bien directamente mediante un tribunal especial o creado por el CIADI, sea mediante un arbitraje entre el Estado de la nacionalidad del inversor (una sociedad o un particular) y el Estado anfitrión. El recurso a los procedimientos de arreglo de diferencias previstos en un tratado bilateral sobre inversiones o por el CIADI excluye la aplicación de las normas de derecho consuetudinario relativas a la protección diplomática. Estos procedimientos revisten mayor interés para el inversor extranjero porque le permiten evitar la incertidumbre política inherente al carácter discrecional de la protección diplomática. La existencia de un régimen especial de esa naturaleza fue reconocida por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*.

34. La finalidad del artículo 21 es señalar que el proyecto de artículos sobre la protección diplomática de las sociedades o de los accionistas de una sociedad no se aplica al régimen especial de protección de los inversores extranjeros previsto en los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones. Está fundamentalmente inspirado en el artículo 55 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente

⁴ 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.

* Reanudación de los trabajos de la 2768.ª sesión.

⁵ Véase la nota 1 *supra*.

** Reanudación de los trabajos de la 2764.ª sesión.

ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁶ e ilustra la máxima *lex specialis derogat legi generali*. La aplicación de la *lex specialis* está justificada por la existencia de una verdadera contradicción entre, por una parte, las normas de derecho internacional consuetudinario relativas a la protección diplomática de las inversiones de las sociedades, en cuya virtud la protección se abandona a la discreción del Estado nacional y sólo se ejerce, salvo contadas excepciones, con respecto a las propias sociedades y, por otra parte, el régimen especial establecido por tratados especiales para las inversiones extranjeras, que reconoce al inversor extranjero, ya sea sociedad o accionista, derechos que pueden ser determinados por un tribunal arbitral internacional. Por estas razones es necesario incluir en el proyecto de artículos una disposición en el sentido del artículo 21 para especificar claramente que en los tratados bilaterales o multilaterales sobre inversiones se prevé un régimen especial.

35. Tras recordar que el cuarto informe sobre la protección diplomática está enteramente consagrado a la sociedad, que es una forma específica de persona jurídica, el Relator Especial presenta el proyecto de artículo 22 en el que se dice que las normas enunciadas con respecto a las sociedades se aplican a otras personas jurídicas, con los cambios que fueran necesarios a consecuencia de las diferencias de estructura, objetivos y naturaleza de esas otras personas jurídicas. Conviene señalar que el proyecto de artículos debe hacer hincapié en la sociedad y que no es posible elaborar otros artículos que versen sobre la protección diplomática de cada especie de persona jurídica distinta de la sociedad. Los miembros de la Comisión son plenamente conscientes de que las personas jurídicas son creación del derecho interno y que la concesión de la personalidad jurídica, que varía según los ordenamientos jurídicos, no obedece a normas uniformes. Las personas jurídicas son en la actualidad muy diversas: sociedades, empresas públicas, universidades, escuelas, fundaciones, iglesias, colectividades locales, asociaciones sin ánimo lucrativo, organizaciones no gubernamentales, incluso entidades asociadas en determinados países. La imposibilidad de presumir en todas esas personas jurídicas rasgos comunes y uniformes explica la razón de que los autores de derecho internacional público y también de derecho internacional privado suelen interesarse fundamentalmente por las sociedades. Pero existe una segunda razón para ello, y es que las sociedades se dedican al comercio exterior y a las inversiones. Son en consecuencia las personas jurídicas que con mayor frecuencia se encuentran en los litigios relativos a las inversiones y son las más susceptibles de solicitar la protección diplomática, aunque también es cierto que otras personas jurídicas pueden tener necesidad de esa protección. Varias decisiones de la CPJI han subrayado la posibilidad de considerar como persona jurídica, por ejemplo, a una comunidad o una universidad. No se ve por consiguiente la razón de que el Estado no deba proteger a una universidad cuando sufre un daño en el extranjero, a condición, bien entendido, que se trate de una entidad totalmente privada porque, de ser una universidad pública, el propio Estado estaría directamente perjudicado. Las fundaciones, también instituciones privadas, realizan frecuentemente en el extranjero obras fi-

lantrópicas y deberían en consecuencia beneficiarse de la protección diplomática.

36. Lo mismo cabe decir de las organizaciones no gubernamentales. Sin embargo, algunos autores no comparten esta opinión y alegan que el vínculo que une a la mayoría de las organizaciones no gubernamentales con el Estado en el que están registradas es demasiado frágil para permitir que ese Estado ejerza su protección. Por esta razón, Doebling considera que el hecho de que una organización no gubernamental tenga miembros y desarrolle actividades en el mundo entero crea una situación en la que el daño que sufre no puede considerarse un daño sufrido por el Estado de registro⁷. El argumento es interesante, pero para el Relator Especial se basa excesivamente en la decisión del asunto *Nottebohm* y no suficientemente en la decisión del asunto *Barcelona Traction*. En cualquier caso, gracias a él ha quedado de manifiesto la complejidad del tema de la protección diplomática en relación con personas jurídicas distintas de las sociedades.

37. La entidad asociada ilustra particularmente bien esta complejidad. En la mayoría de los sistemas jurídicos, especialmente en los de *common law*, esta entidad no es una persona jurídica, mientras que en otros goza de personalidad jurídica. Puede por consiguiente ser considerada una persona jurídica en un sistema y no en otro, lo que muestra la ausencia total de uniformidad en la forma de conferir los Estados la personalidad jurídica a actividades del mismo tipo.

38. Si el Relator Especial cita estos ejemplos es para mostrar la imposibilidad de redactar disposiciones diferentes aplicables a la protección diplomática de las distintas especies de personas jurídicas. En consecuencia, el único camino que cabe tomar es el que ha seguido ya la Comisión consistente en centrar su atención en la sociedad —el tipo de institución que ha sido objeto de la decisión adoptada por la CIJ en el asunto de la *Barcelona Traction*—, para redactar seguidamente una cláusula general ampliando, *mutatis mutandis*, a otras personas jurídicas los principios aplicables a las sociedades. Esto es lo que trata de hacer la disposición propuesta en el artículo 22.

39. La mayoría de los casos relativos a la protección diplomática de personas jurídicas distintas de las sociedades estarán cubiertos por el proyecto de artículo 17 de que se ocupa en la actualidad el Comité de Redacción sobre la base de la formulación revisada que el Relator Especial da en el párrafo 122. Aunque el proyecto de artículo ha sido objeto de largos debates, el Comité de Redacción lo ha adoptado con carácter provisional. De conformidad con el artículo 22, un Estado deberá establecer como condición previa al ejercicio de la protección diplomática, la existencia de un vínculo del tipo apuntado en el artículo 17 entre él y la persona jurídica perjudicada. El proyecto de artículo 17 está redactado de forma que pueda incluir a todos los tipos de personas jurídicas, con independencia

⁶ Véase 2751.ª sesión, nota 3.

⁷ Véase K. Doebling, «Diplomatic protection of non-governmental organizations», en M. Rama-Montaldo (ed.), *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1994, págs. 571 a 580.

de la naturaleza de sus actividades, de su estructura o de sus objetivos. Evidentemente, los proyectos de artículo 18 y 19 remitidos al Comité de Redacción que tratan de las situaciones en que los accionistas pueden ser protegidos no se aplican a las personas jurídicas distintas de las sociedades, a diferencia del artículo 20 que trata del principio de la continuidad de la nacionalidad. En otras palabras, se toma como punto de partida las disposiciones relativas a la protección diplomática de las sociedades y se las aplica *mutatis mutandis* a otras personas jurídicas. La Comisión ha expresado repetidas veces reservas respecto al uso de máximas latinas. En el párrafo 123, el Relator Especial propone una variante del artículo 22 en la que se sustituiría la expresión *mutatis mutandis* por una fórmula que tiene el mismo sentido pero es más larga. Por lo que a él respecta, el Relator Especial prefiere la expresión latina, que tiene la ventaja de ser concisa y elegante y espera que la Comisión se sume a su opinión.

40. El Sr. KOSKENNIEMI observa que en la forma en que está actualmente redactada, la disposición del artículo 21 únicamente se refiere a la protección de las sociedades y de los accionistas de éstas. Nada impide imaginar que puedan celebrarse entre Estados en materia de protección diplomática en general acuerdos específicos (de regímenes locales, bilaterales o multilaterales). Cabe preguntarse desde este momento en qué parte de la convención se incluirán estos regímenes específicos. En principio convendría tratarlos al final del proyecto de artículos en el marco de una cláusula de *lex specialis* que abarcara todos los tipos de acuerdos que pueden concluirse entre Estados. El Sr. Koskenniemi pregunta al Relator Especial si tiene intención de presentar una disposición más general o si la única excepción prevista a las normas de la convención en proyecto es la del artículo 21.

41. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que no ha pensado en la cuestión de las otras formas de la *lex specialis* porque, en la práctica, el interés se centra fundamentalmente en los tratados bilaterales sobre inversiones. El Sr. Koskenniemi tiene, no obstante, razón al decir que existen otros acuerdos en los que está prevista la protección diplomática y que tal vez fuera más aconsejable prever una cláusula general de la *lex specialis* que se colocaría fuera del capítulo relativo exclusivamente a las sociedades. El Relator Especial piensa que debería hacerse hincapié en los tratados bilaterales sobre inversiones pero que no existe razón alguna para no querer situarse en un plano más general. Desea que se vuelva a estudiar esta propuesta durante el debate general y por su parte no tendría inconveniente en que se apruebe y remita al Comité de Redacción como modificación del proyecto de artículo 21.

42. El Sr. BROWNLIE hace suya la observación del Sr. Koskenniemi. Desea, no obstante, exponer sus reservas sobre el proyecto de artículo 21, reservas relativas más al comentario que a la propia disposición. Sigue experimentando un sentimiento de inquietud cuando los miembros de la Comisión insisten en que se introduzcan disposiciones de *lex specialis* en todo lo que hace porque, en realidad, son normas que caen por su propio peso. La *lex specialis* es un principio general. Pero una cosa es prever una disposición de *lex specialis* y otra completamente distinta

dedicar una enorme cantidad de tiempo a catalogar las situaciones que se puede considerar susceptibles de originar una *lex specialis* y en especial de conceder una enorme preponderancia a los tratados bilaterales sobre inversiones. No es corriente enumerar los casos de *lex specialis*. Sería mucho más prudente y normal limitarse a enunciar el principio. Bien saben los miembros de la Comisión que desarrollan una actividad en materia de arbitraje que las restricciones en materia de protección diplomática se aplican fundamentalmente en cuanto respecta a las normas de conducta enunciadas en los tratados bilaterales sobre inversiones. Es perfectamente corriente que las partes expongan sus argumentos sobre la interpretación de una u otra sección de un tratado en caso de duda sobre el sentido de una referencia a los principios de derecho internacional general que eran aplicables en el momento de la conclusión del tratado, lo que constituye una forma totalmente ordinaria de interpretación de los tratados.

43. Preocupa al Sr. Brownlie que el tono categórico del comentario pueda dar lugar a malentendidos. Este es el caso en especial de la penúltima frase del párrafo 112 en que figura la expresión «régimen especial de inversiones extranjeras establecido en virtud de los tratados bilaterales y multilaterales sobre inversiones». Es por regla general exacto decir que el principio de la *lex specialis* previsto por el Relator Especial se refiere claramente, por así decir, al procedimiento. Pero esta expresión abarca las disposiciones de fondo relativas a las normas de comportamiento del Estado anfitrión del inversor extranjero. Se da a entender de esta forma la existencia de una especie de divorcio total entre el derecho internacional consuetudinario y el derecho internacional general en cuanto respecta a los tratados bilaterales sobre inversiones. Ahora bien, esto no es exacto, ni en cuanto al principio ni en la práctica del arbitraje. Es perfectamente normal que un equipo de juristas, ya represente al Estado demandado o al demandante, invoque el derecho internacional general, y si una de las partes toma la iniciativa, la otra hace automáticamente lo mismo. Tal vez habría por tanto que adoptar un tono más prudente en el texto del comentario. No es necesario, por no ser habitual, definir concretamente los casos de *lex specialis*.

44. El Sr. CHEE observa que el Relator Especial habla de las sociedades en general. Tal vez habría que codificar el pensamiento de los miembros de la Comisión y concretar si la naturaleza de la sociedad es mercantil o no mercantil.

45. El Sr. NIEHAUS considera que en el proyecto de artículo 17 revisado el criterio del «vínculo similar» es demasiado vago y sólo puede complicar la concesión de la protección diplomática. Se puede hacer una distinción entre domicilio social y centro administrativo de una sociedad, pero al hablar de «vínculo similar» con el Estado que ejerce la protección diplomática se da la impresión de referirse a la nacionalidad de los accionistas, con la consiguiente complicación del concepto de nacionalidad de la sociedad. Desearía que el Relator Especial concretase su intención al proponer esta expresión que entraña el peligro de crear dificultades suplementarias.

46. El Sr. DUGARD (Relator Especial) responde al Sr. Niehaus que esta cuestión ha sido ampliamente debatida en el marco del examen del cuarto informe, y que no sería lógico volver a comenzar este debate a propósito de la adición de este informe a cuyo examen procede la Comisión en el actual período de sesiones. Remite en consecuencia al Sr. Niehaus a las actas resumidas del debate sobre este tema.

47. El Relator Especial reserva su posición respecto a la observación del Sr. Chee, que es perfectamente pertinente y que suscita una cuestión ya abordada en relación con otras disposiciones que tratan de la naturaleza de la sociedad. En su opinión, aunque esta cuestión debería examinarse en el comentario y no en el cuerpo del artículo, propone volver a examinarla ulteriormente con mayor profundidad.

48. Los comentarios que ha hecho el Sr. Brownlie son tan fundamentales que merecen que se reflexione sobre ellos y el Relator Especial se reserva la posibilidad de facilitarle más adelante una respuesta más detallada. Está de acuerdo con el Sr. Brownlie en que tal vez sea inútil incluir una cláusula relativa a la *lex specialis* en el proyecto de artículos, puesto que se trata de un principio general. Pero corresponde a la Comisión examinar este particular. Por lo que respecta al comentario, el Relator Especial ha tratado detenidamente la cuestión de los tratados bilaterales sobre inversiones al objeto de subrayar la necesidad de una disposición de este tipo. No cabe duda de que el párrafo 112 ha ido demasiado lejos al sugerir la completa exclusión del derecho internacional consuetudinario, pero existen evidentemente circunstancias en las que no se incluirá. Las observaciones del Sr. Brownlie están relacionadas con la redacción de un comentario al proyecto de artículo 21 en caso de ser adoptado. Deben considerarse habida cuenta de que la Comisión examina la cuestión del principio de la *lex specialis* en el marco del Grupo de Estudio que estudia la fragmentación del derecho internacional. Esto le permite iniciar un debate sobre un principio general muy importante que se aplica a todos los proyectos de artículos que pueda elaborar en el futuro.

Se levanta la sesión a las 11.35 horas.

2775.ª SESIÓN

Martes 15 de julio de 2003, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Enrique CANDIOTI

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sr. Economides, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kolodkin, Sr. Koskenniemi, Sr. Mansfield, Sr. Matheson, Sr. Melescanu, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Cooperación con otros organismos (*continuación* *)

[Tema 11 del programa]

VISITA DEL PRESIDENTE DE LA
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1. El PRESIDENTE da la bienvenida al Presidente de la Corte Internacional de Justicia y le invita a hacer uso de la palabra ante la Comisión. El magistrado Shi Jiuyong ha sido miembro de la Comisión de 1987 a 1993 y está por tanto familiarizado con su labor.

2. El Sr. SHI (Presidente de la Corte Internacional de Justicia) dice que la CIJ aprecia en sumo grado que los intercambios de opiniones con la Comisión se hayan convertido en costumbre y para él constituye un especial placer volver a la misma sala en que prestó sus servicios como miembro de la Comisión entre 1987 y 1993, y como Presidente en 1990.

3. La CIJ es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, con la función de dirimir las diferencias entre Estados de conformidad con el derecho internacional, en tanto que la Comisión está encargada de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Es óbice la relación existente entre las dos. Ambas contribuyen al fortalecimiento del derecho internacional. Existe además una interacción entre los dos órganos a todos los niveles. Algunos miembros de la Comisión aparecen regularmente ante la Corte como consejeros o representantes de las partes, aportando no sólo sus dotes como jurisperitos sino también su valioso conocimiento de los trabajos de la Comisión, lo que a su vez alimenta las deliberaciones de la Corte. Más importante todavía es que, desde la elección como miembro de la Corte de Sir Benegal Rau en 1952 se ha elegido regularmente como magistrados de la Corte a miembros de la Comisión. Dos fueron elegidos en octubre de 2002, con el resultado de que, de los 15 magistrados actuales, 7 son antiguos miembros de la Comisión. Además, varios miembros de la Comisión han actuado como magistrados *ad hoc* en casos de que conocía la Corte.

4. La estrecha relación entre las dos se complementa con el profundo respeto y consideración que cada una de ellas muestra por los trabajos de la otra. La Comisión se refiere sistemáticamente a las sentencias de la Corte en su labor codificadora y la Corte recurre de forma similar a los trabajos de la Comisión para determinar el contenido de la ley o interpretar diversas normas de derecho internacional. Pese a que los trabajos de la Comisión son sólo un medio subsidiario para determinar el derecho internacional, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no cabe duda de que constituye por su excelente calidad uno de esos medios subsidiarios que mayor confianza inspiran y en que más se confía.

5. La primera ocasión en que la CIJ se refirió a los trabajos de la Comisión fue en su sentencia en el caso *Plateau continental de la mer du Nord* en 1969 en que recurrió a los debates de la Comisión sobre la cuestión de la

* Reanudación de los trabajos de la 2764.ª sesión.