



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.637/Add.4
24 de julio de 2003

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
55º período de sesiones
Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio
y 7 de julio a 8 de agosto de 2003

**PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA EN
SU 55º PERÍODO DE SESIONES**

Relator: Sr. William MANSFIELD

Capítulo V

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
B. Examen del tema en el actual período de sesiones (<i>continuación</i>)		
5. Artículo 21	70 - 85	3
a) Introducción por el Relator Especial.....	70 - 73	3
b) Resumen del debate.....	74 - 81	4
c) Observaciones finales del Relator Especial	82 - 85	7

ÍNDICE (*continuación*)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
B. (<i>continuación</i>)		
6. Artículo 22	86 - 97	8
a) Introducción por el Relator Especial	86 - 88	8
b) Resumen del debate	89 - 94	10
c) Observaciones finales del Relator Especial	95 - 97	11

5. Artículo 21¹

a) Introducción por el Relator Especial

70. 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 el arreglo de controversias en materia de inversiones, como alternativas a los recursos internos del Estado anfitrión: 1) dirimir directamente la controversia entre el inversor y el Estado anfitrión; y 2) resolver la controversia sobre inversiones recurriendo al arbitraje entre el Estado de nacionalidad del inversor, fuera éste una institución o un individuo, y el Estado anfitrión, respecto de la interpretación o aplicación del tratado bilateral. Este segundo procedimiento existía normalmente en todos los casos y, en consecuencia, venía a reforzar el mecanismo de arreglo 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 Estados², que preveía tribunales establecidos con los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

71. El Relator Especial explicó que, cuando se recurría a los procedimientos de arreglo de controversias previstos en los tratados bilaterales sobre inversiones o en el Convenio del CIADI, se excluían las normas de derecho consuetudinario relativas a la protección diplomática. Era evidente que los procedimientos de arreglo de controversias de esas dos vías ofrecían mayores ventajas al inversor extranjero que las del derecho internacional consuetudinario. Por ejemplo,

¹ El artículo 21 dice así:

Artículo 21

Lex specialis

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

(A/CN.4/530 y Corr.1 (español únicamente) y Add.1.)

² Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 575, pág. 159.

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 Convenio del CIADI, el inversor extranjero tenía acceso directo al arbitraje internacional. En el asunto *Barcelona Traction*, la Corte de Justicia Internacional reconoció la existencia de acuerdos especiales de esa clase, mostrándose favorable a considerarlos como *lex specialis*.

72. 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 de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos³. Se observó que el comentario del 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"⁴.

73. 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

74. Se expresaron diferentes opiniones en la Comisión sobre la necesidad de incluir una disposición sobre *lex specialis* en el proyecto de artículos. Se examinaron tres

³ 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", véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10)*, párr. 76.

⁴ Comentario del artículo 55, párr. 4), *ibíd.*, párr. 77.

posibilidades: 1) limitar el proyecto de artículos a los tratados bilaterales y multilaterales relativos a la protección de las inversiones; 2) volver a formularlo como una disposición más general aplicable a todo el proyecto de artículos; o 3) suprimirlo.

75. 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 *lex specialis* que se aplica 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 reivindicaciones o se apartaban de la norma sobre los recursos locales. Según otra opinión similar, aunque la inclusión de una disposición sobre *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 perjudicaba y podía hacerse *ex abundanti cautela*.

76. 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 *lex specialis* no debía limitarse a la protección de esas sociedades y 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 razón para dar prioridad, por ejemplo, a los tratados de derechos humanos en el contexto de la protección de la persona natural.

77. Otros expresaron su preocupación en lo relativo a 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 naturales cuando existieran regímenes "especiales" de protección de derechos humanos, que se basaban normalmente en convenciones multilaterales y por lo común no excluían expresamente el ejercicio de la protección diplomática. Por ello, extender la disposición sobre *lex specialis* a las personas naturales podría dar la impresión de que la posibilidad de la protección diplomática quedaba necesariamente excluida al existir un régimen sobre la protección de los derechos humanos. Por el contrario, ambos regímenes se habían concebido para complementarse mutuamente. Por ello se sugirió que la disposición que estipulara la *lex specialis* se aplicase sólo íntegramente y de forma exclusiva

cuando se dijera expresamente, y de otro modo se aplicarían las normas generales de derecho internacional.

78. Otra sugerencia fue que el requisito de la incompatibilidad real entre las dos disposiciones relativas a la misma cuestión y de que la intención discernible de que una disposición excluyera la otra podría incluirse en el texto del propio artículo 21. Se aludió a la diferencia entre el artículo 21 y el artículo 55 de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos aprobados en 2001, 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 preferencia al procedimiento especial, que prevalecería sobre las normas generales. Se sugirió redactar nuevamente la disposición como una regla de prioridad, de forma que la protección diplomática no quedara totalmente excluida.

79. Como otra sugerencia, se señaló el enfoque básico de reconocer, en el proyecto de artículos o en el comentario, que había regímenes especiales importantes para proteger 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 de que se aplicarían normas de derecho consuetudinario internacional en esos contextos, en la medida en que no fueran incompatibles con los regímenes.

80. Entre otras sugerencias para dar nueva formulación a la disposición estuvo la de redactarla como una exclusión condicional, especificando su contenido y ámbito de aplicación, utilizando más la terminología empleada en los tratados sobre inversiones y suprimiendo las palabras "*lex specialis*" del título.

81. A la inversa, otros expresaron dudas sobre la necesidad de incluir una disposición sobre *lex specialis*. Se señaló que esa disposición podría no ser necesaria si la *lex specialis* se basaba sólo en disposiciones de tratados. Se expresó la opinión de que una disposición de esa índole solía dar la falsa impresión de un mundo en el que todo era "una cosa o la otra", y las normas de la protección diplomática se aplicaban por completo o no se aplicaban en absoluto. Por ejemplo,

cuando hubiera un régimen pertinente, como el de los derechos humanos, toda la protección diplomática quedaría inmediatamente excluida (lo que no sería exacto). Además, insertar una disposición así en textos elaborados por la Comisión podría producir también la impresión incorrecta *a contrario* de que cualquier convención que no mencionara la norma de la *lex specialis* pretendía tener un carácter especial "no derogable". Por eso se expresó cierta preferencia por suprimir el artículo totalmente y tratar la cuestión en el comentario.

c) Observaciones finales del Relator Especial

82. El Relator Especial recordó que había propuesto el artículo 21 por dos motivos: 1) para seguir el ejemplo del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos; y 2) por la necesidad de 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 ambas cosas. Estaba de acuerdo en que no era preciso seguir el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, y le convenía 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 sugería que el régimen de los tratados bilaterales sobre inversiones excluía las normas consuetudinarias resultaba a un tiempo inexacto y, posiblemente, peligroso. Si se mantenía tendría que modificarse eliminando del título las palabras "*lex specialis*", y volviendo a redactar su texto en el sentido sugerido en el debate.

83. 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 norma del agotamiento de los recursos internos, regímenes que comprendían normas de derechos humanos y que podrían complementar o sustituir la protección diplomática. Hizo al respecto 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.

84. 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.

85. No obstante, la Comisión decidió enviar la disposición al Comité de Redacción, a fin de que le diera una nueva redacción como una cláusula "sin perjuicio de", que se colocaría al final del proyecto de artículos.

6. Artículo 22⁵

a) Introducción por el Relator Especial

86. El Relator Especial explicó que la finalidad del artículo 22 era aplicar las normas expuestas respecto de las sociedades a otras personas jurídicas, con los cambios que fueran necesarios como consecuencia de las diferentes estructuras, objetivos y carácter de esas otras personas jurídicas. El Relator Especial observó que esas otras personas jurídicas podían necesitar también protección diplomática. Varias decisiones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional habían subrayado el hecho de que otras instituciones podían tener una personalidad jurídica que se tradujera en una protección diplomática. No había motivo, por ejemplo, para que un Estado no protegiera a una universidad si resultaba lesionada en el exterior, siempre que fuera una universidad totalmente privada. En el caso de lesiones a una universidad de financiación pública o control estatal, las lesiones serían lesiones directas al Estado. Se refirió también al ejemplo de

⁵ El artículo 22 dice así:

Artículo 22

Personas jurídicas

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

(A/CN.4/530 y Corr.1 (español únicamente) y Add.1.)

las fundaciones y de las organizaciones no gubernamentales, que participaban cada vez más en la labor filantrópica en materia de salud, bienestar, derechos humanos, derechos de la mujer, etc. En su opinión, esas fundaciones y las organizaciones no gubernamentales (a pesar de algunas opiniones académicas en contrario) debían ser protegidas en el exterior.

87. Señaló que no era posible redactar artículos 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 creación de personas por ley, lo que se traducía en una amplia variedad de personas jurídicas de diferentes características, entre ellas sociedades, empresas públicas, universidades, centros docentes, fundaciones, iglesias, municipios, asociaciones sin fin lucrativo, organizaciones no gubernamentales e incluso, en algunos países, asociaciones. La imposibilidad de encontrar características comunes o uniformes en todas esas personas jurídicas explicaba el hecho de que los autores tanto de derecho internacional público como de derecho privado acostumbraran a centrar su atención en las sociedades. El otro motivo era que las sociedades se dedicaban al comercio internacional y la inversión extranjera, lo que hacía que la mayor parte de la jurisprudencia sobre el tema se refiriera a controversias en materia de inversiones que afectaban a las sociedades y no a otras personas jurídicas. La complejidad de la cuestión quedaba ilustrada por las asociaciones: en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, especialmente en el derecho anglosajón, las asociaciones no eran personas jurídicas. Sin embargo, en algunos se concedía a las asociaciones esa personalidad. Por consiguiente, una asociación podía ser considerada persona jurídica en un Estado y en otro no.

88. En esas circunstancias, la única forma de avanzar era centrarse en las sociedades, e incluir luego una cláusula general, como la del artículo 22, que aplicara el principio expuesto con respecto a las sociedades, *mutatis mutandis*, a otras personas jurídicas. Señaló además que la mayoría de los casos relativos a la protección diplomática de personas jurídicas distintas de las sociedades quedarían comprendidas en los proyectos de artículos 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

89. Se expresó apoyo a la opinión de que no sería posible redactar más artículos que se ocuparan 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 del Estado. Se expresó también la opinión de que podía ser de cierta utilidad práctica mantener la disposición, para indicar que eso casos, aunque raros, existían, como demostraba el asunto *Peter Pázmány*⁶.

90. Aunque se expresó apoyo a la inclusión de la expresión *mutatis mutandis*, 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 con derecho a ejercer la protección diplomática de una persona jurídica distinta de una sociedad será el Estado con arreglo a cuyo derecho se haya otorgado la personalidad jurídica, siempre que el lugar de la gestión o la inscripción se hagan en el territorio de dicho Estado".

91. Según otra propuesta, se incluiría 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 portadoras de derechos y obligaciones. Si en el derecho interno una entidad había sido considerada como persona jurídica,

⁶ *Appeal from a Judgment of the Czechoslovak-Hungarian Mixed Arbitral Tribunal (Peter Pázmány University v. Czechoslovakia) P.C.I.J. Reports, Serie A/B, N° 61, pág. 208.*

eso bastaría para el orden 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.

92. Varios oradores 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. Se recordó que el hecho de ejercer 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 21 que indicara si las organizaciones no gubernamentales gozarían de esa protección o no. De hecho se apoyó 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.

93. 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 de protección diplomática de personas jurídicas distintas de las sociedades. Se expresó la preocupación de que el artículo 22 implicaba problemas mucho más complejos de lo que parecía a primera vista, y la asimilación de esas otras personas jurídicas a las sociedades y accionistas era muy difícil. Se propuso que la cuestión fuera objeto de un estudio separado.

94. 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 aplicarían. La disposición debía decir en cambio "en los artículos 17 y 20". Además, su título podría ser "Otras personas jurídicas". Otros oradores pusieron en duda la necesidad de referirse a los "principios".

c) Observaciones finales del Relator Especial

95. El Relator Especial observó que había escasa práctica de los Estados con respecto a las circunstancias en que el Estado protegería a personas jurídicas distintas de las sociedades. 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 qué hacer en el caso de que hubiera escasa práctica de los Estados o ninguna, sin dejar de abordar 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 suscitado 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 hubiera suficiente práctica de los Estados. Había que incluir una disposición al respecto, bien porque se ocupara de un principio general de los contenidos en el asunto *Barcelona Traction* o porque pudiera utilizarse por analogía, o por medio del desarrollo progresivo.

96. El Relator Especial señaló que varios oradores 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 enfoque consistía simplemente en reconocer que, si el problema surgía, habría 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 enfoque, así como la inclusión de la expresión *mutatis mutandis*.

97. Por consiguiente, se propuso a la Comisión que enviara el proyecto de artículo al Comité de Redacción a fin de que redactara una disposición flexible que estuviera abierta a la evolución de la práctica de la aplicación de la protección diplomática a otras personas jurídicas.
