

Declaración de Mario Oyarzábal*

Sobre el Segundo Informe sobre el Arreglo de Controversias en las que son Parte Organizaciones Internacionales por August Reinisch, Relator Especial (A/CN.4/766, 1 de marzo de 2024)

**Comisión de Derecho Internacional – 75º Periodo de sesiones
30 de abril de 2024**

Conforme a lectura

Gracias, Sr. Presidente.

Ante todo, y como ya hice el año pasado, quiero empezar felicitando y agradeciendo al Relator Especial (RE) Reinisch por el enciclopédico trabajo que nos ha presentado. Una vez más, el Informe está exhaustivamente investigado y bien articulado, y ha integrado cuidadosamente los avances normativos, prácticos y académicos en la materia. Desde este punto de partida, aún tengo algunos comentarios y propuestas de fondo que deseo transmitir al RE y a la Comisión.

Mi intervención de hoy se estructurará del siguiente modo. En primer lugar, haré algunas observaciones generales sobre el Segundo Informe del RE y el Memorándum preparado por la Secretaría. Luego abordaré los proyectos de directrices propuestos por el RE.

Comenzando con mis comentarios generales, acojo con satisfacción la decisión del RE de circunscribir su Segundo Informe únicamente a las controversias internacionales y de abordar las controversias no internacionales o de carácter privado en su Tercer Informe del próximo año. Hacerlo de otro modo hubiera sido técnicamente confuso y prácticamente imposible.

El Memorándum de la Secretaría retrata una realidad clara: no hay conflicto en relación con la solución de controversias internacionales en las que las organizaciones internacionales (OOII) son parte. Las respuestas proporcionadas tanto por los Estados como por las OOII muestran que las controversias entre OOII y Estados son raras, y entre OOII más bien inexistentes. Además, el Memorándum también ilustra que estas controversias internacionales, cuando surgen, se resuelven en su mayoría mediante negociación. En este contexto, se podría argumentar que no hay un *business case* para que la CDI se embarque en un trabajo complejo y detallado sobre la solución de “controversias internacionales”, más allá de la adopción de unas directrices que reflejen la práctica actual y aporten algo más de claridad en la materia.

Por el contrario, el Memorándum muestra que existe una práctica rica y diversa de controversias no internacionales o de carácter privado. Además, revela ciertos conflictos y tensiones, como el que existe entre inmunidad y acceso a la justicia, que merecen

* Agradezco a Agustín Giustiniani y Gonzalo Scolni por su asistencia en la investigación.

atención y en los que la CDI podría aportar un valor añadido para abordarlos mejor. También refuerza la decisión tomada por la Comisión el año pasado, que contó con mi apoyo, de incluir las controversias no internacionales o “controversias de carácter privado” en el ámbito de nuestro trabajo.

Un segundo comentario general que me gustaría hacer se refiere a la inclusión en el Segundo Informe del RE de las Opiniones Consultivas (OC) como medio de solución de controversias. Aquí, abogaré por una diferenciación más clara entre la función consultiva y adjudicativa de las cortes y tribunales internacionales. El tema que estamos tratando se refiere a la solución de controversias y, por lo tanto, cualquier referencia a los procedimientos consultivos debe hacerse con cautela.

A pesar de que existe cierta doctrina reciente que ha argumentado lo contrario, la función consultiva tiene características inherentes que no deben pasarse por alto, en particular, su naturaleza jurídica no vinculante. El consentimiento del Estado implicado en una determinada disputa es un requisito previo fundamental de la adjudicación internacional, así como un principio básico del derecho internacional. Las OCs “vinculantes” señaladas por el RE en su Informe no son una excepción, sino más bien un ejemplo de esta regla. En los casos proporcionados, los Estados han consentido en quedar vinculados por la Opinión Consultiva en el momento de ratificar los instrumentos pertinentes. Si bien algunos de los ejemplos mencionados por el RE de OCs relacionadas con controversias que involucran a OOII son casos emblemáticos y de gran influencia en el derecho internacional, los mismos no deberían ser vistos como procedimientos “regulares” de solución de controversias.

Permítanme ahora pasar al análisis de los proyectos de directrices propuestas.

En lo que respecta al **proyecto de directriz 3**, considero que, en general, el mismo constituye un buen punto de partida para definir el alcance de lo que deben considerarse “controversias internacionales”. Al centrarse en las partes de las mismas y no en el objeto, aporta una necesaria claridad al trabajo de la Comisión. No obstante, hay una cuestión importante que, en mi opinión, debería aclararse.

En mi opinión, no está claro qué debe entenderse por la expresión “otros sujetos de derecho internacional”, quiénes son esos sujetos y quiénes están incluidos o excluidos del ámbito de aplicación de las Directrices. Al desarrollar el tema de la subjetividad, los manuales tradicionales de derecho internacional suelen incluir bajo el paraguas de “otros sujetos” a una amplia variedad de actores, que van desde el Comité Internacional de la Cruz Roja hasta los individuos.

Al respecto, me permito recordar las preocupaciones que surgieron durante los debates sobre una cuestión similar en relación con el proyecto de directriz 2(a) del Primer Informe del RE del año pasado, que hace mención a “otras entidades” como capaces de establecer organizaciones internacionales. Algunas delegaciones plantearon esta cuestión y pidieron aclaraciones en la Sexta Comisión.

En la misma línea, podría plantearse aquí una cuestión práctica con la referencia a “otros sujetos de derecho internacional”, y cómo delimitar el alcance de las controversias que entrarían en el ámbito de aplicación del proyecto de directriz número tres.

La cuestión de los actores no estatales en el derecho internacional es un objeto de estudio creciente en la literatura académica. Se ha escrito mucho sobre los “insurgentes y beligerantes” y la validez de los acuerdos que pueden suscribir, así como sobre la aplicación del derecho internacional humanitario a sus actos. Lo mismo podría decirse de otros “sujetos”. Existe una literatura bien establecida y diversa sobre la subjetividad jurídica internacional de las empresas, que pueden demandar a los Estados ante Tribunales Arbitrales, y cuyas operaciones están cada vez más bajo el escrutinio de las normas internacionales. El panorama es mucho más claro cuando se trata de individuos, que han sido reconocidos sistemáticamente desde la década de 1950 como “sujetos de derecho internacional”.

¿Entrarían las controversias entre estos actores no estatales y una OOI en el ámbito de aplicación del proyecto de directriz 3? ¿Qué ocurre con las controversias que surgen entre una OI y entidades que pueden haber sido aceptadas como miembros de la organización de conformidad con las normas de esa organización, pero que no son sujetos de derecho internacional? ¿Están excluidas del proyecto de directriz 3?

La inclusión de la referencia a las controversias “surgidas en virtud del derecho internacional” en el proyecto de directriz 3 no nos ayuda mucho aquí. El RE se basa en la definición de Sir Michael Wood de controversia internacional cuando introdujo el tema, que se refería a “...controversias que son internacionales, en el sentido de que surgen de una relación regida por el derecho internacional”. Siguiendo este razonamiento, una reclamación de un particular contra una OI por una violación de los derechos humanos ante un tribunal doméstico sería una “controversia no internacional” que podría, eventualmente, transformarse en una controversia internacional si el Estado le retira la inmunidad y la OI acciona contra el Estado por ello. Por el contrario, las controversias entre un Estado y una OI derivadas de una relación regida por un instrumento contractual privado quedarían excluidas, como parece ser también el caso de las controversias entre una OI y una entidad no estatal miembro de la OI a la que pueden ser aplicables las normas internas de la OI, pero no otras normas de derecho internacional.

A la luz de lo anterior, y manteniendo la mente abierta, opino que la referencia del proyecto de directriz 3 a las controversias entre una OI y “otros sujetos de derecho internacional que surjan en virtud del derecho internacional” debería aclararse más y reformularse según sea necesario, si no directamente suprimirse.

Pasando al **proyecto de directriz 4**, mi inquietud es doble. En primer lugar, sobre su naturaleza descriptiva más que prescriptiva. Tanto el RE Reinisch como esta Comisión han definido el concepto de “directriz” como una “caja de herramientas en la que los destinatarios deben encontrar respuestas a preguntas prácticas”. Respetuosamente sostengo que, tal como está formulado actualmente, el proyecto de directriz 4 no cumple

con el objetivo de proporcionar orientación a los Estados y a las OOII sobre los medios de solución de controversias a los que podrían o deberían recurrir.

En segundo lugar, la afirmación de que los medios amistosos de solución de controversias son “ampliamente utilizados”, mientras que los medios contenciosos “son recurridos con menor frecuencia”, no refleja el panorama más matizado que el Informe del RE y el Memorándum de la Secretaría en realidad revelan.

Que la negociación se emplea ampliamente está claro. Como señala el RE, este medio de solución de controversias está incluido en tratados sobre privilegios e inmunidades, acuerdos de sede y otros instrumentos similares. En la práctica, se ha recurrido a ella para la resolución de distintos tipos de controversias. Por el contrario, la mediación y la conciliación — que también están comprendidas junto con la negociación como medios que “carecen de una decisión vinculante de un tercero” — no gozan del mismo nivel de aceptación y uso en la resolución de este tipo de disputas. De hecho, la mediación y la conciliación rara vez son utilizadas para la solución de controversias internacionales que involucran organizaciones internacionales.

Diferencias similares existen entre los medios adjudicativos. Mientras que hay grandes limitaciones al uso de la vía judicial derivadas de la falta de legitimación de las OOII y de la falta de referencia a la resolución judicial en los tratados que las involucran, el recurso al arbitraje está más comúnmente previsto en los acuerdos constitutivos de las OOII, los referidos a privilegios e inmunidades, así como en los acuerdos de sede y similares. Además, ha habido varios usos o intentos de utilización de estas cláusulas arbitrales.

En otras palabras, la práctica actual refleja que algunos de los medios de solución de controversias clasificados como “recurridos con menor frecuencia” en el proyecto de directriz se emplean de hecho con mayor frecuencia que otros medios clasificados como “ampliamente utilizados”. Y lo que es más importante, esta directriz debería orientar a las OOII y a los Estados sobre los medios de solución de controversias a los que deberían recurrir, en lugar de simplemente describir la situación actual. Esto nos lleva al proyecto de directriz 5.

El **proyecto de directriz 5** está intrínsecamente relacionado con el anterior, al recomendar un aumento en la *disponibilidad* y el *uso* de los medios adjudicativos de resolución de controversias. También pueden hacerse algunos comentarios sobre este punto.

El aumento en la disponibilidad del arbitraje y la vía judicial implica, por un lado, la inclusión de estos medios adjudicativos de resolución de disputas en una mayor cantidad de tratados y acuerdos y, por otro, la eliminación de las barreras existentes para que las OOII comparezcan como partes en casos contenciosos ante órganos judiciales. Estoy de acuerdo en que podría fomentarse la inclusión de cláusulas de arbitraje o de resolución judicial en los tratados y acuerdos en los que participan OOII, como medio subsidiario de resolución de controversias cuando fracasan las negociaciones, como ya ocurre en varios

tratados. Más adelante me explayaré sobre este tema. Sin embargo, la eliminación de las barreras al *locus standi* debería hacerse con cautela, y solo tras sopesar cuidadosamente los beneficios de permitir a las OOII comparecer en casos contenciosos ante los órganos judiciales frente al riesgo de estar sometiendo al tribunal a una cantidad inmanejable de litigios que puedan perjudicar su eficacia e ir en contra de los objetivos para los que se creó esa corte o tribunal en primer lugar.

Ahora bien, en cuanto a que el arbitraje y la solución judicial deberían “ser más ampliamente utilizados” para la solución de este tipo de controversias internacionales, creo que esta directriz debería adaptarse a las necesidades y preferencias de las OOII y los Estados y evitar abogar por la expansión del mercado del arbitraje. Como se pone de manifiesto en el Memorandum preparado por la Secretaría, casi todos los Estados y la mayoría de las OOII que han respondido al cuestionario consideraron que los medios amistosos son más útiles para resolver las controversias internacionales que los adjudicativos. Indicarle a los Estados y a las OOII que resuelvan sus controversias de una manera distinta a la que consideran la más útil no solamente resulta contraintuitivo, sino también una indicación a la que es probable que sus destinatarios hagan caso omiso. Además, esta recomendación no sería coherente con la tendencia de muchos ordenamientos jurídicos domésticos de fomentar medios amistosos de resolución de litigios, con el fin de evitar la dicotomía “ganador-perdedor” y otros problemas que suelen acarrear los litigios. También hay que tener en cuenta que los medios adjudicativos como el arbitraje son costosos. En tiempos en que varias OOII atraviesan una crisis financiera y de liquidez, y en que muchos Estados se adhieren a la “política de crecimiento nominal cero”, debería justificarse seriamente el alentar a las OOII a utilizar más ampliamente los medios de solución de controversias que ni ellas ni los Estados han considerado hasta ahora adecuados, además de ser más costosos que los medios amistosos que prefieren. En resumen, considero que el recurso al arbitraje y a la resolución judicial solo deberían promoverse siempre y cuando los medios amistosos de solución de controversias no hayan alcanzado los resultados deseados.

Para concluir con los proyectos de directriz 4 y 5 y ayudar a nuestros debates, sugeriría que el RE considere la posibilidad de que en el proyecto de directriz 4 la Comisión inste a las OOII a resolver las controversias internacionales en las que son parte a través de negociaciones y otros medios amistosos según corresponda, y que en el proyecto de directriz 5 se aborde el recurso a medios adjudicativos en consonancia con mis comentarios anteriores.

Por último, en relación con el **proyecto de directriz 6**, también tengo algunos comentarios que me gustaría compartir. En primer lugar, no puedo sino estar de acuerdo con el RE en que, como cuestión de principio, la solución de controversias debe ajustarse al Estado de Derecho. Sin embargo, el concepto de “los requisitos del Estado de derecho” puede ser demasiado amplio o vago. Creo que podría estar faltando un vínculo más claro entre el principio general del Estado de Derecho y sus requisitos precisos relativos a la adjudicación internacional. Como reconoce el RE en su Informe, “en los sistemas jurídicos nacionales, el concepto de Estado de Derecho no tiene un significado claramente definido y generalmente aceptado, lo que también se refleja en la terminología

parcialmente divergente utilizada...”, y las diferentes tradiciones jurídicas pueden hacer hincapié en diferentes aspectos de su contenido procesal y sustantivo. Esto podría generar cierta incertidumbre en su interpretación y aplicación en un caso y contexto concretos. Una opción podría ser no hacer referencia al concepto y en su lugar desarrollar los requisitos concretos del Estado de derecho.

En este sentido, considero que la integridad también debería mencionarse explícitamente en la directriz propuesta junto con los requisitos de imparcialidad e independencia de los árbitros. Mientras que algunos autores se han referido a la integridad como la síntesis de la independencia y la imparcialidad, otros la consideran un requisito distintivo en sí mismo, normalmente vinculado a la ética, la honestidad, la calidad y la credibilidad de los árbitros. Además, varios instrumentos relevantes de *soft law* hacen referencia a las "tres Is". Por ejemplo, el párrafo operativo 13 de la Resolución 67/1 de la AGNU, mencionado por el RE en su Informe, afirma “estamos convencidos de que la independencia del sistema judicial, junto con su imparcialidad e integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el estado de derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación”. En la misma línea, el preámbulo de los Principios de Bangalore reza: “Convencidos también de que la integridad, independencia e imparcialidad del poder judicial son requisitos previos esenciales para la protección efectiva de los derechos humanos y el desarrollo económico”. Los Principios de Bangalore también incluyen otros tres principios: corrección, igualdad y competencia y diligencia. También a nivel nacional, por ejemplo, el Reino Unido se refiere a “los tres valores fundamentales del poder judicial”: Tres I: Independencia, Imparcialidad e Integridad”.

Por último, tal vez sea necesario ajustar el ámbito general de aplicación de este proyecto de directrices, que aborda tanto los medios judiciales como arbitrales de solución de controversias, con la limitación de los requisitos del Estado de Derecho únicamente a los árbitros.

Sr. Presidente,

Antes de concluir, me gustaría agradecer sinceramente una vez más al Sr. Reinisch su extraordinario trabajo en este Segundo Informe. Asimismo, quiero dar las gracias al resto de mis colegas por hacer posible este rico y fructífero debate.

Gracias, Sr. Presidente.