57. El PRESIDENTE, hablando en calidad de miembro de la Comisión, dice que, cuando la mitad de los miembros de la Comisión se opone a remitir una propuesta al Comité de Redacción, remitírsela sin más no es una solución de avenencia. A su juicio, se pueden respetar las opiniones de los defensores de la cláusula Calvo incluyendo el tema en un comentario.

58. El Sr. TOMKA dice que, si se remite el párrafo 1 del artículo 16 al Comité de Redacción, habrá que proporcionarle alguna orientación sobre los objetivos de la labor de redacción, la forma que habría que dar finalmente al artículo, etc. Algunos miembros han dicho que el alcance del artículo es demasiado reducido. Por lo tanto, se pregunta si debería abarcar otras técnicas además de la estipulación contractual. Tal vez se deba conceder tiempo al Relator Especial para que reflexione sobre la cuestión y, cuando presente su documento de trabajo sobre el vínculo voluntario en la próxima sesión, podría exponer su idea de una disposición que refleje la cláusula Calvo.

59. El Sr. KAMTO hace suya la propuesta y agrega la sugerencia de celebrar consultas con los miembros que se han opuesto a remitir el artículo al Comité de Redacción con el fin de lograr un consenso.

60. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que el buen juicio de que han hecho muestra a la par los dos oradores anteriores lo ha convencido de entablar consultas y buscar una solución antes de la próxima sesión de la Comisión. Es lo que hará si no hay objeciones.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2729.ª SESIÓN

Martes 4 de junio de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática[1] *(continuación)* (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1[3], A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL *(conclusión)*

1. El Sr. El Sr. DUGARD (Relator Especial), que presenta el resultado de sus reflexiones acerca del vínculo voluntario, contenido en la sección A.3 de su tercer informe sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), recuerda que la Comisión ha examinado esta cuestión en el marco de su debate sobre el proyecto de artículo 14, dedicado a las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. La Comisión se ha preguntado por la necesidad de incluir en el proyecto la disposición según la cual la existencia de un vínculo voluntario entre el extranjero lesionado y el Estado anfitrión es una condición previa a la aplicación de la norma y, llegado el caso, por el lugar de tal disposición en el proyecto de artículos. ¿Debería constituir una cláusula separada? ¿Habría que incluirla en el artículo 10 o bien en el artículo 14? Se han planteado varias posiciones en el debate celebrado en la Comisión respecto del vínculo voluntario. Algunos piensan, como el Sr. Brownlie, que la existencia de tal vínculo es la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos. En opinión de otros, la falta de dicho vínculo constituye una excepción a la norma, y tal era el criterio que había adoptado en el apartado *c* del proyecto de artículo 14. Otros consideran que el vínculo voluntario es un elemento necesario para el ejercicio de la competencia o una condición previa a la aplicación de la norma. Esas divergencias de opinión ponen de manifiesto la dificultad de codificar la exigencia de un vínculo voluntario. Le ha convencido en definitiva el Sr. Brownlie de que la existencia de tal vínculo constituye básicamente la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos y de que esta cuestión no se presta, por lo tanto, a la codificación. Esto lo confirma la evolución de la noción de responsabilidad de los Estados. En la aldea planetaria actual, es cada vez más frecuente que los nacionales de un Estado A se vean lesionados por el comportamiento de un Estado B o de nacionales de ese Estado, sin que tengan vínculo alguno con ese Estado B. Esta evolución tiene consecuencias importantes para las normas del derecho internacional, tanto público como privado, que regulan la competencia, y suscitan interrogantes acerca de la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos.

2. En opinión del Relator Especial, si la Comisión desea codificar la cuestión del vínculo voluntario, puede hacerlo de varias maneras, por ejemplo, modificando el artículo 10 para que diga lo siguiente: «Un Estado no podrá interponer una acción internacional por el daño sufrido por un nacional suyo, sea una persona natural o jurídica, que tenga un vínculo voluntario con el Estado responsable del daño, antes de que el nacional lesionado haya agotado

[1] Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

[2] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

todos los recursos legales internos». Otra posibilidad sería la de conservar la noción de vínculo voluntario en cuanto excepción, como se propone en el apartado *c* del proyecto de artículo 14. Si algunos miembros prefieren no utilizar la expresión «vínculo voluntario», podría sustituirse el apartado *c* por el texto siguiente: «Cualquier intento de agotar los recursos internos ocasione graves dificultades al extranjero lesionado [sea manifiestamente irrazonable]». La otra sugerencia que se ha formulado en los debates, a saber, la de dedicar una cláusula separada al vínculo voluntario debe evitarse, habida cuenta en particular de la evolución del derecho relativo a los daños transfronterizos. Tal cláusula concierne más bien a la cuestión de la responsabilidad objetiva *(liability)*.

3. Por su parte, el Relator Especial preferiría que la cuestión del vínculo voluntario no se mencionase expresamente en ninguna disposición, sino que se incluyese en el comentario al artículo 10 en cuanto razón de ser tradicional de la norma del agotamiento de los recursos internos, en el comentario al artículo 11, en el marco del examen de un daño directo que no exija el agotamiento de los recursos internos y en el comentario al apartado *a* del artículo 14, cuando se trate de determinar si los recursos internos ofrecen una perspectiva razonable de éxito. En resumen, comparte la opinión de Roberto Ago, según la cual esta cuestión no se presta todavía a la codificación. Aunque esta opinión fue expresada a finales del decenio de 1970, ha quedado confirmada desde entonces por la evolución del derecho relativo al medio ambiente.

4. Volviendo ahora a las situaciones difíciles evocadas en el párrafo 83 de su tercer informe, en las que no es razonable exigir que el extranjero lesionado agote los recursos internos, el Relator Especial hace observar que en el primer caso citado, a saber, los daños transfronterizos al medio ambiente ocasionados por la contaminación, la lluvia radioactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre, caben distintas hipótesis. Si el daño resulta de un acto que no constituye un hecho internacionalmente ilícito, no se está ya en el contexto de la protección diplomática, sino en el de la responsabilidad objetiva *(liability)*. Si el daño resulta de un hecho internacionalmente ilícito y es directo, esta posibilidad está ya comprendida en el proyecto de artículo 11. Por otra parte, un acuerdo internacional puede estipular que no es necesario agotar los recursos internos; ejemplo de ello es artículo XI del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, cuyo texto figura reproducido en el párrafo 80 del tercer informe. Cabe igualmente que los tribunales del Estado responsable no sean competentes para conocer cuestiones de daños transfronterizos al medio ambiente causados desde su territorio, y este supuesto está ya previsto en el apartado *a* del proyecto de artículo 14. En otros casos, un nacional de un Estado A, en cuyo territorio se ha causado el daño, puede interponer una acción contra el gobierno del Estado B en cuyo territorio se ha provocado el daño, ante un tribunal del Estado A. Lo más frecuente es que el gobierno del Estado B eluda su responsabilidad invocando el principio de la inmunidad del Estado soberano. De esta situación se ocupa igualmente el apartado *a* del proyecto de artículo 14. Por último, los tribunales del Estado responsable pueden, dentro del marco de un acuerdo concertado con el Estado lesionado, ofrecer recursos internos a los nacionales de éste. Este último caso no entra ya en el campo de la protección diplomática y corresponde más bien al proyecto de artículo sobre la responsabilidad objetiva *(liability)*. En conclusión, el Relator Especial opina que, por lo que se refiere a los daños transfronterizos causados al medio ambiente, no es necesario prever una disposición separada que haga de la existencia de un vínculo voluntario una condición de la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos.

5. En el segundo tipo de situación evocada, a saber, el derribo de una aeronave fuera del territorio del Estado demandado o de una aeronave que haya penetrado en su espacio aéreo por accidente, existe verdaderamente un daño directo, y la práctica de los Estados muestra que lo más frecuente es que el Estado demandado no insista en el agotamiento de los recursos internos. Se trata, pues, de un caso comprendido en el proyecto de artículo 11 y no es necesaria ninguna disposición separada. El tercer tipo de situación es el hecho de que un soldado del Estado B estacionado en el territorio del Estado A dé muerte a un nacional de ese Estado A. Lo más frecuente es que haya un acuerdo internacional por el que se prevea la posibilidad de presentar una reclamación contra el Estado B. Pero, en el caso contrario, no se ve por qué el gobierno del Estado A no estaría obligado a exigir reparación ante los tribunales del Estado B, si éstos ofrecen una perspectiva razonable de éxito. Esta situación está ya comprendida en el apartado *a* del proyecto de artículo 14 y no es necesario prever una disposición separada. Por último, en lo que se refiere al secuestro transfronterizo de un nacional extranjero sea de su Estado de origen o de un tercer Estado por agentes del Estado demandado caben dos opciones: o bien se trata claramente de una violación de la soberanía territorial del Estado de la nacionalidad del extranjero, que puede dar lugar a una reclamación directa de éste contra el Estado responsable y este tipo de situación está ya comprendido en el proyecto de artículo 11, o bien la parte lesionada tendrá la posibilidad de interponer una acción de reparación ante los tribunales del Estado responsable y no se ve por qué no haría uso de ella. Si no existe esta posibilidad, se está en la situación comprendida en el apartado *a* del proyecto de artículo 14, que exige una posibilidad razonable de obtener una medida de reparación eficaz. Así pues, nada justifica en ambos casos una disposición separada.

6. El Relator Especial considera que la Comisión no debería obstaculizar el desarrollo del derecho internacional sobre esta cuestión, tanto más cuanto que la práctica de los Estados continúa evolucionando, sobre todo en materia de daños ambientales, y sugiere que no se mencione el vínculo voluntario en el propio proyecto de artículos, sino que se lo evoque simplemente en el comentario en diversas ocasiones y se trate esta cuestión en el marco del tema de la responsabilidad de los Estados por los daños causados por actividades no prohibidas por el derecho internacional.

7. El Sr. BROWNLIE dice que se encuentra en una situación más bien extraña, pues lo que se ha dicho anteriormente da la impresión de que es un ferviente partidario de la exigencia del vínculo voluntario. No es éste el caso. No ve sencillamente por qué el Relator Especial considera que la cuestión del vínculo voluntario no es pertinente. Por su parte, no opina que el vínculo voluntario sea

la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos y en la obra que escribió sobre esta cuestión hace varios años dijo simplemente que la posición que cabía adoptar respecto de la cuestión de saber si debía, o no, conservarse la noción de vínculo voluntario era función de la concepción que se tenía del fundamento político de la norma del agotamiento de los recursos internos. Si se consideraba que dicha norma tenía por principal objetivo prever modalidades de solución judicial relativamente más cómodas que las vías internacionales, estaba claro que no se planteaba incluso la cuestión del vínculo voluntario. Si se pensaba que la norma trataba de definir condiciones adecuadas para el ejercicio de la competencia nacional, la exigencia de un vínculo voluntario tal como la residencia era enteramente pertinente. Por otra parte, el Sr. Brownlie no comprende por qué la cuestión de la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos no tiene nada que ver con la codificación. Pensaba, por el contrario, que guardaba perfecta relación con la codificación y, lo que es más, con el desarrollo progresivo del derecho. Por último, citando a varios autores y publicaciones, subraya que personalidades eminentes se han pronunciado a favor de la exigencia de un vínculo voluntario. Sugiere, por consiguiente, al Relator Especial que se tome en serio esta cuestión. Incluso si él mismo tiene dudas sobre el fundamento de la noción de vínculo voluntario, considera que debe tomarse debidamente en cuenta.

8. El Sr. DUGARD (Relator Especial) pregunta al Sr. Brownlie cómo propone que se haga esto concretamente. Él mismo ha formulado varias sugerencias. Puede haber otras, pero quedaría muy reconocido al Sr. Brownlie si dijera a la Comisión cómo ésta podría, a su modo de ver, salir de este dilema.

9. El Sr. BROWNLIE dice que acepta la idea de que la cuestión está comprendida en parte en el proyecto de artículo 11. Considera, sin embargo, que debería por lo menos mencionarse el vínculo voluntario junto con las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. No piensa que la cláusula relativa a las dificultades que podría suponer para la parte lesionada la exigencia de agotar los recursos internos sea suficiente. Habría que indicar en el comentario que se ha dejado de lado esta cuestión.

10. El PRESIDENTE pregunta si la Comisión debe dejar de lado la cuestión o aceptar la propuesta del Relator Especial de que se haga mención de ella en el comentario a los artículos 10, 11 y 14, lo que le parece apropiado. Por otra parte, desearía recibir aclaraciones sobre algunos puntos relativos a los daños ambientales. Concretamente, desearía saber si, en ese caso, lo que plantea un problema es el vínculo voluntario con el Estado que da origen a la contaminación o, según cree por su parte, el vínculo con las personas lesionadas fuera de ese Estado.

11. El Sr. BROWNLIE dice que si los miembros piensan que la cuestión del vínculo voluntario es eminentemente política, sería preferible tratarla en el marco de las excepciones a la norma del agotamiento de los recursos internos. En todo caso, cuando se derriba una aeronave extranjera y las víctimas son de varias nacionalidades, conviene formular algunas directivas sobre la aplicación de esa norma.

12. El Sr. DUGARD (Relator Especial) se pregunta si no podría seguirse la sugerencia formulada en debates anteriores por el Sr. Gaja, a saber, que el Estado de la nacionalidad de la aeronave estuviera autorizado a exigir reparación. Piensa, en efecto, que es muy difícil, en tal caso, insistir en que se respete estrictamente la norma.

13. El Sr. BROWNLIE dice que su preocupación es precisamente velar por que el enunciado que se decida sea claro respecto del hecho de que no han de agotarse los recursos internos en este tipo de situación. Observa simplemente que el Relator Especial se niega a adoptar una posición sobre la condición jurídica de la noción de vínculo voluntario.

14. El PRESIDENTE pregunta si hay ejemplos concretos de situaciones que no quedarían reguladas si se relega al comentario la noción de vínculo voluntario.

15. El Sr. BROWNLIE no está convencido de que la cláusula de dificultad, que figura acertadamente en el proyecto de artículos, regule por entero la cuestión del vínculo voluntario. Sería paradójico que, por ejemplo, se impusiera a las víctimas la obligación de agotar los recursos internos por haberse reagrupado eficazmente en asociación de demandantes y se les denegase por ello la aplicación de la cláusula de dificultad. La Comisión debe examinar, más allá del estado observado de la práctica de los Estados, las políticas subyacentes para encontrar una solución a este problema, quedando entendido que es efectivamente difícil definir lo que constituye un vínculo voluntario suficiente.

16. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se declara partidario de las conclusiones del Relator Especial.

17. El Sr. Sreenivasa RAO hace observar que entran en juego muchos elementos en la distinción entre las situaciones de dificultad, en las que puede no aplicarse la norma del agotamiento de los recursos internos, y otras situaciones en que el comportamiento del Estado «demandante» está guiado por otras consideraciones y en que no interviene en absoluto el criterio del agotamiento de los recursos internos. Incluso la distinción establecida por el Presidente entre causalidad y nacionalidad es insuficiente, ya que, como lo muestran las situaciones de daños transfronterizos, son muchos los elementos que intervienen en la determinación de las partes respectivas de causalidad, cuando no de responsabilidad, y plantean problemas que no se han podido examinar todavía. No parece que puedan relegarse esos problemas al comentario a un artículo sobre el agotamiento de los recursos internos. El Sr. Brownlie tiene razón en decir que la cuestión del vínculo voluntario debe abordarse más a fondo y que, incluso como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos, no se trata de una simple cuestión de dificultad en interponer esos recursos. Convendría, pues, confiar al Comité de Redacción la tarea de encontrar la solución más juiciosa.

18. El Sr. TOMKA no tiene objeciones a las conclusiones del Relator Especial, pero habida cuenta de las observaciones del Sr. Brownlie, se pregunta si no sería más juicioso incluir en el capítulo III del informe de la Comisión a la Asamblea General un cuestionario dirigido a los gobiernos sobre esta cuestión. Como el Comité de

Redacción no examinará probablemente esta cuestión antes del próximo período de sesiones, la Comisión podrá disponer así de las opiniones que hayan formulado los gobiernos tanto en la Sexta Comisión como en su respuesta al cuestionario.

19. El Sr. MANSFIELD dice que le satisfarían las conclusiones del Relator Especial si el debate no le hubiera vuelto a suscitar la preocupación que ya había expresado respecto de las nociones de justicia y de equidad. En su opinión, no es evidente que el proyecto de artículos contenga una cláusula de dificultad. Dadas las diferencias considerables que puede haber entre las costas de los procedimientos contenciosos en diversos países, la noción de vínculo voluntario abarca un campo a la vez demasiado y no lo bastante amplio, en el sentido de que la posibilidad razonable de reparación eficaz prevista en el apartado *a* del artículo 14 no abarca verdaderamente las situaciones en que es injusto e irracionable, por motivos de costo, exigir el agotamiento de los recursos internos.

20. El Sr. KABATSI hace observar que la noción de vínculo voluntario aparece, en una u otra forma, en los proyectos de artículos 10, 11 y 14. Le parece, pues, preferible tratar esta cuestión en el comentario a cada uno de esos artículos. Si se dedica a ella una disposición como excepción a la norma del agotamiento de los recursos internos se corre el riesgo de dejar por resolver algunos problemas.

21. El Sr. GAJA distingue dos tipos de situación, aquélla en la que el vínculo es insuficiente, por ejemplo, en el caso de la aeronave derribada accidentalmente por encima de un país extranjero, y la de la actividad extraterritorial o del daño transfronterizo. En algunos casos hay recursos, y la solución al problema de si los recursos internos tienen que agotarse no debe desalentar la tendencia a proporcionar recursos en relación con la noción de daño transfronterizo. Sería preferible establecer un texto general que no plantee el principio del vínculo voluntario, ni formule una excepción clara y neta, sino que esté enunciado de manera que tenga en cuenta, en la perspectiva de la excepción o de la condición previa a la aplicación de la norma del agotamiento de los recursos internos, situaciones en que no sería razonable exigir de una entidad privada que interponga un recurso antes de que el Estado pueda ejercer la protección diplomática.

22. La Sra. ESCARAMEIA recuerda que, en su opinión, el vínculo voluntario es una condición previa de la norma del agotamiento de los recursos internos, norma cuya función deriva precisamente del hecho de que el interesado obtiene de una u otra manera beneficio de la actividad de que se trata. No hay razón alguna para exigir a una persona que carece de todo vínculo con un Estado de cuyo acto haya sufrido un daño que aborde la ingente tarea de agotar las vías de recursos internos de ese Estado. Habría sido preferible, como había sugerido el Relator Especial, modificar el texto del artículo 10, pero, puesto que la Comisión no ha optado por esta solución, convendría redactar de nuevo el apartado *a* del artículo 14 habida cuenta de la importante observación del Sr. Mansfield relativa a las situaciones en las que cabe utilizar los recursos internos, pero en las que sería injusto exigir que se agoten, y mantener la excepción del apartado *c* del artículo 14, acompañada de una definición del vínculo voluntario en el comentario correspondiente.

23. El Sr. KEMICHA está de acuerdo con las conclusiones del Relator Especial, según las cuales algunos aspectos de la cuestión del vínculo voluntario remiten a otras disposiciones del proyecto y otros tienen su lugar en el comentario.

24. El Sr. SIMMA apoya la propuesta de la Sra. Escarameia.

25. El Sr. DUGARD (Relator Especial) dice que cabe considerar que el problema planteado por el Sr. Mansfield está comprendido en el apartado *a* del artículo 14. Nada impide, sin embargo, que el Comité de Redacción lo indique de manera más explícita. La Comisión se había mostrado muy contraria al apartado *c* del artículo 14, pero parece haber cambiado de opinión gracias a una redacción que no recoja necesariamente la expresión «vínculo voluntario». La propuesta del Sr. Tomka para solicitar sus opiniones a los gobiernos es igualmente aceptable.

26. El PRESIDENTE propone que se pida al Comité de Redacción que introduzca más flexibilidad en la redacción del apartado *a* del artículo 14 teniendo en cuenta las observaciones formuladas durante el debate. Propone también que se remita al Comité de Redacción el proyecto de apartado *c* del artículo 14, que podría igualmente ser formulado de nuevo. Los elementos del debate se desarrollarían asimismo en el comentario y serían objeto de un cuestionario remitido a los Estados para que en el próximo período de sesiones de la Comisión el Comité de Redacción disponga también de las observaciones formuladas por los gobiernos tanto en la Sexta Comisión como en su respuesta al cuestionario.

27. El Sr. CHEE apoya esta propuesta, así como el Sr. DUGARD (Relator Especial), quien añade que esta solución le permitirá tratar en el comentario la cuestión del daño transfronterizo.

28. El PRESIDENTE dice que, si no hay oposiciones, considera que la Comisión acepta esta propuesta.

Así queda acordado.

29. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión no se ha pronunciado todavía sobre el proyecto de artículo 16.

30. El Sr. BROWNLIE dice que, tras una madura reflexión, no puede sino confirmar las opiniones que expresó la semana pasada.

31. El Sr. KAMTO dice que el proyecto de artículo 16 no añade nada con respecto a las disposiciones relativas al agotamiento de los recursos internos. La cláusula Calvo tenía en su origen la finalidad de evitar que un inversor recurriese a su Estado para que éste interviniera de forma irregular. El peligro consiste hoy más bien, para los Estados que reciben inversiones extranjeras, en la multiplicación de las cláusulas de arbitraje internacional, que, para los inversores, son un medio más seguro de proteger sus intereses que el recurso a la protección diplomática, subordinado a los intereses políticos del Estado de la nacionalidad. El recurso directo a un mecanismo de arbitraje está previsto en ocasiones en los contratos de inversión o

en los tratados multilaterales de inversión, por ejemplo, en el capítulo 11 del TLC. Estas últimas disposiciones han dado lugar a una jurisprudencia arbitral importante, que muestra que la jurisdicción arbitral se sirve del menor indicio de consentimiento del Estado, incluso en su legislación nacional, como pretexto para imponerse. En este contexto, las misiones históricas de la cláusula Calvo están superadas.

32. El Sr. KEMICHA dice que no ve la utilidad del proyecto de artículo 16 en el contexto actual, teniendo en cuenta en particular las prácticas existentes de arbitraje internacional.

33. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO estima que la solución propuesta por el Relator Especial permite hacer constar una práctica bien establecida que ha dado lugar a una jurisprudencia abundante y que desempeña una función importante en el derecho latinoamericano. Se sumará a la posición que decida la Comisión, pero sería partidario de la que defiende el Relator Especial en la conclusión de su informe.

34. El PRESIDENTE hace observar que el debate no se refiere a la práctica en cuestión, sino a la necesidad de insertar o no una disposición a este respecto en el proyecto de artículos.

35. La Sra. XUE considera útil insertar el proyecto de artículo 16 pues, aun siendo consciente de las evoluciones históricas, considera que se trata de una necesidad técnica. La Comisión no tiene por qué ocuparse del contenido de los contratos de inversión suscritos por los Estados, pero cuando en la realidad figura en un contrato una renuncia a la protección diplomática, cada una de las partes debe saber cuál es su efecto en derecho internacional y en qué medida el extranjero debe agotar los recursos internos, quedando entendido que, en caso del hecho internacionalmente ilícito, podría intervenir el Estado de la nacionalidad. Esta aclaración será igualmente útil a los árbitros que deben decidir casos precisos.

36. El Sr. BROWNLIE estima que la cláusula Calvo no es un principio de derecho internacional, sino simplemente una técnica contractual sobre la que no debe pronunciarse la Comisión. Hace observar que los partidarios de esta cláusula no deberían ser favorables al proyecto de artículo 16, que sólo apoya débilmente tal práctica.

37. El Sr. NIEHAUS estima que la codificación de la cláusula Calvo es especialmente importante para los países de América Latina, puesto que forma parte integrante de la tradición jurídica de la mayoría de las naciones del continente americano. Considera que el texto propuesto permite limitar la validez de la cláusula Calvo a las controversias surgidas de contratos que incluyen dicha cláusula y reconocer que ésta crea una presunción simple a favor del agotamiento de los recursos internos. Por otra parte, el texto propuesto establece una clara distinción entre el derecho del extranjero de renunciar a la protección diplomática y el derecho del Estado de la nacionalidad de ejercer esa protección diplomática en beneficio de una persona lesionada por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante o cuando el daño que esa persona ha sufrido concierne directamente a su Estado de nacionalidad. Por consiguiente, el Sr. Niehaus es partidario de la inserción del proyecto de artículo 16.

38. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, hace observar que, hasta la fecha, los defensores del texto han explicado que éste no presentaba inconvenientes, pero no han indicado en qué aportaba un elemento útil al proyecto.

39. El Sr. DAOUDI, volviendo en primer lugar al proyecto de artículo 16, dice que éste no refleja por entero la cláusula Calvo, que permite al extranjero solicitar la protección diplomática en cualquier circunstancia, y que no es de hecho sino una variante de la norma del agotamiento de los recursos internos. En lo que respecta a las cláusulas de recurso directo al arbitraje internacional, no tienen carácter generalizado y sólo conciernen a algunas regiones del mundo y a algunos tratados, por lo que las disposiciones del artículo 16 siguen siendo importantes. El Sr. Daoudi dice que no conoce una ley nacional sobre las inversiones en la que figure una aceptación automática del arbitraje. En efecto, todos los Estados consideran que su derecho sigue siendo aplicable y sus jurisdicciones competentes para conocer las controversias surgidas de un contrato de inversión. La inserción en un contrato de una cláusula contraria a ese principio reflejará en tal caso el peso del inversor en las negociaciones. Pero, incluso en caso de recurso al arbitraje, subsiste el problema del agotamiento de los recursos internos a causa del exequátur que deberá solicitarse al país anfitrión.

40. El Sr. SIMMA hace observar que, en el texto propuesto, solamente el párrafo 2 tiene carácter normativo, mientras que el párrafo 1 hace constar simplemente una práctica existente en una determinada región del mundo. Se pregunta por los efectos de ese párrafo en la práctica. En efecto, si el gobierno del Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado interviene sin tener en cuenta la renuncia aceptada por éste, ¿cuáles serán las consecuencias? ¿Cabe entonces invocar el argumento de la «mala fe» o de las «manos sucias»? La redacción del párrafo 1 del artículo 16 no es satisfactoria desde este punto de vista.

41. El Sr. DUGARD (Relator Especial) explica que ha concebido el párrafo 2 como una disposición normativa que deriva lógicamente del párrafo 1. Ha resultado que algunos miembros eran partidarios del párrafo 1 y hostiles al párrafo 2, mientras que otros eran partidarios de ambos párrafos. El Sr. Dugard pide a los nuevos miembros que den a conocer su posición.

42. El Sr. GALICKI estima que hay que comparar el texto del artículo 16 propuesto con la letra y el espíritu de los artículos sobre los que se ha llegado ya a un acuerdo provisional. Se opone a la utilización de la expresión «derecho del extranjero a invocar la protección diplomática», en la medida en que la Comisión ha decidido ya que el derecho de ejercer la protección diplomática incumbía exclusivamente al Estado. Esta expresión traduce el recurso a un nuevo concepto, que convendría entonces poner en claro. En su opinión, la cuestión de la cláusula Calvo no corresponde a la esfera de la protección diplomática, que, según los trabajos de la Comisión, sólo puede ejercerse en caso de hecho internacionalmente ilícito. Al ser una técnica contractual y no una norma de derecho, la cláusula Calvo no tiene cabida en el proyecto de artículo.

Sin embargo, movido por un espíritu de transacción, el Sr. Galicki aceptaría que se mantuvieran algunos elementos del proyecto de artículo 16, con ligeras modificaciones. Se podría también recoger la segunda frase del párrafo 1. El proyecto diría entonces lo siguiente: «Las estipulaciones contractuales entre un extranjero y el Estado en que aquél realice actividades comerciales no afectarán el derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero de ejercer protección diplomática en nombre de dicha persona cuando ésta sea lesionada por un acto internacionalmente ilícito atribuible al Estado contratante», y se podría añadir el último período de frase, «o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero» aunque la noción que expresa el término «directamente» en este contexto sea poco clara. Tal enunciado confirmaría las opiniones expresadas por la Comisión sobre la protección diplomática al tiempo que establecería un vínculo con las disposiciones contractuales que pueden existir en algunas regiones. Si no se considera útil o deseable tal solución de transacción, el Sr. Galicki se pronunciará en contra de la adopción del proyecto de artículo 16 en su estado actual.

43. El Sr. KAMTO piensa que la cláusula Calvo, por interesante que sea, no ofrece materia de codificación en el marco de los trabajos de la Comisión. Además, suponiendo que la Comisión decida ocuparse de estipulaciones contractuales en que intervienen particulares ¿por qué se pararía en la cláusula Calvo? Ahora bien, la Comisión no está llamada a pronunciarse sobre el compromiso que una cláusula contractual hace nacer para un Estado.

44. La Sra. ESCARAMEIA hace observar que el artículo 16 no se refiere verdaderamente a la cláusula Calvo y que no es sino un ejemplo de la aplicación, en el marco de un contrato, de la norma del agotamiento de los recursos internos. Ahora bien, el artículo 10 sienta ya esa norma. Sería tal vez más juicioso, en estas condiciones, incluir en este último artículo la idea contenida en el párrafo 1 del artículo 16 y también el párrafo 2 precisando el tipo de estipulaciones contractuales previstas. En cuanto a la idea que informa la cláusula Calvo, podría exponerse en el comentario al artículo 10.

45. El Sr. SIMMA hace observar que la segunda frase del párrafo 1 del artículo 16 carece de lógica. En efecto, si en la primera parte de esa frase se define la protección diplomática como el derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado por un acto internacionalmente ilícito a ejercer la protección diplomática en su nombre, ¿cómo hablar seguidamente, en la segunda parte, del derecho al ejercicio por ese mismo Estado de la protección diplomática en el caso de que el perjuicio sufrido por su nacional le preocupe directamente, caso en que ese derecho existe de todas maneras? Es ésta una razón más para abandonar el artículo 16.

46. El Sr. MOMTAZ, que mantiene la posición que expuso la semana anterior, se pregunta si es verdaderamente necesario precisar que existe una presunción a favor del agotamiento de los recursos internos, siendo así que se trata de una norma de derecho internacional consuetudinario bien establecida, a la que, por otra parte, se refiere el artículo 10.

47. El PRESIDENTE, haciendo observar que está surgiendo una clara mayoría en contra del mantenimiento del artículo 16, se pregunta si no sería posible, por vía de transacción, admitir que un artículo separado sobre la cláusula Calvo, sin ser rechazado totalmente, no recibe un amplio apoyo. La idea contenida en el párrafo 1 del artículo 16 sería recogida en el comentario, bien al artículo 10 o al artículo 14.

48. El Sr. DUGARD (Relator Especial) hace observar respetuosamente que esta sugerencia no es aceptable por razones de procedimiento. Parece evidente que las posiciones en el seno de la Comisión no han variado, pero no por ello está la Comisión menos obligada a pronunciarse. Así pues, sería de agradecer un voto indicativo.

49. El Sr. KABATSI piensa, como el Relator Especial, que sigue habiendo una diferencia de opiniones en el seno de la Comisión, pero no cree que un voto indicativo aportaría indicación alguna.

50. El Sr. DAOUDI cree también que un voto no aclarará en nada la situación. ¿Se tratará de pronunciarse sobre el artículo 16 con las propuestas de modificaciones formuladas, o sobre el artículo 16 tal como ha sido presentado por el Relator Especial? En este último caso, un voto indicativo no dará indicación alguna, pues las posiciones están muy marcadas. El Sr. Daoudi propone, en consecuencia, que el Relator Especial presente a la Comisión, para su examen antes de adoptar una decisión definitiva, una nueva versión del artículo.

51. El PRESIDENTE recuerda que la Comisión debe de inmediato adoptar una decisión no sobre el enunciado mismo del artículo 16, sino sobre su remisión o no al Comité de Redacción.

52. El Sr. TOMKA se pregunta si el párrafo 1 del artículo 16, que prevé que ninguna disposición contractual que figure en un contrato de derecho privado concertado entre una persona y un Estado surte efecto sobre el derecho independiente que el derecho internacional público reconoce al Estado de ejercer su protección diplomática, se justifica en el contexto actual. Esta cuestión concierne tal vez a la renuncia al derecho al ejercicio de la protección diplomática. En cuanto al párrafo 2 del artículo 16, es inútil en la medida en que no hace sino reafirmar una norma de derecho consuetudinario claramente establecida.

53. El Sr. MANSFIELD no ve en qué un voto indicativo aportaría cualquier luz. Propone que se examine la cuestión más adelante.

54. El PRESIDENTE observa, a raíz de un voto indicativo, que la Comisión no es partidaria de que se remita el artículo 16 al Comité de Redacción, quedando entendido que, por razones de avenencia, se incluirá su tenor en el comentario.

Así queda acordado.

Se levanta la sesión a las 11.55 horas.