

ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2002

Volumen II
Primera parte

*Documentos del quincuagésimo
cuarto período de sesiones*

NACIONES UNIDAS



ANUARIO
DE LA
COMISIÓN
DE DERECHO
INTERNACIONAL

2002

Volumen II
Primera parte

*Documentos del quincuagésimo
cuarto período de sesiones*



ADVERTENCIA

Las firmas de los documentos de las Naciones Unidas se componen de letras mayúsculas y cifras. La mención de una de estas firmas indica que se hace referencia a un documento de las Naciones Unidas.

Las referencias al *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* se hacen en forma abreviada, a saber: *Anuario...*, seguido del año de que se trate (por ejemplo, *Anuario... 2001*).

El *Anuario* correspondiente a cada período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional comprende dos volúmenes:

Volumen I: actas resumidas del período de sesiones;

Volumen II (primera parte): informes de los Relatores Especiales y otros documentos examinados durante el período de sesiones;

Volumen II (segunda parte): informe de la Comisión a la Asamblea General.

Las referencias a esos textos y los pasajes que de ellos se citan remiten a la versión definitiva de los volúmenes del *Anuario*, que aparecen como publicaciones de las Naciones Unidas.

*

* *

Los informes de los Relatores Especiales, así como algunos otros documentos examinados por la Comisión en su 54.º período de sesiones, distribuidos originalmente en forma mimeografiada, se reproducen en el presente volumen habida cuenta de las correcciones publicadas por la Secretaría y con las modificaciones que exige la presentación definitiva de los textos en cuanto a la forma.

A/CN.4/SER.A/2002/Add.1 (Part 1)

PUBLICACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Número de venta: S.08.V.11 (Part 1)
ISBN: 978-92-1-333424-9

ISSN 0497-9885

ÍNDICE

	<i>Página</i>
Abreviaturas y siglas.....	iv
Nota referida a las citas.....	v
Vacantes imprevistas en la Comisión (artículo 11 del estatuto) (tema 1 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/522.</i> —Nota de la Secretaría	1
Reservas a los tratados (tema 3 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/526 y Add.1 a 3.</i> —Séptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial.....	3
Protección diplomática (tema 4 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/523 y Add.1.</i> —Tercer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial.....	53
Actos unilaterales de los Estados (tema 5 del programa)	
<i>Documento A/CN.4/524.</i> —Respuestas de los gobiernos al cuestionario: informe del Secretario General.....	89
<i>Documento A/CN.4/525 y Add.1 y 2.</i> —Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	95
Lista de documentos del 54.º período de sesiones	123

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADI	Asociación de Derecho Internacional
AIF	Asociación Internacional de Fomento
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
BPI	Banco de Pagos Internacionales
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEPE	Comisión Económica para Europa
CFI	Corporación Financiera Internacional
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FIDA	Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIEA	Organismo Internacional de Energía Atómica
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMGI	Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
OMI	Organización Marítima Internacional
OMM	Organización Meteorológica Mundial
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte
UEO	Unión Europea Occidental
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UPU	Unión Postal Universal

*

* *

C.I.J. Mémoires

CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents

C.I.J. Recueil

CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances

C.I.J. Resúmenes 1948-1991

Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1948-1991 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.92.V.5)

<i>C.I.J. Resúmenes 1992-1996</i>	<i>Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia, 1992-1996 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.97.V.7)</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (n.ºs 1 a 24, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n.ºs 40 a 80, a partir de 1931)
<i>C.P.J.I. série B</i>	CPJI, <i>Recueil des avis consultatifs</i> (n.ºs 1 a 18, hasta 1930 inclusive)
<i>C.P.J.I. série C</i>	CPJI, <i>Actes et documents relatifs aux arrêts et aux avis consultatifs de la Cour</i> (hasta 1930 inclusive); <i>Plaidoires, exposés oraux et documents</i> (n.ºs 52 a 88, a partir de 1931)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Legal Reports</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i>
RSA	Naciones Unidas, <i>Recueil des sentences arbitrales</i>

*

* *

NOTA REFERIDA A LAS CITAS

En las citas, las palabras en cursiva seguidas de un asterisco no están en cursiva en el texto original. Salvo indicación en contrario, las citas de obras en idiomas extranjeros son traducciones de la Secretaría.

*

* *

La dirección en Internet de la Comisión de Derecho Internacional es **www.un.org/law/ilc/index.htm**.

**VACANTES IMPREVISTAS EN LA COMISIÓN
(ARTÍCULO 11 DEL ESTATUTO)**

[Tema 1 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/522

Nota de la Secretaría

*[Original: inglés]
[20 de febrero de 2002]*

1. A raíz del fallecimiento del Sr. Adegoke Ajibola Ige, ha quedado una vacante en la Comisión de Derecho Internacional.

2. En este caso se aplica el artículo 11 del estatuto de la Comisión, que dispone lo siguiente:

En caso de que ocurra una vacante después de la elección, la Comisión la cubrirá con arreglo a las disposiciones de los artículos 2 y 8 de este estatuto.

Los artículos 2 y 8, a los que remite el artículo 11, dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. La Comisión se compondrá de treinta y cuatro miembros de reconocida competencia en derecho internacional.
2. La Comisión no podrá tener dos miembros de una misma nacionalidad.
3. En caso de que un candidato tenga doble nacionalidad, se le considerará nacional del Estado en que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.

Artículo 8

En toda elección, los electores tendrán en cuenta que las personas que hayan de ser elegidas para formar parte de la Comisión reúnan individualmente las condiciones requeridas, y que en la Comisión, en su conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

3. El mandato del miembro que ha de ser elegido por la Comisión expirará a fines de 2006.

RESERVAS A LOS TRATADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/526 y Add.1 a 3

Séptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[5, 8 y 30 de abril, 14 de junio de 2002]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		4
Obras citadas en el presente informe		6
INTRODUCCIÓN	1–60	7
A. Trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema	2–34	7
1. Las reservas a los tratados y el derecho de los tratados.....	3–9	7
2. La cuestión de las «reservas a los tratados»	10–34	8
<i>a)</i> Los dos primeros informes sobre las reservas a los tratados y las decisiones de la Comisión.....	13–22	8
<i>i)</i> El primer informe y sus repercusiones	14–17	8
<i>ii)</i> El segundo informe y sus repercusiones	18–22	9
<i>b)</i> Los informes tercero y quinto: elaboración de la Guía de la práctica	23–34	10
<i>i)</i> Proyectos de directrices aprobados	24–27	10
<i>ii)</i> Método de elaboración y aprobación de los proyectos de directrices.....	28–34	11
B. El sexto informe sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias	35–47	12
1. Examen del sexto informe por la Comisión	35–38	12
2. Examen del capítulo VI del informe de la CDI por la Sexta Comisión	39–47	13
C. Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados	48–55	15
D. Presentación general del séptimo informe.....	56–60	16
RETIRO Y MODIFICACIÓN DE LAS RESERVAS Y LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS.....	61–186	16
A. Retiro de las reservas.....	63–184	17
1. Forma y procedimiento del retiro de las reservas.....	63–151	17
<i>a)</i> Forma del retiro de las reservas	67–114	17
<i>i)</i> Acto unilateral escrito – artículos 22, párr. 1, y 23, párr. 4, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.....	67–90	17
<i>ii)</i> La cuestión de los retiros implícitos.....	91–114	22
<i>b)</i> Las lagunas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 – El procedimiento de retiro de las reservas.....	115–151	25
<i>i)</i> El silencio de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 respecto del procedimiento de retiro....	115–121	25
<i>ii)</i> Competencia para retirar una reserva	122–142	26
<i>iii)</i> Comunicación del retiro de las reservas.....	143–151	30
2. Efectos del retiro de una reserva	152–184	32
<i>a)</i> Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva	154–176	32
<i>b)</i> Consecuencias del retiro de una reserva	177–184	36
B. Modificación de las reservas.....	185–186	38
RESTRICCIÓN DEL ALCANCE DE LAS RESERVAS (RETIRO PARCIAL).....	187–221	38
<i>Anexo.</i> Texto consolidado del conjunto de proyectos de directrices aprobados por la Comisión o propuestos por el Relator Especial.....		45

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n.º 1021, pág. 296.
Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) (Roma, 4 de noviembre de 1950)	Ibíd., vol. 213, n.º 2889, pág. 221. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 243-1979, 10 de octubre de 1979.
Protocolo n.º 11 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio (Estrasburgo, 11 de mayo de 1994)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 155. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 152-1998, 26 de junio de 1998, y n.º 223-1998, 17 de septiembre de 1998.
Convención sobre el estatuto de los refugiados (Ginebra, 28 de julio de 1951)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n.º 2545, pág. 137.
Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 31 de marzo de 1953)	Ibíd., vol. 193, n.º 2613, pág. 149.
Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 276, n.º 3992, pág. 230.
Protocolo adicional a la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., y vol. 596, pág. 266.
Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (Nueva York, 4 de junio de 1954)	Ibíd., vol. 282, n.º 4101, pág. 249.
Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 28 de septiembre de 1954)	Ibíd., vol. 360, n.º 5188, pág. 117.
Convenio europeo de establecimiento (París, 13 de diciembre de 1955)	Ibíd., vol. 529, n.º 7660, pág. 141.
Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR) (con Protocolo de firma) (Ginebra, 19 de mayo de 1956)	Ibíd., vol. 399, n.º 5742, pág. 189.
Convención sobre la Tramitación en el Extranjero de las Demandas de Prestación de Alimentos (Nueva York, 20 de junio de 1956)	Ibíd., vol. 268, n.º 3850, pág. 3, y vol. 649, pág. 330.
Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada (Nueva York, 20 de febrero de 1957)	Ibíd., vol. 309, n.º 4468, pág. 65.
Acuerdo europeo sobre señales de carretera (Ginebra, 13 de diciembre de 1957)	Ibíd., vol. 372, n.º 5296, pág. 159.
Convención sobre la plataforma continental (Ginebra, 29 de abril de 1958)	Ibíd., vol. 499, n.º 7302, pág. 311.
Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo (Washington, 8 de abril de 1959)	Ibíd., vol. 389, n.º 5593, pág. 69.
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 18 de abril de 1961)	Ibíd., vol. 500, n.º 7310, pág. 95.
Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Roma, 26 de octubre de 1961)	Ibíd., vol. 496, n.º 7247, pág. 43.
Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (con anexos) (Nueva York, 8 de agosto de 1975)	Ibíd., vol. 976, n.º 14152, pág. 105.
Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (Nueva York, 10 de diciembre de 1962)	Ibíd., vol. 521, n.º 7525, pág. 231.
Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963)	Ibíd., vol. 634, n.º 9065, pág. 221.
Convenio sobre la unificación de ciertos aspectos del régimen legal de las patentes de invención (Estrasburgo, 27 de noviembre de 1963)	Ibíd., vol. 1249, n.º 20401, pág. 369.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibíd., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (Nueva York, 15 de diciembre de 1989)	Ibíd., vol. 1642, n.º 14668, pág. 414.
Convenio europeo sobre adopción de niños (Estrasburgo, 24 de abril de 1967)	Ibíd., vol. 634, n.º 9067, pág. 255.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Ibíd., vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.
Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (Viena, 21 de febrero de 1971)	Ibíd., vol. 1019, n.º 14956, pág. 175.
Convenio aduanero sobre contenedores, 1972 (Ginebra, 2 de diciembre de 1972)	Ibíd., vol. 988, n.º 14449, pág. 43.

Fuente

Convenio europeo sobre responsabilidad civil por daños causados por vehículos automóviles (Estrasburgo, 14 de mayo de 1973)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 79.
Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (revisado) (Kyoto, 18 de mayo de 1973)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 950, n.º 13561, pág. 269.
Protocolo de enmienda al Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (revisado) (Bruselas, 26 de junio de 1999)	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i> , n.º L 86, vol. 46 (3 de abril de 2003), pág. 21.
Convenio sobre concesión de la Patente Europea (Convenio sobre la Patente Europea) (Munich, 5 de octubre de 1973)	Ibid., vol. 1065, n.º 16208, pág. 255.
Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Convenio MARPOL) (Londres, 2 de noviembre de 1973), modificado por el Protocolo de 1978 (Londres, 17 de febrero de 1978)	Ibid., vol. 1341, n.º 22484, pág. 226.
Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 14 de junio de 1974) enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)	Ibid., vol. 1511, n.º 26121, pág. 99.
Convenio sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio (Estrasburgo, 15 de octubre de 1975)	Ibid., vol. 1138, n.º 17868, pág. 303.
Convención sobre el contrato de transporte internacional de pasajeros y equipaje en la navegación interior (Convención CVN) (Ginebra, 6 de febrero de 1976)	ECE/TRANS/20.
Acuerdo europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1137, n.º 17827, pág. 81. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 305, 21 de diciembre de 1985.
Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 de enero de 1977)	Ibid., vol. 1137, n.º 17828, pág. 93. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 242-1980, 8 de octubre de 1980.
Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (Viena, 23 de agosto de 1978)	Ibid., vol. 1946, n.º 33356, pág. 125.
Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (con anexos) (Bonn, 23 de junio de 1979)	Ibid., vol. 1651, n.º 28385, pág. 333.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 18 de diciembre de 1979)	Ibid., vol. 1249, n.º 20378, pág. 13.
Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)	Ibid., vol. 1489, n.º 25567, pág. 3.
Convenio Internacional sobre la Armonización de los Controles de Mercancías en las Fronteras (Ginebra, 21 de octubre 1982)	Ibid., vol. 1409, n.º 23583, pág. 3.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 21 de marzo de 1986)	A/CONF.129/15.
Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1582, n.º 27627, pág. 95.
Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza (Estrasburgo, 5 de mayo de 1989)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 132.
Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (La Haya, 1.º de agosto de 1989)	J. D. González Campos y A. Borrás, <i>Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993) – Traducción al Castellano</i> , Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 359.
Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1577, n.º 27531, pág. 3.
Convención sobre la Jurisdicción, el Derecho Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas para la Protección de los Niños (La Haya, 19 de octubre de 1996)	Ibid., vol. 2204, n.º 39130, pág. 95.
Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (Bruselas, 26 de mayo de 1997)	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , n.º C 195, 25 de junio de 1997, pág. 2.

Fuente

Convenio europeo sobre la nacionalidad (Estrasburgo, 6 de noviembre de 1997)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 166.
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998)	Ibid., n.º 172.
Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal (Estrasburgo, 4 de noviembre de 1998)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n.º 38544, y vol. 2189, n.º A-38544, pág. 3.
Convenio de derecho penal sobre la corrupción (Estrasburgo, 27 de enero de 1999)	Ibid., n.º 173.
Convenio sobre la ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001)	Consejo de Europa, <i>Série des traités européens</i> , n.º 185.

Obras citadas en el presente informe

- AUST, Anthony
Modern Treaty Law and Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BOWETT, D. W.
«Reservations to non-restricted multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1976-1977*, Oxford, Oxford University Press, 1978, págs. 67 a 92.
- BRETTON, Phillipe
«L'URSS et la compétence de la Cour internationale de Justice en matière de protection des droits de l'homme», *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXV, 1989, París, págs. 261 a 275.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
«Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *RGDIP*, vol. 93, 1989/2, págs. 273 a 315.
- FLAUSS, Jean-François
«Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux», *Annuaire français de droit international*, vol. XXXII, 1986, págs. 857 a 866.
«Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 5, n.ºs 9-10, 1993, págs. 297 a 303.
- GAJA, Giorgio
«Modalità singolari per la revoca di una riserva», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXII, 1989, n.º 4, págs. 905 a 907.
- HORN, Frank
Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, vol. 5, Studies in International Law, Instituto Sueco de Derecho Internacional, La Haya, T.M.C. Asser Instituut, 1988, 514 págs.
- IMBERT, Pierre-Henri
Les réserves aux traités multilatéraux, París, Pedone, 1978.
- MARESCA, Adolfo
Il diritto dei trattati. La convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969, Milano, Giuffrè, 1971, 895 págs.
- MIGLIORINO, Luigi
«La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXV, 1992, n.º 2, págs. 315 a 334.
- PELLET, Alain
«La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle», en Nisuke Ando y otros (eds.), *Liber amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haya, Kluwer, 2002, vol. 1, págs. 481 a 514.
- POLAKIEWICZ, Jörg
Treaty-making in the Council of Europe, Estrasburgo, Consejo de Europa, 1999, 217 págs.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3.ª ed. rev. y aum., Ginebra, Presses Universitaires de France, 1985.
- RUDA, José María
«Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III* (Leiden), Sijthoff, vol. 146, 1977, págs. 95 a 218.
- SCHABAS, William A.
«Reservations to human right treaties: time for innovation and reform», *Annuaire canadien de Droit international*, vol. XXXII, 1994, págs. 39 a 81.
«Article 64», *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux y Pierre-Henri Imbert (eds.), París, Economica, 1995, págs. 923 a 942.
- SIA SPILIOPOULOU, Åkermark
«Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe», *International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 48, parte 3 (julio de 1999), págs. 479 a 514.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Conference on the Law of Treaties, 2.ª ed. rev. y aum., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SZAFARZ, Renata
«Reservations to multilateral treaties», *Annuaire Polonais de Droit International*, vol. III, 1970, págs. 293 a 316.
- TIBERGHEN, Frédéric
La protection des réfugiés en France, París. Economica, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984, 317 págs.

Introducción

1. Al igual que en sus informes anteriores, el Relator Especial estima oportuno presentar, a modo de introducción de su séptimo informe:

a) Una descripción sucinta de las lecciones que, en su opinión, pueden extraer del examen de su sexto informe la propia CDI y la Sexta Comisión de la Asamblea General (secc. B *supra*);

b) Una relación sumaria de las principales novedades sobrevenidas durante el año en el ámbito de las reservas de que haya tenido conocimiento (secc. C *supra*), y

c) Una presentación general del presente informe (secc. D *supra*).

Además, habida cuenta de que la Comisión inicia un nuevo quinquenio, el Relator Especial ha considerado conveniente que esos títulos, ya tradicionales, vayan precedidos de un resumen sucinto de los trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema (secc. A *supra*).

A. Trabajos anteriores de la Comisión sobre el tema

2. En un primer momento, la Comisión examinó el tema de las reservas a los tratados esencialmente dentro del tema más general del derecho de los tratados, antes de inscribirlo, en 1995, como tema autónomo en el programa de la Comisión.

1. LAS RESERVAS A LOS TRATADOS Y EL DERECHO DE LOS TRATADOS¹

3. La reserva se define en el artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969) como:

una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Se trata, pues, de un instrumento complementario de un tratado, cuyo estudio, como es natural, emprendieron los sucesivos relatores especiales sobre el derecho de los tratados de la Comisión entre 1950 y 1966.

4. No obstante, aunque la noción misma de reserva no haya suscitado problemas de importancia, la Comisión ha evolucionado profundamente en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a esos instrumentos. Esta evolución se ha debido principalmente a factores exógenos y, en particular, a la opinión consultiva extremadamente innovadora que emitió la CIJ el 28 de mayo de 1951 en el caso

*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*².

5. En una primera época, la Comisión se atenía a la concepción tradicional en el plano universal, según la cual la posibilidad de aceptar un tratado mediante reservas quedaba subordinada a la aceptación de las reservas por todas las partes en el tratado³. Pese a que en su opinión consultiva de 1951 la CIJ había adoptado, por lo menos respecto de las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, una solución más flexible, inspirada en la práctica panamericana y basada en el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado⁴, la Comisión, conforme a la opinión de sus sucesivos relatores especiales⁵, se mantuvo en su antigua postura hasta 1961⁶.

6. Hubo que esperar hasta el primer informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock, en 1962⁷, para que se abandonara el punto de vista tradicional en favor de un procedimiento flexible «que deje al arbitrio de cada Estado el decidir sobre la aceptación de la reserva y el considerar al Estado que la formula como parte en el tratado en cuanto a las relaciones entre los dos Estados»⁸, en el entendimiento de que los Estados deberían guiarse en su apreciación por el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado⁹.

7. Esta evolución, acogida favorablemente por la Asamblea General, se confirmó en la segunda lectura, si bien el proyecto aprobado definitivamente en 1966 entrañaba modificaciones significativas respecto del de 1962, en particular por el hecho de que la Comisión, adhiriéndose de forma más clara a la postura de la CIJ, pareció considerar que la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado constituía un criterio para establecer la

² *C.I.J. Recueil 1951*, pág. 15; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 25. Sobre la aportación fundamental que representa esta opinión consultiva, véase Pellet, «La CIJ et les réserves aux traités. Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle»; véanse también los estudios citados en *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/478, anexo I: bibliografía, y *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/478/Rev.1, anexo: bibliografía relativa a las reservas a los tratados, en especial pág. 162.

³ Véase el primer informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Brierly, *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, pág. 222, documento A/CN.4/23, y el informe de la Comisión, *ibid.*, pág. 381, documento A/1316, párr. 164.

⁴ *C.I.J. Recueil 1951* (véase la nota 2 *supra*), págs. 24 y 29.

⁵ Véanse especialmente el informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Lauterpacht, *Yearbook... 1953*, vol. II, págs. 91 y 123 y ss., documento A/CN.4/63, y el informe sobre el derecho relativo a los tratados del Sr. Fitzmaurice, *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 115, 126 y 127, documento A/CN.4/101.

⁶ Véase especialmente el informe de la Comisión de 1951, en que uno de los capítulos está dedicado particularmente a la cuestión de las reservas, conforme a una petición expresa de la Asamblea General (*Yearbook... 1951*, vol. II, pág. 128, documento A/1858, párr. 24).

⁷ *Anuario... 1962*, vol. II, págs. 69 y ss., documento A/CN.4/144.

⁸ *Ibid.*, pág. 207, documento A/5209, párr. 14 del comentario al artículo 20.

⁹ Véase *ibid.*, pág. 203, art. 20, párr. 2, apdo. *b*, del proyecto de 1962.

¹ Véase una exposición mucho más completa en el primer informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 138, documento A/CN.4/470, cap. I (La labor anterior de la Comisión respecto de las reservas y sus resultados), párrs. 8 a 90).

admisibilidad de la reserva¹⁰. En el proyecto de la Comisión se detallaban las reglas aplicables a la formulación de reservas (art. 16), su aceptación y las objeciones (art. 17), el procedimiento relativo a las reservas (art. 18), sus efectos jurídicos (art. 19) y el retiro de las reservas (art. 20)¹¹.

8. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se conservaron la estructura¹² y las grandes líneas del proyecto, al tiempo que se ampliaron todavía más las posibilidades de formular reservas y se atenuaron los efectos de las objeciones. Resultado de ello fueron los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969, que se transpusieron sin más en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (en adelante, la Convención de Viena de 1986).

9. Además, en ocasión de sus trabajos sobre la sucesión de los Estados en lo que respecta a los tratados, la Comisión se planteó la cuestión de «la posición del Estado sucesor respecto de las reservas, aceptaciones y objeciones»¹³ formuladas por el Estado predecesor. Como resultado, en la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1978) se incluyó un artículo 20 que se limita a enunciar de forma concisa las reglas aplicables a la sucesión en las reservas, sin referirse a la situación de las aceptaciones y objeciones formuladas por el Estado predecesor, remitiéndose, por lo demás, a los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena de 1969.

2. LA CUESTIÓN DE LAS «RESERVAS A LOS TRATADOS»

10. Las reglas relativas a las reservas que figuran en las tres Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986 han constituido —y siguen constituyendo— la base de la práctica en materia de reservas, tanto para los Estados que se han hecho partes en las Convenciones como para los que no se han adherido a ellas. Por lo general, desde un punto de vista pragmático, se trata de una base satisfactoria.

11. Sin embargo, no deja de ser cierto que, como observó el Relator Especial, Sr. Reuter, «la cuestión de las reservas ha sido siempre una cuestión difícil y controvertida y no se pudo poner término a todas las dificultades, ni siquiera con las disposiciones de la Convención de Viena [de 1969]»¹⁴. Siguen planteándose importantes

¹⁰ Véase el artículo 16 del proyecto y su comentario, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 222 y ss., documento A/6309/Rev.1.

¹¹ *Ibid.*

¹² No obstante, se modificó el orden de los artículos. En la Convención de Viena de 1969, la estructura es la siguiente: artículo 19 (Formulación de reservas); artículo 20 (Aceptación de las reservas y objeción a las reservas); artículo 21 (Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas); artículo 22 (Retiro de las reservas y de las objeciones a las reservas), y artículo 23 (Procedimiento relativo a las reservas).

¹³ Tercer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados del Sr. Waldock, *Anuario... 1970*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/224 y Add.1, párr. 1 del comentario al artículo 9; véanse las páginas 50 a 56; véase también el primer informe sobre la sucesión de Estados en materia de tratados del Sr. Vallat, *Anuario... 1974*, vol. II (primera parte), págs. 52 y ss., documento A/CN.4/278 y Add.1 a 6.

¹⁴ Décimo informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más

problemas de principio, especialmente respecto del peso que cabe atribuir, respectivamente, al criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado, por un lado, y por el otro, a la expresión por los Estados partes de su postura respecto de la reserva a través de las aceptaciones o las objeciones. Estos problemas tienen unas repercusiones prácticas que no pueden pasarse por alto. Además, las disposiciones relativas a las reservas de las tres Convenciones de Viena encierran muchas otras ambigüedades y adolecen de lagunas, lo que causa dificultades a los Estados y las organizaciones internacionales, en particular (aunque no exclusivamente) en su condición de depositarios¹⁵.

12. Para tratar de paliar esos problemas, atendiendo a las sugerencias formuladas en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en 1989 y a raíz de las propuestas del Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo y del Grupo de Planificación, en 1993 la CDI decidió incorporar en su programa el tema de las reservas a los tratados¹⁶. Puesto que la Asamblea General aprobó esa decisión¹⁷, al año siguiente la Comisión nombró a un relator especial, que presentó seis informes sin contar el presente documento¹⁸.

a) *Los dos primeros informes sobre las reservas a los tratados y las decisiones de la Comisión*

13. Los dos primeros informes sobre las reservas a los tratados presentan características particulares.

i) *El primer informe y sus repercusiones*

14. El primer informe sobre la ley y la práctica en materia de reservas a los tratados¹⁹, presentado y debatido en 1995, tenía por objeto exponer:

a) La labor anterior de la Comisión respecto de las reservas;

b) Los problemas pendientes²⁰, y

c) El alcance y la forma que podrían revestir los resultados de la labor futura de la Comisión sobre el tema.

organizaciones internacionales, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 63, documento A/CN.4/341 y Add.1, párr. 53.

¹⁵ Véase una primera reseña de esas ambigüedades y lagunas en el primer informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 153, cap. II (Inventario sucinto de los problemas planteados por el tema), párrs. 91 a 149).

¹⁶ Véase *Anuario... 1993*, vol. II (segunda parte), pág. 104, párrs. 428 a 430. A petición del Relator Especial, en 1996 la Comisión decidió simplificar el enunciado inicial del tema «La ley y la práctica en materia de reserva a los tratados» (véase *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 86, párr. 105, apdo. a).

¹⁷ Resolución 48/31 de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1993, párr. 7.

¹⁸ Cabe recordar que, en realidad, la Comisión no pudo examinar el cuarto informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/499), por lo que su contenido quedó recogido en el quinto informe (*Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4).

¹⁹ *Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 133, documento A/CN.4/470.

²⁰ Esos dos primeros capítulos se han resumido muy sucintamente más arriba (párrs. 3 a 12).

15. Al término de los debates, el Relator Especial extrajo las conclusiones siguientes:

b)²¹ La Comisión debería tratar de adoptar una guía de la práctica en materia de reservas. De conformidad con el Estatuto de la Comisión y su práctica usual, esta guía tomaría la forma de un proyecto de artículos cuyas disposiciones, junto con comentarios, constituirían directrices para la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales en materia de reservas; estas disposiciones, de ser necesario, irían acompañadas de cláusulas modelo;

c) Las disposiciones que preceden se interpretarán con flexibilidad y, si la Comisión estima que debe desviarse de ellas sustancialmente, presentaría a la Asamblea General nuevas propuestas sobre la forma que podrían tomar los resultados de su labor;

d) Existe consenso en la Comisión en el sentido de que no deben modificarse las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986²².

16. Esas conclusiones, aprobadas por la CDI (y por los Estados que expresaron su opinión sobre el tema en los debates de la Sexta Comisión de 1995)²³, constituyeron desde entonces las bases sobre las que trabajaron la CDI y su Relator Especial. Sería, cuando menos, de lamentar que volvieran a discutirse en la presente etapa.

17. Además, también en su 47.º período de sesiones, en 1995, la Comisión, conforme a su práctica anterior, «autorizó al Relator Especial a preparar un cuestionario detallado sobre las reservas a los tratados para conocer la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales, en particular los depositarios de convenciones multilaterales, y los problemas con que tropiezan»²⁴. Los cuestionarios fueron enviados por conducto de la Secretaría a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, a los que son miembros de un organismo especializado y a los que son partes en el Estatuto de la CIJ, y a 65 organizaciones internacionales²⁵. De ellos, 33 Estados²⁶ y 24 organizaciones internacionales²⁷ tuvieron a bien responder. El

²¹ El apartado *a* se refería a la modificación del título inicial del tema: «La ley y la práctica en materia de reserva a los tratados» (véase la nota 16 *supra*).

²² *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 86, párr. 105.

²³ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo período de sesiones, A/CN.4/472/Add.1, párr. 174.

²⁴ Véase *Anuario... 1995*, vol. II (segunda parte), pág. 111, párr. 489.

²⁵ Los cuestionarios se reproducen en *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/477 y Add.1, anexos II y III, págs. 101 y 111, respectivamente.

²⁶ Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, India, Israel, Italia, Japón, Kuwait, Malasia, México, Mónaco, Nueva Zelanda, Panamá, Perú, Reino Unido, República de Corea, San Marino, Santa Sede, Suecia y Suiza. El Relator Especial desea reiterar su más sincero agradecimiento a esos Estados, aunque ya no abriga demasiadas esperanzas de que se sumen otros. Desea señalar que la ausencia de respuestas sesga la visión que se pueda tener de la práctica, en especial porque, lamentablemente, el origen geográfico de las respuestas es bastante desequilibrado.

²⁷ La ALADI, el Banco Mundial (AIF, BIRF, CFI, OMI), el BPI, el Consejo de Europa, la FAO, el FIDA, el FMI, la OACI, el OIEA, la OIT, la OMA, la OMC, la OMI, la OMM, la OMPI, la OMS, la ONUDI, la OSCE, la Secretaría del Foro de las Islas del Pacífico, la UEO, la UIT, la UNESCO y la UPU. El Relator Especial desea igualmente expresar su sincero agradecimiento a esas organizaciones y manifestar su esperanza de que las que todavía no han respondido al cuestionario lo hagan en los próximos meses.

Relator Especial insiste una vez más en señalar que una institución como las Comunidades Europeas, cuya práctica en materia de reservas es particularmente valiosa, y que no le parece precisamente la organización internacional más desprovista de recursos para responder a una encuesta de este tipo, se ha abstenido de hacerlo hasta la fecha, lo que el Relator Especial deplora profundamente.

ii) *El segundo informe y sus repercusiones*

18. El segundo informe, presentado en 1996, constaba de dos capítulos claramente diferenciados²⁸. En el capítulo I, el Relator Especial presentaba un panorama general del estudio y formulaba, en particular, una serie de propuestas en relación con los trabajos futuros de la Comisión sobre el tema de las reservas a los tratados²⁹. Entre otras cosas, en ese capítulo se presentaba un «plan provisional del estudio»³⁰.

19. En el capítulo II (Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados (reservas a los tratados relativos a los derechos humanos))³¹, se llegaba a la conclusión de que, pese a la gran diversidad de los tratados multilaterales, el régimen de reservas que figuraba en los artículos 19 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, por su flexibilidad, se adaptaba a todos los tratados, en particular a los relativos a la protección de los derechos humanos. El Relator Especial adjuntó a su segundo informe un proyecto de resolución de la Comisión sobre las reservas a los tratados normativos multilaterales, incluidos los tratados de derechos humanos³².

20. Por falta de tiempo, el informe no pudo examinarse en 1996. Sin embargo, en el 49.º período de sesiones de la Comisión, en 1997, fue objeto de un debate en profundidad³³, como resultado del cual la Comisión, en lugar de aprobar una resolución oficial, como había propuesto el Relator Especial, aprobó unas conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos³⁴ y decidió comunicar su texto a los organismos de supervisión de esos tratados, cuyas reacciones hasta la fecha han sido escasas, más bien negativas y, más vale decirlo, poco fundadas³⁵.

²⁸ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 39.

²⁹ *Ibid.*, págs. 46 y ss., párrs. 9 a 50.

³⁰ *Ibid.*, pág. 50, párr. 37; ese esquema fue objeto de un breve comentario (*ibid.*, págs. 51 a 53, párrs. 38 a 50).

³¹ *Ibid.*, págs. 54 y ss., párrs. 55 a 260.

³² *Ibid.*, págs. 87 y 88, párr. 260.

³³ Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 44 y ss., párrs. 44 a 157.

³⁴ *Ibid.*, págs. 57 y 58.

³⁵ Sobre las reacciones de los organismos de derechos humanos, véanse el tercer informe (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), págs. 247 y 248, documento A/CN.4/491 y Add.1 a 6, párrs. 15 y 16) y el quinto informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 10 a 15). Independientemente de los debates que tuvieron lugar en 1997 en la Sexta Comisión (véase Resumen por temas del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo segundo período de sesiones, A/CN.4/483, párrs. 64 a 89), varios Estados remitieron a la Secretaría observaciones relativas a las conclusiones preliminares de la Comisión (véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párr. 16).

21. Aunque algunos miembros de la Comisión sean de la opinión contraria, el Relator Especial sigue estando convencido de que es preferible no revisar oficialmente las conclusiones preliminares aprobadas en 1997 sin haber terminado, aunque sólo sea en primera lectura, la Guía de la práctica en su conjunto, o por lo menos los proyectos de directrices relativos a los efectos de las reservas. Espera que para entonces se habrá logrado una concertación más estrecha con los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.

22. El Relator Especial había incluido en su segundo informe una bibliografía relativa a las reservas a los tratados; en su quinto informe figura una versión completada y actualizada³⁶.

b) *Los informes tercero y quinto: elaboración de la Guía de la práctica*

23. Los informes tercero³⁷ y quinto³⁸ sobre las reservas a los tratados tienen el elemento común de que ambos presentan proyectos de directrices que figuran en la Guía de la práctica relativa a las reservas que la Comisión decidió elaborar³⁹. Esos proyectos, que, en esencia, fueron aprobados por la Comisión, fueron resultado de un método de elaboración uniforme, cuyos elementos fundamentales tal vez no sea superfluo recordar.

i) *Proyectos de directrices aprobados*

24. Después de haberse dedicado el segundo informe a la cuestión de la unidad o la diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados multilaterales (incluidos los tratados de derechos humanos), conforme al programa de trabajo presentado en 1995⁴⁰, el tercer informe⁴¹ y la parte I del quinto⁴² versaron sobre la definición de reserva, cuestión que se reveló infinitamente más delicada de lo que habría cabido suponer, desde el momento en que se quiso distinguir rigurosamente entre reservas y otras instituciones que se les asemejan pero a las que no son asimilables. Tal es el tema de la parte 1 («Definiciones») de la Guía de la práctica⁴³, que reúne 30 proyectos de directrices repartidos en siete secciones⁴⁴:

1.1 Definición de reservas (proyectos de directrices 1.1 y 1.1.1 a 1.1.8)

1.2 Definición de las declaraciones interpretativas (proyectos de directrices 1.2, 1.2.1 y 1.2.2)

1.3 Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas (proyectos de directrices 1.3 y 1.3.1 a 1.3.3)

1.4 Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas (proyectos de directrices 1.4.1 a 1.4.7)

1.5 Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales (proyectos de directrices 1.5.1 a 1.5.3)

1.6 Alcance de las definiciones (proyecto de directriz 1.6), y

1.7 Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas (proyectos de directrices 1.7.1 y 1.7.2).

25. Entre los conceptos próximos al de reserva, hay uno que presenta una importancia particular en la práctica de los Estados, incluso sin que se encuentre reglamentado y ni tan siquiera mencionado en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986: la declaración interpretativa, cuyo régimen jurídico se decidió estudiar paralelamente al de las reservas, por lo cual se le dedican disposiciones en la Guía de la práctica⁴⁵.

26. Sin embargo, surgió un problema a este respecto, del que se hizo eco la Comisión en el informe sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones, en 2001⁴⁶. Para entender los términos en que se plantea el problema, cabe recordar que la Comisión distinguió entre dos categorías de declaraciones interpretativas: por un lado, las que únicamente tienen por objeto precisar o aclarar el sentido o el alcance que sus autores, Estados u organizaciones internacionales, atribuyen a un tratado o a algunas de sus disposiciones⁴⁷ y, por otro lado, las declaraciones por las que el declarante, teniendo presente el mismo objetivo de precisión o aclaración, condiciona a esta interpretación su consentimiento en obligarse por el tratado. De acuerdo con gran parte de la doctrina, la Comisión denominó este último tipo de declaraciones «declaraciones interpretativas condicionales»⁴⁸. No se ha discutido esa distinción. Sin embargo, a medida que avanzaba el proyecto, se fue poniendo de manifiesto que el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas condicionales guardaba semejanza, o incluso se identificaba, con el de las reservas. Desde entonces, ciertos miembros de la Comisión se han mostrado reacios a que las declaraciones interpretativas condicionales se traten por separado en el proyecto. El Relator Especial no tiene ninguna objeción de principio contra ello pero, secundado por otros miembros, considera que conviene esperar hasta haber estudiado los efectos de las reservas y las declaraciones

³⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 89, documento A/CN.4/478, anexo I: Bibliografía, y *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), pág. 153, documento A/CN.4/478/Rev.1, anexo, Bibliografía relativa a las reservas a los tratados.

³⁷ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 237.

³⁸ Véase la nota 18 *supra*.

³⁹ Véanse los párrafos 15 y 16 *supra*.

⁴⁰ Véase el párrafo 18 *supra*.

⁴¹ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte) (véase la nota 35 *supra*).

⁴² *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4, párrs. 66 a 213, dedicado a las alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas, y el anexo II, una recapitulación de la definición de reserva.

⁴³ El conjunto de los proyectos de directrices aprobados hasta el momento por la Comisión o propuestas por el Relator Especial figuran en un anexo al presente informe.

⁴⁴ Los comentarios sobre esos proyectos figuran en los informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones 50.º (*Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss., párr. 540), 51.º (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 97 y ss., párr. 470) y 52.º (*Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 114 y ss., párr. 663).

⁴⁵ Véase *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párr. 61.

⁴⁶ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 20; pág. 185, párr. 123, y pág. 188, párr. 149. Véanse también los párrafos 39 y 43 *infra*.

⁴⁷ Véase el proyecto de directriz 1.2.

⁴⁸ Véase el proyecto de directriz 1.2.1.

interpretativas condicionales para poder adoptar una postura definitiva sobre esta cuestión. Si, *mutatis mutandis*, se aplicara idéntico régimen a unas y otras, siempre se estará a tiempo de renunciar a incluir directrices particulares relativas a las segundas y adoptar una directriz única en que el régimen jurídico aplicable a las declaraciones interpretativas condicionales se asimile al aplicable a las reservas.

27. La parte II del quinto informe⁴⁹ y el sexto informe⁵⁰ se dedicaron a los problemas, secundarios a primera vista, pero a veces de gran importancia práctica, relativos a la formulación de las reservas y las declaraciones interpretativas. Sobre la base del quinto informe, la Comisión aprobó en su 53.º período de sesiones, en 2001, 11 proyectos de directrices incluidos en la parte 2 de la Guía de la práctica (Procedimiento)⁵¹ y relativos a:

a) Confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma (proyectos de directrices 2.2, y 2.2.1 a 2.2.3);

b) Reservas formuladas tardíamente (proyectos de directrices 2.3.1 a 2.3.4); y

c) Varios aspectos del procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas (proyectos de directrices 2.4.3 a 2.4.7).

ii) *Método de elaboración y aprobación de los proyectos de directrices*

28. Para elaborar y aprobar los proyectos de directrices aprobados hasta la fecha, tanto el Relator Especial, en sus informes, como la propia Comisión se han atenido a un método uniforme, que se expone de forma más completa en el tercer informe⁵².

29. En esencia, conforme a las indicaciones dadas en 1998, los informes siguen el esquema general siguiente:

a) Cada exposición se inicia con un recordatorio de las disposiciones pertinentes de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados y de los trabajos preparatorios de los que fueron resultado;

b) En un segundo apartado, el Relator Especial trata de presentar la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales respecto de esas disposiciones y de indicar las dificultades a que ha podido dar lugar su

⁴⁹ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 230 a 332, sobre el procedimiento relativo a las reservas y a las declaraciones interpretativas.

⁵⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/518/Add.1 a 3, párrs. 36 a 173 (La formulación, la modificación y el retiro de las reservas y las declaraciones interpretativas) y anexo (Procedimiento: Texto consolidado del conjunto de proyectos de directrices atinentes a la formulación de las reservas y de las declaraciones interpretativas propuestos en los informes quinto y sexto). Sobre el examen del sexto informe, véase más adelante la sección B.

⁵¹ El texto y los comentarios de esos proyectos de directrices se reproducen en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 189 y ss.

⁵² *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), págs. 250 y ss., págs. 31 a 41.

aplicación; a este respecto, las respuestas a los cuestionarios que ha recibido⁵³ resultan especialmente valiosas;

c) Simultáneamente o en una sección distinta, según el caso, describe la jurisprudencia pertinente y los comentarios de la doctrina;

d) Partiendo de esos datos, propone proyectos de artículos destinados a formar parte del cuerpo mismo de la Guía de la práctica que la Comisión se ha propuesto aprobar;

e) Si procede, acompaña los proyectos de artículos con cláusulas modelo en que los Estados podrían inspirarse para derogar disposiciones de la Guía de la práctica en circunstancias especiales o en ámbitos concretos o, por el contrario, para hacerlas efectivas⁵⁴.

30. Ni que decir que, en ciertos puntos, es necesario apartarse de ese esquema. Este es el caso, en particular, cuando en las Convenciones de Viena se pasa por alto, por ejemplo, todo lo que respecta a las declaraciones interpretativas, a las que no se hace la menor alusión en esos instrumentos. En esos casos, el Relator Especial recurre al método habitual de la Comisión para elaborar proyectos de artículos, es decir, parte directamente de la práctica internacional (véase la segunda etapa descrita más adelante).

31. Puede darse el caso, en cambio, de que en las Convenciones de Viena figuren directrices suficientes para que la práctica se guíe por ellas. En opinión del Relator Especial, esta circunstancia no podría justificar sin embargo su exclusión del estudio, ni siquiera de la Guía de la práctica: tal omisión haría que el proyecto resultara incompleto y de difícil manejo, cuando su objetivo es, precisamente, permitir que los «usuarios» —servicios jurídicos de los ministerios de relaciones exteriores y de las organizaciones internacionales, ministerios de justicia, jueces, abogados, especialistas en relaciones internacionales públicas y privadas— dispongan de un instrumento de referencia lo más completo y exhaustivo posible. Esta es la razón por la cual la Guía de la práctica recoge, eventualmente refundiéndolas, las disposiciones pertinentes de las tres Convenciones de Viena de 1969, 1978 y 1986.

32. Este método ha recibido en general la aprobación de la Sexta Comisión y de la propia CDI. No obstante, a veces se ha manifestado incompreensión acerca de este último aspecto del método seguido por el Relator Especial, consistente en reproducir palabra por palabra las disposiciones relativas a las reservas de las Convenciones de Viena: algunos miembros de la Comisión han propuesto con insistencia que se insertaran en los proyectos de directrices de la Guía de la práctica unas enmiendas que, a su modo de ver, las mejorarían. Esta orientación no es

⁵³ Véase el párrafo 17 *supra*.

⁵⁴ Hasta el momento, sólo se han presentado cláusulas modelo en el quinto informe sobre las reservas a los tratados (*Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/508 y Add.1 a 4, párr. 312). Esos proyectos se referían a las «Reservas formuladas después de haber manifestado el consentimiento a quedar obligado por el tratado»; a fin de no alentar la práctica (en efecto bastante objetable) de las reservas tardías, la Comisión no ha remitido los proyectos al Comité de Redacción.

acertada: por un lado, no es demasiado compatible con la premisa de que no es conveniente reabrir las Convenciones de Viena⁵⁵; por el otro, se introducen así confusiones y complicaciones inútiles. Si los textos de las Convenciones de Viena dan la impresión de ser oscuros o ambiguos, parece infinitamente preferible intentar aclararlos o completarlos con unos proyectos de directrices separados. Por lo demás, eso es lo que ha decidido la Comisión en todos los casos en que se han planteado problemas de este tipo. El Relator Especial espera sinceramente que esta prudente forma de obrar no se cuestione en el futuro.

33. Por lo demás, al elaborar la Guía de la práctica, la Comisión procede del mismo modo que para todos los proyectos de artículos⁵⁶:

a) La Comisión debate, en sesión plenaria, los proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial;

b) Los proyectos se remiten (o no) al Comité de Redacción, que incorpora las mejoras que considere convenientes;

c) Los proyectos, en su nueva redacción, se debaten de nuevo en sesión plenaria;

d) Una vez aprobado el texto definitivamente, el Relator Especial prepara, con ayuda de la Secretaría, proyectos de comentarios, y

e) La Comisión debate, modifica de ser necesario y aprueba esos proyectos de comentarios antes de que se incluyan en el informe anual de la CDI para que los examine la Sexta Comisión.

34. Cabe señalar, sin embargo, que los debates de la Sexta Comisión no pueden tener efectos inmediatos: para evitar que la labor de la CDI (ya se trate de la Guía de la práctica relativa a las reservas o de cualquier otro proyecto) se convierta en un tejido de Penélope, que se desteje y se vuelve a tejer una y otra vez, la Comisión no puede estar revisando sus proyectos constantemente al arbitrio de las reacciones de los representantes de los Estados ante la Asamblea General. Esas reacciones no son, ni pueden ser, nada más que un medio de «pedir turno» para la segunda lectura. Sin embargo, nada impide

⁵⁵ Véase el párrafo 15 *supra*.

⁵⁶ El Relator Especial desea aprovechar la ocasión para mencionar la discrepancia (relativamente poco importante) que mantiene con algunos miembros de la Comisión en lo que respecta a la numeración de los proyectos de directrices. Según una opinión, deberían numerarse siguiendo la práctica habitual: artículo 1, artículo 2, artículo 3, etc. El Relator Especial siempre se ha opuesto a ello: considera que la práctica actual (1.1, 1.1.1, 1.2.1) tiene varias ventajas: en primer lugar, permite diferenciar claramente la Guía de la práctica de los proyectos de convención, con los que no debe confundirse (y, por lo demás, ciertos proyectos de directrices ya aprobados habrían estado fuera de lugar en un tratado; piénsese en las directrices 1.7.1 o 1.7.2, por ejemplo); en segundo lugar, la numeración adoptada permite reagrupar con comodidad los proyectos de directrices por capítulos, secciones, etc., y permite también enriquecer la Guía de la práctica a medida que avanzan los trabajos sin tener que alterar continuamente el conjunto de la estructura. Por lo demás, en la práctica ha resultado que, tras un período de adaptación, la numeración que se ha mantenido dejó de plantear problemas y fue adoptada tanto por los miembros de la CDI como por los oradores de la Sexta Comisión.

a la CDI y a los relatores especiales tener en cuenta lo que se dice en la Sexta Comisión para modificar, si es el caso, sus trabajos futuros. Por el contrario, es absolutamente recomendable, y nadie está más convencido de que debe ser así que el propio Relator Especial, aunque tampoco es cuestión de transformar a la CDI, órgano compuesto de expertos independientes, en un mero registro de las posturas aleatorias adoptadas en el órgano político interestatal que es la Asamblea General.

B. El sexto informe sobre las reservas a los tratados y sus consecuencias

1. EXAMEN DEL SEXTO INFORME POR LA COMISIÓN

35. Al igual que la cuestión de la definición de las reservas, la de su formulación se ha revelado, al examinarla, mucho más compleja y delicada de lo que se podía pensar a primera vista. No sólo reviste una importancia concreta evidente (se trata de saber, en particular, de qué forma y en qué momento puede formularse una reserva y darse a conocer a los demás Estados y organizaciones internacionales contratantes), sino que además plantea ciertos problemas de principio, como se puso de manifiesto, por ejemplo, en los debates, bastante animados, de la Comisión sobre el tema de las reservas formuladas tardíamente, que constituía uno de los objetos del quinto informe sobre las reservas a los tratados.

36. Es por esta razón que, pese a sus esfuerzos y contra lo que esperaba, el Relator Especial no pudo terminar el examen de los problemas relativos a la formulación de las reservas en su quinto informe. Ese examen no pudo hacerse hasta el sexto informe sobre las reservas a los tratados⁵⁷, informe que trata únicamente de la forma y la notificación de las reservas y las declaraciones interpretativas⁵⁸, incluida la importante cuestión de las funciones del depositario.

37. En su 53.º período de sesiones, en 2001, la Comisión concluyó el examen del quinto informe sobre las reservas a los tratados⁵⁹ y emprendió el del sexto informe. Los debates se refirieron esencialmente a cuestiones bastante técnicas y concretas, en muchos casos derivadas de apreciaciones de oportunidad, sobre las cuales corresponderá decidir al Comité de Redacción, a falta de indicaciones precisas por parte de la Comisión⁶⁰.

38. La Comisión, en efecto, remitió al Comité de Redacción el conjunto de los proyectos de directrices

⁵⁷ En un intento de impugnar las críticas sobre la lentitud con que avanzaban los trabajos (críticas que, reconoce, han disminuido de intensidad en los dos últimos años, tal vez porque se ha tomado conciencia de la amplitud de la labor), el Relator Especial desea recordar que no cuenta con asistencia alguna en la preparación de sus informes más que la ayuda, inevitablemente limitada, que puede prestarle la Secretaría de la Comisión, por la que está profundamente agradecido.

⁵⁸ Véase la nota 50 *supra*.

⁵⁹ Véase el párrafo 27 *supra*.

⁶⁰ Véase el resumen de los debates de la Comisión en su 53.º período de sesiones en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 185 y ss., párrs. 118 a 154. Véanse también las actas resumidas de las sesiones 2677.^a a 2679.^a y 2689.^a a 2693.^a (ibid., vol. I, págs. 73 a 93, y 160 a 185, respectivamente).

propuestos por el Relator Especial en su sexto informe⁶¹ en relación con la forma, la notificación y la comunicación de las reservas y las declaraciones interpretativas. Sin embargo, el Comité no pudo examinarlos por falta de tiempo. Le incumbe hacerlo, pues, en el 54.º período de sesiones, en 2002.

2. EXAMEN DEL CAPÍTULO VI DEL INFORME DE LA CDI POR LA SEXTA COMISIÓN

39. El capítulo VI del informe de la Comisión sobre la labor de su 53.º período de sesiones está dedicado a las reservas a los tratados. En el capítulo II figura un breve resumen de la cuestión⁶² y en el capítulo III se enuncian las «cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión»⁶³. En lo que respecta a las reservas a los tratados, esas cuestiones se referían a:

a) Las declaraciones interpretativas condicionales (la cuestión era si convenía consagrar a esas declaraciones disposiciones particulares de la Guía de la práctica)⁶⁴;

b) La formulación tardía de las reservas (se habían planteado a los Estados dos cuestiones al respecto: i) ¿debía conservarse en la Guía de la práctica el proyecto de directriz 2.3.1 (Formulación tardía de una reserva)?; ii) en esa misma directriz, ¿era apropiada la utilización de la palabra «objeción» para designar la oposición de una parte contratante a la formulación tardía?)⁶⁵;

c) La función del depositario (¿está entre las atribuciones del depositario negarse a comunicar a los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas una reserva manifiestamente inadmisibles, en particular cuando está prohibida por una disposición del tratado?).

40. Esa parte del informe fue objeto de un debate en la Sexta Comisión del 29 de octubre al 9 de noviembre de 2001⁶⁶, en el curso del cual intervinieron los represen-

tantes de 28 Estados o grupos de Estados⁶⁷ para debatir el tema de las reservas a los tratados. Si bien el Relator Especial mantiene considerables reservas sobre el modo en que se efectúa la concertación entre la Sexta Comisión y la CDI⁶⁸, ha notado con satisfacción y gratitud que la mayoría de los oradores centraron sus declaraciones en las cuestiones planteadas por ésta última⁶⁹.

41. Como se ha señalado más arriba⁷⁰, algunas de las posturas de los Estados en la Sexta Comisión no podrán tomarse en consideración hasta que la CDI proceda a la segunda lectura de la Guía de la práctica. Evidentemente, esta observación es aplicable a las respuestas dadas a las dos cuestiones planteadas a propósito de la formulación tardía de las reservas⁷¹, que fue objeto de los proyectos de directrices 2.3.1 y 2.3.4, ya aprobados.

42. De otro modo, sin duda sería arriesgado buscar orientaciones claras en las declaraciones formuladas en la Sexta Comisión sobre este tema. Si, en efecto, algunos Estados parecieron tomar partido contra el principio mismo de que se incluyeran en la Guía de la práctica directrices relativas a la formulación tardía de las reservas⁷², en realidad algunas de esas declaraciones resultaron ambiguas⁷³. Además, otros participantes aprobaron

llegado exclusivamente en inglés. Véase también el Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones que figura en el muy útil documento A/CN.4/521.

⁶¹ Suecia intervino en nombre de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega) el 2 de noviembre de 2001, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 17.ª sesión (A/C.6/56/SR.17), párrs. 18 a 24.

⁶² El Relator especial tuvo ocasión de expresar públicamente esas objeciones el 6 de noviembre de 2001, *ibíd.*, 21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párrs. 27, 28 y 34.

⁶³ Lo mismo cabe decir de las útiles observaciones escritas que el Reino Unido tuvo la amabilidad de remitirle, por conducto de la Secretaría, el 27 de febrero de 2002.

⁶⁴ Párr. 34.

⁶⁵ Véase el párrafo 39 *supra*.

⁶⁶ Véanse las declaraciones de los Estados Unidos, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 14.ª sesión (A/C.6/56/SR.14), párr. 84 y México, 23.ª sesión (A/C.6/56/SR.23), párr. 26, que tenían que con la inclusión en la Guía de la práctica de una directriz relativa a la formulación tardía de una reserva se fomentara esa práctica criticable; en el mismo sentido, véase Suecia, en nombre de los países nórdicos, 17.ª sesión (A/C.6/56/SR.17), párr. 24; Kenya, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párr. 85; Haití, 23.ª sesión (A/C.6/56/SR.23), párr. 39, y la India, 24.ª sesión (A/C.6/56/SR.24), párr. 5.

⁶⁷ Ese es el caso de la propuesta escrita del Reino Unido (véase la nota 69 *supra*) que, tras haber retirado su oposición de principio a la formulación tardía de las reservas, propuso una nueva redacción del proyecto de directriz 2.3.1 que, en esencia, no se aparta de la que aprobó la Comisión más que por la exigencia (contraria a la práctica actual) de una aceptación expresa: «Si un Estado o una organización internacional formulan una reserva después de haber expresado su consentimiento a obligarse por el tratado, la reserva no tendrá efecto a no ser que el tratado estipule otra cosa o que todas las demás partes contratantes acepten expresamente la formulación tardía de la reserva». Véanse también las observaciones de Austria, que discute que esas declaraciones formuladas tras haber expresado consentimiento a obligarse constituyan reservas, pero que no parece oponerse a que se trate de ello en la Guía de la práctica (*ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/56/SR.13), párr. 10); véanse también las observaciones del Japón, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párrs. 52 a 54, y la Federación de Rusia (*ibíd.*, párrs. 74 y 75).

⁶¹ Véase *ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 189, párr. 155. Se trata de los proyectos que llevan los números 2.1.1 a 2.1.8 y 2.4.1, 2.4.2 y 2.4.9 en el sexto informe (*ibíd.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/518 y Add.1 a 3, anexo). El texto de esas propuestas figura en cursiva en el anexo del presente informe.

⁶² *ibíd.*, vol. II (segunda parte), pág. 17, párr. 13. El Relator Especial duda de la utilidad de esos «resúmenes», que resultan poco informativos.

⁶³ *ibíd.*, pág. 18, párrs. 20 a 26.

⁶⁴ Véase el párrafo 26 *supra*.

⁶⁵ El problema consiste en que, según el Relator Especial y ciertos miembros de la Comisión, el empleo de esa palabra es motivo de confusión, porque en este caso no se trata de una objeción al contenido de la reserva proyectada (como en los artículos 20 a 23 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986), sino al principio mismo de su formulación. Es por ello que, durante los trabajos del Comité de Redacción, el Relator Especial propuso que se utilizara un término distinto, como «oposición» o «rechazo».

⁶⁶ En principio, la Sexta Comisión deseaba que los distintos capítulos del informe se debatieran por separado. Lamentablemente, los representantes de los Estados no respetaron demasiado esta razonable recomendación. Véanse los debates de las sesiones 11.ª a 15, y 17.ª a 24.ª, en *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión* (A/C.6/56/SR.11 a 15 y A/C.6/56/SR.17 a 24). El Relator Especial lamenta una vez más que la gran mayoría de las actas le hayan

esa inclusión⁷⁴. Asimismo, los Estados se mostraron divididos en lo referente a la utilización del término «objeción» en el proyecto de directriz 2.3.1⁷⁵.

43. Menos difícil resulta deducir una tendencia general de las posturas que expresaron los oradores en la Sexta Comisión en lo que respecta a la utilidad de incluir en la Guía de la práctica directrices relativas al régimen jurídico aplicable a las declaraciones interpretativas condicionales. En efecto, aunque algunos Estados se manifestaron categóricamente a favor⁷⁶ o en contra⁷⁷ de esas directrices⁷⁸, la gran mayoría de las delegaciones que se pronunciaron aprobaron el punto de vista del Relator Especial⁷⁹, según el cual ese régimen jurídico es, muy probablemente, idéntico o muy semejante al de las reservas, pero es prudente asegurarse de ello antes de adoptar una decisión definitiva sobre la cuestión⁸⁰. Así pues, en el presente informe el Relator Especial continuará planteándose las reglas aplicables a las declaraciones interpretativas condicionales y no propondrá a la Comisión que adopte una decisión al respecto hasta que examine el informe que el Relator Especial dedicará a la admisibilidad de las reservas y las declaraciones interpretativas y a sus efectos.

44. La última pregunta planteada por la Comisión en lo que respecta a las reservas tenía un carácter más exclusivamente prospectivo: se trataba de saber si el depositario puede o debe «negarse a comunicar a los Estados y organizaciones internacionales interesadas una reserva manifiestamente inadmisibles, sobre todo cuando está

prohibida por una disposición del tratado»⁸¹. Las respuestas, matizadas, que dieron a esa pregunta las delegaciones de los Estados ante la Sexta Comisión podrán servir de guía a la CDI y a su Comité de Redacción cuando examinen los proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial en su sexto informe, proyectos que, como se ha indicado más arriba⁸², se han remitido al Comité, pero que éste no ha podido examinar. Las respuestas serán especialmente útiles para proceder a la redacción definitiva del proyecto de directriz 2.1.7 (Funciones del depositario)⁸³, que podría modificarse en consecuencia o completarse con otro proyecto que se refiriera específicamente a la pregunta hecha a los Estados.

45. En general, los Estados han manifestado que prefieren que la Guía de la práctica se ajuste estrictamente a las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativas a la función del depositario, en particular el artículo 77⁸⁴. Algunas delegaciones insistieron en la imparcialidad y la neutralidad de que debía dar prueba el depositario en el ejercicio de sus funciones y consideraron que, por consiguiente, el depositario debía limitarse a transmitir a las partes las reservas formuladas⁸⁵. Sin embargo, algunos representantes ante la Sexta Comisión opinaron que, cuando una reserva fuera manifiestamente inadmisibles, incumbía al depositario negarse a transmitirla⁸⁶ o, por lo menos, no hacerlo (ni señalar el problema a la atención de las demás partes) hasta haber comunicado su postura al autor de la reserva, en caso de que éste hubiera decidido mantenerla⁸⁷. Además, el Reino Unido insistió en la importancia que podría tener la Guía de la práctica para promover una práctica uniforme de los depositarios en la materia⁸⁸.

46. A la vista de las respuestas de los Estados a la pregunta planteada por la Comisión, tal vez ésta desee considerar la posibilidad de incluir en la Guía de la práctica un proyecto de directriz, como complemento del proyecto de directriz 2.1.7⁸⁹, por la que se precise la conducta que

⁷⁴ Véanse las observaciones de Singapur, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/56/SR.12), párr. 57; Venezuela, 15.ª sesión (A/C.6/56/SR.15), párr. 41; Bahrein, 19.ª sesión (A/C.6/56/SR.19), párrs. 18 a 23; China, *ibíd.*, párr. 29; Italia, *ibíd.*, párrs. 40 a 42; Malí, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 2; Polonia, *ibíd.*, párr. 8; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párr. 4, y Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párrs. 69 y 70; véase también Rumania, 18.ª sesión (A/C.6/56/SR.18), párr. 56, y Guatemala, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 12. En su intervención, el Relator Especial recordó que *ningún Estado* se había opuesto a la práctica del Secretario General de las Naciones Unidas (y de otros depositarios) de considerar aceptada una reserva formulada tardíamente de no haber «objeción» en un plazo fijado (21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párrs. 32 y 33).

⁷⁵ Singapur, *ibíd.*, 12.ª sesión (A/C.6/56/SR.12), párr. 58, y Venezuela, 15.ª sesión (A/C.6/56/SR.15), párr. 41, declararon que se avenían a ello. En cambio, los Estados Unidos, 14.ª sesión (A/C.6/56/SR.14), párr. 85, y Malí, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 2, indicaron su preferencia por otros términos como «oposición», «negativa» o «rechazo»; véase también la declaración de Polonia, *ibíd.*, párr. 8.

⁷⁶ Véase China, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/56/SR.19), párr. 28.

⁷⁷ Véase Venezuela, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/56/SR.15), párr. 40. Véanse también las dudas de Austria, *ibíd.*, 13.ª sesión (A/C.6/56/SR.13), párr. 11, y el Reino Unido, 18.ª sesión (A/C.6/56/SR.18), párr. 16, así como las reacciones por escrito de este último Estado (véase la nota 69 *supra*).

⁷⁸ Otros Estados no efectuaron (erróneamente, según el Relator Especial) distinción alguna entre las declaraciones interpretativas corrientes y las declaraciones interpretativas condicionales (véase Bahrein, *ibíd.*, 19.ª sesión (A/C.6/56/SR.19), párr. 26, o Israel, 21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párr. 14).

⁷⁹ Véase el párrafo 26 *supra*.

⁸⁰ Véanse las declaraciones de los Estados Unidos, *ibíd.*, 14.ª sesión (A/C.6/56/SR.14), párr. 83; Rumania, 18.ª sesión (A/C.6/56/SR.18), párr. 56; Malí, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 1; Francia, *ibíd.*, párr. 4; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párr. 3; Grecia, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párr. 71; la Federación de Rusia, *ibíd.*, párr. 73; Kenya, *ibíd.*, párr. 84, y México, 23.ª sesión (A/C.6/56/SR.23), párr. 25.

⁸¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 18, párr. 25.

⁸² Párr. 38.

⁸³ Véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 169; el texto de ese proyecto se reproduce en la nota 89 *infra*.

⁸⁴ Véase España, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión*, 12.ª sesión (A/C.6/56/SR.12), párr. 42.

⁸⁵ Véase Venezuela, *ibíd.*, 15.ª sesión (A/C.6/56/SR.15), párr. 42; China, 19.ª sesión (A/C.6/56/SR.19), párr. 30; Hungría, 21.ª sesión (A/C.6/56/SR.21), párr. 5; Israel, *ibíd.*, párr. 15; Federación de Rusia, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párr. 76, y Kenya, *ibíd.*, párr. 86.

⁸⁶ Véase Malí, *ibíd.*, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 3.

⁸⁷ Véanse los Estados Unidos, 14.ª sesión (A/C.6/56/SR.14), párrs. 86 y 87; Francia, 20.ª sesión (A/C.6/56/SR.20), párr. 6; Polonia, *ibíd.*, párr. 9; México, 23.ª sesión (A/C.6/56/SR.23), párr. 27, y la India, 24.ª sesión (A/C.6/56/SR.24), párr. 5, así como las reacciones por escrito del Reino Unido (véase la nota 68 *supra*).

⁸⁸ Véase Reino Unido, *ibíd.*, 18.ª sesión (A/C.6/56/SR.18), párr. 18 y las reacciones por escrito de ese Estado (véase la nota 69 *supra*).

⁸⁹ El texto del proyecto es el siguiente (véase la nota 83 *supra*):

«Funciones del depositario

1. El depositario examinará si una reserva a un tratado, formulada por un Estado o una organización internacional, se ha hecho en debida forma.

2. En caso de divergencia entre un Estado o una organización internacional y el depositario en relación con el desempeño de esa función, el depositario deberá señalar la cuestión a la atención:

debe seguir el depositario en el caso de que considere que la reserva formulada es manifiestamente inadmisibles. Ese proyecto de directriz podría estar redactado de la forma siguiente:

«2.1.7 bis Casos de reservas manifiestamente inadmisibles

1. Cuando una reserva sea manifiestamente inadmisibles a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa inadmisibilidad.

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará su texto a los Estados y organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y organizaciones internacionales contratantes, al que adjuntará el texto del intercambio de pareceres que mantuvo con el autor de la reserva.»

47. Además, en los debates de la Sexta Comisión, varios Estados formularon observaciones útiles sobre detalles relativos a varios de los proyectos de directrices propuestos en el sexto informe sobre las reservas a los tratados. En el Resumen por temas preparado por la Secretaría figura una síntesis de esas observaciones⁹⁰. Por supuesto, el Comité de Redacción las tendrá presentes cuando examine esos proyectos.

C. Últimas novedades en el ámbito de las reservas a los tratados

48. Por lo que ha llegado a conocimiento del Relator Especial, en el año transcurrido se han producido escasos acontecimientos de relieve en materia de reservas.

49. Sin embargo, conviene señalar el importante informe preparado por la Secretaría a petición del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹¹, y presentado a éste en su 25.º período de sesiones⁹². En el informe se incluía una sección dedicada a las «Prácticas seguidas por los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos en lo que se refiere a las reservas»⁹³, en que se examinaba la práctica adoptada por:

- a) El Comité de Derechos Humanos;
- b) El Comité contra la Tortura;
- c) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial;
- d) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y

e) El Comité de los Derechos del Niño.

50. El presente informe no es el lugar adecuado para resumir ni, menos aún, para comentar, las valiosas informaciones que proporciona ese documento. Sin embargo, de él se desprende una impresión general que vale la pena señalar: la actitud de los órganos creados por los tratados de derechos humanos respecto de las reservas es menos dogmática de lo que implicaría el texto del comentario general n.º 24 del Comité de Derechos Humanos⁹⁴. En efecto, de ese examen resulta que esos órganos tienen mayor interés en entablar un diálogo con los Estados autores de las reservas para convencerlos de que las retiren cuando a esos órganos les parecen abusivas que en pronunciarse sobre su admisibilidad. Por otro lado, ésa es la práctica del propio Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹⁵. En el anexo VI del informe de la Secretaría figura una opinión jurídica presentada por la Oficina de Asuntos Jurídicos⁹⁶, cuya fecha no se indica, pero que parece superada en ciertos aspectos.

51. En su 25.º período de sesiones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer no adoptó decisión alguna respecto del informe de la Secretaría y tampoco examinó la cuestión de las reservas en el período de sesiones siguiente (14 de enero a 1.º de febrero de 2002).

52. Por lo que se refiere a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, por su resolución 2001/17, de 16 de agosto de 2001 (Reservas a los tratados de derechos humanos), haciendo caso omiso de los reparos expresados por la Comisión de Derechos Humanos⁹⁷, renovó sus decisiones anteriores de 1999 y 2000 y decidió (párr. 1):

encomendar a la Sra. Françoise Hampson la tarea de preparar un documento de trabajo ampliado acerca de las reservas a los tratados de derechos humanos sobre la base de su documento de trabajo [E/CN.4/Sub.2/1999/28] así como de las observaciones hechas y las deliberaciones celebradas en los períodos de sesiones 51.º y 52.º de la Subcomisión, estudio que no debe superponerse a la labor de la Comisión de Derecho Internacional, que atañe al régimen jurídico aplicable a las reservas y las declaraciones interpretativas en general, mientras que el estudio propuesto consiste en el examen de las reservas y las declaraciones interpretativas efectivamente formuladas a los tratados de derechos humanos a la luz del régimen jurídico aplicable a las reservas y las

⁹⁴ Véase *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 55, nota 87. Véase un análisis crítico de ese comentario general en el segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 54 y 55, párrs. 59 a 62, y págs. 81 a 87, párrs. 218 a 252.

⁹⁵ Véase CEDAW/C/2001/II/4, párrs. 4, 7, apdo. c, y 10. Véase también el informe del Comité sobre su 13.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 38 (A/49/38)*, cap. I, secc. C, párr. 10.

⁹⁶ CEDAW/C/2001/II/4. La opinión jurídica se adjuntó al informe del Comité sobre su tercer período de sesiones (*Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento n.º 45 (A/39/45)*, vol. II, anexo III); véase también el segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 76 y 77, párr. 194.

⁹⁷ Véase la decisión 2001/113, de 25 de abril de 2001 (*Documentos Oficiales del Consejo Económico y social, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 3 (E/2001/23-E/CN.4/2001/167)*, pág. 365). Sobre los episodios anteriores de esta «serie», véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 21 a 27.

a) De los Estados y las organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes;

b) En su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trata.»

⁹⁰ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones, A/CN.4/521, párrs. 46 a 50.

⁹¹ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 28.

⁹² Celebrado del 2 al 20 de julio de 2001, CEDAW/C/2001/II/4.

⁹³ *Ibid.*, párrs. 20 a 56.

declaraciones interpretativas que se expone en el documento de trabajo; y de presentar el documento de trabajo ampliado a la Subcomisión en su 54.º período de sesiones⁹⁸.

Además, la Subcomisión decidió (párr. 2):

continuar su examen de la cuestión de las reservas a los tratados de derechos humanos en su 54.º período de sesiones en relación con el mismo tema del programa⁹⁹.

53. Habida cuenta de los reparos que se expresaron a este respecto en el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, el Relator Especial no ha llevado a cabo su proyecto de ponerse en contacto con la Sra. Hampson¹⁰⁰, quien tampoco ha tomado ninguna iniciativa en ese sentido. Sin embargo, considera que sería útil e incluso necesario que hubiera alguna coordinación, si se realizara con un espíritu de apertura y comprensión mutua, y desea que en el año en curso vuelva a entablarse un debate sobre este asunto en la Comisión. De un modo general, le parece útil que la Comisión tome la iniciativa para lograr una concertación más estrecha con los órganos que se ocupan de los derechos humanos en la perspectiva del reexamen, dentro de uno o dos años, de las conclusiones preliminares aprobadas en 1997¹⁰¹.

54. Por lo que respecta al Comité de Asesores Jurídicos sobre Derecho Internacional Público (CAHDI) del Consejo de Europa, no parece que deba señalarse ninguna novedad. Conforme a la decisión adoptada en su reunión de París de 1998, el Comité ha seguido actuando como Observatorio europeo de reservas a los tratados internacionales¹⁰². En calidad de tal, se ocupa de elaborar y mantener actualizada una lista de las reservas y declaraciones relativas a los convenios suscritos tanto dentro como fuera del marco del Consejo de Europa que pueden suscitar objeciones¹⁰³.

55. El Relator Especial no ha tenido conocimiento de otras novedades importantes de los últimos tiempos en

⁹⁸ Informe de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos sobre el quincuagésimo tercer período de sesiones (E/CN.4/2002/2–E/CN.4/Sub.2/2001/40).

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 28.

¹⁰¹ Véanse los párrafos 20 y 21 *supra*.

¹⁰² Véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párr. 56.

¹⁰³ Para las últimas novedades sobre el estado de la cuestión, véase la nota del Secretario General preparada para la 22.ª reunión del CAHDI (Estrasburgo, 11 y 12 de septiembre de 2001), CADHI (2001) 6 y Add.

cuestión de reservas. Agradecería a los demás miembros de la Comisión y a cualquier lector del presente informe toda información suplementaria que pudieran aportarle sobre el tema.

D. Presentación general del séptimo informe

56. En vista de su experiencia, el Relator Especial no asume un compromiso firme respecto del contenido del presente informe. No obstante, si logra mantener los objetivos que se ha propuesto, probablemente el informe adoptaría la forma que se describe a continuación.

57. El presente informe estará dedicado a continuar y concluir el estudio sobre la formulación, modificación y retiro de las reservas a los tratados y las declaraciones interpretativas. Puesto que se dedicó la parte II del quinto informe al momento en que deben formularse esos instrumentos¹⁰⁴ y el sexto informe trataba las modalidades de esa formulación¹⁰⁵, quedan por estudiar las delicadas cuestiones referentes a su retiro y, sobre todo, su modificación.

58. De conformidad con el plan provisional del estudio propuesto en 1996 en el segundo informe¹⁰⁶, el presente informe estará dedicado a la formulación y el retiro de las reservas y las objeciones.

59. Además, en una última parte se esbozará un panorama general de los problemas relativos a la admisibilidad de las reservas (y las declaraciones interpretativas), a sus efectos, y a los efectos de su aceptación y de las objeciones que se formulen contra ellas. Al contrario de las anteriores, esta parte no incluirá proyectos de directrices y tendrá la forma de un resumen para que la Comisión y, si fuera el caso, un grupo de trabajo, disponga de una perspectiva general de las cuestiones más espinosas que plantea el tema y, de ser posible, oriente la reflexión futura del Relator Especial.

60. Por último, como se ha indicado más arriba¹⁰⁷, el conjunto de los proyectos de directrices aprobados hasta el momento o propuestos por el Relator Especial se reproduce en un anexo del presente informe.

¹⁰⁴ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 223 a 332. Véanse también los párrafos 27 y 35 a 37 *supra*.

¹⁰⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 36 a 173. Véanse también los párrafos 27 y 35 a 38 *supra*.

¹⁰⁶ Véase el párrafo 18 *supra*.

¹⁰⁷ Véanse las notas 43 y 61 *supra*.

Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

61. Aunque las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 dedican varias disposiciones al retiro de las reservas, nada dicen de las modificaciones que pueden introducirse en una reserva anterior. Es cierto que tal posibilidad tropieza con objeciones que, a primera vista, parecen difíciles de superar: salvo que el tratado disponga otra cosa, los momentos en los que puede formularse una reserva se establecen con precisión en las disposiciones de las dos Convenciones de Viena que definen las reservas¹⁰⁸ y

sólo sería admisible una modificación si viniera a constituir una nueva reserva. No sucede lo mismo cuando la modificación reviste la forma de retiro parcial de una reserva. Así pues, en primer lugar deben determinarse las

la práctica. Véanse asimismo los proyectos de directrices 1.1.2, 1.1.4 y 2.3.1 a 2.3.4; en cuanto a las declaraciones interpretativas, véanse los proyectos de directrices 2.4.3, 2.4.6 y 2.4.7. Todos los proyectos de directrices adoptados por la Comisión o propuestos por el Relator Especial se reproducen en el anexo del presente informe, que también se remite, según el caso, a los comentarios de la Comisión o a los informes del Relator Especial que los presenta.

¹⁰⁸ Véase el artículo 2, párr. 1, apdo. d, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de

normas aplicables al retiro de las reservas antes de plantearse cuáles podrían aplicarse a sus modificaciones, normas que entran dentro del ámbito del desarrollo progresivo del derecho internacional más que de su codificación en sentido estricto.

62. Lo mismo puede decirse *a fortiori* del retiro y la modificación de las declaraciones interpretativas, cuestiones sobre las que las Convenciones de Viena guardan absoluto silencio¹⁰⁹. Según el método seguido en la elaboración de los informes anteriores, el estudio de las normas aplicables, *de lege data* o *de lege ferenda*, al retiro o la modificación de tales instrumentos se efectuará a la luz de las normas sobre las reservas y de la práctica cuando ésta exista.

A. Retiro de las reservas

1. FORMA Y PROCEDIMIENTO DEL RETIRO DE LAS RESERVAS

63. Poco habitual en el pasado¹¹⁰, el retiro de las reservas es en la actualidad más frecuente¹¹¹. Los principales motivos que explican el mayor uso de esta posibilidad son, por un lado, el logro de la independencia por numerosos Estados, lo que les ha llevado a revisar reservas formuladas por los Estados predecesores¹¹² y, por otro, y sobre todo, el cambio de régimen político en los países de Europa Oriental, que han renunciado a las numerosas reservas formuladas en la época de los regímenes comunistas, especialmente en materia de derechos humanos o de sumisión de controversias a la CIJ¹¹³.

64. Dos disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986¹¹⁴ se refieren directamente al retiro de las reservas. A tenor del artículo 22:

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.

[...]

3. Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:

a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación.

¹⁰⁹ Véanse los informes primero (*Anuario... 1995*, vol. II (primera parte), pág. 159, párrs. 128 y 129) y tercero (*Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), págs. 281 y ss., párrs. 231 a 305) sobre las reservas a los tratados.

¹¹⁰ Véanse, en este sentido, Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, págs. 291 a 293, y Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, pág. 226.

¹¹¹ Véase Migliorino, «La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», pág. 315.

¹¹² Véase la nota 160 *infra*.

¹¹³ Véanse, en especial, Migliorino, *loc. cit.*, y Bretton, «L'URSS et la compétence de la Cour internationale de Justice en matière de protection des droits de l'homme».

¹¹⁴ Por regla general, como se hizo en los informes precedentes, es mejor partir del texto de la Convención de Viena de 1986, que reproduce el de la Convención de Viena de 1969, aunque extendiéndolo a los tratados celebrados por las organizaciones internacionales.

Por su parte, el artículo 23, párr. 4, dispone:

El retiro de una reserva o de una objeción a una reserva habrá de formularse por escrito.

65. Tales disposiciones dan indicaciones precisas en cuanto a:

- a) La forma del retiro;
- b) El momento en el que puede producirse;
- c) La falta de aceptación por las demás partes; y
- d) El momento en el que surte efecto.

Por el contrario, nada dicen sobre:

- a) El procedimiento que debe seguirse, incluido el autor de la notificación del retiro; y
- b) El efecto del retiro.

66. Para simplificar, se estudiarán sucesivamente: a) la forma y el procedimiento del retiro, y b) sus efectos, haciendo referencia a los trabajos preparatorios de las disposiciones antes citadas.

a) Forma del retiro de las reservas

i) *Acto unilateral escrito – artículos 22, párr. 1, y 23, párr. 4, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986*

67. De lo dispuesto en el artículo 22, párr. 1, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986¹¹⁵ se desprende que el retiro de una reserva es un acto unilateral. De este modo, se pone fin a una controversia que mantuvo ocupada largo tiempo a la doctrina en relación con la naturaleza jurídica del retiro: ¿es una decisión unilateral o un acto convencional?¹¹⁶ Esta divergencia de opinión se manifestó tímidamente durante los trabajos preparatorios de dicha disposición.

68. Los Relatores Especiales sobre el derecho de los tratados se ocuparon poco y algo tardíamente de la cuestión del retiro de las reservas. Los Sres. Briery y Lauterpacht no dedicaron ningún proyecto de artículo a la cuestión del criterio de la admisibilidad de las reservas. A lo más, este último mencionó algunas propuestas hechas en abril de 1954 a la Comisión de Derechos Humanos sobre las reservas al «Pacto de derechos humanos», que contemplaban expresamente la posibilidad de retirar una reserva mediante una mera notificación al Secretario General de las Naciones Unidas¹¹⁷. Tal vez el Sr. Fitzmaurice pensaba en este precedente cuando, en su primer informe de 1956, propuso un proyecto de artículo 40, párr. 3, con la siguiente redacción:

¹¹⁵ Véase el párrafo 64 *supra*.

¹¹⁶ Sobre esta discusión doctrinal, véanse especialmente Imbert, *op. cit.*, pág. 288, y Horn, *op. cit.*, págs. 223 y 224, y las referencias allí citadas. Al Relator Especial le parece innecesario citar expresamente a los protagonistas de una discusión hoy superada.

¹¹⁷ Segundo informe sobre el derecho de los tratados, *Yearbook... 1954*, vol. II, pág. 132.

Toda reserva puede ser retirada en cualquier momento, aun después de admitida, previa notificación en debida forma. En este caso, el Estado que anteriormente hubiese hecho la reserva quedará automáticamente obligado a cumplir íntegramente la disposición del tratado a que se refiere la reserva y estará a su vez autorizado a exigir el cumplimiento de dicha disposición por las otras partes¹¹⁸.

69. Este proyecto no fue discutido por la Comisión pero, en su primer informe, el Sr. Waldock retomó la idea en un proyecto de artículo 17 (Poder para formular y retirar reservas), que establecía el principio del «derecho absoluto de un Estado a retirar una reserva unilateralmente, aun cuando la reserva haya sido aceptada por otros Estados»¹¹⁹. El proyecto de artículo 17, párr. 6, disponía:

El Estado que haya formulado una reserva está en libertad de retirarla unilateralmente, ya sea en todo o en parte, en cualquier momento, tanto si la reserva ha sido aceptada como si ha sido rechazada por los demás Estados interesados. El retiro de la reserva se efectuará mediante notificación escrita al depositario de los instrumentos relativos al tratado y, si no hubiere tal depositario, a todos los Estados que sean o tengan derecho a ser partes en el tratado¹²⁰.

70. Aunque esta propuesta no fue discutida en sesión plenaria, el Comité de Redacción introdujo importantes modificaciones que, si bien mantuvieron intacto su espíritu, afectaron tanto su redacción como su contenido, puesto que el nuevo proyecto de artículo 19, exclusivamente dedicado a la retirada de las reservas, ya no mencionaba el procedimiento de notificación del retiro sino que incluía un párrafo 2 dedicado a los efectos del retiro¹²¹. Este proyecto fue adoptado con la adición, a petición del Sr. Bartoš¹²², de una frase en la que se precisaba, en el primer párrafo, el momento en que surtía efecto el retiro¹²³. A tenor del artículo 22 del proyecto aprobado en primera lectura:

1. Las reservas podrán ser retiradas en cualquier momento sin que fuere necesario el consentimiento de los Estados que las hubieren aceptado. La retirada surtirá efecto cuando los demás Estados interesados recibieren la notificación de la retirada.

2. Una vez retirada la reserva, dejarán de aplicarse las disposiciones del artículo 21 de los presentes artículos¹²⁴.

71. El párrafo 1 del comentario al artículo 22 probablemente se hace eco de las discusiones que tuvieron lugar en el Comité de Redacción y se refiere precisamente al carácter unilateral del retiro. Allí se dice:

Se ha sostenido algunas veces que cuando un Estado acepta una reserva formulada por otro Estado, no se la puede retirar sin el consentimiento del que la aceptó porque la aceptación de la reserva establece entre los dos Estados un régimen que no puede modificarse sin el acuerdo de ambos. Sin embargo, la Comisión estima preferible la norma según la cual el Estado que formula la reserva puede, cuando lo

desea, modificar su actitud para conformarse con todas las disposiciones del tratado, tal como fue aprobado¹²⁵.

72. Sólo tres Estados formularon observaciones al proyecto de artículo 22¹²⁶, como consecuencia de lo cual fue modificado por el Relator Especial, que propuso¹²⁷:

a) Dar a la disposición el carácter de norma supletoria;

b) Precisar que corresponde al depositario, en caso de que exista, notificar el retiro;

c) Una moratoria parcial en cuanto a la fecha en que debe surtir efecto el retiro¹²⁸.

73. Con ocasión del examen de estas propuestas, dos miembros de la Comisión sostuvieron que, cuando un Estado acepta una reserva formulada por otro Estado, el resultado es un acuerdo entre ambas partes¹²⁹. Esta tesis apenas concita apoyo y la mayoría es partidaria de la idea, expresada por el Sr. Bartoš, de que «[n]ormalmente un tratado se celebra para aplicarlo íntegro, y las reservas son una excepción meramente tolerada»¹³⁰.

74. A raíz de esta discusión, el Comité de Redacción prácticamente retomó, con una formulación diferente, las dos ideas del artículo 22, párr. 1, del texto de 1962¹³¹. Este fue el texto finalmente adoptado¹³², que se convirtió en el proyecto final del artículo 20 (Retiro de reservas):

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que haya aceptado la reserva.

2. Salvo que el tratado disponga otra cosa o se haya convenido algo distinto, el retiro surtirá efecto únicamente cuando su notificación haya sido recibida por los demás Estados contratantes¹³³.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 210.

¹²⁶ Cuarto informe sobre el derecho de los tratados del Sr. Waldock, *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 58. Israel consideraba que la notificación debía hacerse por conducto del depositario mientras que a los Estados Unidos le complacía «la disposición de que la retirada de la reserva ‘surtirá efecto cuando los demás Estados interesados recibieren la notificación de la retirada’»; la observación del Reino Unido se refería a la fecha en la que debía surtir efecto el retiro; véanse los párrafos 116 y 157 *infra*; para el texto de las observaciones de estos tres Estados, véase *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 324 (Estados Unidos), 337 (Israel, párr. 14) y 383 (Reino Unido).

¹²⁷ Para el texto del proyecto propuesto por el Sr. Waldock, véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 59, párr. 5, o *ibid.*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 182, párr. 43.

¹²⁸ Sobre este último punto, véase el párrafo 157 *infra*.

¹²⁹ *Ibid.*, intervenciones de los Sres. Verdross y (menos claramente) Amado, pág. 182, párr. 49, y pág. 183, párr. 60, respectivamente.

¹³⁰ *Ibid.*, párr. 50.

¹³¹ Véase el párrafo 70 *supra*; para el primer texto adoptado por el Comité de redacción en 1965, véase *ibid.*, 814.ª sesión, pág. 283, párr. 22.

¹³² Véase *ibid.*, 816.ª sesión, pág. 296, párrs. 61 a 71, y *Anuario... 1966*, vol. I, Parte II, pág. 334, párr. 106.

¹³³ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229; redactado en los mismos términos, el texto correspondiente era el artículo 22 del proyecto de 1965 (*Anuario... 1965*, vol. II, pág. 173).

¹¹⁸ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 115. Comentando esta disposición, el Sr. Fitzmaurice se limitaba a estimar que no exigía explicación (*ibid.*, pág. 127, párr. 101).

¹¹⁹ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 76, párr. 12 *in fine* del comentario al proyecto de artículo 17.

¹²⁰ *Ibid.*, pág. 70.

¹²¹ *Ibid.*, vol. I, 664.ª sesión, pág. 251, párr. 67.

¹²² *Ibid.*, párrs. 68 a 71.

¹²³ *Ibid.*, 667.ª sesión, pág. 272, párrs. 73 a 75.

¹²⁴ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 210; el artículo 21 trataba de la «Aplicación de las reservas» (*ibid.*, pág. 209).

75. El comentario de esta disposición reproducía, con algo más de precisión, el de 1962¹³⁴. En particular, la Comisión opinaba que «debe presumirse que las partes en un tratado desean que el Estado que ha formulado una reserva la retire, a menos que se haya incluido en el tratado una limitación con respecto a la retirada de reservas»¹³⁵.

76. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, el texto de este proyecto de artículo (que se convirtió en el artículo 22 de la Convención) se reprodujo sin cambios en el artículo 20 de la Convención, aunque se propusieron algunas modificaciones de escasa entidad¹³⁶. No obstante, a propuesta de Hungría se adoptaron dos adiciones importantes:

a) En primer lugar, se decidió adaptar el procedimiento de retiro de objeciones a las reservas al de retiro de las propias reservas¹³⁷; y

b) En segundo lugar, se añadió un párrafo 4 al artículo 23 para precisar que el retiro de las reservas (y de las objeciones) debía hacerse por escrito.

77. Varios Estados hicieron propuestas en este sentido¹³⁸ para «poner esta disposición en consonancia con el artículo 18 [23 en el texto definitivo de la Convención de Viena de 1969], en el que se dice que la reserva, la aceptación expresa de una reserva y la objeción a una

reserva habrán de formularse por escrito»¹³⁹. Aunque el Sr. Yasseen (Iraq) consideró que se trataba de «una innecesaria condición suplementaria en un procedimiento que debe facilitarse en la medida de lo posible»¹⁴⁰, el principio fue adoptado por unanimidad, por 98 votos contra ninguno¹⁴¹. No obstante, finalmente pareció más lógico hacer esta precisión no en el propio artículo 20 sino en el artículo 23 dedicado al «Procedimiento relativo a las reservas» en general que, por la inclusión de este nuevo párrafo 4, fue situado al final de la sección¹⁴².

78. Partiendo del principio de que «no hay razón alguna para colocar a las organizaciones internacionales en una situación diferente de la de los Estados en materia de reservas», en su cuarto informe sobre la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales, el Relator Especial, Sr. Reuter, se limitó a presentar «proyectos de artículos que extienden a los acuerdos en que son partes las organizaciones internacionales las normas establecidas en los artículos 19 a 23 de la Convención de 1969» con el único matiz de «modificaciones de redacción menores»¹⁴³. Este fue el caso del artículo 22, en el que el Relator Especial se limitó a añadir la mención de las organizaciones internacionales, y del artículo 23, párr. 4, que reprodujo en términos idénticos¹⁴⁴. Tales propuestas fueron aceptadas sin modificaciones por la Comisión¹⁴⁵ y mantenidas en la segunda lectura¹⁴⁶. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales no introdujo en ellas ningún cambio sustantivo¹⁴⁷.

¹³⁴ Véase el párrafo 70 *supra*.

¹³⁵ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229, párr. 1 del comentario al artículo 20.

¹³⁶ Véanse la lista y el texto de estas enmiendas y subenmiendas en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Periodos de sesiones primero y segundo, Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969, Documentos de la Conferencia* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.5), Informe sobre la labor realizada por la Comisión Plenaria en el primer período de sesiones de la Conferencia, documento A/CONF.39/14, págs. 151 y 152, párrs. 205 a 211. En sus comentarios escritos, Bélgica había considerado que el consentimiento del Estado que ha aceptado la reserva se justifica en «el caso de las reservas no previstas en el tratado y que sólo pueden surtir efecto con el consentimiento expreso o tácito de los demás Estados firmantes» (Compilación analítica de los comentarios y observaciones hechos en 1965 y 1967 respecto del proyecto definitivo de artículos sobre el derecho de los tratados, A/CONF.39/5 (vol. I), pág. 179). No obstante, no parece que Bélgica haya retomado dicha sugerencia posteriormente.

¹³⁷ Para el texto de la enmienda de Hungría, véase A/CONF.39/L.18, reproducido en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Periodos de sesiones primero y segundo...* (nota 136 *supra*), Propuestas y enmiendas presentadas a la Conferencia en sesión plenaria, pág. 289; para su examen, véanse los debates de la 11.ª sesión plenaria de la Conferencia (30 de abril de 1969) en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo periodo de sesiones, Viena, 9 de abril-22 de mayo de 1969, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.70.V.6), págs. 38 a 40, párrs. 12 a 41.

¹³⁸ Véanse las enmiendas propuestas por Austria y Finlandia (A/CONF.39/C.1/L.4 y Add.1), los Estados Unidos (A/CONF.39/C.1/L.171) y Hungría (A/CONF.39/C.1/L.178 y A/CONF.39/L.17), reproducidas en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Periodos de sesiones primero y segundo...* (nota 136 *supra*), Propuestas y enmiendas presentadas a la Conferencia en sesión plenaria, págs. 151, 152 y 289.

¹³⁹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo periodo de sesiones...* (véase más arriba la nota 137 *in fine*), Actas resumidas de las sesiones plenarias, pág. 38, párr. 13, intervención de la Sra. Bokor-Szegó (Hungría).

¹⁴⁰ *Ibid.*, pág. 40, párr. 39.

¹⁴¹ *Ibid.*, párr. 41.

¹⁴² *Ibid.*, pág. 169, párrs. 10 a 13. Véase Ruda, «Reservations to treaties», pág. 194. Para una breve presentación general de los trabajos preparatorios relativos a los artículos 20 y 23, párr. 4, véase Migliorino, *loc. cit.*, págs. 319 y 320.

¹⁴³ *Anuario... 1975*, vol. II, págs. 38 y 39, respectivamente, párrs. 2 y 5 del comentario general a la sección 2.

¹⁴⁴ *Ibid.*, págs. 40 y 41, y quinto informe del Sr. Reuter, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 158 y 159.

¹⁴⁵ Véanse los debates de la Comisión de 1977 en *Anuario... 1977*, vol. I, 1434.ª sesión, págs. 106 y 107, párrs. 30 a 34; 1435.ª sesión, págs. 109 y 110, párrs. 1 y 2; 1451.ª sesión, pág. 208, párrs. 12 a 16, y el informe de la Comisión, *ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 115 y 116.

¹⁴⁶ Los Estados y las organizaciones internacionales no formularon ninguna observación sobre estas disposiciones. Véanse el décimo informe del Sr. Reuter, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 71, párr. 84; los debates de la Comisión, *ibid.*, vol. I, 1652.ª sesión, págs. 54 y 55, párrs. 27 a 29; 1692.ª sesión, pág. 267, párrs. 38 a 41; el informe de la Comisión, *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 146, y el informe final de 1982, *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 39.

¹⁴⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Viena, 18 de febrero a 21 de marzo de 1986*, vol. I, *Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.94.V.5, vol. I), quinta sesión plenaria, pág. 14, párrs. 62 y 63. Para el texto final, véase el párrafo 64 *supra*.

79. De los trabajos preparatorios de los artículos 22, párrs. 1 y 3, apdo. *a*, y 23, párr. 4, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se desprende que tales disposiciones no volvieron a ser discutidas. Incluso la cuestión del carácter meramente unilateral del acto del retiro, que hasta hace poco suscitaba grandes controversias en la doctrina¹⁴⁸, sólo dio lugar a escasos debates, tanto en el seno de la Comisión¹⁴⁹ como en las Conferencias de Viena¹⁵⁰. Parece ser que esta postura es la acertada: por definición, una reserva es un acto *unilateral*¹⁵¹ aun cuando los Estados o las organizaciones internacionales puedan alcanzar mediante acuerdos resultados comparables a los que producen las reservas¹⁵²; sin embargo, la elección de la reserva implica, justamente por contraste, el uso del unilateralismo. Por lo tanto, no es lógico exigir el acuerdo de las demás partes contratantes para deshacer lo que la expresión unilateral de la voluntad del Estado ha hecho.

80. Probablemente puede objetarse a lo que antecede que, conforme al artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, una reserva formulada por un Estado o una organización internacional y no prevista expresamente por el tratado sólo surtirá efecto en relación con las partes que la hayan aceptado, al menos implícitamente. Sin embargo, por un lado, tal aceptación no modifica la naturaleza de la reserva (hace que surta efecto pero se trata claramente de un acto unilateral distinto) y, por otro, y sobre todo, se trata de un razonamiento extremadamente formalista que no tiene en cuenta el interés en limitar el número y el alcance de las reservas en aras de la integridad del tratado. Como se ha señalado acertadamente¹⁵³, en principio los firmantes de un tratado multilateral esperan que sea aceptado en su integridad y existe al menos una presunción de que las reservas son un mal necesario que los demás contratantes lamentan. Tampoco es ocioso observar que, aunque el retiro de reservas a veces ha sido objeto de regulación¹⁵⁴, nunca ha sido prohibido por una disposición convencional¹⁵⁵.

81. Asimismo, en opinión del Relator Especial, el retiro unilateral de reservas nunca ha dado lugar a dificultades particulares y ninguno de los Estados o de las organizaciones internacionales que han respondido a los cuestionarios de la Comisión sobre las reservas¹⁵⁶ ha mencionado problemas a este respecto. Por lo demás, el reconocimiento de tal derecho de retiro es conforme a la letra o al espíritu de las cláusulas expresas de los tratados en materia de retiro de reservas que, o están redactadas en términos similares a los del artículo 22, párr. 1¹⁵⁷, o tratan

de fomentar el retiro animando a los Estados a retirarlas «tan pronto como las circunstancias lo permitan»¹⁵⁸. En el mismo sentido, las organizaciones internacionales y los órganos de control de los tratados sobre derechos humanos multiplican las recomendaciones de que los Estados retiren las reservas que hayan formulado al ratificarlos o adherirse a ellos¹⁵⁹.

82. Tales objetivos justifican igualmente que el retiro de una reserva pueda producirse «en cualquier momento»¹⁶⁰, lo que significa incluso antes de la entrada en vigor del tratado para el Estado que retira una reserva formulada anteriormente¹⁶¹, aunque el Relator Especial no tiene conocimiento de ningún caso de este tipo¹⁶².

el artículo 42, párr. 2, de la Convención sobre el estatuto de los refugiados; el artículo 12, párr. 2, de la Convención sobre la plataforma continental; el artículo 26, párr. 3, del Convenio europeo de establecimiento, y la cláusula tipo adoptada por el Consejo de Europa en 1962, que figura en los «Modelos de cláusulas finales» enunciadas en un memorando de la Secretaría elaborado por la Dirección de Asuntos Jurídicos (CM (77) 222 de 16 de noviembre de 1977, anex I).

¹⁴⁸ Convenio sobre concesión de la Patente Europea, art. 167, párr. 4; véanse también los otros ejemplos citados por Imbert, *op. cit.*, pág. 287, nota 20, o por Horn, *op. cit.*, pág. 437, nota 2.

¹⁴⁹ Para ejemplos recientes, véanse especialmente las siguientes resoluciones de la Asamblea General: la resolución 55/79, de 4 de diciembre de 2000, sobre los derechos del niño (sec. I, párr. 3); la resolución 54/157, de 17 de diciembre de 1999, sobre los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (párr. 7); las resoluciones 54/137, de 17 de diciembre de 1999 (párr. 5), y 55/70 de 4 de diciembre de 2000, relativas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (párr. 6); y la resolución 47/112, de 16 de diciembre de 1992, relativa a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 7). Véanse también la resolución 2000/26 de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 18 de agosto de 2000 (párr. 1), la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptada el 10 de diciembre de 1998 con ocasión del 50.º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, de forma más general (al no limitarse a los tratados sobre los derechos humanos), el párrafo 7 de la recomendación n.º 1223 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1.º de octubre de 1993.

¹⁵⁰ Ciertamente, uno de los momentos privilegiados para proceder al retiro de reservas es el de la sucesión de Estados ya que, en ese momento, el Estado que accede a la independencia puede expresar la intención de no mantener las reservas del Estado predecesor (véase el artículo 20, párr. 1, de la Convención de Viena de 1978). No obstante, conforme al plan general seguido para la redacción de la Guía de la práctica (véase el párrafo 18 *supra*), tal situación se analizará cuando se estudie de forma general la situación de las reservas en caso de sucesión de Estados.

¹⁵¹ Esta posibilidad se prevé expresamente en las cláusulas finales de la Convención sobre facilidades aduaneras para el turismo, de su Protocolo adicional relativo a la importación de documentos y de material de propaganda turística y de la Convención sobre formalidades aduaneras para la importación temporal de vehículos particulares de carretera (párr. 5); véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 111, párr. 2. En cambio, existen muchos ejemplos de casos en los que un Estado que había formulado una reserva en el momento de la firma renuncia a ella posteriormente de resultas de observaciones formuladas por otros firmantes o por el depositario (véanse los ejemplos citados por Horn, *op. cit.*, págs. 345 y 346); pero entonces no se trata de retiros propiamente dichos; véanse los párrafos 94 y 95 *infra*.

¹⁵² Por el contrario, pueden citarse algunos casos de reservas retiradas muy poco después de su formulación. Véase, por ejemplo, la respuesta de Estonia a la pregunta 1.6.2.1 del cuestionario de la Comisión: las restricciones a la aceptación de los anexos III a V del Convenio Internacional para la prevención de la contaminación por buques, 1973 (Convenio MARPOL), modificado por el Protocolo de 1978, al que se había adherido el 16 de diciembre de 1991, se levantaron el 18 de agosto de 1992, en cuanto consideró que estaba en

¹⁴⁸ Véase el párrafo 67 *supra*.

¹⁴⁹ Véase las notas 129 y 130 *supra*.

¹⁵⁰ Véanse las observaciones de Bélgica, nota 136 *supra*.

¹⁵¹ Véase artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y el proyecto de directriz 1.1 de la Guía de la práctica.

¹⁵² Véase el proyecto de directriz 1.7.1.

¹⁵³ Véase el párrafo 73 *supra*.

¹⁵⁴ Véase más adelante, especialmente los párrafos 147 y 163.

¹⁵⁵ Véase Migliorino, *loc. cit.*, pág. 319.

¹⁵⁶ Véanse las notas 25 y 26 *supra*. Véanse, en especial, las preguntas 1.6, 1.6.1, 1.6.2 y 1.6.2.1 relativas al retiro de las reservas, en el cuestionario dirigido a los Estados.

¹⁵⁷ Véanse los ejemplos que dan Imbert, *op. cit.*, pág. 287, y Horn, *op. cit.*, pág. 437, nota 1. Véanse también, como ejemplos,

83. Asimismo, no parece haberse impugnado el carácter consuetudinario que actualmente tienen las normas enunciadas en los artículos 22, párr. 1, y 23, párr. 4, de la Convención de Viena de 1986¹⁶³, y dicho carácter responde a la práctica generalmente seguida en la materia¹⁶⁴.

84. En tales circunstancias, no parece haber ninguna razón que impida reproducir en la Guía de la práctica las disposiciones de que se trata, con arreglo a la decisión de principio de la Comisión según la cual es necesario que existan razones decisivas para que la Guía de la práctica se aparte de las disposiciones relativas a las reservas de las Convenciones de Viena¹⁶⁵.

85. Así pues, el proyecto de directriz 2.5.1 (el primero que debería figurar en la sección 2.5 relativa al retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas) podría reproducir sin cambios el texto del artículo 22, párr. 1, de la Convención de Viena de 1986:

«2.5 Retiro y modificación de las reservas y las declaraciones interpretativas

2.5.1 Retiro de las reservas

Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado o de la organización internacional que la haya aceptado.»

86. Esta redacción no suscita ninguna crítica particular. A lo más, puede lamentarse la primera parte de la frase («Salvo que el tratado disponga otra cosa,»). Es evidente que la mayoría de las disposiciones de la Convención de Viena de 1986 y, en cualquier caso, todas las normas de procedimiento que contiene, tienen carácter supletorio y deben interpretarse «sin perjuicio de las disposiciones convencionales en contrario»; lo mismo puede decirse *a fortiori* en relación con la Guía de la práctica.

87. Esta precisión, que figuraba en el proyecto final de la Comisión, aunque no en el de 1962¹⁶⁶, fue introducida por el Relator Especial, Sr. Waldock, a raíz de las obser-

vaciones de los gobiernos¹⁶⁷ y confirmada por el Comité de Redacción en el 17.º período de sesiones, en 1965¹⁶⁸. Al remitirse a las cláusulas convencionales, parece justificar la introducción de cláusulas tipo en la Guía de la práctica. No obstante, no se trata tanto de una cuestión meramente de procedimiento como de un problema relacionado con los efectos del retiro; efectivamente, esta alusión a las disposiciones convencionales en contrario constituye un reflejo atenuado de las preocupaciones que habían expuesto algunos miembros de la Comisión y varios gobiernos en cuanto a las dificultades que podrían derivarse de un retiro repentino de las reservas¹⁶⁹. Más adelante, en la sección dedicada a los efectos del retiro, se presentan cláusulas tipo que tienen en cuenta esas preocupaciones¹⁷⁰.

88. Del mismo modo, nada parece oponerse a la inserción en la Guía de la práctica de un proyecto de directriz que reproduzca el artículo 23, párr. 4, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, redactado en términos idénticos.

89. Evidentemente el Sr. Yasseen estaba en lo cierto cuando en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados insistió en que el procedimiento de retiro «debe facilitarse en la medida de lo posible»¹⁷¹. Pero no conviene exagerar la carga que se deriva de exigir un escrito al Estado que lleva a cabo el retiro. Además, aunque la regla del paralelismo de las formas no es un principio absoluto en derecho internacional¹⁷², sería incongruente que una reserva, para la que es indudable que se exige la forma escrita¹⁷³, pueda ser revocada por una mera declaración oral. Ello acarrearía graves incertidumbres para las demás partes contratantes, que habrían recibido el texto escrito de la reserva, pero que no estarían necesariamente al corriente de su retiro¹⁷⁴.

90. Por lo tanto, no existe inconveniente alguno para que el proyecto de directriz 2.5.2 reproduzca el texto del artículo 23, párr. 4, común a las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, al menos en lo que respecta al retiro de las reservas, ya que, según el plan adoptado por la presente parte de la Guía de la práctica, las objeciones a las reservas serán tratadas en una sección distinta.

«2.5.2 Forma del retiro

El retiro de una reserva habrá de formularse por escrito.»

condiciones de cumplir los requisitos previstos en tales instrumentos; por su parte, el Reino Unido manifiesta haber retirado, con efectos retroactivos desde la fecha de la ratificación y tres meses después de haberla formulado, una reserva al Convenio constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo. Véase asimismo Migliorino, *loc. cit.*, pág. 322; no obstante, en los ejemplos citados transcurren varios años entre la formulación y el retiro de la reserva.

¹⁶³ Véase Migliorino, *loc. cit.*, págs. 320 y 321, y Szafarz, «Reservations to multilateral treaties», pág. 313.

¹⁶⁴ Véase *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, ST/LEG/7/Rev.1 (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.94.V.15), pág. 64, párr. 216. Los pocos Estados que han dado indicaciones a este respecto en sus respuestas al cuestionario sobre las reservas (pregunta 1.6.2.1) indican que los retiros de reservas que han efectuado han sido consecuencia de una modificación de su derecho interno (Colombia, Dinamarca, Estados Unidos, Israel, Reino Unido, Suecia y Suiza) o de una reconsideración de sus intereses (Israel). Sobre los motivos del retiro, véase Flauss, «Note sur le retrait par la France des réserves aux traités internationaux», págs. 860 y 861.

¹⁶⁵ Véanse los párrafos 16, 31 y 32 *supra*.

¹⁶⁶ Véanse los párrafos 70 y 74 *supra*.

¹⁶⁷ Cuarto informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1965*, vol. II, págs. 58 y 59; véase también *ibid.*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 182, párr. 45.

¹⁶⁸ *Ibid.*, 814.ª sesión, pág. 283, párr. 22.

¹⁶⁹ Véase el párrafo 157 *infra*.

¹⁷⁰ Véanse los párrafos 164 y 166 *infra*.

¹⁷¹ Véase el párrafo 77 *supra*.

¹⁷² Véase el párrafo 119 *infra*.

¹⁷³ Véase el proyecto de directriz 2.1.2 propuesto por el Relator Especial y las justificaciones dadas en el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 40 a 52.

¹⁷⁴ En este sentido, Ruda, *loc. cit.*, págs. 195 y 196.

ii) *La cuestión de los retiros implícitos*

91. No obstante, cabe preguntarse si el retiro de una reserva no puede ser implícito y producirse como resultado de circunstancias que no sean el retiro formal.

92. Ciertamente, como señala Ruda, «no se puede presumir el retiro de una reserva»¹⁷⁵. No obstante, se plantea la cuestión de saber si ciertos actos o comportamientos de un Estado o de una organización internacional no deberían asimilarse al retiro de una reserva.

93. Es cierto que, por ejemplo, la celebración entre las mismas partes de un tratado posterior que incluya disposiciones idénticas a otras entre las que hubiera una reserva que no figurase en el segundo tratado tiene, en la práctica, el mismo efecto que el retiro de la reserva inicial¹⁷⁶. Simplemente se trata de un instrumento diferente y la obligación del Estado que haya hecho una reserva al primer tratado se derivará del segundo y no del primero; en el caso de que, por ejemplo, un tercer Estado que no fuera parte en el segundo tratado se adhiera al primero, la reserva produciría pleno efecto en las relaciones de este Estado con el autor de la reserva.

94. De igual modo, la no confirmación de una reserva hecha a la firma, en el momento en que se manifieste el consentimiento definitivo del Estado a obligarse por el tratado¹⁷⁷, no se consideraría retiro de la reserva: ciertamente ha sido «formulada» pero, al no haber confirmación formal, no se ha «hecho» o «concretado»¹⁷⁸. Su autor simplemente renunció a ella una vez transcurrido el tiempo de reflexión entre el momento de la firma y el de la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación.

95. Imbert se opone a este razonamiento argumentando, en esencia, que la reserva existe antes incluso de ser confirmada y que hay que tenerla en cuenta para apreciar el alcance de las obligaciones que competen al Estado o a la organización internacional signatarios en virtud del artículo 18 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986; y, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23, párr. 3, «[l]a aceptación expresa de una reserva o la objeción hecha a una reserva antes de la confirmación de la misma, no tendrán que ser a su vez confirmadas»¹⁷⁹. Este autor tampoco admite que,

[c]uando no se haya renovado [confirmado] una reserva, de manera expresa o no, se produzca cambio alguno, ni para el Estado autor de la reserva, ni en las relaciones de éste con las otras partes, puesto que hasta ese momento el Estado no estaba obligado por el tratado. Por el

¹⁷⁵ *Ibid.*, pág. 196.

¹⁷⁶ A favor de esta interpretación: Flauss, «Note sur le retrait...», págs. 857 y 858; en contra, Flauss (*ibid.*, pág. 858, nota 8) cita a Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, págs. 34 y 35.

¹⁷⁷ Véase el artículo 23, párr. 2, de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986, y el proyecto de directriz 2.2.1 y su comentario en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss.

¹⁷⁸ No obstante, a veces, a la no confirmación se la denomina (erróneamente) «retiro»; véase Naciones Unidas, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - État au 31 décembre 2001* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: F.02.V.4), vol. I, pág. 404, nota 19, en relación con la no confirmación por el Gobierno de Indonesia de reservas formuladas a la firma de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

¹⁷⁹ Imbert, *op. cit.*, pág. 286.

contrario, si el retiro se realiza tras ser depositado el documento de ratificación o adhesión, las obligaciones del Estado que formula la reserva aumentan en la medida que establezca la reserva y dicho Estado podrá quedar obligado por primera vez por el tratado con las partes que hubieran presentado objeciones a su reserva. Por tanto, ese retiro modifica la aplicación del tratado mientras que la no confirmación, desde este punto de vista, no influye para nada¹⁸⁰.

Los efectos de la no confirmación y del retiro son por tanto demasiado diferentes para que puedan equipararse ambas instituciones.

96. Asimismo, parece imposible considerar el retiro de una reserva que ya haya expirado.

97. De hecho, se da el caso de que una cláusula de un tratado limite la duración de la validez de las reservas. Un ejemplo es el artículo 12 del Convenio sobre la unificación de ciertos aspectos del régimen legal de las patentes de invención, que prevé la posibilidad de reservas no renovables por períodos de cinco o diez años como máximo a ciertas de sus disposiciones, y un anexo del Convenio europeo sobre responsabilidad civil por daños causados por vehículos automóviles, que confiere a Bélgica la facultad de formular una reserva («negociada»)¹⁸¹ en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio¹⁸². Otros convenios del Consejo de Europa sólo autorizan reservas temporales, si bien renovables, como es el caso del Convenio europeo sobre la adopción de niños (art. 25), y del Convenio sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio (art. 14):

Las reservas tendrán una validez de cinco años a partir de la entrada en vigor del presente Convenio respecto de la parte de que se trate y podrán renovarse por períodos sucesivos de cinco años mediante el envío, antes de la expiración del plazo, de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

Toda parte contratante podrá retirar, en todo o en parte, una reserva formulada por ella en virtud del párrafo precedente mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que surtirá efecto en la fecha de su recepción¹⁸³.

98. Esta última disposición establece muy claramente la diferencia entre el *retiro* de la reserva, al que hace referencia el segundo párrafo, y su *expiración* en caso de no renovación, objeto del primer párrafo. En realidad, mientras que el retiro es un acto jurídico unilateral en el que se expresa la voluntad de su autor, la expiración es consecuencia de un hecho jurídico: el transcurso del tiempo hasta el plazo fijado.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 164 a 170.

¹⁸² Véanse también los ejemplos que dan Sia Spiliopoulou, «Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe», págs. 499 y 500, e Imbert, *op. cit.*, págs. 287 y 288, nota 21, y el artículo 124 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en que se limita a siete años el plazo para rechazar la competencia de la Corte en materia de crímenes de guerra.

¹⁸³ La aplicación de estas disposiciones ocasionó grandes dificultades debido a la insistencia de algunos Estados que no habían renovado sus reservas en el plazo establecido; finalmente, se aplicó el procedimiento correspondiente a las reservas formuladas tardíamente (véase el proyecto de directriz 2.3.1) sin que hubiera oposición; véase Polakiewicz, *Treaty-making in the Council of Europe*, págs. 101 y 102. Para evitar estos problemas, en el artículo 38, párr. 2, del Convenio de derecho penal sobre la corrupción se estipula que la no renovación conlleva la desaparición de la reserva.

99. Así sucede también cuando la misma reserva prevé un plazo de vigencia, como a veces ocurre. De este modo, en su respuesta al cuestionario sobre las reservas¹⁸⁴, Estonia señala que ha limitado a un año su reserva al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Convenio europeo de derechos humanos) porque «el plazo de un año se considera suficiente para enmendar las leyes correspondientes»¹⁸⁵. En ese caso, la reserva deja de estar en vigor no por su retiro sino por las condiciones de validez establecidas en la misma reserva.

100. Más delicada es la cuestión de las denominadas «reservas olvidadas»¹⁸⁶. Esto ocurre, en concreto, cuando la reserva está vinculada a una disposición de derecho interno que posteriormente se modifica por un nuevo texto que la deroga. Flauss, que da varios ejemplos relacionados con Francia¹⁸⁷, considera, sin duda con razón pese a que es imposible realizar una evaluación, que el número de reservas «olvidadas» no puede considerarse insignificante¹⁸⁸.

101. Las situaciones de este tipo, que se producen sin duda, en general, por la negligencia de las autoridades competentes o por falta de suficiente coordinación entre los servicios correspondientes, no deja de plantear inconvenientes. Incluso puede ocasionar un verdadero embrollo jurídico, en particular en los Estados con un sistema jurídico monista¹⁸⁹: los jueces deben aplicar los tratados (salvo las reservas) debidamente ratificados, que tienen prioridad en general sobre las leyes internas, incluso las posteriores¹⁹⁰; puede llegarse así a la paradoja de que, en un Estado que haya coordinado su derecho interno con un tratado, sea no obstante este tratado en la forma ratificada (por tanto con los recortes de la disposición o las disposiciones que hayan sido objeto de reserva) el que prevalezca si la reserva no se ha retirado formalmente. Además, puesto que las leyes internas son «simples hechos» desde el punto de vista del derecho internacional¹⁹¹, ya se considere el Estado en cuestión monista o dualista, la reserva que no ha sido retirada, que tiene carácter internacional, seguirá, en principio, produciendo todos sus efectos y su autor podrá hacerla valer respecto de otras partes, si bien una actitud de este tipo podría ser dudosa desde el punto de vista del princi-

pio de la buena fe¹⁹², cuyo alcance es, no obstante, siempre incierto.

102. En estas condiciones, la cuestión que se plantea es saber si sería conveniente incluir, en la Guía de la práctica, un proyecto de directriz con el fin de alentar a los Estados a retirar las reservas que sean obsoletas o superfluas.

103. El Relator Especial debe confesar su incomodidad a este respecto. Una disposición de este tipo no debería figurar, sin duda, en un proyecto de convención puesto que no podría tener más que un débil valor normativo. Pero la finalidad de la Guía de la práctica no es ser una convención, sino, más bien, un «código de prácticas recomendadas»¹⁹³ y no parece superfluo señalar a la atención de los usuarios los inconvenientes a que dan lugar las «reservas olvidadas» y el interés de retirarlas. A este fin, podría adoptarse el proyecto de directriz siguiente:

«2.5.3 Reexamen periódico de la utilidad de las reservas

1. Los Estados o las organizaciones internacionales que hayan formulado una o varias reservas a un tratado deberían llevar a cabo un examen periódico de éstas y tomar las disposiciones oportunas para el retiro de las reservas que ya no respondan a la finalidad para la que se formularon.

2. Al llevar a cabo este examen, los Estados y las organizaciones internacionales deberán prestar especial atención al objetivo de la integridad de los tratados multilaterales y, en su caso, plantearse de manera especial la utilidad de las reservas en relación con su derecho interno y con la evolución de éste desde la formulación de dichas reservas.»

104. Aparte del interés práctico evidente que ofrece una disposición de este tipo en lo que respecta a las «reservas olvidadas», dicha disposición permitirá responder a los deseos cada vez más insistentes de los órganos encargados de la aplicación y el control de la aplicación de los tratados, en particular, aunque no únicamente, en materia de derechos humanos¹⁹⁴.

105. Ni que decir tiene que se trataría simplemente de una recomendación, razón por la que el texto se redacta en modo condicional, y que los Estados tendrían absoluta libertad para llevar a cabo o no el retiro de las reservas examinadas.

106. Un último problema, al menos tan delicado como el anterior, se plantea cuando un órgano, jurisdiccional o no, encargado de controlar la aplicación de un tratado, cuestiona la admisibilidad de una reserva.

107. El presente informe no es el lugar adecuado para reexaminar la controvertida cuestión de las reservas a los

¹⁸⁴ Respuestas a las preguntas 1.6 y 1.6.1.

¹⁸⁵ Polakiewicz, *op. cit.*, págs. 102 a 104, ofrece numerosos ejemplos similares. También puede darse el caso de que un Estado, en el momento de formular una reserva, indique que la retirará lo antes posible (véase la reserva de Malta a los artículos 13, 15 y 16 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, *Traités multilatéraux...* (nota 175 *supra*), pág. 240; véase también la reserva de Barbados al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *ibid.*, pág. 167).

¹⁸⁶ Flauss, «Note sur le retrait...», pág. 861, y Horn, *op. cit.*, pág. 223.

¹⁸⁷ Flauss, «Note sur le retrait...», págs. 861 y 862.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pág. 861.

¹⁸⁹ El problema es menos grave en los Estados de carácter dualista: los tratados internacionales no son aplicables por sí mismos, si bien, en todos los casos, los jueces nacionales aplican la legislación interna más reciente.

¹⁹⁰ Véase el artículo 55 de la Constitución de 1958 de Francia y las numerosas disposiciones constitucionales de los países africanos francófonos que lo reproducen o se inspiran en él.

¹⁹¹ Véase *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fondo, fallo n.º 7, 1926, C.P.J.I. *serie A n.º 7*, pág. 19.

¹⁹² A este respecto, véase Flauss, «Note sur le retrait...», págs. 862 y 863.

¹⁹³ Respecto de esta expresión, véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 51.

¹⁹⁴ Véase el párrafo 81 y la nota 159 *supra*.

tratados normativos y, más especialmente, a los tratados de derechos humanos¹⁹⁵. No obstante, parece difícil dejar de mencionar totalmente la cuestión de determinar si una reserva que ha sido declarada inadmisibles es «retirada» de oficio por el simple hecho de constatar este hecho o si debe o puede ser retirada por el autor de la reserva.

108. Los datos sobre esta cuestión se expusieron de manera relativamente precisa en el segundo informe sobre las reservas a los tratados¹⁹⁶. Baste recordar las características fundamentales:

a) Los órganos de derechos humanos reconocen su derecho (e incluso su obligación) de pronunciarse respecto de la admisibilidad de las reservas formuladas en relación con los tratados cuya aplicación están encargados de verificar; y

b) En general, se consideran con derecho a adoptar ellos mismos medidas tras la verificación y a no tener en cuenta una reserva cuya inadmisibilidad hayan constatado.

109. Por su parte, en sus Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos, aprobadas en 1997¹⁹⁷, la Comisión se manifestó conforme con la primera de las propuestas¹⁹⁸, pero consideró que:

en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbirá al Estado que la formule adoptar medidas. Estas medidas podrán consistir, por ejemplo, en que el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad, retire su reserva o renuncie a ser Parte en el tratado¹⁹⁹.

110. En la esperanza de que esta propuesta no lleve a la Comisión a reiniciar nuevamente el debate que la llevó a adoptar esta postura, el Relator Especial estima que no sería lógico no incluir sus consecuencias en un proyecto de directriz sobre el retiro de las reservas. En efecto, en su opinión, de ello se desprende necesariamente que:

a) La constatación de la inadmisibilidad de una reserva no se entenderá como una derogación ni como un retiro de ésta;

b) El Estado (o la organización internacional) que haya formulado la reserva no podrá hacer caso omiso de esa constatación y le incumbirá tomar las disposiciones correspondientes;

c) El autor de la reserva deberá hacer desaparecer las causas de la inadmisibilidad constatada;

d) Uno de los medios, el más radical pero el más satisfactorio, consistirá evidentemente en retirar la reserva o las reservas cuestionadas²⁰⁰.

111. Esta ha sido la actitud de Suiza tras la sentencia *Belilos*, en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que cabía calificar de «no válida» la declaración objeto del litigio (que podía considerarse de hecho una reserva)²⁰¹. Suiza, con ciertos recelos, retiró la declaración, al menos de forma parcial²⁰².

112. No obstante, cabe preguntarse si es conveniente dedicar un proyecto de directriz a la sola hipótesis en que la solicitud sea constatada por un órgano de control o de supervisión de la aplicación del tratado al que se refiere la reserva. Después de todo, en todos los casos en que la reserva sea inadmisibles se impone una regularización, incluso cuando el Estado o la organización internacional autores de la reserva constaten por sí mismos su inadmisibilidad, de manera espontánea o tras las objeciones presentadas por otras partes.

113. No obstante, después de reflexionar sobre la cuestión, parece preferible limitarse al caso en que la inadmisibilidad sea constatada por un órgano establecido por el tratado o por un órgano encargado de la solución de controversias. Sería prematuro que la Comisión se pronunciara sobre las consecuencias puramente procesales de una reserva inadmisibles, al margen de la cuestión más general de los efectos (o de la ausencia de efectos) de una reserva de ese tipo. Por el contrario, parece legítimo regular en la parte de la Guía de la práctica relativa al retiro de las reservas la cuestión del tipo de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control a fin de establecer, por una parte, que la simple constatación de la inadmisibilidad por un órgano de ese tipo no puede entenderse como el retiro de la reserva y, por otra, que el retiro de la reserva por el Estado o la organización internacional que la haya formulado es una de las soluciones, sin duda la más satisfactoria, que puede darse al problema.

114. Así pues, el proyecto de directriz 2.5.4 podría ser:

«2.5.4 Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de control de la aplicación de un tratado

1. La constatación de la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de control de la aplicación del tratado al que se refiera la reserva no constituirá retiro de esta reserva.

2. Tras dicha constatación, el Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva deberán tomar las disposiciones que correspondan. El retiro de la reserva constituye uno de los medios de que disponen el

¹⁹⁵ Véase el párrafo 21 *supra*.

¹⁹⁶ *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 39; véanse en particular, págs. 71 y ss., párrs. 164 a 252.

¹⁹⁷ Véase *Anuario ... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 57 y 58; véanse también los párrafos 19 y 20 *supra*.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pág. 57, párr. 5 (una vez más la Comisión se limita a reconocer la competencia de sus órganos para formular observaciones y recomendaciones sobre esta cuestión).

¹⁹⁹ *Ibid.*, pág. 58, párr. 10.

²⁰⁰ Respecto de los problemas que plantea la modificación de las reservas, véase más adelante la sección B.

²⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos*, sentencia de 29 de abril de 1988, *serie A n.º 132*, párr. 60.

²⁰² Véase más adelante la subsección b). Sobre esta cuestión, véase Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1», pág. 298.

Estado o la organización internacional para cumplir con las obligaciones que le corresponden»²⁰³.

b) *Las lagunas de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 – El procedimiento de retiro de las reservas*

i) *El silencio de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 respecto del procedimiento de retiro*

115. Las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, escuetas en lo que respecta al procedimiento de formulación de reservas²⁰⁴, guardan absoluto silencio acerca del procedimiento en materia de retiro. No obstante, la cuestión no había escapado completamente a algunos relatores especiales sobre el derecho de los tratados de la Comisión. Así, en 1956, el Sr. Fitzmaurice había propuesto prever que el retiro fuera objeto de una «notificación formal»²⁰⁵, pero sin precisar ni el autor, ni el destinatario o los destinatarios, ni las modalidades de esta notificación. Más tarde, en su primer informe sobre el derecho de los tratados, en 1962, el Sr. Waldock fue más preciso en el proyecto del artículo 17, párr. 6:

El retiro de la reserva se efectuará mediante notificación escrita al depositario de los instrumentos relativos al tratado y, si no hubiere tal depositario, a todos los Estados que sean o tengan derecho a ser partes en el tratado²⁰⁶.

El Sr. Waldock no añade ningún comentario en esta parte de su proyecto²⁰⁷.

116. Aunque esta disposición no se examinó en sesión plenaria, el Comité de Redacción la eliminó pura y simplemente²⁰⁸ y la Comisión no volvió a incluirla. No obstante, cuando se examinó brevemente el proyecto del Comité de Redacción, el Sr. Waldock dijo que «la notificación de la retirada de una reserva se efectuará normalmente por conducto de un depositario»²⁰⁹. Esta postura contó con la aprobación de Israel, el único Estado que formuló observaciones a este respecto sobre el proyecto aprobado en primera lectura²¹⁰, y el Relator Especial propuso una enmienda al proyecto en este sentido; en lo que respecta a esta cuestión, el retiro «surtirá efecto cuando los demás Estados interesados recibieren del depositario [...] la notificación»²¹¹.

117. Durante el examen de la Comisión, el Sr. Waldock consideró que la omisión de la referencia al depositario en la primera lectura solamente había «obedecido a inadvertencia»²¹² y, en un principio, no hubo oposición

²⁰³ En opinión del Relator Especial la justificación detallada de este proyecto de directriz viene dado por las conclusiones alcanzadas en su segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), pág. 39; véanse en particular págs. 76 y ss., párrs. 194 a 210 y 216 a 252.

²⁰⁴ Véase el párrafo 120 *infra*.

²⁰⁵ Véase el párrafo 68 *supra*.

²⁰⁶ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 70; véase también el párrafo 69 *supra*.

²⁰⁷ Véase *ibid.*, pág. 76.

²⁰⁸ Véase el párrafo 70 *supra*.

²⁰⁹ *Ibid.*, vol. I, 664.ª sesión, pág. 251, párr. 71.

²¹⁰ *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 58; véase también la nota 123 *supra*.

²¹¹ *Ibid.*, pág. 59, párr. 5. Véase el párrafo 72 *supra*.

²¹² *Ibid.*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 182, párr. 45.

a su propuesta de subsanar dicha omisión. No obstante, el Sr. Rosenne consideró que «no es tan claro como parece»²¹³ y propuso que se aprobara un texto común al conjunto de notificaciones efectuadas por los depositarios²¹⁴. El Comité de Redacción no aceptó inmediatamente esta idea, y ésta es sin duda la razón de que en el proyecto presentado por el Comité se omitiera nuevamente la referencia al depositario²¹⁵, que no aparece más en el proyecto final de la Comisión²¹⁶ ni en el texto de la Convención²¹⁷.

118. En la Guía de la práctica debe compensarse el silencio de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 acerca del procedimiento de retiro de las reservas. Para ello, se puede tratar de transponer las normas relativas a la formulación de las reservas, lo que no es tan fácil.

119. Por una parte, no es obvio que la regla del paralelismo de forma sea aplicable en derecho internacional. En los comentarios de 1966 al artículo 51 del proyecto sobre el derecho de los tratados relativo a la finalidad del tratado o a su retirada por consentimiento de las partes, la Comisión estimó «que esa teoría refleja la práctica constitucional de determinados Estados y no una norma de derecho internacional, porque opina que el derecho internacional no acepta la teoría de los actos contrarios»²¹⁸. No obstante, como señaló Reuter:

la Comisión se opone en realidad únicamente a una concepción formalista de los acuerdos internacionales, con arreglo a la cual lo establecido por un acto consensual se puede deshacer con otro acto consensual, aunque éste tenga una forma diferente al primero. Ello supone en realidad admitir una concepción no formalista de la teoría del *acto contrario*²¹⁹.

Esta postura matizada puede y debe encontrar aplicación, sin duda, en materia de reservas: no es estrictamente indispensable que el procedimiento seguido para retirar una reserva sea idéntico al que se siguió para su formulación (tanto más cuanto que el retiro es en general bien recibido); no obstante, conviene que el retiro deje claro a todas las partes contratantes la voluntad del Estado o de la organización internacional que renuncia, mediante él, a su reserva. Por tanto, parece razonable partir de la idea de que el procedimiento de retiro debe inspirarse en el de la formulación de la reserva, añadiendo, si procediera, las modificaciones y la flexibilidad convenientes.

²¹³ *Ibid.*, pág. 184, párr. 65.

²¹⁴ Véase *ibid.*, 803.ª sesión, págs. 205 a 207, párrs. 30 a 56; para el texto de la propuesta, véase *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 77.

²¹⁵ Véase *ibid.*, 814.ª sesión, pág. 283, párr. 22; y las observaciones de los Sres. Rosenne y Waldock, *ibid.*, pág. 284, párrs. 26 a 28.

²¹⁶ Art. 20, párr. 2; véase el texto de esta disposición en el párrafo 74 *supra*.

²¹⁷ Véanse las disposiciones relativas al retiro de las reservas (arts. 22 y 23 de la Convención de Viena de 1986).

²¹⁸ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 273, párr. 3 del comentario al artículo 51; véase también el comentario al artículo 35, *ibid.*, pág. 254.

²¹⁹ *Introduction au droit des traités*, pág. 141; véase también Sinclair, *The Vienna Conference on the Law of Treaties*, pág. 183. Para una postura flexible respecto de la denuncia de un tratado, véase el caso *Incident aérien du 10 août 1999* (Pakistán c. India), competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 2000*, pág. 25, párr. 28; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 150.

120. Por otra parte, es necesario dejar constancia de que las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 contienen pocas normas sobre el procedimiento de formulación de reservas, a excepción de lo dispuesto en el artículo 23, párr. 1, que se limita a indicar que habrán de «comunicarse a los Estados contratantes [y a las organizaciones contratantes] y a los demás Estados [y organizaciones internacionales] facultados para llegar a ser partes en el tratado»²²⁰.

121. A falta de una disposición convencional que se refiera directamente al procedimiento de retiro de las reservas y habida cuenta de las lagunas existentes en las relativas al procedimiento de formulación de las reservas, conviene remitirse a los proyectos de directrices previstos al respecto en el sexto informe sobre las reservas a los tratados, examinarlos a la luz de la práctica y de los (escasos) debates doctrinales, y plantearse la posibilidad y la oportunidad de transponerlos al retiro de las reservas. Este será el método que el Relator Especial seguirá en lo que respecta a:

- a) La competencia para retirar una reserva; y
- b) La comunicación del retiro²²¹.

ii) *Competencia para retirar una reserva*

122. El Relator Especial propuso dos proyectos alternativos para la directriz 2.1.3 (Competencia para formular una reserva en el plano internacional). Estos proyectos, que se inspiran en el artículo 7 (Plenos poderes) de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, se remitieron al Comité de Redacción pero aún no han sido examinados por éste²²². El texto de los proyectos²²³ es el siguiente:

«2.1.3 *Competencia para formular una reserva en el plano internacional*

A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, toda persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la aprobación o autenticación del texto de un tratado o de la manifestación del consentimiento de un Estado o de

²²⁰ El Relator Especial propuso volver a incluir el texto en el primer párrafo del proyecto de directriz 2.1.5, y recoger en el segundo párrafo el procedimiento a seguir cuando la reserva se refiera al acto constitutivo de una organización internacional; véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 113 y 133.

²²¹ Cuando se trata de la formulación de las reservas, estos problemas se abordan en los proyectos de directriz 2.1.3, 2.1.3 *bis*, y 2.1.4, por una parte, y 2.1.5 a 2.1.7, por otra, que propone el Relator Especial en su sexto informe sobre las reservas a los tratados. No parece necesario plantearse la posibilidad de transponer el proyecto de directriz 2.1.7 *bis* (Casos de reservas manifiestamente inadmisibles) (párr. 46 *supra*). La cuestión de la fecha en que se considerarán efectuadas las comunicaciones relativas al retiro de las reservas (por ejemplo, el proyecto de directriz 2.1.8 (Fecha en que se considerarán efectuadas las comunicaciones relativas a las reservas)), se examina más abajo, dentro del marco general del examen del efecto del retiro.

²²² Véase el párrafo 38 *supra*.

²²³ Para la presentación de las dos versiones alternativas de este proyecto, véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 53 a 71.

una organización internacional en obligarse por un tratado tendrá competencia para formular una reserva en nombre de ese Estado o de esa organización internacional.]

2.1.3 *Competencia para formular una reserva en el plano internacional*

1. A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona tendrá competencia para formular una reserva en nombre de un Estado o de una organización internacional:

a) Si dicha persona dispone de plenos poderes adecuados a los efectos de la adopción o autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o de la manifestación del consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

b) Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar a esa persona competente a esos efectos sin la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, tendrán competencia para formular una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

a) Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;

b) Los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en dicha conferencia;

c) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;

[d) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado concertado entre los Estados acreditantes y esa organización.]]»

123. Cualquiera que sea la versión que se mantenga²²⁴, no parece haber razón alguna para oponerse a la transposición de estas normas al retiro de las reservas. Los motivos que justifican las normas relativas a la formulación de las reservas²²⁵ son aplicables también al retiro: la reserva modificó las obligaciones respectivas de su autor y de las demás partes contratantes; por ello su retiro debe proceder de las mismas personas u órganos competentes para obligar internacionalmente al Estado o a la organización internacional; lo mismo es aplicable, con mayor motivo, a su retiro, que perfecciona la obligación del Estado autor de la reserva.

²²⁴ Respecto de las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas, véase *ibid.*, párr. 68.

²²⁵ *Ibid.*, párr. 56.

124. Esta fue la firme posición mantenida por la Secretaría de las Naciones Unidas en una carta de fecha 11 de julio de 1974 dirigida al Asesor Jurídico de la Misión Permanente de un Estado Miembro que preguntaba «la forma en que debían hacerse las notificaciones de retiro»²²⁶ de ciertas reservas a la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y a la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios²²⁷. Tras constatar el silencio de la Convención de Viena de 1969 sobre este punto y recordar la definición de plenos poderes que figura en el artículo 2, párr. 1, apdo. c, de la Convención, el autor de la carta añade:

Evidentemente, el retiro de una reserva constituye un acto importante en relación con los tratados y respecto del cual debería sopesarse sin duda alguna la necesidad de la exhibición de plenos poderes. Parecería lógico aplicar a una notificación de retiro de reservas las mismas normas que a la formulación de reservas, toda vez que el retiro de éstas entraña tanto cambio en la aplicación del tratado de que se trate como las reservas originales.

Y concluye:

En consecuencia, nuestra opinión es que el retiro de reservas debería *en principio* notificarse al Secretario General, bien por el Jefe de Estado o de Gobierno o por el Ministro de Relaciones Exteriores, o por un funcionario autorizado por una de dichas autoridades. Aun cuando un procedimiento de tan alto nivel pueda resultar hasta cierto punto engorroso, la salvaguardia fundamental que proporciona a todos los interesados con respecto a la validez de la notificación compensa sobradamente la incomodidad resultante²²⁸.

125. Si bien se trata de una conclusión firme, la expresión «en principio», que figura en cursiva en el texto del dictamen jurídico de la Secretaría, pone de manifiesto cierta inquietud, que se explica, como reconoce el autor de la carta, por el hecho de que:

en diversas ocasiones, en la práctica seguida por el Secretario General cuando actúa como depositario y con miras a una aplicación más amplia de los tratados, se ha seguido la tendencia de recibir en depósito retiros de reservas hechos en forma de notas verbales o cartas procedentes de representantes permanentes ante las Naciones Unidas. Se estimó que un representante permanente debidamente acreditado ante las Naciones Unidas que actúa siguiendo instrucciones de su gobierno, en virtud de sus funciones y sin necesidad de exhibir plenos poderes, había sido autorizado para hacerlo²²⁹.

126. Esta cuestión plantea un problema que el Relator Especial ya ha puesto de manifiesto respecto de la for-

²²⁶ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1974* (n.º de venta: S.76.V.1), pág. 215

²²⁷ «Se entiende por “plenos poderes” un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado [...] o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.»

²²⁸ Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1974*, pág. 215. En un memorando de la Secretaría de 1.º de julio de 1976 se confirma esta conclusión: «Una reserva debe formularse por escrito (párrafo 1 del artículo 23 de la Convención [de Viena de 1969]) y, *al igual que su retiro**, debe emanar de una de las tres autoridades (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Relaciones Exteriores) que tienen competencia para obligar al Estado en el plano internacional (artículo 7 de la Convención)» (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976* (n.º de venta: S.78.V.5), pág. 225).

²²⁹ *Ibid.*, pág. 215. Esto se confirma igualmente en el memorando de 1.º de julio de 1976: «En este sentido, la práctica del Secretario General ha consistido algunas veces en aceptar el retiro de la reserva mediante simple notificación del representante ante las Naciones

Unidas del Estado de que se trate» (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976*, pág. 225, nota 121).

mulación de las reservas²³⁰, ¿no sería legítimo admitir que el representante de un Estado ante una organización internacional depositaria de un tratado (o el embajador de un Estado acreditado ante un Estado depositario) tiene la competencia reconocida para llevar a cabo las notificaciones relativas a las reservas? La cuestión se agudiza cuando se trata del retiro de reservas, ya que puede ser deseable facilitar un procedimiento cuyo objetivo es hacer que el tratado sea aplicable en su totalidad y que, por tanto, iría dirigido a la conservación, o al establecimiento, de su integridad.

127. Pese a todas estas consideraciones, el Relator Especial no propuso este desarrollo progresivo, que estimaba «limitado, aunque bien acogido»²³¹, en el afán de apartarse lo menos posible de lo dispuesto en el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. También se abstendrá en lo que respecta al retiro. Por una parte, sería sorprendente dejar a un lado, sin una razón contundente, el principio del acto contrario²³², dado que conviene contar con una «concepción no formalista»²³³, que viene a decir, en esencia, que cualquier autoridad competente para formular una reserva en nombre de un Estado puede retirarla, sin que sea necesario que el retiro proceda del mismo órgano que formula la reserva. Por otra parte, por cierto que sea que se quiere facilitar el retiro de las reservas, no lo es menos que éste se corresponde, más exactamente que con la formulación de las reservas, con la expresión del consentimiento a obligarse por el tratado, lo que constituye un argumento más para no apartarse en esta cuestión de lo dispuesto en el artículo 7 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986.

128. Por lo demás, el Secretario General de las Naciones Unidas parece haber adoptado una postura más rigurosa y ya no acepta las notificaciones de retiro de las reservas procedentes de representantes permanentes acreditados ante la Organización²³⁴. En *Précis de la pratique du Secrétaire Général en tant que depositaire de traités multilatéraux*, la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos observa que el retiro deberá hacerse por escrito y en él deberá figurar la firma de una de las tres autoridades competentes puesto que, generalmente, en el fondo, su finalidad es modificar el ámbito de aplicación del tratado²³⁵, sin mencionar posibles excepciones.

129. Por lo demás, el Secretario General de las Naciones Unidas no es el único depositario de tratados multilaterales y cabe preguntarse acerca de la práctica seguida por los otros depositarios respecto de este tema. Lamentablemente, las respuestas de los Estados al cuestionario

Unidas del Estado de que se trate» (Naciones Unidas, *Anuario Jurídico 1976*, pág. 225, nota 121).

²³⁰ Sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario...* 2001, vol. II (primera parte), párrs. 63 y 64.

²³¹ *Ibid.*, párr. 66.

²³² Véase el párrafo 119 *supra*.

²³³ Véase la fórmula de Reuter, *op. cit.*

²³⁴ Flauss («Notes sur le retrait...», pág. 860) menciona no obstante un caso en el que una reserva de Francia (al artículo 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1.º de marzo de 1980) fue retirada el 22 de marzo de 1984 por la Misión Permanente de Francia ante las Naciones Unidas.

²³⁵ *Précis de la pratique...* (nota 164 *supra*).

sobre las reservas no ofrecen ninguna información útil al respecto. En cambio, en publicaciones del Consejo de Europa, éste admite que las reservas sean formuladas²³⁶ y retiradas²³⁷ mediante cartas de representantes permanentes ante la Organización.

130. Sería lamentable que estas prácticas, que son totalmente aceptables y no parecen plantear especial dificultad, se vieran cuestionadas con la inclusión de normas demasiado rígidas en la Guía de la práctica. No obstante, esto no ocurriría al transponer al retiro de las reservas la directriz 2.1.3, dado que las dos redacciones propuestas²³⁸ ponen cuidado en conservar las prácticas habituales seguidas en el seno de las organizaciones internacionales depositarias de tratados.

131. La autoridad competente para formular el retiro de una reserva en el ámbito internacional no es necesariamente la misma que tiene competencia para adoptar esta decisión en el ámbito interno, problema que ya se había planteado con respecto a la formulación de reservas. Los proyectos de directrices 2.1.3 *bis* y 2.1.4 propuestos por el Relator Especial se refieren a esta cuestión:

«2.1.3 *bis* Competencia para formular una reserva en el plano interno»²³⁹

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para formular una reserva en el plano interno dependerá del derecho interno de cada Estado u organización internacional.

2.1.4 Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas»²⁴⁰

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento de formulación de reservas no podrá ser alegado por dicho Estado o dicha organización como vicio de esa reserva.»

132. Las respuestas de los Estados y de las organizaciones internacionales al cuestionario sobre las reservas no aportan información que pueda utilizarse en lo concerniente a la competencia para decidir el retiro de una reserva en el plano interno. No obstante, se encuentran algunas indicaciones al respecto en la doctrina.

133. Así, en Italia se han planteado problemas en lo tocante al retiro, en 1989, de la «reserva geográfica»²⁴¹

²³⁶ Véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 64 *in fine*.

²³⁷ Véase Comité Europeo de Cooperación Jurídica, «Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions», Nota de la secretaría establecida por la Dirección de Asuntos Jurídicos, 30 de marzo de 1999, CDCJ (99) 36.

²³⁸ Véase el párrafo 122 *supra*.

²³⁹ Para la presentación de este proyecto de directriz, véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 72 a 77.

²⁴⁰ Para la presentación de este proyecto de directriz, véase *ibid.*, párrs. 78 a 82.

²⁴¹ Gaja, «Modalità singolari per la revoca di una riserva», pág. 905.

que ese país había formulado en 1954 a la Convención sobre el estatuto de los refugiados²⁴². Aunque esa reserva, que limitaba la aplicación de la Convención a las personas que habían pasado a ser refugiadas a raíz de «acontecimientos ocurridos [...] en Europa», había sido formulada por el poder ejecutivo, sin que el Parlamento lo hubiera exigido, su retiro fue decidido mediante el decreto ley de 1989, convertido en ley en 1990, lo que, según la doctrina, no era necesario²⁴³; las reservas introducidas a petición del poder legislativo deben ser objeto de consultas con éste, pero no las decididas únicamente por el ejecutivo, conforme al principio del paralelismo de forma.

134. En Francia, «al igual que la denuncia de los tratados, que constituye una prerrogativa exclusiva del Gobierno^[244], el retiro de reservas es competencia del ejecutivo. En este caso, no es preciso hacer ninguna distinción según la ratificación o aprobación de la Convención esté o no esté sometida a la autorización parlamentaria»²⁴⁵.

135. Es probable que en un estudio más a fondo figurase, en lo concerniente a la competencia interna para retirar las reservas, la misma diversidad que se ha podido constatar en cuanto a su formulación²⁴⁶. Así pues, nada parece oponerse a la transposición del proyecto de directriz 2.1.3 *bis* al retiro de las reservas, siempre que, por lo menos, el Comité de Redacción mantenga ese proyecto de directriz²⁴⁷.

136. Lo mismo cabe decir en lo concerniente al proyecto de directriz 2.1.4²⁴⁸, cuyo mantenimiento, parece, por el contrario, imponerse en cualquier caso, cualquiera que sea la suerte que corra la directriz 2.1.3 *bis*, ya que parece indispensable indicar en la Guía de la práctica si un Estado puede ampararse en la inobservancia de sus normas de derecho interno y en qué medida puede hacerlo en apoyo de la invalidez de una reserva, hipótesis que puede darse perfectamente en la práctica, aun cuando el Relator Especial no tenga conocimiento de ningún ejemplo claro al respecto.

137. Cabe ciertamente preguntarse cuál es la razón de ser de transponer o no transponer, en materia de reservas, la norma relativa a las «ratificaciones imperfectas» del artículo 46 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, habida cuenta en particular de que con el retiro concluye el proceso de ratificación o de adhesión. No obstante, como señaló en su sexto informe sobre las reservas a los tratados²⁴⁹, el Relator Especial no considera que el principio formulado en el artículo 46 se pueda transponer a la formulación de reservas, dado que las reglas aplicables rara vez se exponen en los textos oficiales de carácter constitucional o incluso legislativo. Lo mismo cabe decir

²⁴² Para una exposición detallada véase *ibid.*, págs. 905 a 907.

²⁴³ Véase *ibid.*, y Migliorino, *loc. cit.*, págs. 332 y 333.

²⁴⁴ Véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 75.

²⁴⁵ Flauss, «Notes sur le retrait...», pág. 863.

²⁴⁶ Sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 73.

²⁴⁷ En relación con las dudas del Relator Especial al respecto, véase *ibid.*, párr. 77.

²⁴⁸ Véase el párrafo 131 *supra*.

²⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 80 y 81.

ciertamente para su retiro, tal como pone de manifiesto la sobreabundancia de dudas doctrinales relativas al procedimiento que ha de seguirse en las hipótesis en que se ha planteado el problema²⁵⁰: si los nacionales especialistas en esas cuestiones no se ponen de acuerdo entre ellos o critican la práctica seguida por su propio gobierno, no puede exigirse a los demás Estados u organizaciones internacionales que se adentren en los arcanos y las sutilezas del derecho interno.

138. Dado que parece que los proyectos de directrices 2.1.3, 2.1.3 *bis* y 2.1.4 se pueden transponer al retiro de las reservas, se plantea la cuestión de saber de qué forma debe procederse a esa transposición en la sección 5 del capítulo 2 de la Guía de la práctica, dedicada al retiro y a la modificación de las reservas y de las declaraciones interpretativas. A juicio del Relator Especial, pueden preverse dos procedimientos:

a) Se puede reproducir íntegramente su texto, sustituyendo la palabra «formulación» por la palabra «retiro» (con las correspondientes adaptaciones); o

b) Se puede adaptar una directriz redactada de forma más sintética, en la que se establezca el principio del paralelismo de forma.

139. Si la Comisión opta por el primero de esos procedimientos, los textos de los proyectos de directrices correspondientes serían los siguientes:

«**2.5.5 Competencia para retirar una reserva en el plano internacional**²⁵¹

A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, toda persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la adopción o autenticación del texto de un tratado o de la manifestación del consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado tendrá competencia para retirar una reserva formulada en nombre de dicho Estado o de dicha organización internacional.]

2.5.5 Competencia para retirar una reserva en el plano internacional²⁵²

1. A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona tendrá competencia para retirar una reserva formulada en nombre de un Estado o de una organización internacional:

a) Si tiene plenos poderes adecuados a los efectos del retiro; o

b) Cuando se infiera de la práctica o de otras circunstancias que los Estados y las organizaciones internacionales correspondientes tienen el propósito de considerar que es competente a esos efectos sin que haya de tener plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones y sin necesidad de plenos poderes, tendrán competencia para retirar una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:

a) Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;

b) Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o ante uno de esos órganos a los efectos del retiro de una reserva a un tratado aprobado en el marco de esa organización o de ese órgano;

[c) Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional a los efectos del retiro de una reserva a un tratado concertado entre los Estados acreditantes y esa organización].]

2.5.5 bis Competencia para retirar una reserva en el plano interno

Incumbirá al derecho interno de cada Estado u organización internacional determinar cuál es el órgano competente y qué procedimiento habrá de seguirse para retirar una reserva en el plano interno.

2.5.5 ter Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas al retiro de reservas

Un Estado o una organización internacional no podrá aducir que el retiro de una reserva está viciado por el hecho de haberse hecho en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las normas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento para retirarlas.»

140. Dejando de lado la sustitución de la palabra «formulación» por la palabra «retiro», no puede procederse sencillamente a la reproducción del texto, por lo menos en lo que se refiere a la «versión larga» del proyecto de directriz 2.1.3 (por el que ha manifestado sus preferencias el Relator Especial y, al parecer, la mayoría de la Comisión):

a) Dado que el procedimiento de retiro está hipotéticamente separado del de aprobación o de autenticación del texto del tratado o de la manifestación del consentimiento en obligarse y puede tener lugar muchos años más tarde, es necesario que la persona que proceda a ello tenga plenos poderes al respecto (párr. 1, apdo. a);

b) Por la misma razón, el apartado b del párrafo 2 del proyecto de directriz 2.1.3 no puede transponerse en lo concerniente al retiro de las reservas: cuando un Estado o una organización internacional procede a ello, evidentemente la conferencia internacional que aprobó el texto no se encuentra reunida.

²⁵⁰ Véanse, particularmente para Italia, las obras citadas en las notas 241 y 243 *supra* y la doctrina indicada.

²⁵¹ Este proyecto está basado en la versión breve del proyecto de directriz 2.1.3.

²⁵² Este proyecto está basado en la versión larga del proyecto de directriz 2.1.3.

141. También podría optarse por remitir a los correspondientes proyectos de directrices relativos a la competencia para formular reservas. Sin embargo, no podría procederse sencillamente a esa remisión; por las razones indicadas anteriormente, es necesario hacer algunas adaptaciones. En este caso, el proyecto de directriz 2.5.5 podría redactarse de la manera siguiente:

«[2.5.5 *Competencia para retirar una reserva*

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para retirar una reserva se hará, *mutatis mutandis*, según las normas aplicables en materia de formulación de reservas indicadas en las directrices 2.1.3, 2.1.3 *bis* y 2.1.4.]»

142. Esta segunda formulación tiene ciertamente el mérito de la concisión. Sin embargo, el Relator Especial no está convencido de que sea preferible a la primera: la Guía de la práctica no es un tratado; se trata de un «código de prácticas recomendadas» en materia de reservas y parece preferible que los usuarios encuentren en la Guía directamente las reservas indicadas sin tener que consultar las demás disposiciones ni los comentarios. Además, la expresión «*mutatis mutandis*», cuya inclusión es indispensable dado que no puede procederse sencillamente a la transposición del texto, por lo menos si se mantiene la versión larga del proyecto de directriz 2.1.3²⁵³, produce forzosamente una sensación de perplejidad. Se considera, pues, adecuada la versión larga de los proyectos de directrices 2.5.5, 2.5.5 *bis* y 2.5.5 *ter* (que habrá que numerar de nuevo) aun a riesgo de parecer repetitiva y densa.

iii) *Comunicación del retiro de las reservas*

143. Como se ha indicado más arriba²⁵⁴, las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 guardan absoluto silencio en lo que se refiere al procedimiento de comunicación del retiro de las reservas. No cabe duda de que del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, se infiere que el retiro debe notificarse a los Estados y a las organizaciones internacionales contratantes, pero en ese apartado no se precisa tampoco quién ha de ser el autor de la notificación ni el procedimiento que ha de seguirse. Por consiguiente, también en este caso hay que aplicar el método que se sigue respecto de la competencia para proceder al retiro y preguntarse sobre la posibilidad y la oportunidad de transponer los proyectos de directrices propuestos por el Relator Especial en lo concerniente a la comunicación de las reservas propiamente dichas.

144. Los proyectos pertinentes se refieren a las directrices 2.1.5 a 2.1.7 y su texto es el siguiente:

2.1.5 *Comunicación de las reservas*²⁵⁵

1. La reserva deberá comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Esta-

dos y organizaciones internacionales que puedan hacerse partes en el tratado.

2. La reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o el acto en virtud del cual se haya creado un órgano deliberante facultado para aceptar reservas deberá comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.

2.1.6 *Procedimiento de comunicación de las reservas*²⁵⁶

1. A menos que el tratado disponga lo contrario o que los Estados y organizaciones contratantes acuerden otra cosa, las comunicaciones relativas a las reservas a los tratados serán transmitidas:

a) En caso de que no haya depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales que puedan hacerse partes; o

b) En caso de que haya un depositario, a éste, que deberá a la brevedad poner dichas comunicaciones en conocimiento de los Estados y organizaciones a los cuales esté destinada.

2. Cuando una comunicación relativa a una reserva a un tratado se transmita por correo electrónico, deberá confirmarse por correo postal [o por telefax].

2.1.7 *Funciones del depositario*²⁵⁷

1. El depositario examinará si una reserva a un tratado, formulada por un Estado o una organización internacional se ha hecho en debida forma.

2. En caso de divergencia entre un Estado o una organización internacional y el depositario en relación con el desempeño de esta función, el depositario deberá señalar la cuestión a la atención:

a) De los Estados y organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes;

b) En su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trate.

145. Antes que nada, es preciso hacer una observación: aun cuando en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 no se precisa el procedimiento que ha de seguirse para retirar una reserva, los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 ponen de manifiesto que los redactores del proyecto sobre el derecho a los tratados no tenían ninguna duda acerca del hecho de que:

a) La notificación del retiro debía ser hecha por el depositario, si lo había; y

b) Los destinatarios de la reserva debían ser los «Estados que sean o tengan derecho a ser partes» o los «Estados interesados»²⁵⁸.

146. Dado que, a instancias del Sr. Rosenne (por lo menos en parte), se había decidido reagrupar en un único conjunto de disposiciones todas las normas relativas a los depositarios y las notificaciones, de las que se ocupaban los artículos 76 a 78 de la Convención de Viena 1969²⁵⁹,

²⁵⁶ Para la presentación de este proyecto, véase *ibíd.*, párrs. 135 a 154.

²⁵⁷ Para la presentación de este proyecto, véase *ibíd.*, párrs. 156 a 170.

²⁵⁸ Véanse los párrafos 115 y 116 *supra*.

²⁵⁹ Arts. 77 a 79 de la Convención de Viena de 1986.

²⁵³ Véase el párrafo 140 *supra*.

²⁵⁴ Párrs. 115 a 121.

²⁵⁵ Para la presentación de este proyecto, véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 99 a 129.

esas propuestas fueron abandonadas²⁶⁰. Ahora bien, esas propuestas están plenamente en consonancia con los proyectos de directrices 2.1.5 y 2.1.6, que se reproducen más arriba²⁶¹.

147. Esas orientaciones cuentan con la aprobación de la escasa doctrina que se ha ocupado de esa cuestión y se ajustan a la práctica²⁶². Así pues:

a) Tanto el Secretario General de las Naciones Unidas²⁶³ como el Consejo de Europa²⁶⁴ siguen respecto del retiro el mismo procedimiento que el aplicable a la comunicación de las reservas: son los destinatarios del retiro de reservas formuladas a tratados por los Estados u organizaciones internacionales depositarios y las comunican a todas las partes contratantes y a los Estados y organizaciones internacionales que reúnen los requisitos para hacerse partes;

b) Además, cuando las disposiciones de los tratados se refieren expresamente al procedimiento que ha de seguirse en materia del retiro de reservas, dichas disposiciones siguen, en general, el modelo aplicable a su formulación y se ajustan a las normas enunciadas en los proyectos de directrices 2.1.5 y 2.1.6, en las que se precisa que el retiro debe notificarse al depositario²⁶⁵ o incluso que éste debe comunicarlo a las partes contratantes²⁶⁶ o, más en general, a «todos los Estados» que quieran hacerse partes o a «todos los Estados» sin más precisiones²⁶⁷.

²⁶⁰ Véase el párrafo 117 *supra*; véase también el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 136.

²⁶¹ Párr. 144.

²⁶² Véase Migliorino, *loc. cit.*, pág. 323, y Maresca, *Il diritto dei trattati. La convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969*, pág. 302.

²⁶³ Véase Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), vols. I y II, *pássim*; véanse, entre numerosos ejemplos, el retiro de reservas a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de China (*ibid.*, vol. I, pág. 111, nota 13); Egipto (nota 15), y Mongolia (pág. 112, nota 17); y en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Colombia, Jamaica y Filipinas (págs. 409 y 410, notas 8, 9 y 11).

²⁶⁴ Véase Comité Europeo de Cooperación Jurídica, «Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions» (nota 234 *supra*) (retiro de las reservas de Alemania y de Italia a la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades, págs. 11 y 12).

²⁶⁵ Véase, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 48 del Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR); el párrafo 2 del artículo 40 de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, enmendada por el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías; el párrafo 2 del artículo 15 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea; o el párrafo 1 del artículo 43 del Convenio sobre la ciberdelincuencia.

²⁶⁶ Véanse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 15 y el apartado f) del artículo 17 del Acuerdo europeo sobre señales de carretera; o el artículo 18 y el apartado c) del artículo 34 de la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

²⁶⁷ Véanse, por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 32 y el artículo 33, apdo. d, del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas; el

148. En cuanto al depositario, no hay razón alguna para asignarle un papel diferente del que le reconocen, de manera muy limitada, los proyectos de directrices 2.1.6 y 2.1.7 en materia de formulación de reservas²⁶⁸, que fueron redactados conjugando las disposiciones del artículo 77, párr. 1, y del artículo 78, párrs. 1, apdo. d, y 2, de la Convención de Viena de 1986²⁶⁹ y se ajustan a los principios que inspiran las normas de Viena en la materia²⁷⁰:

a) Con arreglo al artículo 78, párr. 1, apdo. e, el depositario se encargará de «[i]nformar a las partes en el tratado y a los Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a serlo de los actos, notificaciones y comunicaciones relativos al tratado»; las notificaciones relativas a las reservas y a su retiro entran en esas previsiones, que se recogen en el proyecto de directriz 2.1.6, párr. 1, apdo b;

b) En el proyecto de directriz 2.1.7, párr 1, se recoge el principio, enunciado en el artículo 78, apdo. d, a cuyo tenor el depositario ha de examinar si «una notificación o una comunicación relativos al tratado están en debida forma y, de ser necesario, señalar el caso a la atención del Estado de que se trate»; en este caso, lo mismo cabe decir para la formulación de reservas que para su retiro, pueden causar problemas (como, por ejemplo, en lo relativo al autor de la comunicación²⁷¹); y

c) En el párrafo 2 del mismo proyecto de directriz se extraen las consecuencias de la teoría del «depositario buzón», reconocida en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 en caso de que surja una divergencia, y se recoge, a este respecto, el nuevo texto del párrafo 2 del artículo 78 de la Convención de Viena 1986, sin que tampoco en este caso parezca que proceda hacer una distinción entre la formulación y el retiro.

149. Así pues, el problema se plantea en los mismos términos que en el caso de la competencia para retirar una reserva²⁷²: dado que las disposiciones de los proyectos de directrices 2.1.5 a 2.1.7 son, en todos sus aspectos, aplicables al retiro de las reservas, ¿se debe remitir a ellas o reproducirlas? En cuanto a la competencia para retirar una reserva, el Relator Especial indicó que prefería repetir y adaptar los proyectos de directrices 2.1.3, 2.1.3 *bis* y 2.1.4²⁷³. No obstante, esa posición obedece principalmente a la consideración de que no es posible transponer pura y simplemente al retiro de reservas las normas

párrafo 3 del artículo 26 y el artículo 27 del Convenio aduanero sobre contenedores, 1972; o los artículos 21, párr. 2, y 25, apdo. e, del Convenio Internacional sobre la Armonización de los Controles de Mercancías en las Fronteras; o los artículos 60, párr. 2, y 63, apdo. f, de la Convención sobre la Jurisdicción, el Derecho Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y Medidas para la Protección de los Niños (notificación «a los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado»).

²⁶⁸ Véase el texto, párr. 144 *supra*.

²⁶⁹ Corresponden a los artículos 77 y 78 de la Convención de Viena de 1969.

²⁷⁰ Véase el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 135 a 154 y 156 a 170.

²⁷¹ Véanse los párrafos 124 y 125 *supra*.

²⁷² Véase el párrafo 138 *supra*.

²⁷³ Véase el párrafo 142 *supra*.

aplicables a la competencia para formularlas. Ese no es el caso en lo concerniente a la comunicación del retiro de reservas y al papel del depositario en la materia: el texto de los proyectos de directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 se adapta perfectamente a esas disposiciones, mediante la simple sustitución de la palabra «formulación» por la palabra «retiro».

150. Así pues, el procedimiento de remisión presenta menos inconvenientes y, a este respecto, podría aprobarse el siguiente proyecto de directriz:

«[2.5.6 *Comunicación del retiro de una reserva*

El procedimiento de comunicación del retiro de una reserva se ajustará a las normas aplicables respecto de la comunicación de las reservas, enunciadas en las directrices 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7.]»

151. No obstante, si la Comisión estimara que es preferible evitar la remisión a esos proyectos de directrices, sería posible proceder, por transposición, de la manera siguiente:

«[2.5.6 *Comunicaciones del retiro de reservas*

1. El retiro de una reserva deberá comunicarse [por escrito²⁷⁴] a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales que puedan hacerse partes en el tratado.

2. El retiro de una reserva a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o el acto en virtud del cual se haya creado un órgano deliberante facultado para aceptar reservas deberá comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.

2.5.6 bis *Procedimiento de comunicación del retiro de reservas*

1. A menos que el tratado disponga o que los Estados y organizaciones contratantes acuerden otra cosa, las comunicaciones relativas al retiro de una reserva a un tratado serán transmitidas:

a) En caso de que no haya depositario, directamente por el autor del retiro a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales que puedan hacerse partes; o

b) En caso de que haya un depositario, a éste, que deberá a la brevedad poner dichas comunicaciones en conocimiento de los Estados y organizaciones a los cuales esté destinada.

²⁷⁴ Si se procede de esta manera, no cabe duda de que las palabras «por escrito» deberían suprimirse en el texto del proyecto de directriz 2.5.6, dado que esa exigencia se incluye en el proyecto de directriz 2.5.2 *supra* (párr. 90), en el que se recoge el texto del artículo 23, párr. 4, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, y que, por consiguiente, no conviene fusionar con el proyecto de directriz 2.5.6.

2. Cuando una comunicación relativa al retiro de una reserva a un tratado se transmita por correo electrónico, deberá confirmarse por correo postal [o por telefax].

2.5.6 ter *Funciones del depositario*

1. El depositario examinará si el retiro de una reserva a un tratado formulada por un Estado u organización internacional se ha hecho en debida forma.

2. En caso de divergencia entre un Estado o una organización internacional y el depositario en relación con el desempeño de esta función, el depositario deberá señalar la cuestión a la atención:

a) De los Estados y organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes;

b) En su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trate.]»

2. EFECTOS DEL RETIRO DE UNA RESERVA

152. Desde el punto de vista de la lógica abstracta, no es muy riguroso incluir en la Guía de la práctica proyectos de directrices relativos a los efectos del retiro de una reserva en un capítulo dedicado al procedimiento en materia de reservas, habida cuenta en particular de que los efectos del retiro son difícilmente separables de los de la propia reserva, a saber, ponerle fin. Tras algunas vacilaciones, el Relator Especial procedió, no obstante, a su inclusión, por las dos razones siguientes:

a) En primer lugar, en el artículo 22 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se entremezclan las normas relativas a la forma y al procedimiento²⁷⁵ del retiro y la cuestión de sus efectos; y

b) En segundo lugar, los efectos del retiro pueden preverse de manera bastante formal sin que haya que preguntarse sobre los efectos (infinitamente más complejos) de la propia reserva (es, en cualquier caso, el único modo razonable de incluirlos en esta etapa).

153. El artículo 22, párr. 3, apdo. a, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 únicamente se refiere a los efectos del retiro de una reserva en relación con el caso concreto de la fecha en que el retiro «surte efecto». No obstante, durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, la Comisión se ocupó considerablemente de la cuestión, más sustancial, de saber cuáles eran esos efectos.

a) *Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva*

154. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, párr. 3, de la Convención de Viena de 1986,

Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:

a) El retiro de una reserva únicamente surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido la notificación.

²⁷⁵ Ciertamente sólo en la medida en que en el apartado a del párrafo 3 se menciona la «notificación» del retiro.

155. Esa disposición, que recoge el texto de 1969, con la única adición de la mención de las organizaciones internacionales, no fue objeto de ningún debate especial durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena 1986²⁷⁶ ni durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, en la que únicamente se hicieron aclaraciones²⁷⁷ del texto aprobado en segunda lectura por la Comisión²⁷⁸. No obstante, su aprobación había suscitado algunos debates en la Comisión en 1962 y en 1965.

156. En tanto que el Sr. Fitzmaurice había previsto en su informe de 1956 que se precisaran los efectos del retiro de una reserva²⁷⁹, el Sr. Waldock no lo previó en su primer informe de 1962²⁸⁰. Con todo, durante los debates que tuvieron lugar ese año en la Comisión, a petición del Sr. Bartoš, se mencionó por vez primera en el proyecto de artículo 22, dedicado al retiro de las reservas, que éstas «surtirá[n] efecto cuando los demás Estados recibieren la notificación»²⁸¹.

157. Tras la aprobación de esa disposición en primera lectura, tres Estados reaccionaron²⁸²: los Estados Unidos, que la acogieron con beneplácito, e Israel y el Reino Unido, que manifestaron preocupación por las dificultades con que podrían tropezar los demás Estados partes a causa de la rapidez del efecto del retiro. Sus argumentos dieron lugar a que el Relator Especial propusiera que se agregara al proyecto de artículo 22 un apartado *c* con una fórmula complicada, relativa al efecto inmediato del retiro cuando los demás Estados hubieran recibido la

²⁷⁶ Véanse los informes cuarto, *Anuario... 1975*, vol. II, pág. 40, y quinto, *Anuario... 1976*, vol. II (primera parte), págs. 158 y 159, sobre el derecho de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales del Sr. Reuter; en relación con el (inexistente) debate de la Comisión en su 29.º período de sesiones, véanse *Anuario... 1977*, vol. I, 1434.ª sesión, págs. 106 y 107, párrs. 30 a 34; 1435.ª sesión, págs. 109 y 110, párrs. 1 y 2, y 1451.ª sesión, págs. 208 y 209, párrs. 12 a 16; y el informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en ese mismo período de sesiones, *ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 115 y 116; para la segunda lectura, véase el décimo informe del Sr. Reuter, *Anuario... 1981*, vol. II (primera parte), pág. 71, párr. 84; en relación con el (inexistente) debate de la Comisión en su 33.º período de sesiones, véase *Anuario... 1981*, vol. I, 1652.ª sesión, págs. 54 y 55, párrs. 27 y 28, y 1692.ª sesión, pág. 267, párr. 38. El texto final figura en *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 146, y *Anuario... 1982*, vol. II (segunda parte), pág. 39.

²⁷⁷ Véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Períodos de sesiones primero y segundo...* (nota 136 *supra*), pág. 152, párr. 211 (texto del Comité de Redacción).

²⁷⁸ Del plural («cuando su notificación haya sido recibida por los demás Estados contratantes», *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 229) se pasó al singular, lo que tiene la ventaja de determinar que la fecha en que surte efecto es propia de cada una de las partes (véanse las explicaciones del Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción de la Conferencia, en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Segundo período de sesiones...* (nota 137 *in fine*), 11.ª sesión plenaria, pág. 38, párr. 11). En relación con la aprobación final del proyecto de artículo 22 por la Comisión, véanse *Anuario... 1965*, vol. I, 816.ª sesión, pág. 296, y *Anuario... 1966*, vol. I, Parte II, 892.ª sesión, pág. 334.

²⁷⁹ Véanse los párrafos 68 *supra* y 177 *infra*.

²⁸⁰ Véase el párrafo 69 *supra*.

²⁸¹ Véase el párrafo 70 *supra*.

²⁸² Véase el cuarto informe del Sr. Waldock, *Anuario... 1965*, vol. II, pág. 58.

notificación, pero en el que se preveía que los demás Estados partes no tendrían responsabilidad en parte durante tres meses²⁸³. De esa manera, el Sr. Waldock pretendía permitir a los demás Estados partes «la adopción de las medidas legislativas o administrativas necesarias» para armonizar su derecho interno con la situación resultante del retiro de la reserva²⁸⁴.

158. Además de las críticas formuladas por el hecho de ser sumamente complicada esa solución, ciertamente bastante extraña, propuesta por el Relator Especial, en principio dicha solución dividió a los miembros de la Comisión. El Sr. Ruda, apoyado por el Sr. Briggs, consideró que no había ninguna razón para prever un plazo de gracia en caso de retiro de reservas, dado que ese plazo no existía en el caso de la entrada en vigor inicial del tratado tras la manifestación del consentimiento en obligarse²⁸⁵. Sin embargo, otros miembros, en particular el Sr. Tunkin y el propio Sr. Waldock, destacaron, no sin razón, que las dos situaciones eran diferentes: en lo tocante a la ratificación, «el Estado puede disponer de todo el tiempo que necesite con sólo abstenerse de ratificarlo [el tratado] en tanto no haya efectuado los reajustes necesarios en su derecho interno»; por el contrario, en el caso del retiro de una reserva, «el cambio en la situación es ajeno a la voluntad del Estado interesado, pues depende de la decisión del Estado autor de la reserva de retirar ésta»²⁸⁶.

159. No obstante, de resultas de la labor del Comité de Redacción, la moratoria parcial había desaparecido²⁸⁷, dado que la Comisión estimaba que «tal cláusula complicaría demasiado la situación y que, en la práctica, toda dificultad que surja podrá resolverse en las consultas que sin duda habrán de entablar los Estados interesados»²⁸⁸. Así pues, el efecto se retrotrae a la fecha de la notificación a las demás partes contratantes, pero, al parecer, no sin ciertas vacilaciones, dado que, en su comentario final, la Comisión, al explicar que había llegado a la conclusión de que el hecho de formular como regla general la posibilidad concedida a los Estados de disponer de:

un breve plazo para adaptar su derecho interno a la nueva situación resultante [...] sería ir demasiado lejos. Estimó que este punto debía regularse mediante una disposición específica en el tratado. Consideró asimismo que, aun a falta de tal disposición, si un Estado necesitara un breve plazo para poner su derecho interno en consonancia con la situación resultante de la retirada de la reserva, la buena fe excluiría que el Estado autor de la reserva protestase por la dificultad que su propia reserva hubiera ocasionado²⁸⁹.

160. Ello no deja de causar problemas: la Comisión volvió a incluir subrepticamente en el comentario la

²⁸³ *Ibid.*, pág. 59, párr. 5: «c) En la fecha en que la retirada surta efecto dejará de aplicarse el artículo 21; no obstante, durante un período de tres meses a partir de esa fecha no puede considerarse que una parte haya infringido la disposición a que se refiere la reserva por el solo hecho de que haya dejado de efectuar algún cambio necesario en su derecho o su práctica administrativa internos.»

²⁸⁴ *Anuario... 1965*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 182, párr. 47.

²⁸⁵ *Ibid.*, Sres. Ruda y Briggs, pág. 183, párr. 59 y pág. 184, párr. 76, respectivamente.

²⁸⁶ *Ibid.*, pág. 184, párrs. 68 y 69 (Sr. Tunkin); véase también pág. 183, párr. 54 (Sr. Tsuruoka), y págs. 184 y 185, párrs. 78 a 80 (Sr. Waldock).

²⁸⁷ *Ibid.*, 814.ª sesión, pág. 283, párr. 22.

²⁸⁸ Explicaciones del Sr. Waldock, *ibid.*, párr. 24.

²⁸⁹ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 230, párr. 2 del comentario al proyecto de artículo 20.

excepción que el Sr. Waldock, indudablemente de manera poco hábil, había intentado incluir en el texto del futuro artículo 22 de la Convención. No cabe duda de que no es una buena política proceder de ese modo. Ciertamente, la Comisión vincula la excepción del principio general de la buena fe, pero si éste puede constituir el fundamento de ciertas normas, como destacó la CIJ, el principio de la buena fe es «uno de los principios básicos que presiden la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas»²⁹⁰, pero «en sí mismo no es una fuente de obligación cuando no existiera de otro modo»²⁹¹.

161. También se plantea la cuestión de saber si la Guía de la práctica debe incluir la precisión hecha por la Comisión en su comentario de 1966: es natural mostrarse más preciso en este código de prácticas recomendadas que en las convenciones generales sobre el derecho de los tratados. No obstante, esto parece sumamente delicado: la «regla» enunciada en el comentario contradice claramente la norma que figura en la Convención y su inclusión en la Guía contravendría el contenido de ésta, lo que únicamente sería aceptable si existiese una necesidad manifiesta; ello no es probablemente así en este caso: el Sr. Waldock no sabía en 1965 «que haya ofrecido ninguna dificultad real la aplicación de un tratado por el Estado que ha retirado su reserva»²⁹²; ese parecía seguir siendo el caso 37 años después. Así pues, el Relator Especial no es partidario de esta solución ni del mantenimiento en el comentario de la flexibilización discutible que figuraba en el comentario de 1965.

162. Además, en algunos casos, el efecto del retiro de una reserva inmediatamente después de su notificación podría plantear dificultades. Sin embargo, el comentario de 1965 constituye una respuesta adecuada al problema: conviene, en ese caso, que las partes regulen la cuestión «mediante una disposición específica en el tratado»²⁹³. En otras palabras, cada vez que el tratado se refiera a un asunto, como el estado de las personas o ciertos aspectos del derecho internacional privado, que pueda hacer pensar que el retiro inopinado de una reserva podría causar dificultades a las otras partes de resultados de la inadaptación de sus derechos internos, es preciso incluir en el tratado una cláusula expresa en la que se prevea el plazo necesario para tener en cuenta la situación creada por el retiro.

163. Eso es, por una parte, lo que ocurre en la práctica. En numerosos tratados se fija ciertamente un plazo para que el retiro de la reserva surta sus efectos, plazo este que es más largo que el plazo de derecho común que figura en el artículo 22, párr. 3, apdo. a, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. En general, ese plazo va de uno a tres meses, pero se calcula, la mayor parte de las veces, a partir de la notificación del retiro al depositario y no a los

demás Estados contratantes²⁹⁴. Por el contrario, en el tratado puede fijarse un plazo más corto que el resultante de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986; así, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza:

Todo Estado contratante que haya formulado una reserva en virtud del apartado 1 podrá retirarla en todo o en parte dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efectos a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General*

y no en la de la recepción de la notificación del depositario por las demás partes contratantes²⁹⁵. Asimismo puede darse el caso de que un tratado prevea que corresponde al Estado que retira su reserva precisar la fecha en que el retiro surtirá efecto²⁹⁶.

164. Habida cuenta de lo que antecede, parece pertinente, por una parte, incluir en la Guía de la práctica el texto del artículo 22, párr. 3, apdo. a, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, sin incluir la flexibilización sugerida en el comentario de la Comisión de 1965 y, por otra parte, acompañar el texto de la directriz correspondiente (2.5.9²⁹⁷) de una cláusula tipo A que se haga eco de las preocupaciones expresadas durante la preparación de esa disposición y recordadas por la Comisión en 1965:

«Cláusula tipo A – Comunicación de la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla dirigiendo una notificación al [depositario]. El retiro surtirá efecto una vez que hayan transcurrido X [meses] [días] después de la fecha de recepción de la notificación por el [depositario].»

165. Aunque, ciertamente, los negociadores son libres para establecer el plazo necesario para que el retiro de la reserva surta efecto, parece conveniente que, en la cláusula tipo propuesta por la Comisión, el cómputo del período comience en la fecha de recepción de la notificación del retiro por el depositario y no por las demás partes contratantes, tal como se prevé en el artículo 22, párr. 3,

²⁹⁴ Véanse los ejemplos dados por Imbert, *op. cit.*, pág. 290, nota 36, y Horn, *op. cit.*, pág. 438, nota 19. Véanse, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 97 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (seis meses), o el párrafo 2 del artículo XIV de la Convención sobre la conservación de las especies migratorias de animales silvestres (90 días después de la comunicación de retirada a las partes por el depositario) y el párrafo 3 del artículo 24 del Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (tres meses después de la notificación del retiro).

²⁹⁵ Los instrumentos del Consejo de Europa que contienen cláusulas relativas al retiro de reservas se ajustan, en general, a esa fórmula; véanse el párrafo 2 del artículo 8 de la Convención sobre reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre obligaciones militares en casos de pluralidad de nacionalidades; el párrafo 2 del artículo 13 del Acuerdo europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita; o el párrafo 3 del artículo 29 del Convenio europeo sobre la nacionalidad.

²⁹⁶ Véase el Protocolo de enmienda al Convenio internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (revisado), anexo I, apéndice 1, art. 12, párr. 2: «Toda Parte Contratante que hubiera realizado reservas podrá retirarlas, total o parcialmente, en cualquier momento cursando una notificación al depositario indicando la fecha en que dicho retiro tendrá vigencia».

²⁹⁷ Véase el párrafo 175 *infra*.

²⁹⁰ *Essais nucléaires*, fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 268, párr. 46 (Australia c. Francia); y pág. 473, párr. 49 (Nueva Zelandia c. Francia); véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 133 y ss.

²⁹¹ *Actions armées frontalières et transfrontalières* (Nicaragua c. Honduras), competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil 1988*, pág. 105, párr. 94; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 247.

²⁹² Véase la nota 288 *supra*.

²⁹³ *Anuario... 1966*, vol. II, pág. 230, párr. 2 del comentario al artículo 20.

apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Por una parte, el punto de partida fijado por esa disposición, que debe ciertamente mantenerse en el proyecto de directriz 2.5.9, no deja de presentar inconvenientes²⁹⁸. Por otra parte, en el caso planteado, las partes disponen de datos suficientes para tener en cuenta el plazo probable de la comunicación del retiro a los demás Estados u organizaciones internacionales interesados; así pues, pueden fijar en consecuencia la fecha en que surtirá efecto.

166. Por el contrario, pueden darse situaciones en las que los Estados acuerden fijar un plazo más corto. Nada se opone a ello si, por lo menos, el tratado en cuestión contiene una disposición derogatoria del principio general del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, a cuyo tenor se reduciría el plazo necesario para que el retiro surtiera efecto o se dejaría que el Estado que formula la reserva decidiera la fecha en la que el retiro surta efecto. Las cláusulas tipo B y C corresponden a cada una de esas hipótesis:

«Cláusula tipo B – Reducción del plazo para que surta efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla dirigiendo una notificación al [depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha de la recepción de la notificación por el [depositario]²⁹⁹.

Cláusula tipo C – Libertad para fijar la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva

La parte contratante que haya formulado una reserva al presente tratado podrá retirarla dirigiendo una notificación al [depositario]. El retiro surtirá efecto en la fecha fijada por ese Estado en la notificación dirigida al [depositario]³⁰⁰.»

167. Cabe preguntarse si, a falta de esa cláusula, un Estado puede fijar libremente la fecha en que ha de surtir efecto el retiro de una reserva que haya formulado. Se puede indudablemente responder afirmativamente si esa fecha es posterior a la resultante de la aplicación del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. El plazo previsto en esa disposición tiene por objeto impedir que los Estados partes estén desprevenidos y permitir que estén plenamente informados del alcance de sus compromisos respecto del Estado (u organización internacional) que renuncia a su reserva; desde el momento en que esta información es efectiva y se conoce de antemano, no hay ningún inconveniente en que la parte que formula la reserva fije la fecha que desee para que surta efecto el retiro de su reserva.

168. Sin embargo, no cabe decir lo mismo si esa fecha es anterior a la recepción de la notificación por las otras partes contratantes: en esta segunda hipótesis, sólo el autor del retiro (y eventualmente el depositario) sabe que la reserva ha sido retirada. Así ocurre, *a fortiori*, cuando

se supone que el retiro tiene carácter retroactivo, tal como tiene lugar en ocasiones³⁰¹. En esas hipótesis, a falta de una cláusula expresa del tratado, la voluntad expresada unilateralmente por el Estado que formula la reserva no debería prevalecer en principio sobre las disposiciones claras del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, si las demás partes contratantes se opusieran a ello. No obstante, cabe preguntarse si convendría mantener el caso de los tratados que crean «obligaciones integrales», en particular, en el ámbito de los derechos humanos; en ese caso no hay ningún inconveniente, por el contrario, en que el retiro de la reserva produzca efectos inmediatos, incluso retroactivos, si el autor de la reserva inicial lo desea, dado que, en esa hipótesis, los derechos de los demás Estados no resultan afectados³⁰².

169. Será ciertamente útil que la Guía de la práctica precise los casos en que no se puede aplicar el artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, no porque haya sido derogado³⁰³, sino porque no está concebido para este fin. Tal podría ser el objetivo de un proyecto de directriz 2.5.10:

«2.5.10 Casos en que el Estado que formula la reserva puede fijar unilateralmente la fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

El retiro de una reserva surtirá efecto en la fecha fijada por su autor cuando:

- a) Esa fecha sea posterior a la fecha en la que los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes hayan recibido la correspondiente notificación; o
- b) El retiro no modifique la situación de su autor respecto de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes.»

170. En el apartado *a* de ese proyecto se utiliza deliberadamente el plural («los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes»), en tanto en el artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, se recurre al singular («ese Estado o esa organización»). Para que el retiro pueda surtir efecto en la fecha indicada por su autor, es ciertamente indispensable que todos los demás contratantes hayan recibido una notificación, ya que, de no ser así, no se respetarían el espíritu ni la razón de ser del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*. En cuanto al apartado *b* del proyecto, corresponde a la hipótesis en que, en la práctica, ha habido retiro con efecto retroactivo³⁰⁴.

171. Sigue teniendo vigencia el principio consignado en el artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que conviene sin duda incorporar a la Guía de la práctica.

³⁰¹ Véase el ejemplo dado por Imbert, *op. cit.*, pág. 291, nota 38 (retiro de reservas de Dinamarca, de Noruega y de Suecia a la Convención sobre el estatuto de los refugiados y la Convención sobre el estatuto de los apátridas); véase también Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), págs. 320, 325, 327, 334 y 337. Véanse más ejemplos en la nota 162 *supra*.

³⁰² Véase, en este sentido, Imbert, *op. cit.*, págs. 290 y 291.

³⁰³ Lo que sería el caso en la hipótesis examinada más arriba, párrs. 159 a 161.

³⁰⁴ Véase la nota 301 *supra*.

²⁹⁸ Véase el párrafo 172 *infra*.

²⁹⁹ Esa redacción coincide con la del párrafo 3 del artículo 32 del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza reproducido en el párrafo 163 *supra*.

³⁰⁰ Véase la nota 296 *supra*.

172. Ciertamente ese principio no se sustrae a la crítica. Además de los problemas examinados más arriba³⁰⁵, que puede plantear, en algunos casos, el hecho de que surta efecto el retiro desde la recepción de su notificación por las demás partes, se ha destacado que «no resuelve verdaderamente la cuestión del factor tiempo»³⁰⁶; así, merced a la precisión introducida en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados³⁰⁷, las contrapartes del Estado o de la organización internacional que retira la reserva saben precisamente en qué momento produce efectos el retiro, si bien su autor se mantiene en la incertidumbre, dado que la notificación puede ser recibida en fechas muy diferentes por las demás partes, lo que produce el efecto enojoso de dejar al autor del retiro en la incertidumbre acerca de la fecha en que sus nuevas obligaciones surtirán efecto³⁰⁸. Salvo que se modifique el propio texto del artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, no hay, sin embargo, ningún medio de paliar ese inconveniente, el cual parece sumamente mínimo en la práctica³⁰⁹ como para tener que «revisar» el texto de Viena.

173. Es preciso destacar a este respecto que el principio se aparta del derecho común: normalmente, un acto relativo a un tratado produce efectos a partir de la fecha de su notificación al depositario. Así se prevé en los artículos 16, apdo. *b*, 24, párr. 3, y 78, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1969³¹⁰. Así lo ha considerado la CIJ en relación con las declaraciones facultativas de aceptación de su competencia obligatoria, siguiendo un razonamiento que puede aplicarse por analogía en el marco del derecho de los tratados³¹¹:

[A] entregar su declaración de aceptación al Secretario General, el Estado aceptante pasa a ser parte del sistema previsto en la disposición facultativa respecto de todos los demás Estados declarantes, con todos los derechos y obligaciones que dimanán del artículo 36. [...] En ese momento surge entre los Estados interesados el vínculo consensual que constituye la base de la disposición facultativa³¹².

174. La excepción constituida por lo dispuesto en el artículo 22, párr. 3, apdo. *a*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 se explica en función de la preocupación por evitar que las contrapartes del Estado que retira su reserva vean comprometida su responsabilidad por no haber respetado las disposiciones del tratado respecto de éste, aun cuando ignoraban el retiro³¹³. Esa preocupación resulta encomiable.

³⁰⁵ Párrs. 157 a 162.

³⁰⁶ Imbert, *op. cit.*, pág. 290.

³⁰⁷ Véase la nota 278 *supra*.

³⁰⁸ Véanse, en este sentido, las observaciones del Sr. Briggs, *Anuario... 1965*, vol. I, 800.ª sesión, pág. 184, párr. 75, y 814.ª sesión, pág. 284, párr. 25.

³⁰⁹ Véase el párrafo 161 *supra*.

³¹⁰ Art. 79, apdo. *b*, de la Convención de Viena de 1986.

³¹¹ Véase *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 293, párr. 30; véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 62.

³¹² *Droit de passage sur territoire indien*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 146; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 58. Véase asimismo, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *C.I.J. Recueil 1998* (nota 311 *supra*), pág. 291, párr. 25.

³¹³ Véase el comentario de la Comisión respecto del proyecto de artículo 22 aprobado en primera lectura, *Anuario... 1962*, vol. II,

175. Así pues, es preciso reproducir en la Guía práctica las disposiciones del artículo 22, párr. 3, apdo. *a* (en la versión de la Convención de Viena de 1986, que incluye a las organizaciones internacionales).

«2.5.9 Fecha en que surte efecto el retiro de una reserva

A menos que el tratado disponga lo contrario o que se convenga otra cosa, el retiro de una reserva únicamente surtirá efecto respecto de un Estado contratante o de una organización contratante cuando ese Estado o esa organización haya recibido una notificación al respecto.»

176. Cabe señalar, además, que la redacción de esa disposición presenta el mismo inconveniente que el proyecto de directriz 2.5.1³¹⁴ en la medida en que únicamente ha de aplicarse si el tratado no dispone lo contrario, lo que ocurre en el caso de todas las disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, *a fortiori*, de las directrices de la Guía de la práctica. No obstante, por las mismas razones que las expuestas en relación con el proyecto de directriz 2.5.1³¹⁵, parece preferible ajustarse a esta fórmula controvertida.

b) Consecuencias del retiro de una reserva

177. Durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, se previó dedicar una disposición a los efectos del retiro de una reserva:

a) En su primer informe sobre el derecho relativo a los tratados, el Sr. Fitzmaurice había propuesto prever que, cuando se retirara una reserva,

[e]l Estado que anteriormente hubiese hecho la reserva quedará automáticamente obligado a cumplir íntegramente la disposición del tratado a que se refiere la reserva y estará a su vez autorizado a exigir el cumplimiento de dicha disposición por las otras partes³¹⁶;

b) En el párrafo 2 del artículo 22, aprobado en primera lectura por la Comisión en 1962, se disponía que «[u]na vez retirada la reserva, dejarán de aplicarse las disposiciones del artículo 21 [relativo a la aplicación de la reserva] de los presentes artículos»³¹⁷; esa oración desapareció del proyecto final de la Comisión³¹⁸, aunque,

c) En el plenario, el Sr. Waldock sugirió que el Comité de Redacción examinara «otra cuestión [...] [a saber] la posibilidad de que el efecto de la retirada de la reserva sea la entrada en vigor del tratado para los dos Estados entre los cuales no estaba previamente en vigor»³¹⁹; y

pág. 210, y del proyecto de artículo 22 aprobado en segunda lectura, *Anuario... 1966*, vol. II, págs. 229 y 230.

³¹⁴ Véase el párrafo 85 *supra*.

³¹⁵ Párr. 86 *supra*.

³¹⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 115, art. 40, párr. 3.

³¹⁷ *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 210; véase el párrafo 70 *supra*.

³¹⁸ Se abandonó en segunda lectura después del examen por el Comité de Redacción del nuevo proyecto de artículo propuesto por el Sr. Waldock, que la mantenía en parte (véase la nota 283 *supra*), sin dar ninguna explicación (véase *Anuario... 1965*, vol. I, 814.ª sesión, pág. 283, párr. 22).

³¹⁹ *Ibid.*, 800.ª sesión, pág. 185, párr. 86; en el mismo sentido, véase la intervención del Sr. Rosenne, *ibid.*, párr. 87.

d) Durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, se presentaron enmiendas tendientes a restablecer en el texto de la Convención una disposición a tal efecto³²⁰.

178. El Comité de Redacción de la Conferencia las rechazó por considerar que eran superfluas y que los efectos del retiro de una reserva eran obvios³²¹. Esto no es enteramente cierto.

179. No cabe duda de que «el efecto del retiro de una reserva es manifiestamente el restablecimiento del texto original del tratado»³²². No obstante, es preciso distinguir tres situaciones.

180. En el marco de las relaciones entre el Estado (o la organización internacional) que formula la reserva y el Estado u organización que la acepta (párrafo 4 del artículo 20 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986), dicha reserva deja de producir efectos (párrafo 1 del artículo 21): «en una situación de ese tipo, el efecto del retiro de la reserva será restablecer el contenido original del tratado en las relaciones entre el Estado que la formula y el Estado que la acepta. El retiro de la reserva crea la situación jurídica que habría existido si la reserva no hubiera sido hecha»³²³. Migliorino da el ejemplo del retiro por Hungría, en 1989, de su reserva al párrafo 2 del artículo 48 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, en el que se preveía la competencia de la CIJ³²⁴; esa reserva no había sido objeto de ninguna objeción; de resultados del retiro, la competencia de la CIJ para interpretar y aplicar la Convención se estableció a partir de su fecha de entrada en vigor³²⁵.

181. Ocurre lo mismo en las relaciones entre el Estado (o la organización internacional) que retira la reserva y un Estado (o una organización internacional) que formula una objeción, pero sin oponerse a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el Estado que formula la reserva. En esa hipótesis, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 31 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, las disposiciones a las que se refiere la reserva no se aplican en las relaciones entre las dos partes: «En una situación de ese tipo, el retiro de una reserva tiene como efecto, en las relaciones entre el Estado que la formula y el Estado que objeta, hacer extensiva la

³²⁰ Para el texto de las enmiendas de Austria y Finlandia véase A/CONF.30/C.1/L.4 y Add.1, reproducido en *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Periodos de sesiones primero y segundo...* (nota 136 *supra*), Informes de la Comisión Plenaria, pág. 151, párr. 207, completados por una subenmienda de la Unión Soviética (A/CONF.39/C.1/L.167), *ibid.*, pág. 152.

³²¹ *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.68.V.7), 70.ª sesión de la Comisión Plenaria (declaración del Sr. Yasseen, Presidente del Comité de Redacción), pág. 459, párr. 37.

³²² Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», pág. 87. Véase también Szafarz, *loc. cit.*, pág. 313.

³²³ Migliorino, *loc. cit.*, pág. 325; en el mismo sentido, Szafarz, *loc. cit.*, pág. 314.

³²⁴ Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), pág. 404, nota 18.

³²⁵ Migliorino, *loc. cit.*, págs. 325 y 326.

aplicación del tratado a las disposiciones que abarca la reserva»³²⁶.

182. El retiro de la reserva produce efectos más radicales cuando el Estado (o la organización internacional) que objeta se había opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el Estado u organización que formuló la reserva. En esa hipótesis, el tratado entra en vigor³²⁷ en la fecha en que el retiro surte efecto. «Para un Estado [...] que previamente haya expresado una objeción que produzca un efecto máximo, el retiro de la reserva significará el establecimiento de plenas relaciones en virtud del tratado con el Estado que formula la reserva»³²⁸.

183. En otras palabras, el retiro de una reserva entraña la aplicación del tratado en su integridad —a menos, claro está, que existan otras reservas— en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira la reserva y todas las demás partes contratantes, con independencia de que la hayan aceptado o hayan formulado objeciones al respecto, entendiéndose que, en este segundo caso, si el Estado o la organización internacional que objeta se ha opuesto a la entrada en vigor del tratado entre ese Estado u organización y el autor de la reserva, el tratado entra en vigor a partir de la fecha en que surte efecto el retiro.

184. En homenaje a la claridad, conviene ciertamente dejar constancia de esos efectos en dos proyectos de directrices distintos:

«2.5.7 Efecto del retiro de una reserva

El retiro de una reserva entraña la aplicación del tratado en su integridad en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira y todas las demás partes, con independencia de que hayan aceptado la reserva o hayan formulado objeciones al respecto.

2.5.8 Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva

El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira y un Estado o una organización internacional que haya formulado una objeción a la

³²⁶ *Ibid.*, págs. 326 y 327; el autor da el ejemplo del retiro por Portugal, en 1972, de su reserva al párrafo 2 del artículo 37 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que había dado lugar a varias objeciones por Estados que, sin embargo, no se habían opuesto a la entrada en vigor de la Convención entre ellos y Portugal (véase Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), pág. 112, nota 20).

³²⁷ Véase el artículo 24 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y, en particular, el párrafo 3.

³²⁸ Szafarz, *loc. cit.*, págs. 313 y 314; en el mismo sentido, véanse Ruda, *loc. cit.*, pág. 202; Bowett, *loc. cit.*, pág. 87; y Migliorino, *loc. cit.*, págs. 328 y 329. Este último autor da el ejemplo del retiro por Hungría, en 1989, de su reserva al artículo 66 de la Convención de Viena de 1969 (véase Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), vol. II, pág. 298, nota 15); el ejemplo no es realmente convincente, dado que los Estados que habían formulado objeciones no habían descartado oficialmente la aplicación de la Convención en las relaciones entre ellos y Hungría.

reserva y se haya opuesto a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva.»

B. Modificación de las reservas

185. La cuestión de la modificación de las reservas debe plantearse en relación con, por una parte, la del retiro y, por otra, la de la formulación tardía de las reservas. En la medida en que la modificación tiende a restringir el alcance de una reserva, se trata de un retiro parcial de la «reserva inicial»³²⁹ que no plantea problemas de princi-

³²⁹ La expresión «reserva inicial» se utiliza por comodidad pero es inadecuada: sería más exacto hablar de la reserva «en la forma

pio y que está sometida a las reglas generales relativas a los retiros que se indican más adelante. En cambio, si el efecto de la modificación es ampliar una reserva ya existente, parece lógico partir de la idea de que se trata de la formulación tardía de una reserva y aplicarle las reglas correspondientes (véase más abajo).

186. Aunque esos dos postulados parecen ser casi evidentes, conviene asegurarse brevemente de su pertinencia a la luz de la práctica.

en que había sido formulada inicialmente»; con un «retiro parcial», como su nombre indica, no se sustituye una reserva por otra sino, más bien, una formulación por otra.

Restricción del alcance de las reservas (retiro parcial)

187. Según la doctrina dominante, «puesto que cabe retirar una reserva, tal vez en determinadas circunstancias sea posible modificar o incluso sustituir una reserva, siempre que el resultado consista en limitar su efecto»³³⁰. Aunque ese principio esté formulado en tono cauteloso no es muy discutible y puede afirmarse más categóricamente: nada se opone a la modificación de una reserva siempre que dicha modificación restrinja su alcance y se considere un retiro parcial.

188. Es evidente que esto no plantea el menor problema cuando la modificación está expresamente prevista en el tratado. Aunque sea relativamente infrecuente, existen cláusulas relativas a las reservas en este sentido³³¹. Así, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 23 de la Convención sobre el contrato de transporte internacional de pasajeros y equipaje en la navegación interior (Convención CVN) dispone:

La declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo [en el que se autorizan las reservas limitadas] podrá formularse, retirarse o modificarse en cualquier momento posterior; en ese caso la declaración, el retiro o la modificación tendrán efecto a partir del nonagésimo día siguiente al de la recepción de la notificación por el Secretario General de las Naciones Unidas.

189. Además, es más frecuente que existan cláusulas relativas a las reservas en las que se prevea expresamente el retiro total o *parcial* de ellas. Así, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 8 de la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, dispone:

El Estado que formule una reserva conforme al párrafo 1 del presente artículo podrá retirarla, en su totalidad o en parte, en cualquier momento después de su aceptación, enviando para ello una notificación al Secretario General de las Naciones Unidas. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción³³².

Asimismo, el párrafo 2 del artículo 17 del Convenio sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, estipula:

³³⁰ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, pág. 128. Véase también Imbert, *op. cit.*, pág. 293, y Polakiewicz, *op. cit.*, pág. 96.

³³¹ Naturalmente, también ocurre esto cuando el tratado autoriza la formulación de reservas nuevas después de su entrada en vigor.

³³² Véase también, por ejemplo, el párrafo 4 del artículo 50 de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes: «El Estado que había formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas».

Todo Estado contratante que haya formulado una reserva [...] podrá retirarla en su totalidad o en parte mediante notificación al Secretario General del Consejo de Europa. El retiro surtirá efecto en la fecha en que reciba la notificación el Secretario General³³³.

Igualmente, en virtud del párrafo 2 del artículo 15 del Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea:

Los Estados miembros que hayan formulado una reserva podrán retirarla en todo momento, total o parcialmente, dirigiendo una notificación al depositario. La retirada surtirá efecto en la fecha de recepción de la notificación por el depositario.

190. Su mención simultánea en numerosas cláusulas de convenios pone de manifiesto las estrechas relaciones que existen entre el retiro total y parcial de las reservas. Sin embargo, esta semejanza, que confirma la práctica, es a veces impugnada por la doctrina.

191. Cuando se elaboraba el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados en la Comisión, el Sr. Waldock sugirió que se aprobara un proyecto de artículo en el que se situara en el mismo plano el retiro total y parcial de las reservas³³⁴. Tras su examen por el Comité de Redacción, este proyecto fue enviado al plenario sin que figurase en él la menor mención a la posibilidad de retirar una reserva «en parte»³³⁵, sin que se pueda deducir de las actas resumidas de los debates la razón de tal cambio.

192. La explicación más verosímil es que pareció evidente: «quien puede más, puede menos» y, ante el silencio más bien sorprendente del comentario, cabe suponer que por la palabra «retiro» se debe entender «retiro total o parcial».

³³³ Véase también, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 13 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo: «Todo Estado que haya formulado una reserva en virtud del párrafo anterior podrá retirarla en su totalidad o en parte mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, la cual surtirá efecto en la fecha en que se reciba». Con respecto a otros ejemplos de convenios celebrados bajo los auspicios del Consejo de Europa que contienen una cláusula comparable, véase el párrafo 97 *supra*.

³³⁴ Véase el párrafo 6 del proyecto de artículo 17, que figura en el primer informe sobre el derecho relativo a los tratados del Sr. Waldock, *Anuario... 1962*, vol. II, pág. 70.

³³⁵ *Ibid.*, pág. 210 (art. 22); sobre las modificaciones introducidas por el Comité de Redacción en el proyecto del Relator Especial, véase el párrafo 70 *supra*.

193. Pero ello no es tan evidente y la doctrina se muestra algo indecisa al respecto. Por ejemplo, en su libro fundamental sobre las reservas publicado en 1979, Imbert lamenta que las modificaciones cuyo objeto era reducir el alcance de las reservas de las que tenía conocimiento sólo hubieran sido posibles «porque no habían presentado objeciones las demás partes contratantes», a la vez que subraya que «[h]abría que apoyar ese procedimiento que permite a los Estados adaptar progresivamente su participación en el tratado a la evolución de su legislación nacional y puede constituir una transición hacia el retiro total de las reservas»³³⁶.

194. En la práctica, parece haberse sobreentendido, por lo menos en el marco europeo. Polakiewicz menciona un cierto número de reservas formuladas en el marco del Consejo de Europa que fueron modificadas sin que ello planteara objeciones³³⁷. Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha mostrado cierta flexibilidad en cuanto al requisito temporal que figura en el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos³³⁸:

Como la legislación interna se puede modificar de vez en cuando, la Comisión ha considerado que una modificación de la ley protegida por la reserva, aun cuando entrañe una modificación de ésta, no contradice la exigencia temporal del artículo 64. Según la Comisión, a pesar de los términos utilizados en el artículo 64, «en la medida en que una ley entonces en vigor en su territorio no sea conforme [...] la reserva formulada por Austria el 3 de septiembre de 1958 [(1958-59) 2 *Annuaire* 88-91] abarca [...] la ley de 5 de julio de 1962, la cual no ha tenido como resultado ampliar a posteriori el ámbito sustraído al control de la Comisión»³³⁹.

195. Esta última precisión es esencial y da probablemente la clave de esta jurisprudencia: *puesto que* la nueva ley restringe el ámbito de la reserva, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha considerado que estaba cubierta por ésta³⁴⁰. Técnicamente, no se trata de una

modificación de la reserva propiamente dicha sino del efecto de la modificación de la legislación interna; sin embargo, parece legítimo razonar de la misma manera. Por lo demás, en algunos casos, los Estados han modificado oficialmente sus reservas al Convenio europeo de derechos humanos (en el sentido de reducir su alcance) sin que hayan protestado las demás partes contratantes³⁴¹.

196. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede interpretarse de la misma manera en el sentido de que, si bien se niega a extender a leyes nuevas más restrictivas el beneficio de una reserva hecha en el momento de la ratificación, procede de diferente manera si la ley posterior a la ratificación «no va más lejos que una ley en vigor en la fecha en que se formuló la reserva mencionada»³⁴².

197. Sin embargo, las repercusiones del caso *Belilos*³⁴³ plantean dudas a ese respecto.

198. Después de la posición, muy discutible³⁴⁴, adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de las consecuencias de su determinación de que la «declaración» suiza formulada en 1974 en relación con el párrafo 1 del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos no era válida³⁴⁵, Suiza, después de muchas dudas, modificó en un primer momento su declaración —que el Tribunal consideró semejante a una reserva, al menos en lo que respecta a las reglas aplicables—, a fin de hacerla compatible con el fallo de 29 de abril de 1988³⁴⁶. La «declaración interpretativa» modificada de esa forma fue notificada por Suiza al Secretario General del Consejo de Europa, depositario del Convenio, y al Comité de Ministros «en su calidad de órgano de supervisión de la ejecución de los fallos del Tribunal»³⁴⁷. Esas notificaciones no parecen haber dado lugar a una impugnación ni

³³⁶ *Op. cit.*, pág. 293. Curiosamente, Flauss remite a esa obra (pero a la página 163, en la que no se dice nada de eso) para estimar que «parece admitirse que un Estado parte en un tratado puede restringir el alcance de una reserva» («Le contentieux...», pág. 301).

³³⁷ *Op. cit.*, pág. 96; es cierto que parece tratarse más de «declaraciones relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno» en el sentido del proyecto de directriz 1.4.5 [1.2.6] aprobado por la Comisión en su 51.º período de sesiones (*Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 125 a 127), que de reservas propiamente dichas.

³³⁸ Artículo 57 desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 del Convenio, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por Convenio:

«1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley entonces en vigor en su territorio no sea conforme a esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate».

³³⁹ Schabas, «Article 64», pág. 932. Véanse los informes de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre los asuntos *Association X c. Autriche*, demanda n.º 473/59, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, vols. 1 y 2 (1960), pág. 400; y *X c. Autriche*, demanda n.º 8180/78, *Décisions et rapports*, vol. 20, págs. 23 a 25.

³⁴⁰ Véase la opinión parcialmente disidente del magistrado Valticos en el asunto *Chorherr c. Autriche*: «En caso de modificación de la ley, la divergencia a la que se refiere la reserva podría probablemente, si no se quiere ser estricto, ser mantenida en el nuevo texto, pero, naturalmente, no podría agravarse» (Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, demanda n.º 13308/87, sentencia de 25 de agosto de 1993, *série A n.º 226-B*, pág. 40).

³⁴¹ Véanse los retiros parciales sucesivos por Finlandia de su reserva al artículo 6 en 1996, 1998, 1999 y 2001 (<http://conventions.coe.int>).

³⁴² Asunto *Campbell et Cosans*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 25 de febrero de 1982, *série A n.º 48*, pág. 17, párr. 37, apdo. b.

³⁴³ *Belilos c. Suisse*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 132*, sentencia de 29 de abril de 1988, párr. 60.

³⁴⁴ Véase el segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 81 y ss., párrs. 218 a 230. Los párrafos 198 a 201 del presente informe recogen en gran medida las ideas expresadas en el segundo informe (*ibid.*, párrs. 216 a 252).

³⁴⁵ El Tribunal consideró que «la declaración en cuestión no se ajusta a dos de los imperativos del artículo 64 del Convenio [véase la nota 338 *supra*], por lo que corresponde considerarla inválida» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Belilos, série A n.º 132*, pág. 28, párr. 60) y que, «no cabe dudar de que Suiza se considera obligada por el Convenio independientemente de la validez de la declaración» (*ibid.*).

³⁴⁶ Considerando (con toda razón) que la censura del Tribunal no se refería más que al «aspecto penal», Suiza había limitado su «declaración» a los procedimientos civiles.

³⁴⁷ Flauss, «Le contentieux...», pág. 298, nota 9; véase también Schabas, «Reservations to human right treaties: time for innovation and reform», pág. 49. Para las referencias a esas notificaciones, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1496, n.º 2889, anexo A, págs. 234 y 235; vol. 1525, pág. 213; vol. 1561, págs. 386 y 387, y resolución (89) 24 del Comité de Derechos Humanos, de 19 de septiembre de 1989.

planteado dificultades ante los órganos del Convenio o respecto de los demás Estados partes³⁴⁸.

199. Sin embargo, los resultados fueron distintos en los propios tribunales suizos. En efecto, en su sentencia de 17 de diciembre de 1992, dictada en el asunto *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, el Tribunal Federal suizo consideró que, en relación con los motivos del fallo *Belilos*, era toda la «declaración interpretativa» de 1974 la que era nula y que, por lo tanto, no había una reserva válidamente formulada que pudiera modificarse 12 años más tarde; en todo caso, se trataría de una reserva nueva, lo que no era compatible de la condición *ratione temporis* impuesta a la formulación de reservas por el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos³⁴⁹ y el artículo 19 de la Convención de Viena de 1969³⁵⁰. El 29 de agosto de 2000, Suiza retiró oficialmente la «declaración interpretativa» relativa al artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos³⁵¹.

200. Pese a las apariencias, no cabría deducir de ese importante fallo que si un órgano de supervisión de tratados normativos determina la invalidez de una reserva (se trate o no de derechos humanos) queda excluida la posibilidad de modificar la reserva impugnada. En efecto:

a) La posición del Tribunal Federal suizo se basa en la idea de que, en este caso, la «declaración» de 1974 era inválida en su conjunto (aun cuando no hubiera sido invalidada expresamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)³⁵²; y, sobre todo,

b) En ese mismo fallo, el Tribunal Federal suizo indica que:

Si la declaración de 1988 no representa más que una precisión y una limitación de la reserva formulada en 1974, nada se opone a esta manera de proceder. Aun cuando ni el artículo 64 del Convenio europeo de derechos humanos ni la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969 (RS 0.111), regulan expresamente esta cuestión, cabe considerar que una nueva formulación de una reserva ya existente debe, por regla general, ser siempre posible cuando tenga por objeto restringir su alcance. Esta manera de proceder no limita al compromiso

³⁴⁸ Sin embargo, algunos autores han impugnado su validez; véase Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», pág. 314, y las obras mencionadas en el fallo del Tribunal Federal suizo en el asunto *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, decisión de 17 de diciembre de 1992 (párr. 6, apdo. b), *Journal des Tribunaux*, 1995, pág. 523 y por Flauss, «Le contentieux...», pág. 300, así como la posición de este mismo autor; sin embargo, esas objeciones se referían más al fondo que a la posibilidad misma de modificar una (¿cuasi?) reserva.

³⁴⁹ Véase la nota 338 *supra*.

³⁵⁰ Se recogen largos extractos del fallo del Tribunal Federal suizo traducidos al francés en *Journal des Tribunaux*, 1995, págs. 523 a 537 (el texto alemán figura en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, vol. 20 (1993)). Los pasajes aquí pertinentes figuran en el párrafo 7 de la sentencia del texto en francés (págs. 533 a 537).

³⁵¹ Véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 2123, n.º 2889, pág. 141.

³⁵² Según el Relator Especial, esta circunstancia no afecta, sin embargo, a la facultad del Estado que formula la reserva de modificar ésta en un sentido volviéndola válida; por lo demás, en sus Conclusiones preliminares de 1997, la Comisión consideró que corresponde al Estado sacar las consecuencias de la inadmisibilidad de una reserva (párr. 10 de las Conclusiones preliminares, *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58). No parece necesario volver a examinar (o resolver) este problema en la etapa actual.

interestatal del Estado interesado, sino que lo aumenta de conformidad con la Convención³⁵³.

201. Esto constituye una excelente presentación del derecho aplicable y del motivo fundamental que lo sostiene: no hay ninguna razón válida para oponerse a que un Estado limite el alcance de una reserva anterior procediendo a retirarla, aunque sea parcialmente; se asegura mejor la integridad del tratado y no se excluye que, como consecuencia, algunas otras partes retiren las objeciones que hubieran podido hacer a la reserva inicial³⁵⁴. Por añadidura, como se ha observado, si no existiera esa posibilidad, se rompería la relación de igualdad entre las partes (cuando, por lo menos, existe un órgano de supervisión del tratado): «Los Estados que se hayan adherido a la Convención hace mucho tiempo podrían considerarse víctimas de un trato desigual en relación con otros Estados que hayan ratificado la Convención [más tarde] y, *a fortiori*, en relación con las futuras partes contratantes»³⁵⁵, las cuales tienen la ventaja de conocer las posiciones adoptadas por el órgano de supervisión en cuanto a la validez de reservas comparables a las que tal vez se propusieran formular y, en consecuencia, pueden adaptarlas.

202. Por otra parte, son consideraciones de este tipo³⁵⁶ las que han llevado a la Comisión a estimar, en sus Conclusiones preliminares de 1997, que, al verificar las consecuencias de la inadmisibilidad de una reserva³⁵⁷, puede que, «por ejemplo, [...] el Estado modifique su reserva para eliminar la inadmisibilidad»³⁵⁸: es evidente que esto sólo es factible cuando le cabe la posibilidad de modificar la reserva en el sentido de un retiro parcial.

203. En la práctica, los retiros parciales están lejos de ser inexistentes, aunque no sean muy frecuentes, pero los retiros de reservas, en general, no son muy abundantes. En 1988, Horn señaló que, de 1.522 reservas o declaraciones interpretativas formuladas respecto de tratados de los que era depositario el Secretario General de las Naciones Unidas, «47 se han retirado en su totalidad o en parte»³⁵⁹. Añadió que «en la mayoría de los casos, es

³⁵³ *F. c. R et Conseil d'État du canton de Thurgovie* (nota 350 *supra*), pág. 535. Curiosamente, Flauss, que no cita este pasaje en el, por otra parte, notable comentario que hace sobre el fallo antes mencionado, afirma que, «[e]n primer lugar, es difícil, en las condiciones del derecho de la Convención y del derecho internacional de los tratados, reconocer a los Estados 'condenados' un derecho de adaptación, suponiendo incluso que se circunscriba a los casos de invalidez parcial» («Le contentieux...», pág. 298).

³⁵⁴ En este sentido, véase Horn, *op. cit.*, pág. 223; no obstante, el autor declara no conocer ningún caso concreto de retiro de una objeción en tales circunstancias. El Relator Especial tampoco ha tenido conocimiento de esa manera de proceder, que, sin embargo, sería muy oportuna.

³⁵⁵ Flauss, «Le contentieux...», pág. 299; el autor se sitúa aquí (sin razón, según el Relator Especial) *de lege ferenda*.

³⁵⁶ Véase *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 49, 50, 55 y 56, párrs. 86 y 141 a 144, y el segundo informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 1996*, vol. II (primera parte), págs. 85 y 86, párrs. 241 a 251.

³⁵⁷ Véase la nota 356 *supra*.

³⁵⁸ Párr. 10 de las Conclusiones preliminares, *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 58.

³⁵⁹ Horn, *op. cit.*, pág. 226. De esos 47 retiros, 11 tuvieron lugar con ocasión de una sucesión de Estados. No es dudoso que un Estado sucesor pueda retirar parcial o totalmente las reservas de su predecesor (véase el artículo 20 de la Convención de Viena de 1978), pero, como decidió la Comisión (véanse *Anuario... 1995*,

decir, 30 declaraciones, los retiros han sido parciales. De éstos, 6 han sido retiros sucesivos que sólo en 2 casos han llegado al retiro total»³⁶⁰. La tendencia, aunque no se ha acelerado, no ha decrecido desde entonces y se pueden citar bastantes ejemplos:

a) El 11 de noviembre de 1988, Suecia procedió al retiro parcial de su reserva al párrafo 2 del artículo 9 de la Convención sobre la Tramitación en el Extranjero de las Demandas de Prestación de Alimentos³⁶¹;

b) En dos ocasiones, en 1986 y 1995, ese mismo país procedió al retiro parcial o total de algunas de sus reservas a la Convención internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión³⁶²;

c) El 5 de julio de 1995, después de presentar varias objeciones, la Jamahiriya Árabe Libia modificó «haciéndola más específica», la reserva general que había formulado al adherirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer³⁶³.

204. En todos esos casos, que no son sino algunos ejemplos, el Secretario General, depositario de los instrumentos pertinentes, tomó nota de la modificación sin hacer el menor comentario.

205. Sin embargo, la práctica del Secretario General no es absolutamente constante y, ante modificaciones que parezcan restringir mucho el alcance de las reservas, actúa como en el caso de la formulación tardía de las reservas³⁶⁴ y se limita, «de conformidad con la práctica seguida en casos análogos», a «recibir en depósito la modificación salvo objeciones por parte de un Estado contratante, ya sea al propio depósito o al procedimiento previsto»³⁶⁵.

vol. II (segunda parte), párr. 477; o *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), párr. 221), todos los problemas de las reservas relacionadas con una sucesión de Estados se estudiarán *in fine* y serán objeto de un capítulo distinto de la Guía de la práctica.

³⁶⁰ Horn, *op. cit.* Sin embargo, estas estadísticas deben considerarse con cautela: por ejemplo, el autor no cita, en realidad, más que un ejemplo de retiros parciales sucesivos que hayan llevado al retiro total de la reserva (véase *ibid.*, pág. 438, nota 26): el de Dinamarca y la Convención sobre el estatuto de los refugiados pero, en realidad: a) se trata, en lo fundamental (con una excepción, sin embargo), de retiros totales de reservas diferentes, y b) una de las reservas danesas iniciales, reformulada, subsiste (véase *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), cap. V.2, pág. 349, nota 18).

³⁶¹ Véase *ibid.*, vol. II, pág. 203, nota 10; véase también la «reformulación» por parte de Suecia (en 1966) de una de sus reservas a la Convención sobre el estatuto de los refugiados, al mismo tiempo que retiraba otras reservas (*ibid.*, vol. I, pág. 350, nota 25) y el retiro parcial (en 1963), luego total (en 1980) de una reserva de Suiza a esa misma Convención (*ibid.*, nota 26).

³⁶² *Ibid.*, vol. II, pág. 64, nota 8; véase también la modificación de una reserva de Finlandia a la misma Convención, de 10 de febrero de 1994, por la que se reducía su alcance (*ibid.*, nota 6) y la sustitución de una reserva de Noruega en 1989, *ibid.*, nota 7 (pero, en este último caso, no es evidente que se tratara de un retiro parcial).

³⁶³ *Ibid.*, vol. I, pág. 267, nota 31.

³⁶⁴ Véase el quinto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 279 a 325.

³⁶⁵ Naciones Unidas, *Traités multilatéraux...* (nota 178 *supra*), pág. 329, nota 6. Véase el procedimiento seguido, por ejemplo, con respecto a la modificación presentada el 28 de septiembre de 2000 por Azerbaiyán —en un sentido indiscutiblemente restrictivo (que correspondía a las observaciones formuladas por los Estados que habían hecho una objeción a su reserva inicial)— a su reserva al

Esa práctica se justifica en los términos siguientes en el *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*: «Cuando los Estados desean formular nuevas reservas que sustituyan a las que hicieron en el momento del depósito, su acción [se considera] un retiro de las reservas iniciales —lo cual no plantea dificultades— seguido de la formulación de nuevas reservas»³⁶⁶. Esa posición parece confirmarse en una nota del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas de 4 de abril de 2000 en la que se precisaba «la práctica seguida por el Secretario General, en su calidad de depositario, en lo que respecta a las comunicaciones en las que los Estados expresan su intención de modificar reservas a los tratados multilaterales de los que es depositario o que pueden interpretarse en el sentido de que presentan tales modificaciones»; por esa nota se cambió el plazo de respuesta de las demás partes de 90 días a 12 meses³⁶⁷.

206. Aparte de que contradice la práctica que parece predominar cuando la modificación prevista restringe el alcance de la reserva modificada, esa posición tiene más matices de lo que parece a simple vista. La nota de 4 de abril de 2000 debe considerarse conjuntamente con la respuesta dada el mismo día por el Asesor Jurídico a una nota verbal presentada por Portugal en nombre de la Unión Europea en la que se señalaban las dificultades que planteaba el plazo de 90 días. En esa nota, se distingue entre la modificación de una reserva ya existente y el retiro parcial de la misma. Cuando se trata de comunicaciones del segundo tipo, el Asesor Jurídico comparte la preocupación expresada por Portugal de que es muy conveniente que, en la medida de lo posible, las comunicaciones que constituyen únicamente retiros parciales de reservas no estén sujetas al procedimiento apropiado para las modificaciones de las reservas.

207. Por lo tanto, no es más que una cuestión de palabras: el Secretario General llama «modificaciones» a los retiros que amplían el alcance de las reservas y «retiros parciales» a los que lo restringen y éstos no están (o no deberían estar, pese a una práctica a veces indecisa) sujetos al engorroso procedimiento que se aplica en los casos de formulación tardía de una reserva³⁶⁸. Imponer el plazo de un año antes de que la atenuación de la reserva pueda producir sus efectos y someter éstos al riesgo de un «veto» de sólo una de las otras partes sería sin duda contraproducente y contrario al principio de que conviene, en la medida de lo posible, preservar la integridad del tratado.

208. Puesto que no se trata de una reserva nueva, sino de la atenuación de una reserva ya existente, formulada de nuevo para que se ajusten más las obligaciones del Estado que formula la reserva a las previstas en el tratado, es por lo menos dudoso que las demás partes contratantes

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte.

³⁶⁶ *Précis de la pratique...* (nota 164 *supra*), párr. 206, pág. 62.

³⁶⁷ Nota verbal del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas (modificación de reservas), de 2000, *Manual de tratados* (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.02.V.2), anexo 2, LA41TR/221 (23-1). En el quinto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), párrs. 320 a 324, figuran más detalles sobre ese plazo.

³⁶⁸ Véanse los proyectos de directriz 2.3.1 a 2.3.3 y sus comentarios en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 197 y ss.

puedan oponerse a la nueva formulación³⁶⁹: si han aceptado la reserva inicial, no se entiende que puedan oponerse a la nueva, que se supone que tiene efectos atenuados. Lo mismo que un Estado no puede oponerse a un retiro puro y simple, tampoco puede oponerse a un retiro parcial.

209. A pesar de que existen algunos elementos de incertidumbre, del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que la modificación de una reserva que tenga el efecto de restringir su alcance debe someterse al mismo régimen jurídico que un retiro total. A fin de evitar ambigüedades, sobre todo teniendo en cuenta la terminología utilizada por el Secretario General de las Naciones Unidas³⁷⁰, más vale referirse aquí a «retiro parcial».

210. Podría bastar un proyecto de directriz para dar cuenta de que las reglas aplicables en el caso de un retiro parcial de una reserva son las mismas que se aplican en el caso de un retiro total; sin embargo, para evitar confusiones convendría precisar la definición de lo que constituye un retiro parcial. Ese proyecto podría redactarse de la manera siguiente:

«2.5.11 Retiro parcial de una reserva

1. El retiro parcial de una reserva está sujeto a las mismas reglas de forma y procedimiento que el retiro total y surte efecto en las mismas condiciones.

2. El retiro parcial de una reserva es la modificación de esa reserva por el Estado o la organización internacional que la formularon y su objeto es atenuar el efecto jurídico de la reserva y garantizar de forma más completa la aplicación de las disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto, a ese Estado o a esa organización internacional.»

211. Esta definición se basa lo más fielmente posible en la propia definición de las reservas que se desprende del artículo 2, párr. 1, apdo. *d*, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 y de los proyectos de directriz 1.1 y 1.1.1.

212. Mientras que la forma y el procedimiento del retiro parcial deben sin duda ajustarse a las del retiro puro y simple y no hay ningún problema para que puedan remitirse implícitamente (o explícitamente si la Comisión considerase que de esta manera resulta más claro) a los proyectos de directriz 2.5.1, 2.5.2, 2.5.5 [2.5.5 *bis*, 2.5.5 *ter*], 2.5.6 [2.5.6 *bis*, 2.5.6 *ter*], 2.5.9, 2.5.10 y, tal vez, 2.5.3, se plantea, en cambio, el problema de saber si las disposiciones de los proyectos de directriz 2.5.4 (Retiro de reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado), 2.5.7 (Efecto del retiro de una reserva) y 2.5.8 (Efecto del retiro de una reserva en caso de objeción a la reserva, acompañada de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva) pueden aplicarse a los casos de retiro parcial.

³⁶⁹ Mientras que no cabe duda de que pueden retirarse sus objeciones iniciales que, al igual que las propias reservas, pueden retirarse en cualquier momento (véase el artículo 22, párr. 2, de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986); véase también el párrafo 201 *supra*.

³⁷⁰ Véanse los párrafos 205 a 207 *supra*.

213. El caso más delicado es probablemente aquel en que un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado haya constatado que la reserva inicial no era válida³⁷¹. La jurisprudencia en el asunto *Belilos* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las consecuencias que sacó de aquella el Tribunal Federal suizo en el asunto *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*³⁷² pueden llevar a pensar que si el órgano de supervisión ha invalidado la reserva (o si cabe deducir su irregularidad del razonamiento que ha seguido), la única solución posible es el retiro puro y simple de la reserva (pues no se puede modificar una reserva considerada nula *ab initio*); en ese caso, las disposiciones del proyecto de directriz 2.5.4 no pueden aplicarse, *mutatis mutandis*, al retiro parcial; éste no puede preverse y únicamente el retiro total constituye para el Estado o la organización internacional que formula la reserva «uno de los medios de [...] cumplir con las obligaciones que le corresponden».

214. Pero ese razonamiento está lejos de ser indiscutible. Se basa en el postulado de que un órgano de supervisión puede sacar por sí mismo las consecuencias de la inadmisibilidad que ha constatado de la reserva. Esa no es la posición que adoptó la Comisión en sus Conclusiones preliminares de 1997³⁷³. Lo único que importa es que el autor de la reserva respete las condiciones de validez de ésta; si puede hacerlo procediendo a su retiro parcial, no habría razón para impedirlo, sobre todo teniendo en cuenta que si no se le permitiera hacerlo, se correría el peligro de incitarle a denunciar pura y simplemente el tratado, lo que es contrario al principio de universalidad con frecuencia invocado, mientras que la modificación de la reserva establece el equilibrio deseado entre la integridad de la convención y la universalidad de la participación (cuando se busca ésta).

215. Así pues, si el retiro parcial constituye uno de los medios por los que el Estado o la organización internacional pueden cumplir sus obligaciones en caso de que se constate la inadmisibilidad de una reserva de la que son autores, se plantea la cuestión de saber si conviene precisarlo en la Guía de la práctica y de qué forma. En opinión del Relator Especial, hay tres posibilidades en este sentido:

a) Se podría simplemente precisarlo en los comentarios a los proyectos de directrices 2.5.4 y/o 2.5.11; pero remitir las precisiones al comentario es con frecuencia una solución fácil, especialmente discutible cuando se trata de la redacción de una Guía de la práctica que debe, en la medida de lo posible, proporcionar respuestas a todas las cuestiones que los usuarios se puedan plantear legítimamente;

b) O bien se podría adoptar un proyecto de directriz copiado del segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.4, cuyo texto podía ser el siguiente:

«2.5.11 bis Retiro parcial de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado

³⁷¹ Véase el proyecto de directriz 2.5.4, párr. 114 *supra*.

³⁷² Véanse los párrafos 199 a 201 *supra*.

³⁷³ Véanse la nota 356 y el párrafo 202 *supra*.

Cuando un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado al que se refiera una reserva haya constatado la inadmisibilidad de esa reserva, el Estado o la organización internacional que la hayan formulado podrán cumplir las obligaciones que les incumben retirándola parcialmente de acuerdo con esa constatación.»

c) O bien se podría intercalar, en el segundo párrafo del proyecto de directriz 2.5.4, la mención de la posibilidad de un retiro parcial; pero modificar sólo esa directriz y no todas las demás que se aplican tanto al retiro parcial como al retiro total no parece, *a priori*, muy lógico; ahora bien, la individualización del proyecto de directriz 2.5.11 parece indispensable.

216. Sin embargo, el Relator Especial prefiere una solución de ese tipo, siempre que no lleve a la eliminación del proyecto de directriz 2.5.11. Ese objetivo puede lograrse fusionando los proyectos de directrices 2.5.4 y 2.5.11 *bis* y trasladando este único proyecto al final de la sección 2.5 de la Guía de la práctica. El texto de ese proyecto podría ser el siguiente:

«2.5.X Retiro de las reservas consideradas inadmisibles por un órgano de supervisión de la aplicación de un tratado

1. La constatación de la inadmisibilidad de una reserva por un órgano de supervisión de la aplicación del tratado al que se refiera la reserva no constituirá el retiro de esa reserva.

2. El Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva deberán tomar las disposiciones que corresponda. El retiro total o parcial de la reserva constituye uno de los medios de que disponen el Estado o la organización internacional para cumplir las obligaciones que les incumben.»

217. No cabe dudar mucho en lo que respecta al efecto del retiro parcial de una reserva: no puede equipararse al de un retiro total y no cabe afirmar que «el retiro *parcial* de una reserva entraña la aplicación del tratado *en su integridad* en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que retiran *parcialmente* la reserva y todas las demás partes, con independencia de que hayan aceptado la reserva o hayan formulado objeciones al respecto»³⁷⁴. Es cierto que el tratado puede aplicarse de manera más completa en las relaciones entre el Estado o la organización internacional que hayan formulado la reserva y las demás partes contratantes, pero no «en su integridad», porque se supone que la reserva (si bien atenuada) sigue existiendo.

218. Se plantea otro problema concreto en el caso de un retiro parcial. El efecto del retiro total es dejar sin efecto las objeciones que se hubieran formulado a la reserva inicial³⁷⁵, incluso si esas objeciones se derivaran de la negativa a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva³⁷⁶. No hay motivos para que así ocurra en el caso

³⁷⁴ Véase el proyecto de directriz 2.5.7, párr. 184 *supra*.

³⁷⁵ *Ibid.* («con independencia de que hayan aceptado la reserva o hayan formulado objeciones al respecto»).

³⁷⁶ Véase el proyecto de directriz 2.5.8, párr. 184 *supra* («El retiro de una reserva entraña la entrada en vigor del tratado en las

de un retiro parcial. Es cierto que los Estados o las organizaciones internacionales que hubieran formulado objeciones deberían reexaminarlas y retirarlas si el motivo o los motivos por los que las hubieran formulado hubieran desaparecido al modificarse la reserva y sin duda pueden proceder a retirarlas³⁷⁷; pero no tienen obligación de hacerlo y pueden mantenerlas si lo juzgan oportuno³⁷⁸.

219. La única cuestión que de verdad se plantea a este respecto es la de saber si se deben confirmar sus objeciones oficialmente o si se considera que éstas se aplican a la reserva en su nueva formulación. A la luz de la práctica, no parecen plantearse dudas en cuanto a que se impone esa presunción de continuidad: como se indicó anteriormente³⁷⁹, no parece haber casos en los que el retiro parcial de una reserva haya llevado a que se retirasen las objeciones y el Secretario General de las Naciones Unidas, en tanto que depositario, parece considerar que se da por sentado que la objeción sigue en pie³⁸⁰. Ello parece bastante lógico: el retiro parcial no hace desaparecer la reserva inicial y no constituye una nueva reserva; *a priori*, las objeciones que se le hayan formulado siguen, pues, aplicándose legítimamente mientras sus autores no las retiren.

220. Así pues, parece indispensable formular un proyecto de directriz concreto sobre el efecto del retiro parcial de una reserva. El texto de ese proyecto podría ser el siguiente:

«2.5.12 Efecto del retiro parcial de una reserva

El retiro parcial de una reserva modifica los efectos jurídicos de la reserva en la medida prevista por la nueva formulación de la reserva. Las objeciones hechas a esa reserva siguen produciendo efectos mientras sus autores no las retiren.»

221. Si bien la formulación de la segunda oración de este proyecto no parece requerir más explicaciones, conviene, en cambio, indicar que la redacción de la primera oración se inspira en la terminología utilizada en el artículo 21 de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986³⁸¹, sin por ello entrar en un debate a fondo de los efectos de las reservas y de las objeciones que se les hayan formulado.

relaciones entre el Estado o la organización internacional que retira y un Estado o una organización internacional que haya formulado una objeción a la reserva y se haya opuesto a la entrada en vigor del tratado con el autor de la reserva»).

³⁷⁷ Véanse el párrafo 201 y la nota 369 *supra*.

³⁷⁸ Mientras que no pueden aprovechar la ocasión de un retiro parcial de una reserva para formular nuevas objeciones; véase el párrafo 208 *supra*.

³⁷⁹ Nota 354.

³⁸⁰ Véase la nota 366 *supra*: las objeciones de Dinamarca, Finlandia, México, Noruega, los Países Bajos o Suecia a la reserva de la Jamahiriya Árabe Libia no fueron modificadas después de que este último país la volviera a formular y siguen figurando en *Traitées multilatéraux...* (nota 178 *supra*), vol. I, págs. 255 a 263.

³⁸¹ Véase el artículo 21, párr. 1:

«Una reserva formulada que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:

a) Modificará con respecto al Estado o a la organización internacional autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma».

**TEXTO CONSOLIDADO DEL CONJUNTO DE PROYECTOS DE DIRECTRICES
APROBADOS POR LA COMISIÓN O PROPUESTOS POR EL RELATOR ESPECIAL***

Guía de la práctica

1. DEFINICIONES

1.1 Definición de reservas¹

Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar oficialmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión en un tratado, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

1.1.1 Objeto de las reservas²

Una reserva tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones de un tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o a la organización internacional que formula la reserva.

1.1.2 Casos en que puede formularse una reserva³

Los casos en que puede formularse una reserva de conformidad con la directriz 1.1 abarcan todos los medios de expresar el consentimiento a quedar obligado por un tratado mencionados en el artículo 11 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

1.1.3 Reservas de alcance territorial⁴

Una declaración unilateral formulada por un Estado con el objeto de excluir la aplicación de un tratado o de algunas de sus disposiciones en un territorio en que ese tratado sería aplicable en ausencia de tal declaración constituye una reserva.

1.1.4 Reservas formuladas al notificar alguna aplicación territorial⁵

Una declaración unilateral formulada por un Estado con el objeto de excluir o modificar el efecto jurídico de algunas disposiciones de un tratado en su aplicación a un territorio respecto del cual el Estado hace una notificación de la aplicación territorial del tratado constituye una reserva.

1.1.5 Declaraciones que tienen por objeto limitar las obligaciones de su autor⁶

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización internacional expresa su consentimiento en obligarse por un tratado, con el objeto de limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva.

1.1.6 Declaraciones que tienen por objeto cumplir una obligación por medios equivalentes⁷

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento en que ese Estado o esa organización expresa su consentimiento en obligarse por un tratado, con el objeto de cumplir una obligación prevista en el tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado, constituye una reserva.

1.1.7 Formulación conjunta de una reserva⁸

La formulación conjunta de una reserva por varios Estados u organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva.

1.1.8 Reservas formuladas en virtud de cláusulas de exclusión⁹

Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional en el momento de expresar su consentimiento en obligarse por un tratado, de

* Los proyectos propuestos por el Relator Especial pero que no han sido aprobados por la Comisión figuran en cursiva.

¹ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 108 y ss.

² Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 99 y ss.

³ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 112 y ss.

⁴ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 113 y ss.

⁵ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, pág. 115 y ss.

⁶ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 101 y ss.

⁷ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, pág. 103.

⁸ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1998*, vol. II (segunda parte), págs. 116 y ss.

⁹ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 114 y ss.

conformidad con una cláusula expresa contenida en dicho tratado que autoriza a las Partes o a algunas de ellas a excluir o modificar el efecto jurídico de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a dichas partes, constituye una reserva.

1.2 *Definición de las declaraciones interpretativas*¹⁰

Se entiende por «declaración interpretativa» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o a algunas de sus disposiciones.

1.2.1 *Declaraciones interpretativas condicionales*¹¹

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional en el momento de la firma, la ratificación, la confirmación formal, la aceptación o la aprobación de un tratado o la adhesión a él, o cuando un Estado hace una notificación de sucesión a un tratado, por la cual ese Estado o esa organización internacional condiciona su consentimiento en obligarse por el tratado a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones, constituye una declaración interpretativa condicional.

1.2.2 *Declaraciones interpretativas formuladas conjuntamente*¹²

La formulación conjunta por varios Estados u organizaciones internacionales de una declaración interpretativa no afecta el carácter unilateral de esa declaración.

1.3 *Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas*¹³

La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa es determinada por el efecto jurídico que aquélla tiene por objeto producir.

1.3.1 *Método para distinguir entre reservas y declaraciones interpretativas*¹⁴

Para determinar si una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado es una reserva o una declaración interpretativa, corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, a la luz del tratado a que se refiere. Se tendrá debidamente en cuenta la intención del Estado o de la organización internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración.

1.3.2 *Enunciado y denominación*¹⁵

El enunciado o la denominación que se den a una declaración unilateral proporcionan un indicio acerca del efecto jurídico perseguido. Esto ocurre, en particular, cuando un Estado o una organización internacional formula varias declaraciones unilaterales a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas.

1.3.3 *Formulación de una declaración unilateral cuando una reserva está prohibida*¹⁶

Cuando un tratado prohíbe las reservas respecto del conjunto de sus disposiciones o de algunas de ellas, se presumirá que una declaración unilateral formulada al respecto por un Estado o por una organización internacional no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de determinadas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al autor de esa declaración.

1.4 *Declaraciones unilaterales distintas de las reservas y de las declaraciones interpretativas*¹⁷

Las declaraciones unilaterales formuladas en relación con un tratado que no sean reservas ni declaraciones interpretativas quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.1 *Declaraciones que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales*¹⁸

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional respecto de un tratado, con el objeto de asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado, constituye un compromiso unilateral que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.2 *Declaraciones unilaterales que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado*¹⁹

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional con el objeto de agregar nuevos elementos a un tratado constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.3 *Declaraciones de no reconocimiento*²⁰

Una declaración unilateral por la que un Estado indica que su participación en un tratado no entraña el

¹⁰ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), págs. 103 y ss.

¹¹ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 109 y ss.

¹² Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 112 y 113.

¹³ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 113 y 114.

¹⁴ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 114 y ss.

¹⁵ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 116 y ss.

¹⁶ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 118 y 119.

¹⁷ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 119 y 120.

¹⁸ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 120 y 121.

¹⁹ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, pág. 121.

²⁰ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 121 y ss.

reconocimiento de una entidad a la que no reconoce constituye una declaración de no reconocimiento que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica, aun cuando tenga por objeto excluir la aplicación del tratado entre el Estado que hace la declaración y la entidad no reconocida.

1.4.4 *Declaraciones de política general*²¹

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional, por la cual ese Estado o esa organización manifiesta su opinión acerca de un tratado o de la materia objeto del tratado, sin el propósito de producir un efecto jurídico sobre el tratado, constituye una declaración de política general que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.5 *Declaraciones relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno*²²

Una declaración unilateral formulada por un Estado o por una organización internacional por la cual ese Estado o esa organización indica la manera en que aplicará un tratado en el ámbito interno, pero que no tiene por objeto afectar como tal sus derechos y obligaciones con respecto a las demás partes contratantes, constituye una declaración informativa que queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.4.6 *Declaraciones unilaterales formuladas en virtud de una cláusula facultativa*²³

1. Una declaración unilateral hecha por un Estado o por una organización internacional de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que autoriza expresamente a las Partes a aceptar una obligación no impuesta de otro modo por el tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

2. Una restricción o condición incluida en tal declaración no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.4.7 *Declaraciones unilaterales por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado*²⁴

Una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional, de conformidad con una cláusula contenida en un tratado que obliga expresamente a las Partes a elegir entre dos o varias disposiciones del tratado, queda fuera del ámbito de aplicación de la presente Guía de la práctica.

1.5 *Declaraciones unilaterales relativas a los tratados bilaterales*²⁵

1.5.1 *«Reservas» a los tratados bilaterales*²⁶

Una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, formulada por un Estado o por una organización internacional después de la rúbrica o firma pero antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral, con el objeto de obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado a la cual el Estado o la organización internacional condiciona la expresión de su consentimiento definitivo en obligarse por el tratado, no constituye una reserva en el sentido de la presente Guía de la práctica.

1.5.2 *Declaraciones interpretativas de tratados bilaterales*²⁷

Los proyectos de directrices 1.2 y 1.2.1 son aplicables a las declaraciones interpretativas formuladas tanto respecto de los tratados multilaterales como de los tratados bilaterales.

1.5.3 *Efecto jurídico de la aceptación de la declaración interpretativa de un tratado bilateral por la otra parte*²⁸

La interpretación resultante de una declaración interpretativa de un tratado bilateral hecha por un Estado o por una organización internacional parte en el tratado y aceptada por la otra parte constituye la interpretación auténtica de ese tratado.

1.6 *Alcance de las definiciones*²⁹

Las definiciones de declaraciones unilaterales incluidas en el presente capítulo de la Guía de la práctica se entienden sin perjuicio de la admisibilidad y de los efectos de tales declaraciones según las normas que les son aplicables.

1.7 *Alternativas a las reservas y las declaraciones interpretativas*

1.7.1 *Alternativas a las reservas*³⁰

A fin de conseguir resultados comparables a los producidos por las reservas, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos alternativos, tales como:

a) La inserción en el tratado de cláusulas restrictivas que limiten su ámbito o su aplicación;

b) La concertación de un acuerdo, por el cual dos o varios Estados u organizaciones internacionales, en aplicación de una disposición expresa de un tratado, se

²¹ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 123 y ss.

²² Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 125 y ss.

²³ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 119 y ss.

²⁴ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 121 y ss.

²⁵ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 1999*, vol. II (segunda parte), pág. 127.

²⁶ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 127 y ss.

²⁷ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 131 y 132.

²⁸ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 132 y 133.

²⁹ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 133 y 134.

³⁰ Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 124 y ss.

proponen excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a sus relaciones entre sí.

1.7.2 *Alternativas a las declaraciones interpretativas*³¹

Para precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones, los Estados o las organizaciones internacionales pueden también recurrir a procedimientos distintos de las declaraciones interpretativas, tales como:

- a) La inserción en el tratado de disposiciones expresas que tengan por objeto interpretarlo;
- b) La concertación de acuerdos complementarios con la misma finalidad.

2. PROCEDIMIENTO

2.1 *Forma y notificación de las reservas*

2.1.1 *Forma escrita*³²

Las reservas deberán formularse por escrito.

2.1.2 *Forma de la confirmación formal*³³

Cuando sea necesaria la confirmación formal de una reserva, dicha confirmación deberá hacerse por escrito.

[2.1.3 *Competencia para formular una reserva en el plano internacional*³⁴

A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en las organizaciones internacionales depositarias de tratados, toda persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la adopción o autenticación del texto de un tratado o de la manifestación del consentimiento de un Estado o de una organización internacional en obligarse por un tratado tendrá competencia para formular una reserva en nombre de dicho Estado o de dicha organización internacional.]

[2.1.3 *Competencia para formular una reserva en el plano internacional*

1. *A reserva de las prácticas habitualmente seguidas en el marco de las organizaciones internacionales depositarias de tratados, una persona tendrá competencia para formular una reserva en nombre de un Estado o de una organización internacional:*

a) *Si dicha persona dispone de plenos poderes adecuados a los efectos de la adopción o autenticación del texto del tratado respecto del cual se formula la reserva o*

de la manifestación del consentimiento del Estado o de la organización en obligarse por ese tratado; o

b) *Si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que la intención de los Estados y las organizaciones internacionales de que se trate ha sido considerar a esa persona competente a esos efectos sin la presentación de plenos poderes.*

2. *En virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, tendrán competencia para formular una reserva en el plano internacional en nombre de un Estado:*

a) *Los jefes de Estado, los jefes de gobierno y los ministros de relaciones exteriores;*

b) *Los representantes acreditados por los Estados en una conferencia internacional, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en dicha conferencia;*

c) *Los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la formulación de una reserva a un tratado adoptado en tal organización u órgano;*

[d) *Los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la formulación de una reserva a un tratado concertado entre los Estados acreditados y esa organización.]]*

[2.1.3 bis *Competencia para formular una reserva en el plano interno*³⁵

La determinación del órgano competente y del procedimiento que haya de seguirse para formular una reserva en el plano interno dependerá del derecho interno de cada Estado u organización internacional.]

2.1.4 *Falta de consecuencias en el plano internacional de la violación de las normas internas relativas a la formulación de reservas*³⁶

El hecho de que una reserva haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento de formulación de reservas no podrá ser alegado por dicho Estado o dicha organización como vicio de esa reserva.

2.1.5 *Comunicación de las reservas*³⁷

1. *Las reservas deberán comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado.*

³¹ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, pág. 130.

³² Este proyecto figura en el sexto informe sobre las reservas a los tratados, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párrs. 40 a 52.

³³ Para la presentación de este proyecto véase *ibid.*

³⁴ Para la presentación de las dos versiones alternativas de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 53 a 71.

³⁵ Para la presentación de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 72 a 77.

³⁶ Para la presentación de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 78 a 82.

³⁷ Para la presentación de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 99 a 129.

2. Las reservas a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o el acto en virtud del cual se haya creado un órgano deliberante facultado para aceptar reservas deberán comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.

2.1.6 Procedimiento de comunicación de las reservas³⁸

1. A menos que el tratado disponga lo contrario o que los Estados y organizaciones contratantes acuerden lo contrario, las comunicaciones relativas a las reservas a los tratados serán transmitidas:

a) En caso de que no haya depositario, directamente por el autor de la reserva a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes; o

b) En caso de que haya un depositario, a éste, que deberá a la brevedad poner dichas comunicaciones en conocimiento de los Estados y organizaciones a los cuales está destinada.

2. Cuando una comunicación relativa a una reserva a un tratado se transmita por correo electrónico, deberá confirmarse por correo postal [o por telefax].

2.1.7 Funciones del depositario³⁹

1. El depositario examinará si una reserva a un tratado, formulada por un Estado u organización internacional, se ha hecho en debida forma.

2. En caso de divergencia entre un Estado o una organización internacional y el depositario en relación con el desempeño de esta función, el depositario deberá señalar la cuestión a la atención:

a) De los Estados y organizaciones signatarios, así como de los Estados contratantes y las organizaciones contratantes;

b) En su caso, del órgano competente de la organización internacional de que se trata.

2.1.7 bis Casos de reservas manifiestamente inadmisibles⁴⁰

1. Cuando una reserva sea manifiestamente inadmisibles a juicio del depositario, éste señalará a la atención de su autor lo que, en su opinión, causa esa inadmisibilidad.

2. Si el autor mantiene la reserva, el depositario comunicará su texto a los Estados y organizaciones internacionales signatarios, así como a los Estados y organizaciones internacionales contratantes, al que adjuntará

el texto del intercambio de pareceres que mantuvo con el autor de la reserva.

2.1.8 Fecha en que se considerarán efectuadas las comunicaciones relativas a las reservas⁴¹

Las comunicaciones relativas a las reservas se considerarán efectuadas por los autores de las reservas a partir del momento en que las reciban los Estados o las organizaciones a los que estén destinadas.

2.2 Confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma

2.2.1 Confirmación formal de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado⁴²

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse. En tal caso, se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.2.2 Inexigibilidad de la confirmación de las reservas formuladas en el momento de la firma de un tratado⁴³

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada ulteriormente cuando un Estado o una organización internacional manifieste mediante esa firma su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.2.3 Reservas en el momento de la firma previstas expresamente en el tratado⁴⁴

Una reserva formulada en el momento de la firma de un tratado, cuando éste prevea expresamente la facultad de un Estado o una organización internacional de formular una reserva en esa etapa, no necesitará confirmación formal en el momento en que el Estado o la organización internacional autor de la reserva expresa su consentimiento en obligarse.

2.3 Reservas formuladas tardíamente⁴⁵

2.3.1 Formulación tardía de una reserva⁴⁶

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una reserva a un tratado después de haber manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que

³⁸ Para la presentación de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 135 a 154.

³⁹ Para la presentación de este proyecto, véase *ibid.*, párrs. 156 a 170.

⁴⁰ Para la presentación de este proyecto, véanse los párrafos 44 a 46 *supra*.

⁴¹ Para la presentación de este proyecto, véase *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 155.

⁴² Véase el comentario a esta disposición en *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), págs. 192 y ss.

⁴³ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 195 y 196.

⁴⁴ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 196 y 197.

⁴⁵ Véase el comentario a este epígrafe en *ibid.*, párr. 197.

⁴⁶ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 197 y ss.

ninguna de las demás partes contratantes haga objeción a esa formulación tardía de la reserva.

2.3.2 *Aceptación de la formulación tardía de una reserva*⁴⁷

Salvo que el tratado disponga otra cosa o que la práctica bien establecida seguida por el depositario sea diferente, se considerará que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada por una Parte contratante si ésta no ha hecho ninguna objeción a esa formulación dentro de los 12 meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva.

2.3.3 *Objeción a la formulación tardía de una reserva*⁴⁸

Si una Parte contratante en un tratado hace objeciones a la formulación tardía de una reserva, el tratado entrará o seguirá en vigor con respecto al Estado o a la organización internacional que haya formulado la reserva sin que ésta surta efecto.

2.3.4 *Exclusión o modificación ulterior del efecto jurídico de un tratado por medios distintos de las reservas*⁴⁹

Una Parte contratante en un tratado no podrá excluir ni modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado mediante:

a) La interpretación de una reserva hecha anteriormente; o

b) Una declaración unilateral hecha posteriormente en virtud de una cláusula facultativa.

2.4 *Procedimiento relativo a las declaraciones interpretativas*

2.4.1 *Formulación de las declaraciones interpretativas*⁵⁰

Las declaraciones interpretativas deberán ser formuladas por una persona competente para representar a un Estado o a una organización internacional a los efectos de la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para expresar el consentimiento de un Estado o una organización internacional en obligarse por un tratado.

[2.4.1 bis *Competencia para formular una declaración interpretativa en el plano interno*⁵¹

1. La determinación del órgano competente y del procedimiento para formular una declaración interpretativa en el plano interno dependerá del derecho interno de cada Estado u organización internacional.

⁴⁷ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 201 y ss.

⁴⁸ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 203 y 204.

⁴⁹ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 204 y 205.

⁵⁰ Este proyecto figura en *ibid.*, vol. II (primera parte), párrs. 88 a 90.

⁵¹ Este proyecto figura en *ibid.*, párrs. 91 a 95.

2. El hecho de que una declaración interpretativa haya sido formulada en violación de una disposición del derecho interno de un Estado o de las reglas de una organización internacional relativas a la competencia y al procedimiento para la formulación de declaraciones interpretativas no podrá ser alegado por dicho tratado o dicha organización como vicio de esa declaración.]

2.4.2 *Formulación de declaraciones interpretativas condicionales*⁵²

1. Las declaraciones interpretativas condicionales deberán formularse por escrito.

2. Cuando sea necesaria la confirmación formal de una declaración interpretativa condicional, dicha confirmación se hará de la misma forma.

3. Las declaraciones interpretativas condicionales deberán comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales facultados para llegar a ser partes en el tratado. Las declaraciones interpretativas condicionales relativas a un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o el acto en virtud del cual se haya creado un órgano deliberante facultado para aceptar reservas deberán comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.

2.4.3 *Momentos en que se puede formular una declaración interpretativa*⁵³

A reserva de lo dispuesto en las directrices 1.2.1, 2.4.6 y 2.4.7, se podrá formular una declaración interpretativa en cualquier momento.

2.4.4 *Inexigibilidad de la confirmación de las declaraciones interpretativas formuladas en el momento de la firma de un tratado*⁵⁴

Una declaración interpretativa formulada en el momento de la firma de un tratado no tendrá que ser confirmada posteriormente por un Estado o una organización internacional al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado.

2.4.5 *Confirmación formal de las declaraciones interpretativas condicionales formuladas en el momento de la firma de un tratado*⁵⁵

La declaración interpretativa condicional que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, acto de confirmación formal, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado o por la organización internacional autor de la declaración interpretativa al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso,

⁵² Este proyecto figura en *ibid.*, párrs. 83 a 87.

⁵³ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, vol. II (segunda parte), págs. 205 y 206.

⁵⁴ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, pág. 206.

⁵⁵ Véase el comentario a esta disposición en *ibid.*, págs. 206 y 207.

se considerará que la declaración interpretativa ha sido hecha en la fecha de su confirmación.

2.4.6 *Formulación tardía de una declaración interpretativa*⁵⁶

Cuando un tratado disponga que una declaración interpretativa únicamente puede hacerse en momentos determinados, los Estados, o las organizaciones internacionales, no podrán formular ulteriormente una declaración interpretativa relativa a ese tratado, a menos que ninguna de las demás Partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

2.4.7 *Formulación tardía de una declaración interpretativa condicional*⁵⁷

Los Estados o las organizaciones internacionales no podrán formular una declaración interpretativa condicional relativa a un tratado después de haber expresado su

⁵⁶ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, págs. 207 y 208.

⁵⁷ Véase el comentario a esta disposición en *ibíd.*, pág. 208.

consentimiento en obligarse por el tratado, a menos que ninguna de las demás Partes contratantes haga objeciones a la formulación tardía de esa declaración.

2.4.9 *Comunicación de las declaraciones interpretativas condicionales*⁵⁸

1. *Las declaraciones interpretativas condicionales deberán comunicarse por escrito a los Estados contratantes y a las organizaciones contratantes, así como a los demás Estados y organizaciones internacionales que estén facultados para llegar a ser Partes en el tratado en las mismas condiciones que rigen para las reservas.*

2. *Las declaraciones interpretativas condicionales de un tratado en vigor que sea el instrumento constitutivo de una organización internacional o el acto en virtud del cual se haya creado un órgano deliberante facultado para aceptar reservas deberán comunicarse además a dicha organización o a dicho órgano.*

⁵⁸ Este proyecto figura en *ibíd.*, vol. II (primera parte), párrs. 171 a 173.

PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/523 y Add.1

Tercer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial

[Original: francés/inglés]
[7 de marzo y 16 de abril de 2002]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		54
Obras citadas en el presente informe		54
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN	1-17	57
A. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática	1-10	57
B. Criterio aplicado por el Relator Especial	11-12	58
C. Orientación futura del proyecto de artículos	13-17	58
<i>Capítulo</i>		
I. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE QUE SE DEBEN AGOTAR LOS RECURSOS INTERNOS	18-101	59
<i>Artículo 14</i>		59
A. Inutilidad (art. 14, apdo. <i>a</i>)	18-45	59
B. Dispensa y <i>estoppel</i> (art. 14, apdo. <i>b</i>)	46-64	66
C. Vínculo voluntario y conexión territorial (art. 14, apdos. <i>c</i> y <i>d</i>)	65-89	70
D. Dilación excesiva (art. 14, apdo. <i>e</i>)	90-99	75
E. Denegación de acceso (art. 14, apdo. <i>f</i>)	100-101	76
II. CARGA DE LA PRUEBA	102-118	77
<i>Artículo 15</i>		77
III. LA CLÁUSULA CALVO	119-158	80
<i>Artículo 16</i>		80
A. Introducción	119	80
B. Historia	120-122	81
C. Alcance	123-124	81
D. Codificación en las Américas	125-131	81
E. Codificación: la perspectiva internacional	132-135	82
F. Práctica de los Estados	136	83
G. Decisiones judiciales	137-148	83
H. Doctrina	149	85
I. Novedades	150-156	87
J. Conclusión	157-158	88

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Convención relativa a los derechos de los extranjeros (México D.F., 29 de enero de 1902)	<i>The International Conferences of American States, 1889-1928</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1931, pág. 91.
Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter) (La Haya, 18 de octubre de 1907)	J. B. Scott (ed.), <i>Las Convenciones y Declaraciones de La Haya de 1899 y 1907</i> , Nueva York, Oxford University Press, 1916.
Tratado General de Arbitraje Interamericano (Washington D.C., 1.º de mayo de 1929)	OEA, <i>Serie sobre Tratados</i> , n.º 16.
Convención sobre derechos y deberes de los Estados (Montevideo, 26 de diciembre de 1933)	Sociedad de las Naciones, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CLXV, pág. 19.
Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») (Bogotá, 30 de abril de 1948)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 30, n.º 449.
Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington D.C., 18 de marzo de 1965)	Ibid., vol. 575, n.º 8359, pág. 159.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)	Ibid., vol. 999, n.º 14668, pág. 171.
Acuerdo de Integración Subregional Andino (Bogotá, 26 de mayo de 1969)	<i>Acuerdo de Cartagena</i> , Secretaría General de la Comunidad Andina, Lima, diciembre 1997.
Convención Americana sobre Derechos Humanos — «Pacto de San José de Costa Rica» (San José, 22 de noviembre de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1144, n.º 17955, pág. 124.
Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (Londres, Moscú y Washington, 29 de marzo de 1972)	Ibid., vol. 961, pág. 212.
Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 11 de octubre de 1985)	Ibid., vol. 1508, n.º 26012. En español, véase España, <i>Boletín Oficial del Estado</i> , n.º 59-1988, 9 de marzo de 1988.
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (México D.F., Ottawa y Washington D.C., 17 de diciembre de 1992)	<i>Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el Gobierno del Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos</i> , México, M. A. Porrúa, SECOFI, 1993.

Obras citadas en el presente informe

ADEDE, A. O. «A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies», <i>Harvard International Law Journal</i> , vol. 18, n.º 1, primer trimestre de 1977.	rights of shareholders», <i>British Year Book of International Law</i> , 1958 (Londres), vol. 34.
AMERASINGHE, C. F. «The exhaustion of procedural remedies in the same court», <i>The International and Comparative Law Quarterly</i> (Londres), vol. 12, 1963, pág. 1285. <i>State Responsibility for Injuries to Aliens</i> , Oxford, Clarendon Press, 1967. «The local remedies rule in an appropriate perspective», <i>Heidelberg Journal of International Law</i> , vol. 36, 1976. «Whither the local remedies rule?», <i>ICSID Review: Foreign Investment Law Journal</i> , vol. 5, n.º 2, cuarto trimestre de 1990, págs. 292 a 310. <i>Local Remedies in International Law</i> , Cambridge, Grotius, 1990.	BETETA, Ramón y Ernesto HENRÍQUEZ «La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América», <i>Proceedings of the Eighth American Scientific Congress held in Washington, May 10-18, 1940</i> , vol. X, Departamento de Estado, Washington, 1943, pág. 27.
BAGGE, Algot «Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the	BORCHARD, Edwin M. <i>The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims</i> , Nueva York, Banks Law Publishing Co., 1915. «Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico», <i>AJIL</i> , vol. 20, 1926, pág. 536. «Theoretical aspects of the international responsibility of States», <i>Heidelberg Journal of International Law</i> , vol. 1, 1929. «‘Responsibility of States’ at The Hague Codification Conference», <i>AJIL</i> , vol. 24, 1930, pág. 517. «The local remedy rule», <i>AJIL</i> , vol. 28, 1934, pág. 729.

- BRIGGS, Herbert W.
«The local remedies rule: a drafting suggestion», *AJIL* (Washington D.C.), vol. 50, n.º 4, octubre de 1956, págs. 921 a 927.
- BROWNLIE, Ian
Principles of Public International Law, 5.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, 743 págs.
- CALVO, Carlos
Le droit international: Théorétique et Pratique, 5.ª ed. rev., París, Rousseau, 1896.
- CANÇADO TRINDADE, A. A.
The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
- CHAPPEZ, Jean
La règle de l'épuisement des voies de recours internes, París, Pedone, 1972.
- CHENG, Bin
«Burden of proof before the I.C.J.», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, 1953, pág. 595.
- DALRYMPLE, Christopher K.
«Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo clause», *Cornell International Law Journal*, vol. 29, 1996, pág. 161.
- DALY, Justine
«Has Mexico crossed the border on State responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in Mexico after the NAFTA», *St. Mary's Law Journal*, vol. 25, 1993-1994, pág. 1147.
- DOEHRING, Karl
«Local remedies, exhaustion of», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 1997.
- DOLZER, Rudolf
«New foundation of the law of expropriation of alien property», *AJIL*, vol. 75, 1981, págs. 553 a 589.
- DUGARD, John
«Chief justice versus president: does the ghost of Brown v. Leyds NO still haunt our judges?», *De Rebus*, septiembre de 1981.
- DUNN, Frederick Sherwood
The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1932.
- EAGLETON, Clyde
The Responsibility of States in International Law, Nueva York, The New York University Press, 1928.
- FAWCETT, J. E. S.
The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- FELLER, A. H.
«Some observations on the Calvo clause», *AJIL*, vol. 27, 1933.
The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals, Nueva York, MacMillan, 1935.
- FITZMAURICE, Gerald
«Hersch Lauterpacht – the scholar as judge: part I», *British Year Book of International Law*, 1961 (Londres), vol. 37.
- FREEMAN, Alwyn V.
The International Responsibility of States for Denial of Justice, Londres, Longmans, Green and Co., 1938.
«Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law», *AJIL*, vol. 40, 1946, pág. 121.
- GAJA, Giorgio
L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale, Milán, Giuffrè, 1967.
- GARCÍA AMADOR, F. V.
«State responsibility: some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leiden, Sijthoff, 1959, vol. 94.
The Changing Law of International Claims, Nueva York, Oceana, 1984.
«Calvo doctrine, Calvo clause», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.
- GARCÍA ROBLES, Alfonso
La cláusula Calvo ante el derecho internacional, México, 1939.
- GECK, Wilhelm Karl
«Diplomatic protection», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.
- GRAHAM, David E.
«The Calvo clause: its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection», *Texas International Law Forum*, vol. 6, primer trimestre de 1971, n.º 2, pág. 289.
- GUGGENHEIM, Paul
Traité de droit international public, 2.ª ed. rev. y aum., Ginebra, Librairie de l'Université, 1967.
- HACKWORTH, Green Haywood
Digest of International Law, vol. V, Washington D.C., United States Government Printing Office, 1943.
- HAESLER, Thomas
The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals, Leiden, Sijthoff, 1968.
- HEAD, Ivan L.
«A fresh look at the local remedies rule», *Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver), vol. V, 1967.
- HERDEGEN, Matthias
«Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», en Georg Ress y Torsten Stein (eds.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht: Aktuelle Probleme und Entwicklungstendenzen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.
- HERSHEY, Amos S.
«The Calvo and Drago doctrines», *AJIL*, vol. I, parte I, enero y abril de 1907, pág. 26.
- HOFFMAN, Kenneth B.
«State responsibility in international law and transboundary pollution injuries», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, pág. 509.
- IPSEN, Knut
Völkerrecht, 3.ª ed. rev., Munich, 1990.
- JENNINGS, R. Y.
«General course on principles of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-II*, Leiden, Sijthoff, 1969, vol. 121.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS (eds.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, introducción y parte 1, 9.ª ed., Harlow, Longman, 1992.
- JESSUP, Philip C.
A Modern Law of Nations: An Introduction, Hamden (Connecticut), Archon Books, 1968.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo
«International responsibility», en Max Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, Londres y Basingstoke, Macmillan, 1968.

- «International law in the past third of a century», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, vol. 159, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, págs. 1 a 344.
- KAECKENBEECK, Georges
The International Experiment of Upper Silesia: a Study in the Working of the Upper Silesian Settlement 1922-1937, Londres, Oxford University Press, 1942, 867 págs.
- KOKOTT, Juliane
The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law, La Haya, Kluwer, 1998.
 «Exhaustion of local remedies», informe provisional, ADI, *Informe de la 69.ª Conferencia*, Londres, 2000.
- LAUTERPACHT, Hersch
The Development of International Law by the International Court, Londres, Stevens, 1958.
- LAUTERPACHT, H. (ed.)
Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1931 and 1932, Londres, Butterworth, 1938.
Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Years 1933 and 1934, Londres, Butterworth, 1940.
- LAW, Castor H. P.
The Local Remedies Rule in International Law, Ginebra, Droz, 1961 (tesis, Universidad de Ginebra).
- LEFEBER, René
Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability, La Haya, Kluwer, 1996.
- LIPSTEIN, K.
 «The place of the Calvo clause in international law», *British Year Book of International Law 1945*, vol. 22, pág. 130.
- MANN, F. A.
 «State contracts and international arbitration», *British Year Book of International Law 1967*, vol. 42, pág. 1.
- MANNING-CABROL, Denise
 «The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors», *Law and Policy in International Business*, vol. 26, n.º 4, tercer trimestre de 1995.
- McNAIR, Lord
International Law Opinions, vol. 2 (*Peace*), Cambridge, University Press, 1956.
- McNAIR, Arnold D. y H. LAUTERPACHT (eds.)
Annual Digest of Public International Law Cases: Years 1927 and 1928, Londres, Longmans, Green and Co., 1931.
- MERON, Theodor
 «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», *British Year Book of International Law, 1959* (Londres), vol. 35.
- MOORE, John Bassett
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vols. II, III y V, Washington, Government Printing Office, 1898.
A Digest of International Law, vol. VI, Washington, Government Printing Office, 1906.
- MUMMERY, David R.
 «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», *AJIL*, vol. 58, 1964, pág. 359.
- NGUYEN QUOC DINH, Patrick DAILLIER y Alain PELLET
Droit International Public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999.
- O'CONNELL, D. P.
International Law, vol. 2, 2.ª ed., Londres, Stevens & Sons, 1970.
- OKOWA, Phoebe N.
State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law (2000), Oxford, Oxford University Press, 2000.
- OSCHMANN, Friedrich
Calvo-Doktrin und Calvo-Klauseln, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1993.
- PARRY, Clive
 «Some considerations upon the protection of individuals in international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1956-II*, Leiden, Sijthoff, 1957, vol. 90, pág. 653.
- RIPERT, Georges
 «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-II*, Paris, Sirey, 1933, vol. 44, pág. 565.
- ROBERTSON, Bernard
 «Exhaustion of local remedies in international human rights litigation – the burden of proof reconsidered», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, pág. 191.
- ROGERS, William D.
 «Of missionaries, fanatics, and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas», *AJIL*, vol. 72, 1978, pág. 1.
- SCHACHTER, Oscar
 «International law in theory and practice», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1982-V*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1985, vol. 178, pág. 9.
- SCHWARZENBERGER, Georg
International Law, 3.ª ed., vol. 1, Londres, Stevens & Sons, 1957.
- SCHWEBEL, Stephen M.
International Arbitration: Three Salient Problems, Cambridge, Grotius, 1987.
- SCHWEBEL, Stephen M. y J. Gillis WETTER
 «Arbitration and the exhaustion of local remedies», *AJIL*, vol. 60, 1966, pág. 484.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo
 «International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction», *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, segundo trimestre de 1997.
- SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, César
La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo, México, 1944 (tesis, Facultad Nacional de Derecho y Ciencias Sociales).
- SERENI, Angelo Piero
Principi generali di diritto e processo internazionale, Milán, Giuffrè, 1955.
- SHEA, Donald R.
The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1955.
- SIMPSON, J. L. y Hazel FOX
International Arbitrations. Law and Practice, Londres, Stevens, 1959.
- SOHN, Louis B. y R. R. BAXTER
 «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», *AJIL*, vol. 55, n.º 3, julio de 1961.
- VERDROSS, Alfred y Bruno SIMMA
Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3.ª ed. rev., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.
- VERZIL, J. H. W.
 «La règle de l'épuisement des recours internes», Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* (Basilea), abril de 1956, vol. 46 (reunión de Granada).
- WARBRICK, Colin
 «Protection of nationals abroad», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 37, parte 4, octubre de 1988.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1967.

WITENBERG, J.C.

«La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1932-III*, París, Sirey, 1932, vol. 41.

ZAMORA, Stephen

«Allocating legislative competence in the Americas: the early experience under NAFTA and the challenge of hemispheric integration», *Houston Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, segundo trimestre de 1997, pág. 615.

Introducción

A. Situación actual del estudio sobre la protección diplomática

1. En su 48.º período de sesiones, celebrado en 1996, la Comisión de Derecho Internacional consideró que el tema de la protección diplomática era uno de los tres temas idóneos para su codificación y desarrollo progresivo². En el mismo año, la Asamblea General, en su resolución 51/160, de 16 de diciembre de 1996, invitó a la Comisión a que examinara el tema e indicara su alcance y contenido a la luz de las observaciones formuladas en el curso del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General y las observaciones que los gobiernos presentaran por escrito. En su 49.º período de sesiones, celebrado en 1997, la Comisión, en cumplimiento de la citada resolución de la Asamblea General, estableció en su 2477.ª sesión un grupo de trabajo sobre el tema³. En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo presentó un informe, que la Comisión hizo suyo⁴. El Grupo de Trabajo trató de: a) aclarar, en lo posible, el ámbito del tema; y b) determinar las cuestiones que deberían estudiarse en el contexto de dicho tema. El Grupo de Trabajo presentó un esquema para el examen del tema y la Comisión recomendó que dicho esquema constituyera la base de un informe preliminar que debería presentar el Relator Especial⁵.

2. En su 2510.ª sesión, celebrada el 11 de julio de 1997, la Comisión nombró al Sr. Mohamed Bennouna Relator Especial para el tema⁶. En el párrafo 8 de su resolución 52/156, de 15 de diciembre de 1997, la Asamblea General hizo suya la decisión de la Comisión de incluir en su programa el tema «Protección diplomática».

3. La Comisión examinó el informe preliminar sobre la protección diplomática⁷ en sus sesiones 2520.ª a 2523.ª, celebradas del 28 de abril al 1.º de mayo de 1998⁸.

4. En su 2534.ª sesión, celebrada el 22 de mayo de 1998, la Comisión estableció un grupo de trabajo de composición abierta sobre la protección diplomática, presidido por el Sr. Bennouna, Relator Especial sobre el

tema, para que examinara las conclusiones que pudieran extraerse del debate en cuanto al enfoque del tema y para proporcionar orientación con respecto a las cuestiones que deberían tratarse en el segundo informe que el Relator Especial presentaría a la Comisión en su 51.º período de sesiones, en 1999. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones, los días 25 y 26 de mayo de 1998. En lo que respecta al enfoque del tema, el Grupo de Trabajo convino en lo siguiente:

a) El planteamiento de la protección diplomática desde el punto de vista del derecho consuetudinario debía ser la base para la labor de la Comisión sobre el tema;

b) El tema trataría de las normas secundarias del derecho internacional relacionadas con la protección diplomática; las normas primarias se examinarían sólo en el caso de que la aclaración de estas normas fuese esencial a título de orientación para una clara formulación de una norma secundaria concreta;

c) El ejercicio de la protección diplomática era un derecho que incumbía al Estado. En el ejercicio de este derecho, el Estado debía tener en cuenta los derechos e intereses de sus nacionales respecto de los cuales ejercía la protección diplomática;

d) La labor sobre la protección diplomática debía tener en cuenta el desarrollo del derecho internacional, que reconocía y protegía cada vez más los derechos de las personas y les proporcionaba un acceso más directo, pero también indirecto, a los foros internacionales para que pudieran hacer efectivos sus derechos.

5. En su 2544.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 1998, la Comisión examinó e hizo suyo el informe del Grupo de Trabajo⁹.

6. En 1999, el Sr. Bennouna dimitió de su cargo en la Comisión. El 14 de julio de 1999, la Comisión, en su 2602.ª sesión, nombró al autor del presente informe Relator Especial sobre la protección diplomática¹⁰.

7. En su 52.º período de sesiones, celebrado en 2000, la Comisión tuvo ante sí el primer informe del actual Relator Especial¹¹. Por falta de tiempo, la Comisión aplazó su examen hasta el 53.º período de sesiones, en 2001. En el

¹ El Relator Especial agradece a la Sra. Zsuzsanna Deen-Racsmány la asistencia brindada para la elaboración de este informe.

² *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 107, párr. 248, y pág. 151, anexo II, adición 1.

³ *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), pág. 61, párr. 169.

⁴ *Ibid.*, párr. 171.

⁵ *Ibid.*, págs. 63 y 64, párrs. 189 y 190.

⁶ *Ibid.*, párr. 190.

⁷ *Anuario... 1998*, vol. II (primera parte), pág. 333, documento A/CN.4/484.

⁸ *Ibid.*, vol. I, págs. 4 y ss.

⁹ *Ibid.*, págs. 193 y 194, párrs. 31 y ss.

¹⁰ *Anuario... 1999*, vol. I, 2602.ª sesión, pág. 279, párr. 49, e *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 19, párr. 19.

¹¹ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

mismo período de sesiones, la Comisión inició consultas oficiosas de participación abierta, presididas por el Relator Especial, sobre los proyectos de artículos 1, 3 y 6¹². Posteriormente, en su 2635.ª sesión, la Comisión decidió remitir los proyectos de artículos 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción, junto con el informe de las consultas oficiosas.

8. En su 53.º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión tuvo ante sí el resto del primer informe del Relator Especial, así como su segundo informe¹³. La Comisión examinó el primer informe en sus sesiones 2680.ª y 2685.ª a 2687.ª, celebradas el 25 de mayo y del 9 al 11 de julio de 2001, respectivamente. La Comisión también examinó el segundo informe del Relator Especial en sus sesiones 2688.ª a 2690.ª, celebradas del 12 al 17 de julio de 2001. Por falta de tiempo, la Comisión sólo pudo examinar las partes del segundo informe relativas a los proyectos de artículos 10 y 11 y aplazó hasta el 54.º período de sesiones, en 2002, el examen del resto de ese informe, relativo a los proyectos de artículos 12 y 13.

9. En su 2688.ª sesión, celebrada el 12 de julio de 2001, la Comisión decidió remitir el proyecto de artículo 9 al Comité de Redacción y en su 2690.ª sesión, celebrada el 17 de julio de 2001, decidió remitirle los proyectos de artículos 10 y 11.

10. El Comité de Redacción todavía no ha tenido oportunidad de examinar ninguno de los artículos que le fueron remitidos. Se espera que el Comité comenzará a trabajar en esos proyectos de artículos en el 54.º período de sesiones de la Comisión, en 2002.

B. Criterio aplicado por el Relator Especial

11. La protección diplomática es un tema sobre el cual se cuenta con mucho material en forma de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, es probablemente cierto que no existe ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que exista tanto material. Sin embargo, ello no quiere decir que necesariamente haya claridad o certeza en las normas que gobiernan la protección diplomática en general o el agotamiento de los recursos internos en particular. Por el contrario, las fuentes son en general incoherentes y contradictorias y apuntan a varias direcciones. En esas circunstancias, la tarea de la Comisión consiste en elegir entre normas que compiten entre sí. Al realizar su elección, debe guiarse por el peso de las fuentes que respaldan una norma y la justicia de esa norma en la sociedad internacional contemporánea. Si bien la tarea que realiza la Comisión es en gran parte de codificación, también realiza una tarea de desarrollo progresivo cuando elige entre normas contradictorias.

12. La función del Relator Especial no es dictar a la Comisión una norma en particular. Por el contrario, su función es poner ante la Comisión todas las fuentes y posibilidades, a fin de que ésta pueda elegir la norma adecuada. Quien adopta las decisiones es la Comisión y

no el Relator Especial. En ocasiones, el Relator Especial presenta a la Comisión varias opciones. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el Relator Especial propone la norma particular que considera más adecuada en todas las circunstancias. Las contradicciones en las normas o en la redacción de las normas se incluyen en la parte explicativa del informe, junto con las fuentes que respaldan dicha norma, de manera que la Comisión pueda adoptar una decisión informada en caso de que prefiera una opción que no haya sido propuesta por el Relator Especial.

C. Orientación futura del proyecto de artículos

13. El primer informe sobre la protección diplomática se refirió esencialmente a la nacionalidad del reclamo, mientras que el segundo informe introdujo la norma del agotamiento de los recursos internos. El presente informe se limita a dos proyectos de artículos: el artículo 14, en que se examinan las circunstancias en que no es necesario agotar los recursos internos, y el artículo 15, que considera la carga de la prueba en la aplicación de la norma de los recursos internos. El Relator Especial prevé abordar en el presente informe dos temas controversiales que han figurado de manera prominente en la historia y el desarrollo de la norma de los recursos internos: la cláusula Calvo¹⁴ y la denegación de justicia. El Relator Especial es consciente de que en ciertos sectores existe oposición a que se incluya en el proyecto de artículos sobre la protección diplomática una disposición sobre la denegación de justicia, con fundamento en que ese concepto corresponde en gran medida (pero ciertamente no de manera exclusiva) al ámbito de las normas primarias¹⁵. No obstante, el Relator Especial considera que es apropiado que la Comisión decida si la inclusión de dicha disposición es tan importante para el estudio de la norma de los recursos internos como lo es el Príncipe de Dinamarca para *Hamlet*. La protección diplomática es un tema con raíces profundas en la historia y la jurisprudencia de América Latina. Gran parte de esa historia se ha centrado en el alcance y el contenido del concepto de la denegación de justicia y las consecuencias jurídicas de la cláusula Calvo. En consecuencia, en ningún estudio adecuado sobre la protección diplomática se puede soslayar el examen de esos temas.

14. En el proyecto de artículos todavía no se ha examinado un componente fundamental de la nacionalidad del reclamo: la nacionalidad de las empresas. En el cuarto informe sobre la protección diplomática se presentarán varios artículos sobre el tema. En caso de que el tiempo lo permita, el Relator Especial propone que un grupo de trabajo examine sugerencias preliminares sobre ese tema en la segunda parte del actual período de sesiones.

15. Una vez que se haya examinado el proyecto de artículos al que se hace referencia en el párrafo 14 *supra*, se habrá completado el estudio de las normas secundarias de la protección diplomática en su contexto tradicional. El Relator Especial propone a la Comisión que no trate de ampliar el alcance del proyecto de artículos más allá

¹² El informe de las consultas oficiosas figura en *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 90 y 91, párr. 495.

¹³ *Ibid.*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514.

¹⁴ Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

¹⁵ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514, párr. 10.

de las cuestiones que se consideran normal y tradicionalmente como correspondientes a la nacionalidad del reclamo y el agotamiento de los recursos internos. Si se aprobara esa propuesta, sería posible completar el presente estudio, tanto en primera como en segunda lectura, a fines del quinquenio actual.

16. Se sugirió que el actual proyecto de artículos se ampliara a fin de incluir varias cuestiones adicionales vinculadas a la nacionalidad de las reclamaciones¹⁶ que tradicionalmente no se incorporan a ese ámbito. Entre ellas se pueden mencionar: *a*) la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios¹⁷; *b*) el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a formular un reclamo en nombre de la tripulación y posiblemente también en nombre de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera sea la nacionalidad de los interesados¹⁸; *c*) el caso en que un Estado ejerce

¹⁶ *Ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 212, párr. 183.

¹⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, opinión consultiva, *C.I.J. Recueil 1949*, pág. 184; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 10.

¹⁸ Véase el asunto *Navire «Saiga» (n.º 2)* (San Vicente y las Granadinas c. Guinea), fallo de 1.º de julio de 1999, *TIDM Recueil 1999*, párr. 172.

protección diplomática sobre el nacional de otro Estado a resultas de la delegación de ese derecho; y *d*) el caso en que un Estado o una organización internacional administra o controla un territorio.

17. El Relator Especial no está de acuerdo en que se amplíe el proyecto de artículos a fin de incluir esas cuestiones. En particular, se opone a que en el presente estudio se incluya la protección funcional. Se trata de un tema complejo que llevaría a la Comisión más allá de la protección diplomática de la manera en que se la entiende tradicionalmente e imposibilitaría finalizar el presente proyecto de artículos en el actual quinquenio. Ello no quiere decir que la protección funcional no sea un tema importante. Ciertamente lo es. No obstante, se sugiere que, en caso de que la Comisión estime que debería examinar el tema, lo haga en un estudio separado. El Relator Especial acogería complacido esa decisión, ya que dicho nuevo estudio aprovecharía lo establecido en los actuales artículos y los complementaría. La cuestión se planteó frecuentemente en el quinquenio anterior, y una clara mayoría de los miembros se opuso a que la protección funcional se incluyera en el actual estudio. Ha llegado el momento de adoptar una decisión inmediata y final sobre la cuestión.

CAPÍTULO I

Excepciones al principio general de que se deben agotar los recursos internos

«Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

- a*) los recursos internos:
 - i*) son manifiestamente inútiles (opción 1)
 - ii*) no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)
 - iii*) no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo (opción 3);
- b*) el Estado demandado ha renunciado expresa o tácitamente a la exigencia de que se agoten los recursos internos, o no puede plantear esa exigencia en razón de sus propios actos;
- c*) no existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado;
- d*) el acto internacionalmente ilícito en que se basa la reclamación internacional no se cometió dentro de la jurisdicción territorial del Estado demandado;
- e*) el Estado demandado es responsable de la demora indebida en ofrecer un recurso interno;

f) el Estado demandado impide a la persona agraviada tener acceso a las instituciones que ofrecen los recursos internos.»

A. Inutilidad (art. 14, apdo. *a*)

«Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos cuando:

- a*) los recursos internos:
 - i*) son manifiestamente inútiles (opción 1)
 - ii*) no ofrecen posibilidades razonables de éxito (opción 2)
 - iii*) no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo (opción 3);»

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

18. En el segundo informe sobre la protección diplomática se propuso que un Estado no podrá interponer una acción internacional por el daño sufrido por un nacional antes que la persona agraviada «haya agotado todos los recursos legales internos disponibles» (art. 10, párr. 1)¹⁹. En los debates en la CDI y en la Sexta Comisión se sugirió que debía enmendarse esa disposición a fin de que se exigiera el agotamiento de todos los recursos legales internos *adecuados y efectivos** disponibles²⁰. Se trataba de una sugerencia comprensible, ya que en el segundo

¹⁹ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/514, secc. B.

²⁰ *Anuario... 2002*, vol. II (segunda parte), pág. 58, párr. 177.

informe no se había hecho referencia a la exigencia de que los recursos tuvieran que ser «efectivos» (o que no debían ser «ineficaces»), salvo en lo relativo a la labor futura²¹, donde se hizo saber que la cuestión se abordaría en el tercer informe.

19. No hay objeciones en incluir en el artículo 10 una referencia a la necesidad de contar con recursos adecuados y efectivos, siempre que en una disposición separada se encare la cuestión de los recursos ineficaces o inútiles. Según se observó en el artículo 15, en la mayoría de las circunstancias la carga de la prueba en relación con la disponibilidad y efectividad de los recursos internos recaerá en distintas partes. Se exigirá al Estado demandado que demuestre que se ofrecen recursos internos, mientras que la carga de la prueba recaerá en el Estado demandante a fin de que demuestre que dichos recursos son ineficaces o inútiles. En consecuencia, la ineficacia corresponde a la categoría de excepciones a la norma de los recursos internos, y en esa disposición se la trata de esa manera.

20. Un recurso interno es ineficaz cuando es «manifiestamente inútil», o «no ofrece posibilidades razonables de éxito», o «no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo» (art. 14, apdo. a, *supra*). Esas frases son más precisas que el término genérico «ineficaz» y, en consecuencia, son preferidas por los tribunales y la doctrina cuando describen el fenómeno del recurso interno ineficaz. La prueba de la «inutilidad manifiesta» es más exigente que la correspondiente a «no brinda posibilidades razonables de éxito», mientras que la prueba de «no brinda una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo» ocupa un lugar intermedio. Se presentan las tres posibilidades para que sean examinadas por la Comisión. Todas gozan de algún tipo de respaldo en las fuentes.

21. La denegación de justicia es un concepto que corresponde en gran medida al ámbito de la norma primaria. Sin embargo, está inextricablemente vinculado a muchas características de la norma de los recursos internos, incluso la de la ineficacia y, en tal sentido, puede decirse que tiene una naturaleza secundaria. Según se sugirió en el segundo informe sobre la protección diplomática²², se la puede considerar norma secundaria cuando exime de tener que interponer más recursos internos y como norma primaria cuando da lugar a responsabilidad internacional. Las dos caras de la denegación de justicia quedan bien ilustradas por los artículos adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), que definió la denegación de justicia como norma primaria cuando las autoridades judiciales hayan impedido a un extranjero el ejercicio de su derecho a intentar los recursos judiciales o el extranjero haya tropezado con obstáculos o demoras injustificables que impliquen una denegación de justicia²³ (art. 9), y luego le dio un carácter secundario al exceptuar al extranjero agraviado de agotar los recursos internos cuando hubiera sufrido esa denegación de justicia (art. 4, párr. 2).

²¹ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), secc. M, párr. 67.

²² Véase la nota 15 *supra*.

²³ Reproducido en el primer informe del Sr. García Amador, *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 222.

22. En estas observaciones se hará todo lo posible por evitar utilizar la expresión denegación de justicia. Sin embargo, ello no será siempre posible, ya que la norma de los recursos internos y la denegación de justicia están históricamente entrelazadas. Como se indica en la introducción al presente informe, el lugar correspondiente a la denegación de justicia en el presente proyecto de artículos se examinará más adelante.

2. INTRODUCCIÓN

23. No es necesario agotar los recursos internos cuando éstos son ineficaces o su agotamiento sería inútil. La razón de ello es que no se exige al demandante que agote los recursos de un Estado extranjero «cuando no hay recursos que agotar»²⁴. Este principio está respaldado por decisiones judiciales²⁵, la doctrina²⁶, la práctica de los Estados²⁷ y la codificación de la norma de los recursos internos²⁸. En el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado en primera lectura se exige únicamente el agotamiento de los recursos «efectivos»²⁹. Aunque se acepta ese principio, su formulación precisa es controversial, como se señala a continuación.

24. La inutilidad del recurso interno se debe determinar en el momento en que se ha de utilizar³⁰. Además, la decisión sobre la inutilidad de dichos recursos se debe adoptar en la presunción de que el reclamo tiene fundamento³¹.

²⁴ *Robert E. Brown (United States) v. Great Britain*, sentencia de 23 de noviembre de 1923, Naciones Unidas, RSA, vol. VI (n.º de venta: 1955.V.3), pág. 129; observación de 29 de mayo de 1873 del Secretario de Estado de los Estados Unidos, Sr. Fish, al Sr. Pile, en Moore, *A Digest of International Law*, pág. 677; y *Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre*, sentencia de 9 mayo de 1934, Naciones Unidas, RSA, vol. III (n.º de venta: 1949.V.2), pág. 1497.

²⁵ Véanse los casos a que se hace referencia en la nota 24 *supra* y los casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, fallo, 1939 C.P.J.I. *serie A/B n.º 76*, pág. 19; *Ambatielos*, sentencia de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, RSA, vol. XII (n.º de venta: 63.V.3), págs. 122 y 123; e *Interhandel*, excepciones preliminares, fallo, C.I.J. *Recueil 1959*, págs. 27 a 29 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 64).

²⁶ Véase más adelante, en particular las notas 64, 65, 70, 71, 75 y 77.

²⁷ Para las declaraciones sobre la práctica estatal de los Estados Unidos y el Reino Unido véase, respectivamente, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1965), párr. 207, comentario b, págs. 615 y 616, y *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States* (St. Paul (Minnesota), American Law Institute Publishers, 1989), vol. 2, párr. 713, comentario f, pág. 219; y Warbrick, «Protection of nationals abroad», pág. 1008.

²⁸ Véanse más adelante las notas 37, 38, 41 y 42. Una excepción a ello es el informe Guerrero, de 1926, que excusó el cumplimiento de la norma de los recursos internos únicamente cuando se denegaba a los extranjeros el acceso a los tribunales internos (*Anuario... 1956*, vol. II, págs. 218 y 219).

²⁹ *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 66.

³⁰ Amerasinghe, «The exhaustion of procedural remedies in the same court», pág. 1312.

³¹ *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1504; y *Ambatielos* (nota 25 *supra*), págs. 119 y 120. Véase también Schwarzenberger, *International Law*, pág. 609; Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht – the scholar as judge: part I», pág. 60; O'Connell, *International Law*, pág. 1057; y Borchard, «The local remedy rule», pág. 730.

25. Parecería obvio que el tribunal internacional competente debería decidir sobre la efectividad o no de los recursos internos. Según señala Amerasinghe:

En términos generales, hay tres alternativas posibles. El tribunal puede aceptar la palabra del Estado reclamante en lo que respecta al recurso, puede aceptar la palabra del Estado demandado, o puede investigar la cuestión teniendo en cuenta las pruebas presentadas y arribar a su propia conclusión. Aplicando la razón y el sentido común, parecería que se trata de una cuestión de hecho y de derecho que en condiciones ordinarias el tribunal debe investigar y decidir según las pruebas que tiene ante sí. Para determinar el efecto del recurso hay que realizar una estimación de las probabilidades y no hay motivo por el cual el tribunal no deba ser competente para realizar esa estimación³².

Esa verdad obvia aparentemente estaría contradicha por lo afirmado por la CPJI en el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*:

La cuestión de si los tribunales de Lituania son o no competentes para conocer de una demanda en particular depende del derecho de Lituania y se trata de una cuestión sobre la cual únicamente los tribunales de Lituania pueden pronunciar la decisión final. No corresponde a esta Corte examinar los argumentos que se le han dirigido a los fines de, bien establecer la competencia de los tribunales de Lituania mediante la alegación de disposiciones particulares de la legislación en vigor en Lituania, bien denegar la competencia de dichos tribunales atribuyendo un carácter particular (embargo *jure imperii*) al acto del Gobierno de Lituania³³.

Sin embargo, la CPJI no preveía dejar la decisión final sobre dichas cuestiones a los tribunales internos, lo que resulta claro de la observación que figura en el mismo fallo en el sentido de que «[n]o es necesario recurrir a los tribunales internos si dichos tribunales no tienen competencia para brindar una solución»³⁴. La opinión de que la CPJI es el órgano adecuado para pronunciarse sobre la cuestión de la inutilidad está confirmada por Lauterpacht³⁵ y García Amador³⁶.

3. FORMULACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN

26. Si bien se conviene en que no es necesario agotar los recursos internos cuando éstos son inútiles o ineficaces, no hay acuerdo sobre la manera en que se debe formular esta excepción. Hay quienes prefieren formularla en términos de denegación de justicia: no es necesario agotar los recursos internos cuando existe una denegación de justicia. Hay otros que prefieren exigir que los recursos sean efectivos, manifiestamente no inútiles, ofrecer una posibilidad razonable de éxito o brindar una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. Se habrán de examinar en detalle esos criterios, después de lo cual se analizarán los principales ejemplos de inutilidad o ineficacia reconocidos en fallos judiciales. Una vez hecho esto, se presentará una propuesta con la formulación más adecuada de la excepción.

27. En las primeras codificaciones se eximía el cumplimiento de la norma de los recursos internos cuando había

denegación de justicia. Según se señaló previamente, en los artículos aprobados en primera lectura en el Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) se establecía que se eximía al reclamante de agotar los recursos internos cuando se hubiera «impedido al extranjero el ejercicio de su derecho a intentar los recursos judiciales» o hubiera «tropezado en el procedimiento con obstáculos o demoras injustificables que implican una denegación de justicia»³⁷. En la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo en 1933, también se exceptuó de la norma de los recursos internos a los casos de «manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia»³⁸. El Sr. García Amador adoptó un criterio similar³⁹.

28. La prueba simple de la «efectividad» disfruta de algún tipo de apoyo en la codificación. El Instituto de Derecho Internacional manifestó en su resolución aprobada en la reunión de Granada en 1956 que la norma del recurso interno se aplica únicamente «si el ordenamiento jurídico interno del Estado contra el cual se formula la reclamación proporciona a la persona agraviada medios de reparación que parezcan *eficaces y suficientes*»⁴⁰. El artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura exige el agotamiento de los «recursos internos efectivos»⁴¹. En el mismo sentido, Kokott propuso en su informe de 2000 sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI que se exceptuara al reclamante de la norma de los recursos internos cuando «por cualquier motivo, éste no dispusiera de ningún recurso que pudiera solucionar de manera eficaz la violación cometida»⁴².

29. La prueba más estricta de la «inutilidad manifiesta» para eximir de la norma de los recursos internos tiene su origen en la siguiente declaración del árbitro Bagge en el caso *Certains navires finlandais*:

En lo que respecta a la tercera cuestión, de si el recurso interno debe ser considerado ineficaz únicamente cuando interponer el recurso interno es obviamente inútil en virtud de los derechos que se deben tener en cuenta al resolver el caso, o bien, como sugiere el Gobierno de Finlandia, es suficiente que dicha medida sólo parezca ser inútil, parece justificado aplicar cierta estrictez en la interpretación de la norma, en virtud de la opinión expresada por Borchard, cuando mencionó la norma aplicada en los casos de presa. Borchard dice (párr. 383): «En algunos casos de presa se ha sostenido que, habida cuenta de una serie de decisiones uniformes en los tribunales superiores, no tendría sentido esperar que se revoque la condena, por lo cual se excusaría la apelación; pero esta norma se aplicó de la manera más estricta y si existiera

³⁷ *Ibid.*, pág. 222. Véase también Law, *op. cit.*, pág. 71.

³⁸ *Ibid.*, Resolución sobre responsabilidad internacional del Estado, párr. 3.

³⁹ Sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 52, arts. 3, párr. 2, y 18, párr. 2. Véase también García Amador, «State responsibility: some new problems», pág. 452. Véase además la opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, segunda fase, fallo, *C.I.J. Recueil 1970*, pág. 145; véase asimismo *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 104.

⁴⁰ Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 46 (reunión de Granada, 1956), pág. 364.

⁴¹ Véase la nota 29 *supra*.

⁴² Kokott, «Exhaustion of local remedies», pág. 630.

³² «The exhaustion of procedural remedies...», pág. 1307.

³³ Véase 1939 *C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 19.

³⁴ *Ibid.*, pág. 18.

³⁵ *The Development of International Law by the International Court*, pág. 101. Véase también Law, *The Local Remedies Rule in International Law*, pág. 66.

³⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 202, párr. 169.

un derecho sustancial de apelación, el hecho de no haber interpuesto la apelación obstaría a la posibilidad de conocer de la causa»⁴³.

Esta formulación de la prueba de exención de la norma de los recursos internos fue posteriormente aceptada por la mayoría de los comisionados en el arbitraje del caso *Ambatielos*⁴⁴ y concuerda sustancialmente con la prueba de la estrictez aplicada en el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, de que se debe «demostrar claramente» la ineficacia del recurso⁴⁵.

30. La prueba de la «inutilidad manifiesta» ha sido muy criticada por algunos escritores y no se siguió en el caso *ELSI*, en que una sala de la CIJ estuvo dispuesta a aceptar la presunción de la ineficacia de los recursos internos⁴⁶. Amerasinghe manifestó que no correspondía que el árbitro Bagge importara la prueba de la estrictez adoptada en los casos de presa, dimanada del contexto de la guerra y en relación con la cual los Estados tienen facultades especiales de competencia, al derecho sobre la protección diplomática⁴⁷, mientras que Mummery manifestó que la prueba de la inutilidad manifiesta «contribuye muy poco a la precisión y objetividad del razonamiento»⁴⁸. Amerasinghe añade que:

Sin embargo, la verdadera objeción al criterio estricto enunciado en la causa *Finnish Ships Arbitration* aparentemente radica en la falta de justificación para aplicar un criterio tan estricto a la interposición por extranjeros de recursos internos cuando, desde el punto de vista práctico, no cabe esperar en circunstancias normales que los litigantes pierdan tiempo y dinero incoando un recurso disponible, si aparentemente fuera razonable, más que sumamente probable, que no habrá de tener éxito. El argumento aplicable en el caso del extranjero es todavía más sólido. En su caso, lo que realmente existe no es la elección entre la interposición de un recurso y no obtener en absoluto una satisfacción por no haberlo interpuesto, como ocurre con el litigante ordinario. Se trata de elegir entre interponer recursos en el plano local y en el plano internacional y no interponer un recurso en el plano local

⁴³ *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1504. Según la opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction*, la norma de los recursos internos «aparentemente no es necesaria para quienes ello entrañaría una acción claramente inútil y sin sentido» (*C.I.J. Recueil 1970* (nota 31 *supra*), pág. 145).

⁴⁴ Naciones Unidas, RSA (nota 25 *supra*), pág. 119.

⁴⁵ *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), pág. 19. Esta prueba aparentemente refleja la práctica británica, según la cual se debe «establecer claramente» la ineficacia de recurso. Véase Warbrick, *loc. cit.*, pág. 1008. Los Estados Unidos, en una opinión del Departamento de Estado de 1930, también exigieron que se demostrara claramente que los recursos internos eran ineficaces (Hackworth, *Digest of International Law*, pág. 511).

⁴⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, fallo, *C.I.J. Recueil 1989*, págs. 46 y 47; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 252. Dijo la Sala que:

«con tanto litigio [que duró de 1968 a 1975 ante distintos tribunales italianos] en los tribunales internos sobre lo que en el fondo es la reclamación que tiene ahora ante sí la Sala, corresponde a Italia demostrar que no obstante existía algún recurso interno que no se había aplicado, o por lo menos, que no se había agotado» (párr. 59).

«[E]n la presente causa correspondía a Italia demostrar, como cuestión de hecho, la existencia de un recurso disponible para los accionistas estadounidenses y que éstos no lo hubieran aplicado. La Sala considera que Italia no ha cumplido esa obligación» (párr. 62).

⁴⁷ «The local remedies rule in an appropriate perspective», pág. 752. Borchard aprueba el criterio aplicado por el árbitro Bagge en «The local remedy rule», págs. 732 y 733.

⁴⁸ «The content of the duty to exhaust local judicial remedies», pág. 401.

mientras que al mismo tiempo se invoca un recurso internacional que podría dar lugar a una solución adecuada⁴⁹.

31. Se puede lograr mejor la excepción a la norma de los recursos internos con fundamento en la ineficacia mediante una redacción que haga innecesario el agotamiento de los recursos internos cuando éstos no ofrezcan al reclamante una perspectiva razonable de éxito. Se puede encontrar apoyo a esta redacción en las pruebas en que se hace hincapié en la razonabilidad de que el reclamante interponga un recurso interno. Esta prueba es menos exigente que la de la «inutilidad manifiesta», para la cual no sólo hay que probar que no hay posibilidades razonables de que tenga éxito el recurso interno, sino que también es obvio y manifiestamente claro que el recurso interno no tendrá éxito.

32. El apoyo más claro para esta prueba proviene de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que en varias ocasiones ha aplicado la norma de la perspectiva «real» o «razonable» de éxito⁵⁰. Los comentaristas están divididos sobre si la Comisión Europea de Derechos Humanos preveía sustituir esta prueba por la de la «inutilidad manifiesta» y han planteado dudas sobre la aplicación de esta prueba al derecho general de la protección diplomática⁵¹. En la publicación del American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States*, se brinda cierto apoyo a esta prueba:

El agotamiento de un recurso no exige adoptar todas las medidas que pudieran concebiblemente dar por resultado un fallo favorable, sino que el extranjero debe adoptar todas las medidas que ofrezcan una *posibilidad razonable, si bien no la probabilidad** de éxito.

[...]

Los gastos o las demoras que ello entrañe, si fueran sustanciales en relación con el monto o la naturaleza de la indemnización solicitada, podrán ser pertinentes para determinar qué medidas razonablemente deberían adoptarse para agotar los recursos disponibles. No se exige al extranjero que incurra en gastos y demoras sustanciales al tratar de invocar un recurso cuando no hubiera una *posibilidad razonable** de que se pueda disponer del recurso⁵².

⁴⁹ «The local remedies rule...»

⁵⁰ Casos *Retimag S. A. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 712/60, decisión de 16 de diciembre de 1961, Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1961*, pág. 400; y *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, demandas n.ºs 8022/77 y 8027/77, decisión de 8 de diciembre de 1979, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 18, pág. 85.

⁵¹ Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Local Remedies in International Law: its Rationale in the International Protection of Individual Rights*, pág. 97, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 202.

⁵² Nota 31 *supra*. Párr. 207, comentario *b*, págs. 615 y 616. Sin embargo, cabe observar que en el párrafo 208 se utilizan los términos «aparente» y «claramente ineficaz» (*ibid.*, pág. 618). Véase también *Restatement of the Law Third...* (nota 31 *supra*), pág. 219, párr. 713, comentario *f*, en que se exige a los nacionales de los Estados Unidos que agoten los recursos internos «a menos que dichos recursos sean claramente ficticios o inadecuados». En declaraciones anteriores de funcionarios de los Estados Unidos se exigía un criterio más estricto, a saber, que «aparentemente no haya fundamentos adecuados para considerar que se obtendrá un recurso suficiente», que «el Departamento [...] no puede presumir que los tribunales establecidos ordinariamente de un país no administrarán justicia, hasta que no se haya demostrado* que ello es así» (21 de julio de 1930, opinión del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, citado en Hackworth, *op. cit.*, pág. 511), o que «[l]a política

33. Como se señaló precedentemente⁵³, el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados aprobado por la Comisión en primera lectura simplemente exige que el recurso sea efectivo. Sin embargo, los comentarios a dicha disposición respaldan la formulación de «posibilidades razonables de éxito»:

Desde el punto de vista de la persona a la que corresponde tomar esa iniciativa, parece evidente que la acción que se ha de seguir atañe a todas las vías que ofrecen una *perspectiva real* de lograr aún el resultado inicialmente previsto por la obligación internacional o, si verdaderamente se hubiera hecho este imposible, un resultado equivalente. Pero parece no menos evidente que sólo deben utilizarse las vías que ofrecen esta posibilidad⁵⁴.

34. Si bien la prueba de la «inutilidad manifiesta» es muy estricta, la de «posibilidades razonables de éxito» es probablemente muy generosa para el reclamante. En consecuencia, parece más prudente buscar una redacción que entrañe el concepto de razonabilidad, pero que no exima demasiado fácilmente al reclamante de cumplir la norma de los recursos internos. Una solución posible se puede observar en la tercera opción, en que se establece una excepción para la norma de los recursos internos cuando «no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo» ante los tribunales del Estado requerido. Esta redacción evita la formulación estricta de la «inutilidad manifiesta», pero sin embargo impone una carga pesada al reclamante, al exigir que demuestre que, en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta el sistema jurídico del Estado demandado, no hay posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo. Se trata de una prueba más estricta que la de no hay «posibilidades razonables de éxito», que es la prueba empleada en algunos sistemas jurídicos para la apelación ante un tribunal superior.

35. Esta es la prueba aprobada en la opinión separada del magistrado Lauterpacht en el caso *Certains emprunts norvégiens*, en que manifestó, después de examinar los fundamentos por los cuales cabía dudar de que los tribunales noruegos pudieran brindar un recurso efectivo:

Sin embargo, esas dudas no parecen lo suficientemente fuertes como para dejar sin efecto la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos. La posición jurídica sobre el tema no puede considerarse tan abundantemente clara como para desechar, como cuestión de posibilidad razonable, que existe un recurso efectivo ante los tribunales de Noruega⁵⁵.

Varios tratadistas han respaldado esa opinión⁵⁶. Quizás quien mejor ha expuesto esta prueba sea Fitzmaurice:

del Departamento siempre ha sido, y sigue siendo, no intervenir cuando el reclamante tiene oportunidad de comparecer ante los tribunales, a menos que los tribunales sean de una naturaleza tal que *no den ninguna esperanza de posibilidad* de justicia*» (carta de 27 de febrero de 1907 del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, relativa a reclamaciones contra el Canadá, citada en *ibid.*, pág. 520).

⁵³ Párr. 28.

⁵⁴ *Anuario...* 1977, vol. II (segunda parte), pág. 49, párr. 48 del comentario al artículo 22. Véase también Law, *op. cit.*, pág. 79, quien examina la prueba de la «expectativa razonable de éxito».

⁵⁵ *Certains emprunts norvégiens* (Francia c. Noruega), fallo, C.I.J. *Recueil* 1957, pág. 39; véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 55.

⁵⁶ Brownlie, *Principles of Public International Law*, pág. 499. Mummery prefiere preguntar si «puede considerarse

Lauterpacht propuso el criterio de que la prueba de la eficacia debía ser que hubiera «una posibilidad razonable» de que existiera un recurso, o sea, en otras palabras, sugirió que ningún recurso podía considerarse inútil desde el punto de vista de la eficacia a menos que no pareciera que hubiera siquiera una posibilidad razonable de que constituyera un recurso efectivo. Esta prueba es aceptable, siempre que se tenga presente que de lo que debe haber una posibilidad razonable es de la *existencia* de un recurso efectivo posible, y que el simple hecho de que no existe la posibilidad razonable de que el reclamante *obtenga* el recurso, porque su caso es jurídicamente carente de mérito, no constituye el tipo de ausencia de posibilidad razonable que desplaza la norma de los recursos internos⁵⁷.

36. Se puede argumentar que el texto propuesto concuerda más con el razonamiento del árbitro Bagge en el caso *Certains navires finlandais* que el de la «inutilidad manifiesta». Ello fue expuesto claramente por Simpson y Fox:

Sin embargo, induce a error el uso de términos como «obviamente inútil» y «obviamente insuficiente» en relación con el derecho a apelar. En el caso *Finnish Ships* el árbitro oyó un largo argumento sobre el derecho de los armadores a apelar la decisión de la Junta de Arbitraje ante el Tribunal de Apelaciones y el hecho de que no lo hicieron, y en el laudo formuló un razonamiento detallado antes de llegar a la conclusión de que las cuestiones de derecho apelables eran «obviamente» insuficientes para garantizar que se revocara la decisión de la Junta de Arbitraje. *En consecuencia, «obvio» no debe entenderse en el sentido de inmediatamente aparente**. A juzgar por el caso *Finnish Ships*, la prueba radica en si se ha demostrado de manera concluyente, o por lo menos convincente, la insuficiencia del fundamento de la apelación⁵⁸.

Esta interpretación es coherente con la opinión de Bagge, expresada en otro contexto, en que, en referencia a la decisión en el caso *Certains navires finlandais*, dijo que:

no sería razonable exigir a la parte privada que pierda tiempo y dinero en un recurso que *con toda probabilidad** sería inútil.

[...]

Incluso si los hechos manifestados por el Estado interviniente en la correspondencia diplomática como daño causado por el acto por el cual el Estado demandado es responsable quizás parezcan firmemente establecidos para el tribunal internacional, quizás haya otros fundamentos exigidos por el derecho local que sean decisivos para aceptar o rechazar en el plano nacional la demanda privada, y cuya existencia podría estar sujeta a opiniones diferentes. *Sólo cuando dicha diferencia de opinión no parezca razonablemente posible [es decir, cuando no haya posibilidades razonables de éxito] [...] podrá considerarse innecesaria la aplicación de la norma de los recursos internos con referencia al fondo de la reclamación**⁵⁹.

37. La objeción a la prueba de la «inutilidad manifiesta» que sugiere que la ineficacia del recurso interno debe ser «inmediatamente aparente» *ex facie*⁶⁰ se supera mediante la introducción a la prueba del elemento de «razonabilidad». Ello permite al tribunal examinar si, en las circunstancias del caso particular, el recurso efectivo era una posibilidad razonable. La necesidad de actuar de esa manera fue destacada por el magistrado Hudson, en su opinión en disidencia en el caso *Chemin de fer*

razonablemente» que el recurso interno en cuestión «no producirá una indemnización satisfactoria» («The content of the duty to exhaust local judicial remedies», pág. 401).

⁵⁷ *Loc. cit.*, págs. 60 y 61. Véase también Herdegen, «Diplomatischer Schutz und die Erschöpfung von Rechtsbehelfen», pág. 70.

⁵⁸ *International Arbitrations. Law and Practice*, pág. 114.

⁵⁹ «Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders», págs. 166 y 167.

⁶⁰ Véase la nota 58 *supra*.

*Panevezys-Saldutiskis*⁶¹ y por el magistrado Lauterpacht, en su opinión separada en el caso de *Certains emprunts norvégiens*⁶². El criterio correcto fue manifestado de manera admirable por Mummery:

El tribunal internacional debe tener en cuenta no sólo el recurso en papel, sino también las circunstancias que rodean al recurso. Si esas circunstancias son fundamentales para que se vuelva ineficaz un recurso que de otro modo sería efectivo, y se deben más a la actividad del Estado que a la del reclamante, a los fines de la norma debe considerarse ineficaz al recurso. Esta flexibilidad de criterio se adecua a la función social de la norma [...], dar primacía de jurisdicción a los tribunales locales, no de manera absoluta, sino en los casos en que pueden razonablemente aceptarla y cuando el Estado receptor es razonablemente capaz de cumplir su función de ofrecer un recurso. En consecuencia, el resultado de un caso en particular dependerá de un equilibrio de factores. Por ejemplo, en una situación en que el mejor asesoramiento jurídico local sugiera que es «muy poco probable» que seguir incoando recursos internos dé lugar a una resolución favorable al reclamante, quizás la conclusión correcta sea que se han agotado los recursos internos si el costo que entraña seguir los trámites supera con creces la posibilidad de obtener un resultado satisfactorio; lo contrario se aplicaría si los problemas o el costo que entrañase continuar los procedimientos fueran reducidos o nulos⁶³.

4. CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE HA ESTABLECIDO QUE LOS RECURSOS INTERNOS ERAN INEFICACES O INÚTILES

38. *El tribunal local no es competente para entender en la controversia en cuestión*⁶⁴. Ese principio ha sido ampliamente aceptado en la jurisprudencia y la doctrina⁶⁵. El caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* no niega ese principio. Allí la CPJI manifestó que no podía aceptar que los tribunales de Lituania no tuvieran competencia sobre un «acto del Estado», según manifestaba Estonia, a falta de una decisión judicial en Lituania⁶⁶. Se trató de un criterio extremadamente cauteloso⁶⁷, posiblemente tímido, pero la Corte dejó en claro que aceptaba el principio de que «no era necesario recurrir a los tribunales locales si

esos tribunales no fueran competentes para resolver la causa»⁶⁸.

39. Un corolario necesario de ese principio es que no es necesario agotar el procedimiento de apelación cuando el tribunal de alzada tiene una competencia limitada. Por ello, en el caso *Certains navires finlandais*, el árbitro Bagge sostuvo que se habían agotado los recursos internos porque la cuestión debatida era de hecho y el tribunal de apelación sólo tenía competencia para decidir cuestiones de derecho⁶⁹.

40. *La legislación nacional que justifica los actos de que reclama el extranjero no será examinada por los tribunales*. Por ejemplo, cuando se ha promulgado legislación a fin de confiscar los bienes de un extranjero y es claro que los tribunales están obligados a hacer cumplir esas leyes, no será necesario agotar los recursos internos. Por ello, en el caso *Arbitration awards of Östen Undén under Article 181 of the Treaty of Neuilly*, relativo a la confiscación de bosques por Bulgaria en virtud de una ley búlgara promulgada en 1904, el árbitro Undén dijo que:

El Ministerio de Agricultura, al proceder a la confiscación definitiva de los bosques, se basó en [...] la ley de Bulgaria de 1904 en virtud de la cual debían considerarse de dominio del Estado todos los *yailaks*. Habida cuenta de que la ley no se modificó a fin de admitir la aplicación de un régimen especial a los territorios anexados, los demandantes tenían motivos para considerar inútil toda acción ante los tribunales búlgaros en contra del Tesoro de Bulgaria⁷⁰.

41. *Es notorio que los tribunales locales no son independientes*⁷¹. Este principio se apoya en la reclamación *Robert E. Brown*⁷². En ese caso, el Presidente de la República Sudafricana, Paul Kruger, destituyó al Presidente de

⁶¹ 1939 C.P.J.I. (nota 25 *supra*), pág. 48.

⁶² C.I.J. Recueil 1957 (nota 55 *supra*), pág. 39.

⁶³ *Loc. cit.*, págs. 400 y 401. Véase también Herdegen, *loc. cit.*, pág. 71.

⁶⁴ Véase Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 197 y 198; Jennings y Watts, *Oppenheim's International Law*, pág. 525; Verdross y Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, pág. 884, y Mummery, *loc. cit.*, págs. 396 y 397.

⁶⁵ Véase *Arbitration awards of Östen Undén under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (AJIL, vol. 28 (1934), pág. 789): «la norma del agotamiento de los recursos internos no se aplica en general cuando el acto en cuestión consiste en medidas adoptadas por el gobierno o por un miembro del gobierno en el desempeño de sus tareas oficiales. Rara vez existe un recurso interno contra los actos de órganos autorizados del Estado»; *Rosa Gelbrunk and the Salvador Commercial Company et al* (El Salvador, Estados Unidos), Naciones Unidas, RSA, vol. XV (n.º de venta: 1966.V.3), págs. 467 a 477; *The Lottie May Incident* (Gran Bretaña, Honduras), *ibid.*, pág. 31; opinión separada del magistrado Lauterpacht en el caso *Certains emprunts norvégiens* (nota 59 *supra*), págs. 39 y 40; Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, pág. 823; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Brownlie, *op. cit.*, pág. 500; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 197, y «Whither the local remedies rule?», pág. 306; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 587 y 588; Verzijl, «La règle de l'épuisement des recours internes», pág. 266; *Affaire des forêts du Rhodope central*, fondo, decisión de 29 de marzo de 1933, Naciones Unidas, RSA vol. III, pág. 1420; caso *Interhandel* (nota 29 *supra*), pág. 27; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 883; Law, *op. cit.*, pág. 69; y Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 608.

⁶⁶ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 19.

⁶⁷ Véase Lauterpacht, *op. cit.*, pág. 101.

⁶⁸ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 18.

⁶⁹ *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), pág. 1535. Véase también Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 588; Brownlie, *op. cit.*, pág. 499; Mummery, *loc. cit.*, pág. 398; y Law, *op. cit.*, pág. 68.

⁷⁰ *Arbitration awards of Östen Undén under Article 181 of the Treaty of Neuilly* (nota 65 *supra*). Véanse también los casos *Forêts du Rhodope central* (nota 65 *supra*), pág. 1405; *Ambatielos* (nota 25 *supra*), pág. 119; e *Interhandel* (nota 25 *supra*), pág. 28; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Law, *op. cit.*, págs. 66 y 70; Dohering, «Local remedies, Exhaustion of», pág. 240; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 608; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 32 y ss.

⁷¹ Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198; Borchard, *op. cit.*, pág. 823 (en referencia a los tribunales controlados por una mayoría hostil); Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Brownlie, *op. cit.*, pág. 500; caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, fondo, sentencia de 26 de junio de 1988, *Serie C n.º 4* (1994); Whiteman, *Digest of International Law*, pág. 784; opinión separada del magistrado Tanaka en el caso *Barcelona Traction* (segunda fase), C.I.J. Recueil 1970 (nota 43 *supra*), pág. 147; opinión disidente del magistrado Levi Carneiro en el caso *Anglo-Iranian Oil Co. (exception préliminaire)*, fallo, C.I.J. Recueil 1952, pág. 165 (véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 33); Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, págs. 1655, 1657, 3076 y ss., y 4902, y vol. 6, pág. 287; Mummery, *loc. cit.*, pág. 403; Law, *op. cit.*, pág. 86; Cañado Trindade, *op. cit.*, pág. 78; Fitzmaurice, *loc. cit.*, pág. 59; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 32 y ss.; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 776.

⁷² Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 120.

la Corte Suprema porque había fallado en favor de Brown en relación con ciertos derechos mineros, y tanto el Presidente como la Legislatura de la República habían denunciado la decisión de ese magistrado. En esas circunstancias, los abogados aconsejaron a Brown que era inútil continuar con la reclamación de daños y perjuicios, ya que la Corte Suprema reconstituida le era claramente hostil⁷³. El tribunal que entendió de la reclamación internacional rechazó el argumento de que Brown no había agotado los recursos internos, y sostuvo que la «inutilidad de continuar los trámites había sido plenamente demostrada y el consejo brindado por los abogados estaba ampliamente justificado». Dijo el tribunal que no era necesario agotar los recursos «cuando no hay recursos que agotar»⁷⁴.

42. *Debe haber una serie coherente y bien establecida de precedentes contrarios a la pretensión del extranjero.* «[N]o es necesario recurrir una vez más ante los tribunales locales si el resultado será una repetición de una decisión ya adoptada»⁷⁵. La simple probabilidad de una decisión desfavorable es insuficiente: debe haber «algo más que una probabilidad de derrota, pero menos que certeza»⁷⁶.

43. *Los tribunales del Estado demandado no deben tener competencia para brindar al extranjero un recurso apropiado y adecuado*⁷⁷.

44. *El Estado demandado no cuenta con un sistema adecuado de protección judicial.* En el caso *Mushikiwabo*

⁷³ Para la historia de ese caso, véase Dugard, «Chief justice versus president: does the ghost of Brown v. Leyds NO still haunt our judges?», pág. 421.

⁷⁴ Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 129.

⁷⁵ Caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), pág. 18. Véase también Borchard, *op. cit.*, págs. 823 y 824; casos *S. S. Lisman*, Naciones Unidas, RSA, vol. III, pág. 1773; *S. S. Seguranca*, *ibid.*, pág. 1868; *Certains navires finlandais* (nota 28 *supra*), pág. 1495; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 27/55, decisión de 31 de mayo de 1956, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Documents et décisions 1955-1956-1957*, pág. 138; *X. c. République fédérale d'Allemagne*, demanda n.º 352/58, decisión de 4 de septiembre de 1958, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1958-1959*, pág. 344; y *X. c. Austria*, demanda n.º 514/59, decisión de 5 de enero de 1960, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1960*, pág. 202; Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 589; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 196 y 197; Brownlie, *op. cit.*, pág. 499; Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; Mummery, *loc. cit.*, pág. 402; Law, *op. cit.*, pág. 66; Cançado Trindade, *op. cit.*; *Restatement of the Law Second...* (nota 31 *supra*), pág. 618, párr. 208; Doehring, *loc. cit.*, pág. 240; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609; *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 50.

⁷⁶ Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 196.

⁷⁷ *Certains navires finlandais* (nota 24 *supra*), págs. 1496 y 1497; caso *Velásquez Rodríguez* (nota 71 *supra*); Borchard, *op. cit.*, pág. 332; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 525; Kokott, *loc. cit.*, pág. 622; *Yagci et Sargin c. Turquie*, demanda n.º 16426/90, sentencia de 8 de junio de 1995, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *série A n.º 319*, pág. 17, párr. 42; *Hornsby c. Grèce*, demanda n.º 18357/91, sentencia de 19 de marzo de 1997, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1997-II*, n.º 33, pág. 509, párr. 37; Mummery, *loc. cit.*, pág. 401 y 402; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 76 a 78; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 884; art. 19, párr. 2, apdo. a, del proyecto de convención de Harvard de 1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a extranjeros, reproducido en Sohn y Baxter, «Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens», pág. 577; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 198.

and others v. Barayagwiza, un tribunal de distrito de los Estados Unidos sostuvo que se podía dispensar la norma de los recursos internos en un caso como el del «sistema judicial de Rwanda, que prácticamente había dejado de funcionar y no estaría en condiciones de tramitar demandas civiles en el futuro cercano»⁷⁸. Durante la dictadura militar en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las irregularidades propias de los trámites judiciales en la justicia militar eximían la necesidad de agotar los recursos internos⁷⁹. A resultas de la influencia de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, las nociones de juicio justo y debido proceso tienen mayor peso en el derecho internacional contemporáneo del que tenían en los primeros 60 años del siglo XX, cuando se adoptaron muchas de las primeras decisiones sobre el agotamiento de los recursos internos. En consecuencia, hoy día se debe otorgar un mayor peso a esta excepción a la norma de los recursos internos.

5. CONCLUSIÓN

45. Los ejemplos mencionados precedentemente de circunstancias en que se excusó la aplicación de los recursos internos sugiere que se exija al reclamante que demuestre algo más que los recursos internos no ofrecen una posibilidad razonable de éxito (opción 2). Por el contrario, sugieren que el reclamante debe probar su inutilidad. Sin embargo, no respaldan la prueba de la inutilidad manifiesta (opción 1), que sugiere que la inutilidad de los recursos internos debe ser «inmediatamente aparente»⁸⁰. En cambio, exigen al tribunal que examine las circunstancias de un reclamo en particular que quizá no sean inmediatamente aparentes, como la independencia del poder judicial, la capacidad de los tribunales locales de tramitar un juicio justo, la existencia de una serie de precedentes contrarios al reclamante y la conducta del Estado demandado. En consecuencia, en cada caso se debe considerar la razonabilidad de tramitar los recursos internos⁸¹. Todo ello apunta en dirección de la opción 3: no se debe obligar al reclamante a agotar los recursos internos cuando los tribunales del Estado demandado «no brinden una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo».

⁷⁸ *Mushikiwabo and others v. Barayagwiza*, decisión de 9 de abril de 1996, ILR, vol. 107 (1997), pág. 460.

⁷⁹ Véase el caso 9755 (Chile), resolución 01a/88, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988*, OEA/Ser.L/V/II.74, documento 10 rev.1, pág. 136; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 200, y «Whither the local remedies rule?», pág. 307; Borchard, *op. cit.*, pág. 822; Mummery, *loc. cit.*, pág. 404; *Restatement of the Law Second...* (nota 27 *supra*), pág. 618, párr. 208; Doehring, «Local remedies, exhaustion of», pág. 239; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 609.

⁸⁰ Simpson y Fox, *op. cit.*, pág. 114.

⁸¹ Al respecto, Mummery (*loc. cit.*, pág. 404) afirma:

«A medida que la jurisprudencia internacional se desarrolla en relación con este tema, el análisis de los casos exigirá contar con los máximos conocimientos de la disciplina del derecho comparado, porque las distintas jurisdicciones del *common law* y del derecho civil han elaborado conceptos diferentes de lo que es esencial para un recurso interno eficaz y de esos conceptos quizás se puedan extraer criterios a los fines del estándar internacional relativo a la norma de los recursos internos. En consecuencia, es importante examinar todos los casos en el contexto de un principio subyacente y unificador de razonabilidad.»

B. Dispensa y *estoppel* (art. 14, apdo. b)

«Artículo 14

No será necesario agotar los recursos internos cuando:

[...]

b) el Estado demandado haya renunciado expresa o tácitamente al requisito de que estén agotados los recursos internos o haya un impedimento para que lo haga valer;»

46. A veces los Estados están dispuestos a dispensar del requisito de que estén agotados los recursos internos⁸². Como la norma obedece al propósito de proteger los intereses del Estado acusado de tratar indebidamente a un extranjero, se desprende que el Estado puede por sí mismo renunciar a esta protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que:

En este caso, según los principios del [d]erecho [i]nternacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa y, como tal, renunciabile, aun de modo tácito⁸³.

47. En la práctica no parecería estar prohibida la renuncia a los recursos internos. Desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo, es difícil conciliarla con el planteamiento sustantivo del agotamiento de los recursos internos⁸⁴ y Amerasinghe expresa claramente la razón de ello:

Si la norma relativa a los recursos internos es de procedimiento, la dispensa es perfectamente posible y comprensible. Ya que se trata únicamente de un medio de determinar la realización ordenada de un litigio internacional, se puede hacer una excepción a ella y excluir algunos de los trámites en el ordenamiento. La índole del perjuicio no quedará afectada en modo alguno. Lo único que cambia es el método de arreglo. El perjuicio, que sigue siendo el mismo, es determinado definitivamente y reparado directamente por un tribunal internacional y no por uno o más tribunales preliminares como de costumbre.

Si la norma es de fondo, no sería posible dispensar del requisito de que se agoten los recursos internos. La posibilidad de hacer valer esos recursos se convierte en parte material del perjuicio denunciado al tribunal internacional. Sin esos recursos internos no habría fundamento para la demanda. De permitirse dispensar del requisito no se podría demostrar ante un tribunal internacional un fundamento que se refiriera a la responsabilidad internacional. O tendrán que estar agotados los recursos internos con una *denegación de justicia* o habrá que demostrar que no hay recursos adecuados. Hablar de una verdadera dispensa es incongruente en una circunstancia como esa.

⁸² Hay muchas razones por las cuales el Estado puede tomar esa decisión; puede por ejemplo creer que con ello se ahorraría tiempo y dinero. Véase Amerasinghe, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, pág. 207.

⁸³ *Viviana Gallardo y otras*, sentencia de 13 de noviembre de 1981, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie A: Fallos y Opiniones, n.º G 101/81, pág. 22, párr. 26; véase también ILR, vol. 67 (1984), pág. 587. Véanse también los casos *ELSI* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50; *De Wilde, Ooms et Versyp* (asuntos «*Vagabondage*»), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo de 18 de junio de 1971, *serie A*, n.º 12; véase asimismo ILR, vol. 56 (1980), pág. 337, en pág. 370, párr. 55. Véase también Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 133.

⁸⁴ Véase el segundo informe sobre la protección diplomática, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), párr. 33.

Los mismos argumentos son aplicables a la posibilidad de no aprovechar los beneficios de la norma porque hay un impedimento o por otra razón. La norma queda dispensada de esta forma ante un tribunal internacional si después de ello subsiste un perjuicio internacional que un tribunal internacional puede reparar. Ello únicamente puede ocurrir si la norma es de procedimiento y no si es sustantiva. De la misma manera, únicamente pueden autorizarse verdaderas excepciones a la norma [por ejemplo, si los recursos son ineficaces] si el tribunal internacional que conoce de la causa tiene que fallar una controversia sobre la base del derecho internacional. Así ocurre únicamente si la norma relativa a los recursos internos que no se aplica en una causa determinada es de procedimiento⁸⁵.

48. La dispensa plantea problemas para quienes propician que la norma de los recursos internos constituye una cuestión sustantiva. Probablemente por esa razón los sustantivistas⁸⁶ no han discutido prácticamente la dispensa, aunque ninguno la niega. Por el contrario, Borchard, prominente sustantivista, admite la posibilidad de dispensa⁸⁷. Los autores que creen que es una cuestión de procedimiento no tienen mayor dificultad para apoyar el derecho de renuncia por el Estado demandado⁸⁸, incluso en el caso de las convenciones de derechos humanos⁸⁹.

49. La dispensa de los recursos internos puede revestir muchas formas distintas. Puede aparecer en un tratado bilateral o multilateral concertado antes o después de que se suscite la controversia; puede aparecer en un contrato entre el extranjero y el Estado demandado; puede ser expresa o tácita o puede inferirse del comportamiento del Estado demandado en circunstancias en que pueda ser calificada de impedimento o de renuncia.

1. DISPENSA EXPRESA

50. Se puede incluir una dispensa expresa en un compromiso arbitral *ad hoc* concertado para dirimir una controversia que ya existe o en un tratado general que disponga que las controversias que se susciten en el futuro han de dirimirse mediante arbitraje o alguna otra forma de arreglo internacional. También puede incluirse en un contrato entre un Estado y un extranjero. Hay acuerdo general en que la dispensa expresa de la norma relativa a los recursos internos es válida⁹⁰ y el Instituto de Derecho

⁸⁵ *State Responsibility for Injuries to Aliens*, págs. 207 y 208.

⁸⁶ El Sr. Ago no se refiere a la dispensa en su estudio de la norma relativa a los recursos internos, sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 3; *ibid.*, vol. II (segunda parte), pág. 32. Véase también O'Connell, *op. cit.*, pág. 1059.

⁸⁷ Véase, por ejemplo, Borchard, *op. cit.*, págs. 819 y 825.

⁸⁸ Amerasinghe, «The local remedies rule...», págs. 735 y 736; Law, *op. cit.*, pág. 59; tercer informe sobre responsabilidad de los Estados del Sr. García Amador, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 51, documento A/CN.4/111; García Amador, *The Changing Law of International Claims*, pág. 466; Witenberg «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», pág. 55; Ipsen, *Völkerrecht*, pág. 313; Borchard, «Theoretical aspects of the international responsibility of States», pág. 240. Véase asimismo *Restatement of the Law Second...* (nota 31 *supra*), págs. 620 a 622, párr. 209; y Kokott, *loc. cit.*, pág. 613.

⁸⁹ Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 128 a 133.

⁹⁰ Véase Mummery, *loc. cit.* Véase también Dohering, *loc. cit.*, pág. 239; Briggs, «The local remedies rule: a drafting suggestion», pág. 925; Amerasinghe, «Whither the local remedies rule?», págs. 293 y 294, y *Local Remedies in International Law*, pág. 251; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 610; Verdross y Simma, *op. cit.*, pág. 883; y Herdegen, *loc. cit.*, pág. 69.

Internacional⁹¹ y el Relator Especial sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión, Sr. García Amador⁹², han dicho que este principio está listo para su codificación.

51. La dispensa es común en la práctica estatal contemporánea y muchos acuerdos de arbitraje contienen cláusulas de esa índole⁹³. Probablemente el ejemplo más conocido es el artículo 26 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, según el cual:

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerará consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

52. Hay acuerdo general en que la dispensa expresa, conste en un acuerdo entre Estados o en un contrato entre un Estado y el extranjero, es irrevocable incluso si el contrato se rige por la ley del Estado de acogida⁹⁴.

2. DISPENSA TÁCITA

53. No se puede interpretar de buenas a primeras que hay una dispensa tácita de los recursos internos. En el asunto *ELSI*, una sala de la CIJ declaró en este contexto que:

no podía aceptar una dispensa tácita de un principio importante del derecho internacional consuetudinario de *no haber palabras que expresaran claramente la intención de hacerlo*⁹⁵.

De hecho, Schwarzenberger ha dicho que existe una presunción contra la dispensa tácita:

En esa situación de incertidumbre, es necesario ponderar debidamente tres presunciones aplicables: una contra cualquier renuncia tácita de derechos, otra en favor de una restricción mínima de la soberanía y otra en favor de la interpretación de los tratados en el contexto del derecho consuetudinario internacional. Las tres hacen que la balanza se incline

⁹¹ La resolución aprobada en la sesión de Granada señala que: «La norma no es aplicable: [...] b) cuando su aplicación haya sido descartada mediante acuerdo de los Estados de que se trate» (nota 44 *supra*), pág. 358. Véase también los comentarios de Bourquin, Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire*, vol. 1 (reunión de Aix-en-Provence, 1954), págs. 57 y 58.

⁹² *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 60. Según el artículo 17, la norma del agotamiento de los recursos internos «no es aplicable cuando el Estado haya convenido expresamente con el extranjero [...] en la omisión de los recursos internos». Véase también el sexto informe sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 4.

⁹³ Por ejemplo, el Convenio de 1923, por el cual se establece la Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México (art. V) y el acuerdo de 1910 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, citados en Borchard, «Theoretical aspects...», pág. 240. Véase también el Acuerdo sobre la creación de un tribunal arbitral encargado de resolver las reclamaciones de los Estados Unidos al Canadá relativas a la presa de Gut (art. II, párr. 2, apdo. c), firmado en Ottawa el 25 de marzo de 1965, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 607, n.º 8802; reproducido en ILM, vol. 4, n.º 3 (mayo de 1965), pág. 468.

⁹⁴ Casos *Viviana Gallardo* y otras, y *De Wilde, Ooms y Versyp* (nota 87 *supra*); Amerasinghe, «The local remedies rule...», pág. 737; y alegatos del Reino Unido y de la República Islámica del Irán (en contra) en *C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, págs. 118 y 119, y 501, respectivamente.

⁹⁵ *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50. Véase también Kokott, *loc. cit.*, pág. 626.

en contra de una dispensa tácita de la norma relativa a los recursos internos⁹⁶.

54. Sin embargo, cuando esté clara la intención de las partes de dispensar de los recursos internos, es preciso darle efectividad. Esta conclusión se ve corroborada tanto en fallos judiciales⁹⁷ como en la doctrina⁹⁸. El Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados, Sr. García Amador, no fue claro a este respecto. En su sexto y último informe a la Comisión en 1961, se refirió únicamente a la renuncia expresa de los recursos internos⁹⁹, pero posteriormente, en su obra *The Changing Law of International Claims*, aceptó que una dispensa pudiera ser tácita a condición de que fuera clara e inequívoca¹⁰⁰.

55. No cabe enunciar una regla general en cuanto a los casos en que es posible inferir tácitamente la intención de dispensar de los recursos internos. Cada caso debe determinarse según el texto del instrumento y las circunstancias de su aprobación¹⁰¹. Sin embargo, es útil estudiar distintos tipos de acuerdos de arbitraje ya que les pueden ser aplicables consideraciones especiales.

3. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA CONCERTADA ANTES DE LA CONTROVERSIA

56. Cuando el Estado demandado ha aceptado someter a arbitraje las controversias que se susciten en el futuro con el Estado demandante, cuenta con apoyo la opinión de que ese acuerdo «no significa que se renuncie al derecho de agotar todos los recursos internos en los

⁹⁶ *Op. cit.*, págs. 610 y 611. Véase también García Amador, *op. cit.*, pág. 467; *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 65, párr. 23; caso *Salem* (Egipto/Estados Unidos), Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1189; *Law, op. cit.*, pág. 98; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century»; y Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 131.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Steiner and Gross v. Polish State*, caso n.º 322 (1928), *Annual Digest of Public International Law Cases 1927 and 1928*, A. McNair y H. Lauterpacht (eds.), Londres, Longmans, 1931, pág. 472; y *American International Group Inc. v. The Islamic Republic of Iran*, laudo n.º 93-2-3 (1983) *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, 1985, vol. 4, pág. 96.

⁹⁸ *Law, op. cit.*, pág. 93; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Amerasinghe, «The local remedies rule...», págs. 735 y 736; y Borchard, *op. cit.*, págs. 819 y 825.

⁹⁹ En ese informe, adoptó la posición de que la norma relativa al agotamiento de los recursos internos no será aplicable «cuando el Estado demandado haya convenido expresamente con el Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado, la omisión de alguno o de todos los recursos internos» (*Anuario... 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 4). Véase además *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, Naciones Unidas, RSA, vol. XII, págs. 186 y 187.

¹⁰⁰ Pág. 467.

¹⁰¹ En su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, el Sr. García Amador señalaba que era necesario recurrir a los trabajos preparatorios del acuerdo y habría que ver «si dentro del objeto del tratado está comprendida la controversia de que se trate y aun en caso afirmativo, si su propósito expreso o tácito ha sido el de exceptuar la aplicación del principio en las controversias de ese tipo. En otras palabras, la aplicación del principio dependerá necesariamente, no sólo del objeto o alcance del convenio, sino de las circunstancias que concurren en cada caso concreto» (*Anuario... 1956*, pág. 201, párr. 164). Véase también *Law, op. cit.*, págs. 93 y 98; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 256 y 257; y *Restatement of the Law Second...* (nota 27 *supra*), pág. 620, párr. 209. Véase también *Steiner and Gross v. Polish State* (nota 97 *supra*), pág. 472.

casos en que una de las partes contratantes patrocine la demanda de su nacional»¹⁰². De hecho, en varios casos en que había una cláusula compromisoria de esta índole, el Estado demandante no ha hecho valer la dispensa que tácitamente entraña esta circunstancia de la sumisión al arbitraje como réplica a una excepción preliminar basada en que no se habían agotado los recursos internos¹⁰³. La Sala de la CIJ confirmó en el asunto *ELSI* que había una fuerte presunción contra la dispensa tácita en un caso de esa índole¹⁰⁴.

57. En el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, la CPJI sostuvo que la aceptación de la cláusula facultativa con arreglo al Artículo 36, párr. 2, de su Estatuto no constituía una dispensa tácita de la regla relativa a los recursos internos¹⁰⁵, como expresó el magistrado van Eysinga en su opinión disidente¹⁰⁶. Confirma la aceptación de la opinión mayoritaria el hecho de que el Estado demandante no planteó la dispensa al responder a una excepción preliminar relativa al no agotamiento de los recursos internos ni en el caso *Certains emprunts norvégiens*¹⁰⁷ ni en el caso *Interhandel*¹⁰⁸, en el que la CIJ hizo valer su competencia sobre la base de una declaración con arreglo a la cláusula facultativa. Como existe una analogía entre la sumisión a la jurisdicción de la CIJ con arreglo a la cláusula facultativa y una cláusula compromisoria, es posible hacer valer esta jurisprudencia relativa a la cláusula facultativa en apoyo de una presunción contra la dispensa tácita mediante una cláusula compromisoria. Esa presunción, por fuerte que sea, es *juris tantum*¹⁰⁹.

¹⁰² Mann, «State contracts and international arbitration»; Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, pág. 414; Verzijl, *op. cit.*, págs. 3 y 4; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 526; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 253, 257 y 258 y «Whither the local remedies rule?», págs. 295 y 296; y Law, *op. cit.*, pág. 98.

¹⁰³ Véanse, por ejemplo, los casos *Interhandel* (nota 25 *supra*) y *ELSI* (nota 46 *supra*). Véase además Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 253 y «Whither the local remedies rule?», pág. 295.

¹⁰⁴ Nota 46 *supra*.

¹⁰⁵ Nota 25 *supra*. Apoyan esta posición Verzijl, *op. cit.*, pág. 4; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 610; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 292, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 256 y 257.

¹⁰⁶ El magistrado van Eysinga dijo que «Al parecer Lituania no puede hacer valer esta norma [la relativa a los recursos internos] contra Estonia por la razón de que la aceptación por los dos Estados de la jurisdicción obligatoria de la Corte en virtud del Artículo 36 de su Estatuto, aceptación no sujeta a reservas [...], significa que esa regla queda descartada en relación con los dos Estados», 1939 *C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), págs. 35 y 36.

¹⁰⁷ Nota 55 *supra*.

¹⁰⁸ Nota 25 *supra*.

¹⁰⁹ Véase *Steiner and Gross v. Polish State* (nota 101 *supra*), pág. 472. En este caso, el Tribunal de la Alta Silesia sostuvo que Polonia había renunciado tácitamente a la norma de los recursos internos consignada en el artículo 5 del Convenio relativo a la Alta Silesia, entre Alemania y Polonia de 1922 (Sociedad de las Naciones, *Recueil des Traités*, vol. IX, pág. 465), según el cual: «La cuestión de saber si el Estado debe pagar una indemnización por la vulneración o reducción de derechos adquiridos y, en la afirmativa, en qué medida, será dirimida directamente por el Tribunal Arbitral a petición del derechohabiente». El Tribunal sostuvo que la expresión «directamente» debía interpretarse en el sentido de que daba a los demandantes el derecho de recurrir al tribunal internacional sin agotar primero los recursos internos.

4. EL COMPROMISO ARBITRAL *AD HOC* CONCERTADO DESPUÉS DE LA CONTROVERSIA

58. Puede resultar más fácil inferir tácitamente la renuncia a los recursos internos en el caso de un compromiso concertado después de suscitada la controversia. En esa situación se puede sostener que la renuncia puede ser tácita si el Estado demandado concertó un compromiso con el Estado demandante que comprende las controversias relativas al tratamiento de los nacionales *después* de causada una lesión al nacional objeto de la controversia y el acuerdo no dice nada acerca de la preservación de la norma relativa a los recursos internos¹¹⁰. Se encuentra apoyo a esta posición en algunas decisiones de comisiones de reclamación¹¹¹. Según algunos, la posibilidad de que la dispensa se infiera tácitamente del compromiso arbitral concertado *después* de suscitada la controversia queda confirmada por el hecho de que algunos de esos acuerdos exigen expresamente que se agoten los recursos internos¹¹². Ni la CPJI ni la CIJ se han referido a la dispensa en el caso de los acuerdos comprendidos en esta categoría.

5. CONTRATO ENTRE UN EXTRANJERO Y EL ESTADO DEMANDADO

59. El contrato para someter a arbitraje la diferencia entre un extranjero y el Estado de acogida en que expresa o tácitamente se renuncia al agotamiento de los recursos internos no es directamente pertinente, ya que el arreglo de controversias en ese caso no requiere que el Estado de la nacionalidad del extranjero patrocine su reclamación. Ese contrato, sin embargo, puede hacerse pertinente a los efectos abordados en el presente informe si el país de acogida se niega a someter la diferencia a arbitraje y el Estado de la nacionalidad del extranjero intercede para protegerlo. Se plantearía entonces la cuestión de si ha de prevalecer la cláusula contractual, expresa o tácita, de excluir los recursos internos. Si bien cuenta con apoyo la opinión de que ha de darse efecto a la renuncia expresa¹¹³, está menos claro si el contrato entre un Estado y un extranjero que convengan en resolver sus controversias mediante arbitraje sin mencionar explícitamente la utilización de los recursos internos como requisito previo para ese arbitraje ha de ser interpretado en el sentido de que entraña la renuncia a los recursos internos. Cuenta con apoyo en la doctrina la opinión de que ese acuerdo obedece al

¹¹⁰ Law, *op. cit.*, págs. 93 y 94; Borchard, «Theoretical aspects...», pág. 240 y *op. cit.*, págs. 819 y 825; y García Amador, *The Changing Law of International Claims*, pág. 550.

¹¹¹ Véanse algunos casos que confirman esta posición en Borchard, «Theoretical aspects...», pág. 240 y *op. cit.*, pág. 819, y Hackworth, *op. cit.*, pág. 525. Véanse también los casos *American International Group Inc. v. The Islamic Republic of Iran* (nota 101 *supra*), pág. 102; *Giorgio Uzielli*, Naciones Unidas, RSA, vol. XVI, págs. 270 y 271, y en contra, *Salem* (nota 100 *supra*), pág. 1189.

¹¹² Véase, por ejemplo, Borchard, *op. cit.*, pág. 819. Véase también la opinión disidente del magistrado van Eysinga en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (nota 25 *supra*), págs. 37 y 38.

¹¹³ Law, *op. cit.*, pág. 94; Herdegen, *loc. cit.*, pág. 69; *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 60. Según el artículo 17 del proyecto, la norma relativa al agotamiento de los recursos internos (art. 15) «no es aplicable cuando el Estado haya convenido expresamente con el extranjero, o en su caso con el Estado de la nacionalidad de éste, en la omisión de los recursos internos».

propósito de excluir los recursos internos¹¹⁴. Algunos fallos de tribunales arbitrales se inclinan expresamente por esta solución¹¹⁵ mientras que en muchos casos de esta índole el Estado demandado no ha interpuesto objeciones sobre la base de no haberse agotado los recursos internos¹¹⁶. Si bien se han hecho alegatos en favor de la renuncia tácita en esos casos ante la CPJI y ante la CIJ¹¹⁷, ninguna de las dos se ha pronunciado al respecto.

6. ESTOPPEL

60. El comportamiento del Estado demandado en el curso de un proceso internacional puede tener como resultado que ese Estado no pueda exigir que se agoten los recursos internos¹¹⁸. Así lo reconoció una sala de la CIJ en el caso *ELSI* cuando declaró que «no cabe excluir la posibilidad de que un *estoppel* pueda devenir en un silencio, cuando se debería haber dicho algo»¹¹⁹. Se encuentra también apoyo a este principio en el laudo *Heathrow Airport User Charges*¹²⁰.

61. En el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos *c.* Bulgaria), los Estados Unidos sostuvieron que:

Si los familiares de los estadounidenses que perdieron la vida cuando el avión Constellation de la línea El Al que fue derribado el 27 de julio de 1955 hubiesen tenido algún recurso interno en Bulgaria, el Gobierno de ese país nunca se lo comunicó ni mencionó la conveniente necesidad de que estuvieran agotados cuando los Estados Unidos le presentaron

¹¹⁴ Mann, *loc. cit.*, pág. 32; Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 523; *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 54, art. 18, párr. 5; García Amador, *The Changing Law of International Claims*, págs. 139 y 150; Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems*, págs. 117 a 121; Schwebel y Wetter, «Arbitration and the exhaustion of local remedies», págs. 484 y 499; Informe de los Directores Ejecutivos del Banco acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, citado en Whiteman, *op. cit.*, págs. 806 y 807; *Restatement of the Law Third...* (nota 27 *supra*), pág. 226, párr. 713. Véase asimismo *Restatement of the Law Second...* (nota 27 *supra*), pág. 621, párr. 209, comentario c; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1059; en contra: Adede, «A survey of treaty provisions on the rule of exhaustion of local remedies», pág. 8, donde se sostiene que las declaraciones hechas por los Estados al ratificar el Tratado General de Arbitraje Interamericano, que no exige expresamente el agotamiento de los recursos internos, indican que están convencidos de que de todas maneras no se dispensa de esa norma.

¹¹⁵ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), ILR, vol. 62, págs. 179 y 180; *Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company*, ILR, vol. 96, págs. 278 y 279, párr. 44.

¹¹⁶ Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 262.

¹¹⁷ Véase la memoria de Suiza y la de Yugoslavia (en contra) en *Affaire Losinger & Cie., 1936 C.P.J.I. série C n.º 78*, pág. 40 y 132, respectivamente; los argumentos del Reino Unido y la República Islámica del Irán (en contra) en *Anglo-Iranian Oil Co.* (nota 75 *supra*), págs. 81 y 82, y 288, respectivamente; los argumentos de Francia en *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Société «Electricité de Beyrouth»*, pág. 14; y las presentaciones de Francia y el Líbano (en contra) en *C.I.J. Mémoires, Affaire de la Compagnie du Port, des Quais et des Entrepôts de Beyrouth et de la Société Radio-Orient* págs. 39, 91 a 93; y 67 a 70, respectivamente.

¹¹⁸ Kokott, *loc. cit.*, pág. 626; Jennings y Watts, *op. cit.*, págs. 525 y 526; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 268 a 270, y 272 a 275.

¹¹⁹ *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 44, párr. 54.

¹²⁰ *United States–United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges* (1992) (Tribunal arbitral), ILR, vol. 102 (1996), pág. 285, párr. 6.33.

su reclamación diplomática en 1955 y 1957. En cambio, el Gobierno de Bulgaria resolvió la reclamación diplomática y prometió tramitarla [...]. En vista de estos hechos, Bulgaria no tiene derecho a hacer valer por primera vez el requisito de que deben agotarse los recursos internos¹²¹.

Sin embargo, la CIJ no tuvo ocasión de pronunciarse a este respecto.

62. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²² como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²³ han indicado que el Estado demandado puede verse impedido de interponer una excepción basada en que no se han agotado los recursos internos cuando no la interpuso en el momento debido.

63. La norma relativa al agotamiento de los recursos internos es parte del derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, no debería haber impedimento para que el Estado demandado la hiciera valer a menos que su comportamiento hubiese hecho que el Estado demandado actuara en detrimento de sus intereses. Así dejó en claro una sala de la CIJ cuando dictaminó en el caso *ELSI* que:

existen evidentes dificultades para interpretar que existió un *estoppel* por la simple circunstancia de no mencionar una cuestión en un determinado momento de un proceso de consultas diplomáticas bastante intermitentes¹²⁴.

La CIJ actuó también con cautela en el caso *Interhandel*, en el que señaló que no consideraba

necesario explayarse en cuanto a la afirmación del Gobierno de Suiza de que «los propios Estados Unidos han admitido que *Interhandel* ha agotado los recursos que tenían los tribunales de ese país». Es cierto que los representantes del Gobierno de los Estados Unidos expresaron esta opinión en varias ocasiones, particularmente en el memorando que figuraba en el anexo de la nota del Secretario de Estado. [...] Esta opinión se basaba en una postura que ha resultado carecer de fundamento.

¹²¹ *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955* (Estados Unidos *c.* Bulgaria), pág. 326.

¹²² En *Foti and others*, el Tribunal declaró «El Tribunal ha de conocer de las excepciones preliminares de esta índole [relativas al no agotamiento de los recursos internos] siempre que el Estado demandado las haya hecho valer primero en la Comisión, en principio en la etapa del examen inicial de la admisibilidad y en la medida en que su índole y las circunstancias lo permitieran; si no se cumple esta condición, el Gobierno no puede interponer esta excepción ante el Tribunal» (ILR, vol. 71 (1986), pág. 380, párr. 46). Véanse además los casos *Artico* (1980), *ibid.*, vol. 60, págs. 192 a 194, párrs. 24 a 27; *Guzzardi* (1980), *ibid.*, vol. 61, págs. 301 y 302, párr. 67, y *Corigliano* (1982), *ibid.*, vol. 71, pág. 403.

¹²³ En el caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, la Corte señaló:

«que el Estado no alegó ante la Comisión la falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Al no hacerlo, prescindió de un medio de defensa que la Convención establece en su favor e incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o el oportuno agotamiento de éstos, como se ha señalado en procedimientos ante órganos de la jurisdicción internacional (así, la Corte Europea [sic] ha sostenido que las excepciones de inadmisibilidad deben ser presentadas al iniciarse el trámite ante la Comisión, salvo que el Estado no hubiese podido invocarlas oportunamente, por razones no imputables a él.»

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, *Serie C n.º 41*, párr. 56.)

¹²⁴ *C.I.J. Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 44, párr. 54.

De hecho, el proceso entablado por Interhandel ante los tribunales de los Estados Unidos se estaba sustanciando¹²⁵.

Amerasinghe expresa con precisión esta posición en los siguientes términos:

Debe haber datos fehacientes en el sentido de que el comportamiento obedece al propósito no sólo de hacer que el extranjero o la persona creyeran que no era necesario, por cualquier razón, agotar los recursos internos, sino también que cabía razonablemente esperar que éste actuara sobre la base de esa conducta, lo hiciera y por esa razón no utilizara los recursos internos disponibles¹²⁶.

7. CONCLUSIÓN

64. Si bien cuentan con apoyo tanto el concepto de la renuncia a los recursos internos como el del *estoppel* para impugnar una excepción basada en que no se han agotado esos recursos, es evidente que no cabe aceptar fácilmente ninguno de esos obstáculos que se interpongan a la aplicación de una norma consuetudinaria. A pesar de ello, es necesario reconocer su posible existencia, que dependerá del texto de los instrumentos y de las circunstancias y el contexto del caso de que se trate. A ello obedece la excepción que se propone a la norma relativa a los recursos internos.

C. Vínculo voluntario y conexión territorial (art. 14, apdos. c y d)

«Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

[...]

c) No existe un vínculo voluntario entre la persona agraviada y el Estado demandado;

d) El acto internacionalmente ilícito en que se basa la reclamación internacional no se cometió dentro de la jurisdicción territorial del Estado demandado;»

65. Las excepciones a la norma de que deben agotarse los recursos internos que figuran en los apartados c y d se examinarán conjuntamente, puesto que están estrechamente relacionadas. Si bien esas normas cuentan con apoyo, el Relator Especial duda si están justificadas, habida cuenta de que, normalmente, otras excepciones a la norma de los recursos internos o los principios generales de derecho internacional harían que la norma de los recursos internos quedara excluida en las circunstancias

¹²⁵ C.I.J. *Recueil* 1959 (nota 25 *supra*), pág. 27. Véase también la opinión disidente del magistrado Córdova, págs. 46 y 47. Véase la opinión disidente del magistrado Erich en el asunto *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* (1939 C.P.J.I. (nota 25 *supra*), pág. 52):

«Puede ocurrir que el Estado al que se presente una reclamación esté bastante dispuesto a discutirla o incluso a someterla a un tribunal internacional aunque ninguna autoridad judicial o administrativa competente de él haya dictado una decisión definitiva. Si en un caso determinado parece desprenderse de la actitud del gobierno que ha de dispensar de este requisito y que, por decirlo así, está dispuesto a traspasar la reclamación directamente al ámbito internacional, ese gobierno no puede luego retractarse de tal posición.»

¹²⁶ *Local Remedies in International Law*, pág. 273.

previstas en los apartados c y d. Por esta y otras razones, la Comisión optó por no adoptar esa norma en 1977 cuando examinó el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados en primera lectura¹²⁷. La cuestión, no obstante, exige un examen detenido y, por esa razón, las excepciones de los apartados c y d se presentan como posibles normas en el supuesto de que la Comisión optara por aprobar disposiciones sobre el tema. Se expondrán los argumentos a favor y en contra de esas normas para que la Comisión disponga de un panorama general.

66. Algunos autores han sostenido que la norma del agotamiento de los recursos internos no es aplicable cuando el extranjero agraviado no tiene un vínculo voluntario con el Estado demandado porque no hay conexión territorial entre el particular en cuestión y el Estado demandado¹²⁸.

67. En apoyo de esta opinión, se argumenta que en todos los casos en que se ha exigido el agotamiento de los recursos internos ha existido algún vínculo entre el particular agraviado y el Estado demandado, como, por ejemplo, la presencia física voluntaria, la residencia, la propiedad de bienes o una relación contractual con el Estado demandado. Así, Meron señaló:

Aunque es posible encontrar formulaciones muy amplias de la norma de los recursos internos, el examen de los precedentes revela que los hechos tienen un denominador común: en todos esos casos el extranjero agraviado estableció voluntariamente, o puede considerarse que estableció, ya sea de forma explícita o implícita, un vínculo con el Estado cuyos actos se denunciaban. Ese vínculo puede establecerse de diferentes modos que no es necesario enumerar aquí en extenso. Bastará con hacer referencia a los ejemplos más comunes. Entre éstos están los casos en que un extranjero reside, permanente o temporalmente, en el territorio del Estado demandado, realiza actividades comerciales o posee propiedades en ese Estado, o bien entabla relaciones contractuales con el gobierno de ese Estado. Parece que en todos los casos conocidos que tienen que ver con la norma de los recursos internos y en que se consideró necesario que en primer lugar el Estado presuntamente infractor tuviera la oportunidad de reparar el presunto perjuicio por los medios proporcionados por sus propios tribunales, de hecho existía un vínculo de esta índole¹²⁹.

68. Los que proponen este punto de vista sostienen que la naturaleza de la protección diplomática y la norma de los recursos internos han experimentado cambios sustanciales en los últimos tiempos. Mientras que en los inicios de su historia la protección diplomática se caracterizaba por situaciones en que un nacional extranjero que residía y realizaba actividades comerciales en un país extranjero era agraviado por la actuación de ese Estado y por consiguiente cabía esperar que agotara los recursos internos de acuerdo con el razonamiento de que «debe considerarse que normalmente el nacional que se traslada al extranjero aceptará el derecho del país tal como lo encuentra,

¹²⁷ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42.

¹²⁸ Véase O'Connell, *op. cit.*, pág. 951; Meron, «The incidence of the rule of exhaustion of local remedies», pág. 83; Parry, «Some considerations upon the protection of individuals in international law», pág. 688; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 138; Doehring, *loc. cit.*, pág. 239; Ipsen, *op. cit.*, pág. 312; Herdegen, *loc. cit.*, pág. 66; Mummery, *loc. cit.*, pág. 394; Head, «A fresh look at the local remedies rule», pág. 153; y Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 583. En sentido contrario, véase Geck, «Diplomatic protection», pág. 1056; y Gaja, *L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, pág. 87.

¹²⁹ *Loc. cit.*, pág. 94.

incluidos los medios que le ofrezca para la reparación de la injusticia»¹³⁰, en la actualidad puede ocurrir que un particular se vea agraviado por la actuación de un Estado extranjero fuera de su territorio o por un acto cometido en el territorio de ese Estado en circunstancias en que el particular no tenga conexión con ese territorio. Son ejemplos de ello los daños ambientales transfronterizos (como la explosión en la central nuclear de Chernóbil, cerca de Kiev, en la antigua Unión Soviética, que causó una lluvia radiactiva que llegó incluso hasta Escandinavia y el Japón) y los casos en que se derriba un avión que ha penetrado accidentalmente en el espacio aéreo de un Estado (como ilustra el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en que Bulgaria abatió un avión de la compañía El Al que se había introducido por accidente en su espacio aéreo). Según Meron:

Esta ampliación de la ley de la responsabilidad de los Estados es una razón importante para reexaminar el fundamento y el alcance de la norma de los recursos internos. Ciertamente, no sería razonable que el particular agraviado por un Estado extranjero fuera de su territorio tuviera que acudir a los tribunales de ese Estado como condición previa para que el Estado del que la víctima fuera ciudadano pudiera presentar una demanda en el plano internacional y ello a pesar de no existir un auténtico vínculo entre la persona agraviada y el Estado denunciado¹³¹.

69. Los partidarios de adoptar la norma del vínculo voluntario o la conexión territorial hacen hincapié en la aceptación del riesgo que corre el extranjero en un Estado del que no es ciudadano como base de la norma de los recursos internos¹³². Únicamente si el extranjero se ha sometido voluntariamente a la jurisdicción del Estado demandado podrá esperarse que agote los recursos internos.

70. No hay fundamentos claros a favor o en contra de la exigencia de un vínculo voluntario.

1. DECISIONES JUDICIALES

71. Las decisiones judiciales proporcionan escasa orientación sobre el tema. En el asunto *Interhandel*, la CIJ declaró que «se ha considerado necesario que *el Estado en que tuvo lugar la infracción** tenga también una oportunidad de subsanarla por sus propios medios»¹³³.

72. Este dictamen, por el que se *permite* al Estado territorial que exija el agotamiento de los recursos internos, parece un punto de apoyo demasiado endeble para sostener una doctrina, como intentó hacer Amerasinghe al argumentar que el dictamen viene a corroborar la opinión de que la infracción tiene que ocurrir en el territorio del Estado denunciado, lo que conlleva que «la persona o propiedad también debe estar ubicada en el Estado denunciado»¹³⁴. En el caso *Salem*, un tribunal arbitral declaró que «[p]or norma, todo extranjero debe reconocer

que el tipo de justicia que esté instituido en el país en que ha decidido residir es aplicable a su propia persona»¹³⁵. De nuevo, esta trillada reformulación de la norma de los recursos internos dista mucho de probar que exista una norma por la que se requiere un vínculo voluntario como condición previa para que sea aplicable la norma de los recursos internos.

73. La cuestión se planteó en el caso *Certains emprunts norvégiens*¹³⁶, en que Francia, alegando que los ciudadanos franceses que poseían bonos noruegos pero eran residentes en Francia no estaban obligados a agotar los recursos internos en Noruega, señaló que:

la única explicación de la norma estriba en la exigencia de que un extranjero que se encuentre en litigio con el Estado *bajo cuya soberanía ha querido vivir** no pueda provocar que su asunto se lleve al plano internacional sin haber agotado previamente todos los medios de resolverlo por las vías locales¹³⁷.

En respuesta a ello, Noruega argumentó que la práctica no apoyaba la tesis de Francia y se remitió a los laudos arbitrales en los asuntos *Certains navires finlandais*¹³⁸ y *Ambatielos*¹³⁹, en que se había declarado aplicable la norma de los recursos internos pese a que ninguno de los demandantes residía en el Estado demandado. La CIJ no juzgó necesario entrar en la cuestión del agotamiento de los recursos internos, ya que el caso se decidió en virtud de otros factores. La única referencia a la controversia entre las partes acerca de esta cuestión es la que hizo el magistrado Read en una opinión disidente, cuando declaró que «Francia no ha hecho valer ningún precedente persuasivo [...]; el conjunto de los precedentes está orientado en realidad en el otro sentido»¹⁴⁰.

74. El requisito de que exista un vínculo voluntario ocupó un lugar destacado en la argumentación de Israel en el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en que Israel demandó a Bulgaria por los perjuicios resultantes al abatirse un avión civil israelí que había penetrado por error en el espacio aéreo búlgaro. En este caso, Rosenne, hablando en nombre de Israel, sostuvo:

antes de que se pueda aplicar la norma [de los recursos internos], es fundamental que exista un vínculo entre la persona agraviada y el Estado cuyos actos se denuncian. Sostengo que todos los precedentes demuestran que la norma sólo se aplica cuando el extranjero, la persona agraviada, ha creado o se considera que ha creado *una conexión, voluntaria, consciente y deliberada** entre su propia persona y el Estado extranjero cuyos actos se denuncian. Los precedentes se refieren siempre a casos en que se ha originado un vínculo de esta índole, por ejemplo, por razón de la residencia en ese Estado, la realización en él de actividades comerciales, la posesión de propiedades en él —creo que estos supuestos engloban la mayoría de los casos— o por haber entablado la persona en cuestión algún contrato con el gobierno de ese Estado, como en los casos que afectan a propietarios de bonos; y puede haber otros casos más¹⁴¹.

¹³⁰ Borchard, «Theoretical aspects...», pág. 240. Véase también Borchard, *op. cit.*, pág. 817, y Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, pág. 96.

¹³¹ *Loc. cit.*, pág. 98.

¹³² Brownlie, *op. cit.*, pág. 501, quien no deja de indicar, sin embargo, que existe un razonamiento opuesto: «Si el objetivo principal es proporcionar un recurso relativamente más cómodo que la demanda en el plano internacional, entonces no se aplicará ninguna condición en relación con el vínculo» (ibid.).

¹³³ *C.I.J. Recueil 1959* (nota 25 *supra*), pág. 27.

¹³⁴ *Local Remedies in International Law*, pág. 145.

¹³⁵ Naciones Unidas, RSA (nota 96 *supra*), pág. 1202.

¹³⁶ Nota 55 *supra*.

¹³⁷ *C.I.J. Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. I, pág. 409 (citado en *Anuario... 1977*, vol. II (primera parte), pág. 41, párr. 98).

¹³⁸ Nota 24 *supra*.

¹³⁹ Nota 25 *supra*.

¹⁴⁰ *Certains emprunts norvégiens*, fallo, *C.I.J. Recueil 1957*, pág. 97.

¹⁴¹ *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, págs. 531 y 532, alegatos orales de Israel. Véase también ibid., pág. 590.

Bulgaria refutó los argumentos de Israel¹⁴². Tampoco en este caso la CIJ emitió un fallo sobre la cuestión¹⁴³.

75. En el caso *Fonderie de Trail*¹⁴⁴, relativo a un problema de contaminación transfronteriza en que no existía ningún vínculo voluntario ni conexión territorial, el Canadá no insistió en el agotamiento de los recursos internos. Este y otros casos¹⁴⁵ en que se prescindió de los recursos internos y en que no había ningún vínculo voluntario se han interpretado como precedentes que apoyan la exigencia de que haya un sometimiento voluntario a la jurisdicción como condición previa para que se aplique la norma de los recursos internos¹⁴⁶. La falta de insistencia en la aplicación de la norma de los recursos internos en estos casos, sin embargo, puede explicarse por otros motivos. Así, el caso *Fonderie de Trail* puede explicarse como ejemplo de agravio directo, en que no es necesario que se agoten los recursos internos, o partiendo de la base de que en el compromiso arbitral en cuestión no se exigía que se agotaran los recursos internos.

76. Quienes se oponen a la exigencia del vínculo voluntario o la conexión territorial aducen que los tribunales han aceptado la necesidad de que se agoten los recursos internos en casos como *Certains navires finlandais*¹⁴⁷, *Ambatielos*¹⁴⁸ y *ELSI*¹⁴⁹, en que no existía ninguna conexión estrecha entre el ciudadano agraviado y el Estado denunciado. Este argumento es engañoso, puesto que en los tres casos había alguna conexión con el Estado denunciado, ya fuera en forma de relación contractual (*Ambatielos* y *ELSI*) o de presencia física (*Certains navires finlandais*). Quienes defienden la exigencia del vínculo voluntario no equiparan ese vínculo con la residencia y, por consiguiente, han admitido que en los casos citados había una conexión suficiente entre el ciudadano agraviado y el Estado denunciado para hacer aplicable la norma de los recursos internos¹⁵⁰. Si la residencia fuera un requisito, ello excluiría la aplicación de la norma de los recursos internos en los casos referentes a la expropiación de bienes propiedad de extranjeros y las transacciones contractuales en que el extranjero fuera no residente. Actualmente ninguna doctrina rigurosa mantiene esa postura.

2. PRÁCTICA DE LOS ESTADOS

77. La práctica de los Estados tampoco es clara. En la antigua práctica británica se consideraba que, cuando un extranjero sufría un agravio en alta mar como resultado de la toma o el apresamiento de una nave, era necesario que se agotaran los recursos internos en el Estado que

había efectuado la toma o apresamiento¹⁵¹. Amerasinghe está en lo cierto al dudar si esta práctica se reconocería en la actualidad¹⁵². Desde luego, no se hace mención de esa práctica ni, de hecho, de ninguna otra exigencia sobre un vínculo voluntario en las normas de la práctica del Reino Unido de los últimos tiempos¹⁵³.

78. La práctica de los Estados Unidos era muy diferente en sus inicios. En 1834, el Secretario de Estado McLane manifestó que los ciudadanos estadounidenses debían agotar los recursos internos en el Estado

en que se han infringido sus derechos, a cuyas leyes se han sometido voluntariamente al entrar en la esfera de su potestad, por lo que deben consentir en acatarlas¹⁵⁴.

No está claro si sigue siendo esta la postura de los Estados Unidos. El *Restatement of the Law Third* no se pronuncia sobre la necesidad de que exista un vínculo voluntario como condición previa para la aplicación de la norma de los recursos internos¹⁵⁵.

79. De la práctica reciente de los Estados se desprende que un Estado responsable de haber abatido accidentalmente un avión extranjero no exigirá el agotamiento de los recursos internos como condición previa para que las familias de las víctimas puedan presentar demandas contra ese Estado. China no exigió que se agotaran los recursos internos antes de pagar indemnizaciones a los perjudicados cuando derribó un avión británico de la línea Cathay en 1954¹⁵⁶. Tampoco lo hicieron los Estados Unidos cuando ofrecieron pagos a título graciable a los nacionales iraníes a raíz de que un avión de pasajeros iraní fuera abatido por misiles estadounidenses en la República Islámica del Irán¹⁵⁷. Más recientemente, la India no planteó el hecho de que no se hubieran agotado los recursos internos como excepción preliminar a una demanda del Pakistán por los perjuicios resultantes de que la India hubiera destruido un avión pakistani¹⁵⁸.

80. La misma práctica parece aplicarse en el caso de los daños ambientales transfronterizos. Así, el Canadá renunció a la exigencia del agotamiento de los recursos internos cuando accedió a compensar a los nacionales estadounidenses que habían resultado perjudicados por la construcción de la presa de Gut¹⁵⁹. El artículo XI del

¹⁵¹ Véase McNair, *International Law Opinions*, pág. 302.

¹⁵² *Local Remedies in International Law*, pág. 143.

¹⁵³ Véase Warbrick, *op. cit.*

¹⁵⁴ Moore, *A Digest of International Law*, pág. 658.

¹⁵⁵ *Restatement of the Law Third...* (nota 27 *supra*), pág. 348, párr. 902, comentario *k*; pág. 219, párr. 713, comentario *f*; págs. 225 y 226, párr. 713, nota 5.

¹⁵⁶ El incidente se describe en Law, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁵⁷ Véase C.I.J. *Mémoires, Incident aérien du 3 juillet 1988* (República Islámica del Irán c. Estados Unidos), excepciones preliminares presentadas por los Estados Unidos, parte I, cap. III, secc. I, págs 46 a 48.

¹⁵⁸ *Incident aérien du 10 août 1999*, competencia de la Corte, fallo, C.I.J. *Recueil 2000*, pág. 12; véase también C.I.J. *Resúmenes 1997-2002*, pág. 150.

¹⁵⁹ Véase el compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá (nota 93 *supra*), y el informe del representante de los Estados Unidos ante el Tribunal de Reclamaciones del Lago Ontario, reproducido en ILM (1969), vol. VII, pág. 118. La actitud del Canadá puede explicarse también por haberse declarado incompetentes los tribunales canadienses

¹⁴² *Ibid.*, pág. 565.

¹⁴³ *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), C.I.J. *Recueil 1959*, excepciones preliminares, fallo, pág. 127; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 67.

¹⁴⁴ Naciones Unidas, RSA, vol. III, pág. 1905.

¹⁴⁵ Casos *Virginus*, recogido en Moore, *A Digest of International Law*, pág. 903; y *Owners of the Jessie, the Thomas F. Bayard and the Pescawha (Great Britain) v. United States*, Naciones Unidas, RSA, vol. VI, pág. 57.

¹⁴⁶ Law, *op. cit.*, pág. 104, y Meron, *loc. cit.*, pág. 98.

¹⁴⁷ Nota 24 *supra*.

¹⁴⁸ Nota 25 *supra*.

¹⁴⁹ C.I.J. *Recueil 1989* (nota 46 *supra*), pág. 42, párr. 50.

¹⁵⁰ Véase Meron, *loc. cit.*, págs. 99 y 100, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 144.

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales corrobora también este punto de vista:

1. Para presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación de indemnización por daños al amparo del presente Convenio no será necesario haber agotado los recursos locales de que puedan disponer el Estado demandante o las personas físicas o morales que éste represente.

2. Nada de lo dispuesto en este Convenio impedirá que un Estado, o una persona física o moral a quien éste represente, hagan su reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento. Un Estado no podrá, sin embargo, hacer reclamaciones al amparo del presente Convenio por los mismos daños respecto de los cuales se esté tramitando una reclamación ante los tribunales de justicia o ante los tribunales u órganos administrativos del Estado de lanzamiento, o con arreglo a cualquier otro acuerdo internacional que obligue a los Estados interesados¹⁶⁰.

Algunos autores han aducido de forma convincente que, para hacer extensiva a los daños ambientales transfronterizos la ley de la responsabilidad de los Estados, habría que reconsiderar la aplicabilidad de la norma de los recursos internos¹⁶¹.

3. PROPUESTAS DE CODIFICACIÓN

81. En las primeras propuestas de codificación se trató de exponer los principios de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados «en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros»¹⁶². Por consiguiente, no se prestó atención a la cuestión de la responsabilidad cuando el extranjero se encontraba fuera del territorio del Estado denunciado. El proyecto de convención de Harvard de

en los casos en cuestión (Compromiso arbitral del Lago Ontario (embalse de Gut) entre los Estados Unidos y el Canadá, pág. 475).

¹⁶⁰ El Canadá hizo valer ese Convenio cuando, en 1979, un satélite soviético propulsado por un pequeño reactor nuclear estalló sobre los territorios del noroeste del Canadá. La Unión Soviética accedió a pagar al Canadá una compensación de 3 millones de dólares canadienses, ILM, vol. 18 (1979), pág. 899; e *ibid.*, vol. 20 (1981), pág. 689. En aquel caso el Canadá presentó una reclamación directa, ya que no se habían producido daños a nacionales ni a propiedad privada canadienses.

¹⁶¹ Según Hoffman:

«Si bien todavía no está reconocida como principio de derecho internacional, la ‘teoría del vínculo’ parece ir ganando aceptación y parecería un acontecimiento importante en la ley de la responsabilidad de los Estados puesto que la aplicación de la ley se amplía para incluir cuestiones ambientales».

(«State responsibility in international law and transboundary pollution injuries», págs. 540 y 541).

Véase también Lefeber, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability*, págs. 123 y 154; Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, pág. 219; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 296; y Schachter, «International law in theory and practice», pág. 203. Véase además el sexto informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional del Sr. Barboza, *Anuario... 1990*, vol. II (primera parte), pág. 106, documento A/CN.4/428 y Add.1, párr. 63 (art. 28). Véase también el informe del Grupo de Trabajo de la Comisión sobre este tema en *Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 151, párr. 15.

¹⁶² Véanse las bases de discusión elaboradas por el Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) (*Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219); el proyecto de convención sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, preparado por la Facultad de Derecho de Harvard, 1929 (*ibid.*, pág. 225), y el segundo informe del Sr. García Amador sobre responsabilidad de los Estados, *Anuario... 1957*, vol. II, pág. 113.

1961 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio, además de no incluir la exigencia del vínculo territorial voluntario (art. 19), declara expresamente en el comentario que, en el proyecto de convención

no se ha adoptado el punto de vista de que el agotamiento de los recursos internos deba pasarse por alto cuando esa exigencia pueda causar dificultades al demandante. [...] Puede resultar engorroso acudir a los recursos internos cuando el extranjero agraviado no tiene una conexión real con el Estado que es responsable del agravio, como en el caso en que el extranjero se encuentra meramente en tránsito por el territorio del Estado en cuestión. Para hacer uso de los recursos internos de forma eficaz, el denunciante puede verse obligado a desplazarse a una larga distancia desde su lugar de residencia hasta el Estado en que tuvo lugar el agravio. *Aunque esa excepción a la norma habitual podría ser deseable, no encuentra apoyo en las causas en que se ha dictado sentencia*¹⁶³.

82. La Comisión examinó la cuestión cuando aprobó el artículo 22 del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados en primera lectura¹⁶⁴. Al hacerlo, rechazó la propuesta de que la norma de los recursos internos quedara sin efecto cuando no existiera una conexión territorial o un vínculo voluntario¹⁶⁵ y decidió que, ya que ni en la práctica de los Estados ni la jurisprudencia se encontraban

pronunciamientos explícitos sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de la condición del agotamiento de los recursos internos en las hipótesis en que el perjuicio haya sido causado a particulares extranjeros o a sus bienes *fuera del territorio del Estado*¹⁶⁶.

Era preferible, por lo tanto,

dejar que la práctica de los Estados se encargara de resolver, según los criterios más oportunos, el problema de la aplicabilidad del principio del agotamiento de los recursos internos a los casos de perjuicios ocasionados por un Estado a extranjeros fuera de su territorio o a casos análogos¹⁶⁷.

4. CONCLUSIÓN

83. Ni en la jurisprudencia ni en la práctica de los Estados se ha planteado todavía debidamente la cuestión de la aplicabilidad de la norma de los recursos internos cuando no existe un vínculo voluntario o una conexión territorial. Evidentemente, los argumentos de quienes proporcionan tal excepción a la norma de los recursos internos están fundamentados. No es razonable, práctico ni justo que se exija a un extranjero agraviado que agote los recursos internos en casos como los siguientes:

a) Los daños ambientales transfronterizos causados por contaminación, lluvia radiactiva u objetos espaciales fabricados por el hombre;

b) El derribo de un avión fuera del territorio del Estado demandado o del Estado del avión que ha penetrado accidentalmente en su espacio aéreo;

¹⁶³ Comentario de Sohn y Baxter citado en Whiteman, *op. cit.*, págs. 793 y 794.

¹⁶⁴ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), págs. 45 a 47, párrs. 38 a 42.

¹⁶⁵ *Ibid.*, pág. 46, párr. 40.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pág. 45, párr. 38.

¹⁶⁷ *Ibid.*, pág. 46, párr. 40.

c) El asesinato de un nacional del Estado A por un soldado del Estado B destacado en el territorio del Estado A;

d) El secuestro transfronterizo por agentes del Estado demandado de un nacional extranjero desde el Estado de que es nacional o desde un tercer Estado.

La cuestión que hay que resolver es si los casos de este tipo exigen una norma especial que los excluya del alcance de la norma de los recursos internos o si esos casos están regidos por las normas existentes o los principios generales del derecho internacional.

84. Antes de hacerlo, hay que subrayar que en muchos de estos casos se habrá producido un perjuicio directo al Estado de que es nacional la persona agraviada, además del perjuicio a la persona. Si se sigue la norma de la preponderancia propuesta en el artículo 11 del proyecto, el agotamiento de los recursos internos será inaplicable en muchos de esos casos. Los daños ambientales transfronterizos se considerarán, en la mayoría de los casos, un perjuicio directo, como ilustra el caso *Fonderie de Trail*¹⁶⁸. Lo mismo sucederá con los casos en que se haya abatido un avión extranjero, como argumentó de manera persuasiva Israel en el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel *c.* Bulgaria)¹⁶⁹. Los secuestros también constituyen un perjuicio directo al Estado en que se originó el secuestro y cuya soberanía territorial ha sido violada.

85. Cuando el Estado demandante prefiere no presentar una denuncia directa o cuando el perjuicio que ha sufrido el nacional es mayor que el causado al Estado, parece que en la mayoría de los casos la norma de los recursos internos no se aplicará porque no habrá una reparación disponible o eficaz en el Estado demandado o porque cualquier reparación de ese tipo sería insuficiente. Fue principalmente por esa razón que la Comisión declinó adoptar una norma especial sobre el vínculo voluntario¹⁷⁰. Kokott propone un punto de vista semejante en su informe de 2000 sobre agotamiento de los recursos internos al

¹⁶⁸ Véase la nota 144 *supra*.

¹⁶⁹ La argumentación de Israel se expone con claridad en Meron, *loc. cit.*, págs. 92 a 94.

¹⁷⁰ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 46, párr. 39. En su sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados (*ibid.*, vol. II (primera parte), pág. 42, párr. 100), el Sr. Ago profundizó en este tema:

«nos parecería más conciliable con la razón de ser y con la lógica del principio del agotamiento de los recursos internos que se previera, en una forma que habría de estudiarse, que la colaboración de los particulares no se exija siempre para la puesta en marcha de los mecanismos que permiten que un Estado remedie mediante un nuevo comportamiento la situación contraria al resultado internacionalmente exigido de él, creada por su primer comportamiento. Esto debería preverse, por ejemplo, en los casos de perjuicios causados a un extranjero llevado contra su voluntad al territorio de un Estado o en tránsito aéreo o terrestre. *En efecto, podría encontrarse que las cargas que incumbirían de otro modo a ese particular serían demasiado pesadas para poder justificarse*». Sin embargo, incluso sin prever expresamente una excepción que podría comprometer la solidez del principio, ¿no podría considerarse que estos casos extremos están englobados en la exigencia general según la cual los recursos internos han de ser *eficaces*, incluyendo también en esta exigencia la de que esos recursos sean efectivamente utilizables, en los casos presentados, por los particulares interesados?».

Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI¹⁷¹.

86. Jiménez de Aréchaga descartó la sugerencia de que el requisito de un recurso eficaz compense las dificultades o la injusticia que pueden presentarse en estos casos:

Es posible, no obstante, que una persona que resulta herida en el territorio de su propio Estado por un soldado de otro Estado o por un objeto espacial pueda encontrar recursos eficaces en el otro Estado: sin embargo, sería poco equitativo y se impondría una dificultad indebida para esa persona si se le exigiera que tratara de agotar esos recursos en el Estado extranjero. Ello demuestra que la eficacia de un recurso no es razón suficiente para hacerlo obligatorio o prescindir de él. La solución preferible en esos casos puede ser que la utilización de los recursos internos sea facultativa, según escoja el agraviado, en lugar de ser obligatoria¹⁷².

87. Un principio general del derecho que haría inaplicable la norma de los recursos internos en esos casos es la de *ex injuria jus non oritur*. Como observa Meron:

[S]egún los principios generales del derecho, sería muy extraño, en efecto, que se permitiera a un Estado que hubiera agraviado ilícitamente a un extranjero que no tenía conexión alguna con ese Estado —salvo ese agravio— obtener alguna ventaja de sus actos ilícitos¹⁷³.

88. Las normas de la jurisdicción también pueden impedir la aplicación de la norma de los recursos internos en los casos de dificultad arriba mencionados. Aunque los Estados tienen una amplia jurisdicción extraterritorial, existen circunstancias en que el ejercicio de la jurisdicción constituiría un abuso o un exceso de jurisdicción que haría inaplicable la norma. O'Connell hace hincapié en esta cuestión:

Este planteamiento se hace más patente si se subraya que, cuando el agravio ocurre fuera del territorio del Estado, la cuestión que debe juzgarse es si el Estado es culpable o no de exceso de jurisdicción, y ésta es una cuestión de derecho internacional que es preferible dejar en manos de un tribunal internacional, en tanto que lo que se juzga cuando el agravio ocurre dentro del territorio es la naturaleza del agravio infligido y si se ha ocasionado en efecto algún perjuicio que, según el derecho internacional, deba subsanarse mediante el derecho interno.

¹⁷¹ *Loc. cit.*, págs. 614 y 615. Véase también Geck, *loc. cit.*, pág. 1056.

¹⁷² «International law in the past third of a century», págs. 296 y 297. Véase también Schachter, *loc. cit.*, pág. 203; Law, *op. cit.*, pág. 104; y Lefebvre, *op. cit.*, págs. 123 y 154. El Grupo de Trabajo sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional de la Comisión, entre otros, hizo suya esa opinión en 1978 en los términos siguientes:

«Cabe señalar que las obligaciones del tipo de las que se están examinando son distintas de las obligaciones que incumben a un Estado para con extranjeros que han decidido establecerse en el territorio de ese Estado o situar en él sus bienes. En las situaciones comprendidas dentro del tema que se examina no hay la presunción de que se está dispuesto a aceptar riesgos o consecuencias perjudiciales porque son tolerados dentro del territorio o bajo el ámbito de control del Estado en que surgen esos riesgos o esas consecuencias perjudiciales. Tampoco hay la exigencia de acudir al recurso efectivo que ofrezca el derecho interno, a menos, claro está, que exista un régimen aplicable, aceptado por los Estados interesados, que imponga esa exigencia» (*Anuario... 1978*, vol. II (segunda parte), pág. 148, párr. 15). Véase también CEPE, Directrices sobre la responsabilidad y la obligación en caso de contaminación de aguas transfronterizas, ENVWA/R.45, párr. 22.

¹⁷³ *Loc. cit.*, pág. 96. En el mismo sentido, véase Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 296; Head, *loc. cit.*, pág. 153, y Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 146.

En otras palabras, en el caso del agravio extraterritorial la cuestión que se plantea al tribunal internacional es si el Estado, *por sus actos*, ha infringido el derecho internacional, pero en el caso del agravio intraterritorial la cuestión es si el Estado ha cometido una infracción *por no haber reparado* el agravio. La diferencia entre estos dos casos es que en el primero de ellos el suceso ha ocurrido fuera de la jurisdicción de los tribunales internos, que por consiguiente no son competentes para obtener testimonios ni para dictar sentencia¹⁷⁴.

89. Evidentemente es necesario prestar especial atención a la aplicabilidad de la norma de los recursos internos en los casos en que no exista un vínculo voluntario o una conexión territorial entre el extranjero agraviado y el Estado denunciado. No está claro si se hace necesaria una excepción especial al presente proyecto de artículos. Con las excepciones existentes a la norma de los recursos internos *puede* haberse previsto la mayor parte de los «casos de dificultad» descritos en el párrafo 75 *supra*, pero la Comisión puede decidir que se necesita una protección más decidida y explícita. La conclusión provisional del Relator Especial es que no hay necesidad de tal disposición, pero por supuesto no se opondría a ella si la Comisión decide adoptarla.

D. Dilación excesiva (art. 14, apdo. e)

«Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

[...]

e) El Estado demandado sea responsable de una dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno;»

90. La posible exención del requisito de agotar los recursos internos en los casos en que el Estado demandado sea responsable de una dilación excesiva en la tramitación de un recurso interno se encuentra confirmada en intentos de codificación, instrumentos y práctica de derechos humanos, decisiones judiciales y doctrina.

1. CODIFICACIÓN

91. En la base de discusión n.º 27 propuesta en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) figura una norma sobre el agotamiento de los recursos internos. Según la propuesta, esa norma no excluía la aplicación de la base de discusión n.º 5, en que se establecía, entre otras cosas, que:

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

[...]

3. Haya habido *demoras abusivas** por parte de los tribunales¹⁷⁵.

¹⁷⁴ O'Connell, *op. cit.*, pág. 951. Véase también Herdegen, *loc. cit.*, págs. 66 y 67; el caso *Interhandel*, C.I.J. *Recueil* 1959 (nota 29 *supra*), pág. 27; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 144 y 145. En sentido contrario, Jennings, «General course on principles of international law», pág. 485.

¹⁷⁵ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 219.

92. El Comité III de la Conferencia de codificación del derecho internacional (La Haya, 1930) propuso una disposición similar, por la cual se eximía del cumplimiento de la norma sobre el agotamiento de los recursos internos en casos de denegación de justicia y se citaba como ejemplo «demoras injustificables que implican una denegación de justicia»¹⁷⁶. En el texto final de la Convención aprobada en la Conferencia se establecía la responsabilidad del Estado, sin el requisito de agotar los recursos internos, por denegación de justicia, incluida «la demora injustificable»¹⁷⁷.

93. La Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, 1933), consideró el «retardo inmotivado» como excepción a la norma sobre los recursos internos, pero afirmó que esos casos debían ser interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se hubiera suscitado la diferencia¹⁷⁸.

94. En el proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a los extranjeros, preparado en 1961 por la Facultad de Derecho de Harvard, figuraba la siguiente propuesta:

Los recursos internos se considerarán no disponibles a los efectos de la presente Convención:

[...]

c) Si los únicos recursos disponibles son excesivamente lentos o si la justicia se demora injustificadamente¹⁷⁹.

95. El Sr. García Amador no incluyó la dilación excesiva como excepción a las normas o sobre los recursos internos, ni siquiera en el marco de la denegación de justicia¹⁸⁰. El Sr. Ago reconoció que la dilación excesiva podía llevar a la conclusión de que los recursos internos eran infructuosos¹⁸¹ pero no llegó a proponerla como excepción especial en la norma sobre los recursos internos contenida en el artículo 22. En su informe sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, Kokott considera asimismo que los «trámites injustificadamente prolongados» constituyen una excepción a la norma sobre los recursos internos, pero en el proyecto de artículos que propone no figura ninguna disposición particular sobre esa excepción¹⁸².

2. INSTRUMENTOS Y PRÁCTICA DE DERECHOS HUMANOS

96. Algunos instrumentos de derechos humanos excluyen expresamente la necesidad de agotar los recursos internos cuando su tramitación «se prolongue

¹⁷⁶ *Ibid.*, pág. 222, art. 9, párr. 2.

¹⁷⁷ *Ibid.* Compárese con los artículos 7, 8 y 10 a 12, todos los cuales exigen el agotamiento de los recursos internos, como condición previa para determinar la responsabilidad del Estado.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 223, párr. 3.

¹⁷⁹ Art. 19, párr. 2. Reproducido en Sohn y Baxter, *loc. cit.*, pág. 577.

¹⁸⁰ Véase *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 56, art. 3, y pág. 59, art. 18, párr. 2.

¹⁸¹ *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 50, párr. 50.

¹⁸² *Loc. cit.*, pág. 623.

injustificadamente»¹⁸³. Los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de esos instrumentos hacen suya esa excepción en su jurisprudencia¹⁸⁴.

3. DECISIONES JUDICIALES

97. En las decisiones judiciales se encuentra hasta cierto punto la «dilación excesiva» como excepción a la norma sobre los recursos internos. En el caso *El Oro Mining and Railway Company*, la Comisión de reclamaciones británico-mexicana sostuvo que nueve años excedían con mucho el límite de lo permisible, incluso con la máxima liberalidad. Por lo tanto, consideró que los recursos eran infructuosos y que se excusaba su agotamiento¹⁸⁵. Sin embargo, la CIJ consideró que 10 años de litigio no eran suficientes para eliminar la necesidad de agotar los recursos internos en el caso *Interhandel*¹⁸⁶. Ese aspecto de la decisión fue criticado por el magistrado Armand-Ugon, quien, en una opinión en disidencia, sostuvo que, puesto que no se vislumbraba una decisión final tras 10 años de litigio, los recursos disponibles eran demasiado lentos y por ende infructuosos¹⁸⁷. En este caso la Corte no rechazó la posibilidad de que la dilación excesiva hiciera menos estricta la norma sobre los recursos internos. Simplemente no consideró que 10 años fueran suficientes para dispensar de la norma *en este caso específico*, concretamente porque el hecho de que *Interhandel* no presentara parte de la documentación necesaria había contribuido a la demora¹⁸⁸.

4. DOCTRINA

98. Aunque la doctrina es en general favorable a dicha excepción¹⁸⁹, se reconoce la dificultad de dar un contenido o significado objetivo a la expresión «dilación excesiva». Se debe juzgar cada caso según sus propias circunstancias. Como afirma Amerasinghe:

Las circunstancias de cada caso serían ciertamente un factor determinante. Una gran parte dependería de la evaluación judicial de la

¹⁸³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 41, párr. 1, apdo. c); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 46, párr. 2, apdo. c).

¹⁸⁴ *Weinberger c. Uruguay*, comunicación n.º 28/1978, Comité de Derechos Humanos, *Selección de Decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo* (2.º a 16.º periodos de sesiones) (publicación de las Naciones Unidas, n.º de venta: S.84.XIV.2), vol. 1, pág. 61; *Las Palmeras*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C, *Resoluciones y sentencias*, n.º 67, párr. 38; *Erdogan c. Turquía*, demanda n.º 19807/92, decisión de 16 de enero de 1996, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Décisions et rapports*, vol. 84-B, pág. 15; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 203 a 205; y Kokott, *loc. cit.*, pág. 623.

¹⁸⁵ Véanse los asuntos *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) c. United Mexican States*, sentencia n.º 55, de 18 de junio de 1931, Naciones Unidas, RSA, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 198; y *Administration du Prince von Pless*, excepciones preliminares, 1933 C.P.J.I. *serie A/B*, n.º 52, pág. 16.

¹⁸⁶ C.I.J. *Recueil 1959* (nota 25 *supra*).

¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 87.

¹⁸⁸ Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, pág. 203.

¹⁸⁹ Véanse, por ejemplo, Brownlie, *op. cit.*, págs. 505 a 506; Dohering, *loc. cit.*, pág. 239; Schwarzenberger, *op. cit.*, págs. 620 y 622 (mencionada en relación con la denegación de justicia); Cançado Trindade, *op. cit.*, pág. 79; Jiménez de Aréchaga, «International law in the past third of a century», pág. 294, e «International responsibility», pág. 589; y Mummery, *loc. cit.*, pág. 403.

situación en cada caso. [...] Serían claramente pertinentes aspectos como la naturaleza del agravio: es más fácil, por ejemplo, prescribir plazos más cortos para violaciones de los derechos personales y civiles que para daños a la propiedad. También puede ser un factor pertinente la identidad del demandante: los daños causados a grandes empresas dan lugar a plazos más largos que los causados a particulares, ya que puede tratarse de casos más complicados. En última instancia, dichas consideraciones sólo pueden servir de orientación, puesto que no existen normas invariables para definir el concepto de dilación excesiva¹⁹⁰.

99. Esta excepción a la norma sobre el agotamiento de los recursos internos podría incorporarse a la contenida en el artículo 14, apdo. a, como elemento de la ineficacia. Sin embargo, existen buenas razones para considerarla una excepción separada. Los procedimientos judiciales se distinguen por su lentitud. Dicha excepción pondría sobre aviso a los Estados de que se exponen a perder las ventajas de la norma sobre los recursos internos si prolongan excesivamente las actuaciones de su propia jurisdicción con la esperanza de retrasar el momento de comparecer ante un tribunal internacional.

E. Denegación de acceso (art. 14, apdo. f)

«Artículo 14

No es necesario agotar los recursos internos en los casos en que:

[...]

f) El Estado demandado impida al particular lesionado obtener acceso a las instituciones de ese Estado que proporcionan los recursos internos».

100. Es posible que un Estado impida a un extranjero lesionado obtener acceso material a sus tribunales, por ejemplo, negándole la entrada en su territorio o exponiéndolo a peligros para que le resulte arriesgado tratar de entrar en su territorio. Un extranjero resuelto a hacer valer sus derechos contra un Estado no suele ser un visitante grato. Por lo tanto, no es extraño que dicho Estado ejerza su derecho incontestable a denegar la entrada al extranjero o hacerle saber claramente que no se puede garantizar su seguridad si entra en el territorio del Estado. Es posible que el artículo 14, apdo. a, sea aplicable a la denegación efectiva de acceso a los recursos internos, pero probablemente es mejor considerar este tipo de casos una excepción especial a la norma sobre los recursos internos, puesto que en teoría el recurso puede estar al alcance de la persona y ser eficaz, pero inaccesible en la práctica.

101. No existe en la práctica de los Estados ni en la jurisprudencia ni en la doctrina indicación clara alguna que justifique considerar este tipo de situación como excepción particular a la norma sobre los recursos internos. No obstante, en su informe de 2000 sobre agotamiento de los

¹⁹⁰ Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 205 y 206. En el caso *El Oro Mining and Railway Company*, la Comisión de reclamaciones británico-mexicana declaró (Naciones Unidas, RSA (nota 185 *supra*), pág. 198):

«La Comisión no tratará de establecer con precisión absoluta el período en que se espera que emita un fallo. Esto dependerá de diversas circunstancias, especialmente de la magnitud del caso, es decir, del volumen de trabajo que conlleve examinar minuciosamente el caso».

recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, Kokott propuso una excepción a la norma sobre los recursos internos para casos en que «se impida en los hechos al demandante obtener acceso a los recursos existentes»¹⁹¹. En apoyo de esta propuesta afirma lo siguiente:

La inutilidad por razones *de facto* abarca especialmente casos de peligro a la vida o la integridad física del solicitante en el país en que tendría que interponer el recurso. Esto puede deberse a «un clima general de hostilidad» hacia nacionales de otros países o basarse en peligros que acechan al extranjero en particular o a un grupo de personas, siempre que se demuestre satisfactoriamente la existencia de dichos peligros. Otros ejemplos de inutilidad *de facto* son los casos en que

¹⁹¹ *Loc. cit.*, pág. 630.

se presentan obstáculos e impedimentos que constituyen denegación de justicia en el sentido de que se deniega al extranjero el acceso a los tribunales debido a una práctica o a una política decretada o tolerada por el Estado¹⁹².

La propuesta de Kokott está inspirada en la jurisprudencia de derechos humanos¹⁹³, pero no hay ninguna razón para no hacerla extensiva gradualmente a los principios generales del derecho que rigen el agotamiento de los recursos internos.

¹⁹² *Ibid.*, págs. 624 y 625. Véase también Dohering, *loc. cit.*, pág. 240.

¹⁹³ Kokott, *loc. cit.*, pág. 624; *Akdivar et autres c. Turquie*, asunto 99/1995/605/693, sentencia de 16 de septiembre de 1996 (1996-IV) *Recueil des arrêts et décisions*, n.º 15, pág. 1213, párr. 73.

CAPÍTULO II

Carga de la prueba

«Artículo 15

1. El Estado demandante y el Estado demandado compartan la carga de la prueba en las cuestiones relativas al agotamiento de los recursos internos de conformidad con el principio según el cual quien afirma algo debe probarlo.

2. De no haber circunstancias especiales y sin perjuicio de la secuencia que se ha de seguir en la prueba:

a) Recae sobre el Estado demandado la carga de probar que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos es aplicable en el litigio y que no se han agotado los recursos internos disponibles;

b) Recae sobre el Estado demandado la carga de probar cualquiera de las excepciones mencionadas en el artículo 14 o probar que la demanda se refiere a una lesión directa al propio Estado.»

102. La carga de la prueba en contenciosos internacionales se refiere a lo que debe probarse y a quién debe probarlo. No existe en derecho internacional una norma clara y detallada sobre la carga de la prueba similar a la que figura en muchos ordenamientos jurídicos nacionales¹⁹⁴. Sin embargo, generalmente se considera que la carga de la prueba recae sobre la parte que hace una afirmación: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Puede ser la parte demandante (*onus probandi actori incumbit*) o la parte demandada (*reus in exceptione fit actor*), ya que la carga de la prueba puede pasar de una a otra en el curso del proceso, lo cual depende de cómo formulen las partes sus afirmaciones o argumentos¹⁹⁵. Este planteamiento de la

carga de la prueba, más práctico¹⁹⁶ que técnico o formal, es aplicable a contenciosos relacionados con el agotamiento de los recursos internos.

103. En anteriores intentos de codificación de la norma sobre los recursos internos no se formuló una norma al respecto. Sin embargo, en su informe sobre agotamiento de los recursos internos al Comité sobre protección diplomática de las personas y las propiedades de la ADI, Kokott propuso la norma siguiente sobre la carga de la prueba:

1. El demandante tiene que probar que ha agotado los recursos internos, o

2. que estaba exento de ese requisito.

3. El Estado de acogida tiene que probar que existían (otros) recursos que no se agotaron¹⁹⁷.

104. En la práctica de los órganos encargados de vigilar los derechos humanos existe un corpus sustancial de jurisprudencia sobre la carga de la prueba¹⁹⁸. Las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indican que la carga inicial recae sobre el demandante, que en su demanda debe demostrar con certeza razonable que ha

recours internes, págs. 234 a 237; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 277 a 283; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 134 a 136 y 169; Proyecto sobre procedimiento arbitral, informe del Sr. Scelle, *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 1, documento A/CN.4/113 (véase concretamente el artículo 21, págs. 10 y 15); alegato de Suiza en el caso *Interhandel*, *C.I.J. Mémoires*, págs. 562 y 563. En contra: Robertson, «Exhaustion of local remedies in international human rights litigation – the burden of proof reconsidered», págs. 191 a 193 y 196, quien distingue entre la carga de la prueba del derecho y la carga de la prueba de los hechos, y afirma que, con respecto a la primera, la carga de la prueba recae en una de las partes (el demandante).

¹⁹⁶ Gaja, *op. cit.*, págs. 227 a 231.

¹⁹⁷ *Loc. cit.*, pág. 630.

¹⁹⁸ Kokott, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law*; Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, págs. 291 a 297; Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 143 a 171; Robertson, *loc. cit.*; caso *Velásquez Rodríguez* (nota 71 *supra*), párrs. 59 y 60; *Akdivar et autres c. Turquie* (nota 193 *supra*), pág. 1211, párr. 68.

¹⁹⁴ Caso *William A. Parker (U.S.A.) v. United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 39.

¹⁹⁵ Ripert, «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», pág. 646. Véase también Guggenheim, *Traité de droit international public*, pág. 81; Cheng, «Burden of proof before the I.C.J.», pág. 596; Law, *op. cit.*, pág. 55; Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, pág. 289; Sereni, *Principi generali di diritto e processo internazionale*, págs. 30, 40, 76 y 90; Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de*

agotado los recursos internos ofrecidos por el Estado de acogida. Si el Estado demandado afirma que no se han agotado los recursos internos, recae entonces sobre él la carga de probar que el demandante tenía a su alcance un recurso efectivo mediante el cual podía obtener reparación. Una vez satisfecho ello, corresponde al demandante probar que el recurso ofrecido por el gobierno fue efectivamente agotado o que hubo circunstancias excepcionales que le eximieron de la obligación de agotarlo¹⁹⁹.

105. La aplicabilidad de esos principios al derecho internacional general es limitada, puesto que la secuencia en que es necesario demostrar las afirmaciones se ve condicionada por el hecho de que:

en los convenios de derechos humanos normalmente se establece que una demanda es examinada en lo esencial por el órgano de supervisión competente sólo si este último está convencido de que se han agotado los recursos internos, como lo exige el convenio²⁰⁰.

Además, los órganos de derechos humanos pueden examinar por derecho propio y de oficio el cumplimiento de la norma sobre el agotamiento de los recursos internos, incluso si no hay objeciones del demandado²⁰¹.

106. Las decisiones arbitrales y judiciales no arrojan mucha luz sobre la cuestión. Algunos tribunales de arbitraje han sostenido que la carga de probar que se han agotado los recursos internos o que es aplicable una de las excepciones a la norma²⁰² debe recaer sobre el demandante, pero otros, suponiendo por las circunstancias del caso que los recursos han sido infructuosos, han impuesto al demandado la carga de probar la existencia de recursos internos que no han sido agotados²⁰³. Se hizo referencia a la cuestión en los casos *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *Certains navires finlandais*, *Ambatielos* y *ELSI*, y en los alegatos de los casos *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria) y *Certains emprunts norvégiens* (en que el magistrado Lauterpacht emitió una importante opinión separada al respecto).

107. En el caso *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, el demandante, Estonia, afirmó que la norma sobre el agotamiento de los recursos internos no era aplicable, aduciendo que los tribunales lituanos no podían conocer de la demanda porque el máximo tribunal de Lituania ya había emitido una decisión al respecto que no era favorable al demandante. Refiriéndose a esas cuestiones, la CPJI declaró que:

Si se pudiera corroborar alguno de esos dos extremos, la Corte estaría obligada a rechazar la segunda objeción de Lituania [relativa al no agotamiento de los recursos internos].

[...]

Hasta que se demuestre claramente que los tribunales lituanos no son competentes para admitir una demanda de la empresa *Esimene* en relación con su derecho de propiedad del ferrocarril Panevezys-Saldutiskis, la Corte no puede aceptar el argumento del agente de Estonia de que la norma relativa al agotamiento de los recursos internos no es aplicable en este caso porque el derecho lituano no ofrece medio alguno de obtener compensación²⁰⁴.

Los pasajes citados parecen indicar que, una vez que el demandado ha interpuesto la excepción de que no se han agotado los recursos internos, recae sobre el demandante la carga de probar que es aplicable una excepción a la norma sobre los recursos internos.

108. En el laudo *Certains navires finlandais*, el árbitro Bagge sostuvo que la norma de los recursos internos:

sólo es pertinente a las afirmaciones de hecho y de derecho presentadas por el Gobierno demandante en el procedimiento internacional y la oportunidad de «hacer justicia a su manera» debe referirse solamente a una demanda basada en esas afirmaciones²⁰⁵.

Law ha dado una interpretación amplia a este razonamiento poco claro, haciendo recaer

la carga de la prueba sobre el Estado que interpone la acción ante el tribunal, puesto que se refiere exclusivamente a lo que él afirme y que, de tener justificación, significaría que no existen recursos internos o que éstos ya se han agotado²⁰⁶.

109. En el asunto *Ambatielos* el planteamiento es diferente y se da a entender que la carga inicial de probar que había recursos eficaces disponibles y que no se habían agotado recae sobre el Estado demandado²⁰⁷:

Para poder afirmar que una acción ante un tribunal internacional no es admisible, el Estado demandado debe demostrar que existen en su sistema de derecho nacional recursos que no se han utilizado. Sin embargo, las opiniones de los juristas y las que figuran en precedentes judiciales coinciden en que la existencia de recursos que evidentemente son ineficaces no se considera suficiente para justificar la aplicación de la norma²⁰⁸.

110. El caso *ELSI* también sirve de precedente para el argumento de que la carga de probar la existencia de un recurso disponible que no se había agotado recae sobre el Estado demandado:

Con tantos contenciosos instruidos en los tribunales internos sobre lo que es en esencia la demanda que ahora tiene ante sí la Sala, Italia tenía la obligación de demostrar que, con todo, existía algún recurso interno que no se había probado; o por lo menos, que no se había agotado. Italia nunca trató de negar esa obligación.

[...]

Sin embargo, en el presente caso, Italia tenía la obligación de demostrar de hecho la existencia de un recurso que estuviera al alcance

¹⁹⁹ Véase *Foti and others* (nota 122 *supra*), págs. 380 a 382; *Selmouni c. France*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Recueil des arrêts et décisions 1999-V*, demanda n.º 25803/94, fallo de 28 de julio de 1999 (con la intervención de los Países Bajos), pág. 230, párr. 76.

²⁰⁰ Kokott, *loc. cit.*, pág. 628.

²⁰¹ Cançado Trindade, *op. cit.*, págs. 153 a 157.

²⁰² *Adolph G. Studer (United States) v. Great Britain*, Naciones Unidas, RSA, vol. VI, pág. 153; *La Guaira Electric Light and Power Company*, *ibid.*, vol. IX (n.º de venta: 1959.V.5), pág. 243; *Napier*, en Moore, *History and Digest of the International Arbitrations...*, pág. 3154.

²⁰³ Véanse los casos *John Gill (Great Britain) v. United Mexican States*, *ibid.*, vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 157; *Forêts du Rhodope central* (nota 69 *supra*); y *Brown* (nota 28 *supra*). Véase también la opinión separada del magistrado Tanaka en *Barcelona Traction* (nota 43 *supra*), págs. 145 a 147.

²⁰⁴ *1939 C.P.J.I.* (nota 25 *supra*), págs. 18 y 19.

²⁰⁵ Naciones Unidas, RSA (nota 24 *supra*), pág. 1502.

²⁰⁶ *Op. cit.*, pág. 56.

²⁰⁷ *Ibid.*, págs. 56 y 57.

²⁰⁸ *Ambatielos* (nota 25 *supra*), pág. 119.

de los accionistas de los Estados Unidos y que no hubieran llegado a emplear. La Sala no considera que Italia haya satisfecho esa obligación.

Nunca es fácil decidir, en un caso donde se ha recurrido mucho a los tribunales internos, si se han «agotado» realmente los recursos internos. Sin embargo, en este caso Italia no ha podido convencer a la Sala de que claramente quedaba algún recurso que Raytheon y Machlett, independientemente de ELSI y del síndico de la quiebra de ELSI, debían haber utilizado y agotado²⁰⁹.

111. En el caso *Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israel c. Bulgaria), Bulgaria adujo que una vez que el demandado había demostrado que sus tribunales estaban abiertos y a disposición de los extranjeros, correspondía al demandante, Israel, probar que esos recursos no existían o eran ineficaces²¹⁰.

112. La carga de la prueba ocupó un lugar destacado en los alegatos del caso *Certains emprunts norvégiens*, pero no fue necesario que la CIJ llegara a una decisión al respecto. Francia adujo que no le correspondía, en su calidad de demandante, probar la inutilidad de los recursos internos noruegos. Por el contrario, era Noruega quien debía probar «la utilidad de un recurso en su sistema judicial»²¹¹. En su réplica, Noruega alegó que existía una norma del derecho internacional que obligaba al demandante a agotar los recursos internos antes de presentar el caso a la Corte:

Si el Gobierno francés sostiene que el principio no es aplicable, a él corresponde demostrar por qué²¹².

Por lo tanto, no corresponde al Gobierno noruego probar que los recursos que su derecho interno ofrece a los acreedores franceses les abre posibilidades suficientes para que no se pueda desechar la norma del agotamiento previo. Correspondería al Gobierno de la República probar lo contrario²¹³.

Posteriormente, Noruega reconoció que el demandado tenía la obligación de probar la existencia de recursos internos, pero sostuvo que era el demandante quien debía probar la ineficacia de dichos recursos:

Una vez establecida la existencia de los recursos internos, es aplicable la norma del agotamiento previo. Y si el Estado demandante quiere sustraerse de las consecuencias de dicha norma, a él corresponde probar que la norma no es aplicable en razón de la ineficacia de los recursos existentes²¹⁴.

En su réplica, Francia adujo que las partes tenían la obligación de colaborar en la presentación de pruebas y que Noruega no podía simplemente sostener que sus tribunales eran imparciales. Tenía además que probar, a la luz de la legislación que había conducido a la controversia y que parecía excluir la competencia de los tribunales locales, que existía una perspectiva razonable de reparación en los tribunales de Noruega²¹⁵.

²⁰⁹ C.I.J. *Recueil* 1989 (nota 46 *supra*), págs. 46 a 48, párrs. 59, 62 y 63.

²¹⁰ C.I.J. *Mémoires* (nota 121 *supra*), págs. 559, 565 y 566.

²¹¹ C.I.J. *Mémoires*, *Certains emprunts norvégiens*, vol. I, pág. 184.

²¹² *Ibid.*, pág. 280, párr. 110.

²¹³ *Ibid.*, pág. 281, párr. 114.

²¹⁴ *Ibid.*, vol. II, pág. 162. Véase también *ibid.*, pág. 161.

²¹⁵ *Ibid.*, págs. 187 y 188.

113. En su opinión separada en el caso *Certains emprunts norvégiens*, el magistrado Lauterpacht propuso el siguiente esquema:

1) Como norma, corresponde al Estado demandante probar que no existen recursos eficaces que se puedan utilizar; 2) Esa prueba no es necesaria si existe legislación que aparentemente priva de un recurso a los demandantes que no son Estados; 3) En ese caso corresponde al Estado demandado demostrar que, pese a la falta aparente de un recurso, se puede suponer razonablemente su existencia; 4) El grado de la carga de la prueba no debe ser tan estricto que haga excesivamente difícil la prueba²¹⁶.

Aunque algunos autores han apoyado la formulación del magistrado Lauterpacht sin cuestionarla²¹⁷, no se debe olvidar que obedecía al propósito de aplicarla a los hechos presentados ante la CIJ, es decir, una ley noruega que, *ex facie*, parecía indicar que era inútil interponer recursos internos. Por lo tanto, la exposición de Lauterpacht «no parece prestarse a la generalización»²¹⁸.

114. La doctrina se ha referido con frecuencia a la carga de probar la eficacia o ineficacia de los recursos internos, pero las circunstancias en las cuales se puede hacer valer su ineficacia varían de un caso a otro. En un caso la ineficacia del recurso interno puede ser evidente (por ejemplo, cuando existe legislación que priva a los tribunales locales de competencia para conocer del asunto). En otro, la ineficacia del recurso interno puede ser menos evidente (por ejemplo, cuando se aduce que los tribunales no son imparciales o están bajo el control del poder ejecutivo). En el primer caso se puede presumir la ineficacia hasta que sea rebatida por el Estado demandado, mientras que en el segundo corresponde al Estado demandante probar su aserto²¹⁹. Todo esto apunta a la necesidad de flexibilidad en relación con la carga de la prueba.

115. En general, los juristas que se han ocupado del tema de la carga de la prueba han procurado no presentar un conjunto detallado de normas y subnormas que abarquen todas las situaciones²²⁰. Aunque los autores han analizado a fondo las opiniones existentes, pocos se atreven a ir más allá de la generalización de Jiménez de Aréchaga:

El Estado que contesta una demanda haciendo valer la norma relativa a los recursos internos tiene que probar la existencia de un recurso que no se haya utilizado. Si el Estado demandante replica que un recurso existente es ineficaz o inadecuado en las circunstancias del caso, él tiene que probar que su pretensión es correcta²²¹.

²¹⁶ C.I.J. *Recueil* 1957 (nota 55 *supra*), pág. 39.

²¹⁷ Head, *loc. cit.*, pág. 155, y O'Connell, *op. cit.*, pág. 1058.

²¹⁸ Haesler, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, pág. 57.

²¹⁹ Brownlie, *op. cit.*, pág. 500, y Law, *op. cit.*, págs. 57 y 58.

²²⁰ Amerasinghe (*Local Remedies in International Law*, págs. 287 y 288) escribe:

«Sin embargo, actualmente el tema es impreciso en algunos de sus aspectos porque no se ha examinado judicialmente por completo. Puesto que la carga de la prueba es un asunto relativo al proceso contencioso, no se puede subestimar la importancia de los precedentes judiciales relacionados con ella. Por lo tanto, si bien la doctrina está de acuerdo en que existe una distribución de la carga de la prueba, es significativo que no sea posible ni aconsejable establecer normas concretas para dicha distribución por encima de las ya existentes y anteriormente mencionadas.»

²²¹ «International law in the past third of a century», pág. 295. Véase también Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 531 a 590, y Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 526.

116. La carga de la prueba depende principalmente de la división de papeles en el proceso contencioso (es decir, qué parte plantea qué cuestión), lo cual, a su vez, depende principalmente de las circunstancias del caso. Por ejemplo, si ambas partes llevan el caso a un tribunal arbitral sobre la base de un compromiso que conlleva una dispensa de la norma, es poco probable que el demandante presente en su demanda original pruebas de que ha agotado todos los recursos disponibles y eficaces. En ese caso, la cuestión sería planteada primero por el demandado y recaería sobre él la carga de demostrar la existencia de recursos internos y la aplicabilidad de la norma al caso. Por otra parte, si en la misma situación la lesión original en el caso específico tiene que ver con un contrato entre el extranjero y el Estado demandado que contiene una cláusula Calvo por la que se estipula que el extranjero renuncia a su derecho a la protección diplomática, el Estado demandado podría, en principio, quedar exonerado de la carga de la prueba, haciendo referencia simplemente a dicha cláusula²²². Además, si la demanda se presenta con arreglo a un instrumento que requiere expresamente el agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba se repartiría de modo completamente diferente. El Estado

²²² Véase *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, decisión de 31 de marzo de 1926, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º venta: 1951.V.1), pág. 26.

demandante estaría obligado a demostrar en la demanda que ha agotado los recursos internos existentes o por qué no fue necesario agotarlos. En su réplica, el Estado demandado estaría obligado a indicar recursos adicionales y a demostrar su eficacia, para corroborar su objeción acerca del no agotamiento de los recursos internos.

117. Por las razones que anteceden, la única conclusión que se puede extraer del examen de la jurisprudencia y la doctrina es que es difícil e imprudente establecer una norma concreta, salvo decir que la carga de la prueba debe ser compartida por las partes, alternando continuamente entre una y otra a lo largo del caso, y que la carga de probar una afirmación categórica recae sobre la parte que la hace: *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Este es el propósito del artículo 15.

118. La Comisión puede adoptar la postura de que el artículo 15, párr. 1, es un principio general que no está sujeto a codificación. En ese caso tal vez prefiera simplemente codificar el artículo 15, párr. 2. Otra posibilidad es que prefiera aprobar la propuesta breve, pero precisa, presentada por Kokott a la ADI que se menciona en el párrafo 103 *supra*.

CAPÍTULO III

La cláusula Calvo

«Artículo 16

1. Una estipulación contractual entre un extranjero y el Estado en que aquél realice actividades comerciales, en el sentido de que:

a) El extranjero quedará satisfecho con los recursos internos; o

b) Ninguna controversia dimanada del contrato se resolverá mediante una reclamación internacional; o

c) El extranjero será tratado como nacional del Estado contratante a los fines del contrato,

será interpretada en virtud del derecho internacional como una renuncia válida del derecho del extranjero a solicitar protección diplomática en relación con asuntos relativos al contrato. Sin embargo, dicha estipulación contractual no afectará 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 o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero.

2. La estipulación contractual a que se hace referencia en el párrafo 1 será interpretada como una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional.»

A. Introducción

119. La cláusula Calvo es la promesa contractual hecha por un extranjero por la cual conviene en renunciar a todo derecho que tuviera a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad en asuntos dimanados del contrato y de limitarse exclusivamente a los recursos judiciales internos para todo reclamo que pudiera tener en relación con el contrato²²³. La cláusula, que lleva el nombre de un distinguido jurista argentino, Carlos Calvo (1824-1906), ha ocupado un lugar importante en la doctrina jurídica sobre la norma de los recursos internos y todavía en 1955 se la describió como «una de las cuestiones más controversiales de la diplomacia y jurisprudencia internacionales contemporáneas»²²⁴. Aunque hoy día ha desaparecido del primer plano, ninguna codificación de la norma de los recursos internos sería completa si no se reconociera esa cláusula. Además, ignorarla sería dejar de lado un componente de la norma de los recursos internos que ha sido llamada una costumbre regional en América Latina²²⁵ y que forma parte de la identidad nacional de muchos Estados²²⁶.

²²³ Freeman, «Recent aspects of the Calvo doctrine and the challenge to international law», pág. 130. Véase también García Amador, «Calvo doctrine, Calvo clause», pág. 522; Schwarzenberger, *op. cit.*, pág. 150; y Shea, *The Calvo Clause: A Problem of International Law and Diplomacy*, pág. 6.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, págs. 260 a 279.

²²⁶ Oschmann, *Calvo-Doktrin und Calvo Klauseln*, pág. 381.

B. Historia

120. Las revoluciones, las guerras civiles y los disturbios internos eran una característica común de la historia de América Latina a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Los nacionales de los Estados de Europa y de los Estados Unidos, atrapados en esas revueltas civiles, a menudo sufrían daños personales y pecuniarios. Cuando el Estado anfitrión negaba la responsabilidad por dichos daños, frecuentemente los extranjeros buscaban la protección del Estado de su nacionalidad y le solicitaban que reclamara una indemnización en su nombre en un procedimiento internacional. Inevitablemente, los extranjeros abusaron de esa posición de privilegio. Según mencionaba Shea:

A menudo los nacionales se sentían con derecho a una seguridad completa sobre sus personas y bienes y efectuaban un llamamiento a sus gobiernos con pruebas bastante poco convincentes y sin haber hecho un verdadero esfuerzo por obtener una solución en el plano interno. El gobierno que recibía la petición, actuando con pruebas limitadas y sesgadas, y a menudo bajo presión política interna, patrocinaba denuncias que frecuentemente no se basaban en una justicia estricta. No era infrecuente que se utilizara la fuerza armada para obligar a las naciones más débiles a que cumplieran esas denuncias dudosas y en ocasiones ocurría que la gravedad de las medidas adoptadas para obtener la indemnización por los presuntos daños era completamente desproporcionada a la entidad del daño sufrido inicialmente²²⁷.

A los Estados de América Latina les parecía que las comisiones mixtas de reclamación establecidas para solucionar esas controversias estaban sesgadas en favor de los Estados protectores.

121. En consecuencia, los Estados de América Latina trataron de socavar la institución de la protección diplomática mediante teorías que ponían en duda sus fundamentos mismos. En primer lugar, la doctrina Drago, codificada en 1907 en la Convención relativa a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales (Convención Porter), declaró ilegal la intervención encaminada al cobro compulsivo de deudas públicas; se trataba de una doctrina inspirada esencialmente por la intervención de Alemania, Italia y el Reino Unido en Venezuela en 1902 y 1903. En segundo término, la doctrina Calvo trató de declarar ilícitas todas las formas de protección diplomática mediante la invocación de dos principios: la igualdad soberana de los Estados, que prohibía la intervención extranjera, y la igualdad entre extranjeros y nacionales, que privaba a los extranjeros de su derecho a un trato privilegiado²²⁸. En relación con este último principio, Calvo declaró:

Es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a protección que los nacionales, pero no deben tratar de obtener una protección más amplia.

[...]

La responsabilidad de los gobiernos en relación con los extranjeros no puede ser mayor que la que esos gobiernos tienen en relación con sus propios nacionales²²⁹.

²²⁷ *Op. cit.*, pág. 12.

²²⁸ Véase Hershey, «The Calvo and Drago doctrines», pág. 26.

²²⁹ Shea, *op. cit.*, págs. 18 y 19. Traducción de Calvo, *Le Droit International: Théorique et Pratique*, vol. VI, pág. 231, y vol. III, pág. 138.

122. Las tentativas de poner en práctica la doctrina Calvo en los tratados o en disposiciones constitucionales o legislativas fueron en gran medida infructuosas²³⁰. Fue la cláusula Calvo, una estipulación incluida en un contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión, en que el extranjero conviene en renunciar a su derecho a solicitar protección diplomática en toda controversia dimanada del contrato, la que garantizó un cierto éxito a la doctrina Calvo. Es de esta forma que hoy día se recuerda a la doctrina Calvo.

C. Alcance

123. El hecho de que la cláusula Calvo puede adoptar varias formas queda demostrado por las distintas formulaciones presentadas por la doctrina²³¹. La exposición más clara la brinda García Amador:

En ocasiones, simplemente consiste en la estipulación de que el extranjero interesado quedará satisfecho con las decisiones de los tribunales locales. En otros casos, la cláusula entraña una renuncia más directa y amplia a la protección diplomática, por ejemplo cuando establece que en ningún caso las controversias que puedan surgir darán lugar a una reclamación internacional, o bien que a los fines del contrato o la concesión se considerará que los particulares o empresas extranjeros son nacionales del país²³².

124. La cláusula Calvo se refiere a la relación contractual entre un extranjero y el Estado anfitrión y sólo funciona en relación con las controversias dimanadas de la interpretación, la aplicación y el cumplimiento del contrato²³³. No incluye la renuncia en un supuesto de denegación de justicia que se podría producir en un tribunal local en un proceso relacionado con el contrato²³⁴.

D. Codificación en las Américas

125. Las tentativas de codificar la cláusula Calvo en los Estados de América Latina han sido en general poco exitosas.

126. En 1902, la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México, adoptó la Convención relativa a los derechos de extranjería, que, después de reconocer la igualdad entre nacionales y extranjeros (sin privilegios especiales para estos últimos), estableció que:

En todos los casos en que un extranjero tenga reclamaciones o quejas de orden civil, criminal o administrativo contra un Estado, o sus nacionales, deberá interponer su denuncia ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamar por la vía diplomática, sino en los casos en que haya habido, de parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de los principios del derecho internacional²³⁵.

²³⁰ Shea, *op. cit.*, págs. 21 a 27.

²³¹ Véase O'Connell, *op. cit.*, págs. 1059 y 1060; Eagleton, *op. cit.*, pág. 168; Geck, *loc. cit.*, pág. 1058; Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, pág. 169; Lipstein, «The place of the Calvo clause in international law», págs. 131 a 134.

²³² García Amador, «State responsibility. Some new problems», pág. 455; y *Anuario... 1958*, vol. II, pág. 62 y ss.

²³³ García Amador, «State responsibility...», pág. 456.

²³⁴ Este tema se analiza en más detalle en el párrafo 149, apdo. d, *infra*. Aparentemente la opinión de García Amador que se cita en la nota 285 *supra* contradice esta propuesta.

²³⁵ Art. 3. *Anuario... 1956*, vol. II, anexo 5, pág. 222. Sobre esta Convención y las posteriores tentativas de confirmarla, véase además Shea, *op. cit.*, págs. 77 a 79.

Los Estados Unidos estuvieron presentes en la Conferencia, pero se abstuvieron de votar en relación con la Convención.

127. En 1933, se celebró en Montevideo la séptima Conferencia Internacional Americana, que adoptó la resolución sobre responsabilidad internacional del Estado, respaldada por los Estados Unidos, que:

Reafirma, igualmente, que el amparo diplomático no debe promoverse en favor de los extranjeros sino que deben éstos agotar todos los recursos jurisdiccionales establecidos por las leyes del país ante el cual se instaura la acción. Se exceptúan los casos de manifiesta denegación o de retardo inmotivado de justicia, los cuales serán siempre interpretados restrictivamente, esto es, en favor de la soberanía del Estado donde se haya suscitado la disidencia. Si dentro de un plazo razonable no se lograre acuerdo sobre la disidencia, por la vía diplomática, se acudirá entonces al arbitraje²³⁶.

128. La Conferencia adoptó la Convención sobre derechos y deberes de los Estados que establece:

Los nacionales y los extranjeros se hallan bajo la misma protección de la legislación y de las autoridades nacionales y los extranjeros no podrán pretender derechos diferentes, ni más extensos que los de los nacionales²³⁷.

129. Aunque los Estados Unidos pasaron a ser partes en la Convención, se reservaron sus derechos en virtud del derecho internacional, lo que planteó dudas sobre su aceptación de esa disposición, ya que no se conformaba a la manera en que los Estados Unidos interpretaban los derechos de los extranjeros en virtud del derecho internacional²³⁸.

130. En la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948, se aprobó el siguiente artículo VII del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»):

Las Altas Partes Contratantes se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales domésticos competentes del Estado respectivo²³⁹.

131. Aunque los Estados Unidos ratificaron el tratado, añadieron la reserva siguiente:

El Gobierno de los Estados Unidos no puede aceptar el artículo VII relativo a la protección diplomática y al agotamiento de los recursos. Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos mantiene las normas de la protección diplomática, incluso la norma del agotamiento por los extranjeros de los recursos internos, según se establece en el derecho internacional²⁴⁰.

E. Codificación: la perspectiva internacional

132. Las tentativas de codificar la cláusula Calvo en el plano internacional han tenido menos éxito.

133. En la Conferencia para la codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), se examinaron el informe

Guerrero de 1926²⁴¹, el proyecto de Harvard²⁴² y las bases de discusión de 1929 redactadas por el Comité Preparatorio de la Conferencia²⁴³, instrumentos en los cuales figuraban propuestas relativas a la cláusula Calvo. Sin embargo, la cláusula no fue examinada en la Conferencia, en gran medida debido a los desacuerdos en relación con el tema de la denegación de justicia. La Conferencia se suspendió sin que se hubiera llegado a un acuerdo relativo a la Convención²⁴⁴.

134. En 1961, la Facultad de Derecho de Harvard preparó otro proyecto de convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados a

²⁴¹ Responsabilidad de los Estados por daños causados en sus territorios a la persona o bienes de los extranjeros (*Anuario... 1956*, vol. II, págs. 218 y 219).

²⁴² Proyecto de convención sobre responsabilidad de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros, preparado por Facultad de Derecho de Harvard. En el artículo 17 del proyecto se establecía que:

«La responsabilidad del Estado no desaparece a consecuencia de una disposición de su legislación o de un convenio con un extranjero que tienda a excluir toda responsabilidad declarando sin recurso las decisiones de sus tribunales. La responsabilidad del Estado no desaparece tampoco por la renuncia de un extranjero a la protección del Estado de que sea nacional» (ibid., pág. 226).

²⁴³ Ibid., pág. 219. Las bases de discusión pertinentes (ibid., págs. 219 y 221) establecen:

«Base de discusión n.º 26

La renuncia de una de las partes de un contrato al recurso a la vía diplomática no obliga al Estado del cual es nacional el interesado y no exonera al Estado contratante de su responsabilidad internacional.

Si un extranjero ha aceptado válidamente en un contrato la competencia exclusiva de los tribunales locales, esta disposición es obligatoria para todo tribunal internacional al que se presente una demanda en virtud de ese contrato; en consecuencia, el Estado no podrá ser responsable del daño sufrido por el extranjero más que en los casos previstos en las bases de discusión n.ºs 5 y 6.

Base de discusión n.º 27

En aquellos casos en que el extranjero puede ejercitar una acción ante los tribunales del Estado (entre los que se incluye a los tribunales administrativos), dicho Estado puede exigir que se deje en suspenso toda cuestión relativa a la responsabilidad internacional hasta que sus tribunales hayan pronunciado su decisión definitiva. Esta norma no excluye la aplicación de las disposiciones formuladas en las bases de discusión n.ºs 5 y 6.

Base de discusión n.º 5

El Estado es responsable del daño sufrido por un extranjero por el hecho de que:

1. Se le rehúse el acceso a los tribunales para defender sus derechos;
2. Una decisión judicial definitiva e inapelable sea incompatible con las obligaciones dimanantes de los tratados o con otras obligaciones internacionales del Estado;
3. Haya habido demoras injustificables por parte de los tribunales;
4. El contenido de la decisión judicial esté manifiestamente inspirado por la mala voluntad hacia los extranjeros como tales o como nacionales de un determinado Estado.

Base de discusión n.º 6

El Estado es responsable por el daño sufrido por un extranjero a consecuencia del hecho de que el procedimiento y la sentencia adolecen de vicios tan graves que revelan que los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para una acertada administración de justicia.»

²⁴⁴ Borchard, «Responsibility of States' at The Hague Codification Conference», pág. 539.

²³⁶ *Anuario... 1956*, vol. II, págs. 222 y 223.

²³⁷ Art. 9.

²³⁸ Véase Shea, *op. cit.*, págs. 81 a 83.

²³⁹ Ibid., pág. 102.

²⁴⁰ Ibid., pág. 103.

los extranjeros, cuyo artículo 22 establecía, en su parte pertinente, que:

4. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna si, *después de sufrido el daño** y sin coacción, dicho reclamante o la persona de la que deriva su pretensión la hace objeto de renuncia, transacción o liquidación.

5. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna conforme a la presente Convención por ninguno de los daños enumerados en los apartados *e, f, g y h* del párrafo 2 del artículo 14 [destrucción, daños o pérdida de bienes; privación del uso o goce de bienes; privación de medios de subsistencia; y pérdida o privación del goce de derechos en virtud de un contrato o concesión]:

a) Si, antes de adquirir derechos de propiedad o el derecho a ejercer una profesión u ocupación en el territorio del Estado responsable del daño o como condición para obtener derechos en virtud de un contrato con el Estado o de una concesión otorgada por ese Estado, el extranjero a quien se hayan conferido tales derechos acepta renunciar a las reclamaciones a que pueda dar lugar una violación, por dicho Estado, de cualquiera de los derechos así adquiridos;

b) Si el Estado demandado no ha modificado unilateralmente el convenio por un acto legislativo o por cualquier otro medio y, en los demás, ha cumplido las disposiciones y condiciones establecidas en el convenio; y

c) Si el daño se ha producido como consecuencia de la violación, por el Estado, de los derechos así adquiridos por el extranjero.

6. El reclamante no podrá presentar reclamación alguna con respecto a los daños enumerados en el párrafo 2 del artículo 14 si, como condición para que se le permitiera dedicarse a actividades que llevan consigo un riesgo sumamente elevado —privilegio que de otro modo le habría negado el Estado—, el extranjero ha aceptado renunciar a toda reclamación respecto de tales daños y si la reclamación se origina en un acto u omisión, imputable al Estado que guarda una relación razonablemente estrecha con tales actividades. *Sin embargo, dicha renuncia sólo será efectiva con respecto a los daños resultantes de actos u omisiones por negligencia o de la falta de la debida diligencia en la protección del extranjero interesado y no con respecto a los daños causados por actos u omisiones intencionales imputables al Estado*²⁴⁵.

En el artículo 24, párr. 1, se establece además:

Ningún Estado podrá presentar una reclamación si el reclamante o la persona de la que deriva su pretensión la ha hecho objeto de renuncia, transacción o liquidación conforme a los párrafos 4, 5 o 6 del artículo 22²⁴⁶.

135. Entre 1956 y 1961, el Relator Especial, Sr. García Amador, presentó a la Comisión varios informes en que se encaraba la cláusula Calvo. En 1956, en su primer informe sobre la responsabilidad del Estado, sugirió la siguiente base de discusión:

La renuncia a la protección diplomática, por parte del Estado o de los particulares extranjeros. En la segunda hipótesis, en tanto la *cláusula Calvo* no se refiera a derechos que por su naturaleza sean irrenunciables o a cuestiones en las cuales el particular no sea el único interesado²⁴⁷.

En 1961, en su sexto y último informe, propuso:

2) [...] en los casos de incumplimiento de obligaciones estipuladas en un contrato o concesión, no procederá la reclamación internacional si el extranjero hubiese renunciado a solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, y de conformidad con los términos en que esté concebida la renuncia.

[...]

²⁴⁵ *Anuario... 1969*, vol. II, pág. 153, documento A/CN.4/217 y Add.1, anexo VII. De acuerdo con el artículo 20, párr. 1, la palabra «reclamante» se refiere al extranjero lesionado.

²⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 154.

²⁴⁷ *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 217, Base de discusión V, párr. 2, apdo. b.

4) La renuncia a solicitar la protección diplomática [...] [no] priva[n] al Estado de la nacionalidad del derecho a entablar una reclamación internacional en la hipótesis y a los fines [de impedir la repetición del hecho lesivo]²⁴⁸.

F. Práctica de los Estados

136. El amplio estudio realizado por Shea sobre la cláusula Calvo, publicado en 1955, demuestra que en aquel entonces la cláusula Calvo era reconocida en la práctica, las leyes o las constituciones de la mayoría de los Estados de América Latina²⁴⁹ y se la podía describir como una costumbre regional de América Latina²⁵⁰. La práctica de los Estados de otras regiones era muy diferente. Durante mucho tiempo los Estados Unidos habían afirmado que la cláusula no entrañaba una renuncia, ni podía hacerlo, al derecho del Estado de la nacionalidad de prestar protección diplomática y que la renuncia del particular no incluía los casos de denegación de justicia²⁵¹. Otros gobiernos estaban divididos en cuanto a la cuestión. Según las respuestas al cuestionario sobre el tema distribuido entre los Estados antes de la Conferencia para la codificación del derecho internacional (La Haya, 1930), Australia, Austria y Sudáfrica, consideraban que dichas cláusulas no tenían efecto. Alemania, Finlandia y los Países Bajos reconocían la validez de la cláusula, mientras que Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Hungría, la India, el Japón, Noruega, Nueva Zelandia, Polonia, el Reino Unido y Suiza lo hacían únicamente en la medida en que estaban afectados los derechos individuales, pero no en relación con la renuncia al derecho del Estado a una intervención diplomática en caso de violación del derecho internacional. Por su parte, el Canadá adoptó la posición de que la cláusula era válida si el Estado de la nacionalidad del particular lesionado permitía a dicho particular celebrar ese tipo de contrato²⁵². La respuesta del Reino Unido²⁵³ fue particularmente esclarecedora, ya que prestó pleno apoyo a la decisión adoptada en el caso *Dredging*²⁵⁴, que se examina más adelante, en que se sostuvo la validez limitada de la cláusula Calvo.

G. Decisiones judiciales

137. La jurisprudencia relativa a la cláusula Calvo se divide usualmente en dos períodos: la anterior y la posterior al caso *Dredging*²⁵⁵, de 1926.

138. Las decisiones pronunciadas por las comisiones mixtas de reclamación antes de 1926 se caracterizaron por la falta de claridad y determinación en su actitud en cuanto a la validez de la cláusula Calvo. Ello se ilustra

²⁴⁸ *Anuario... 1961*, vol. II, pág. 54, documento A/CN.4/134 y Add.1, art. 19 del anteproyecto revisado. Además, en relación con la historia del tratamiento de este tema en la Comisión, véase Graham, «The Calvo clause: its current status as a contractual renunciation of diplomatic protection», págs. 297 a 300.

²⁴⁹ Paradójicamente, el Estado de nacionalidad de Calvo, la Argentina, era uno de los pocos que no reconocía dicha práctica.

²⁵⁰ Shea, *op. cit.*, págs. 269 a 279.

²⁵¹ *Ibíd.*, págs. 37 a 45.

²⁵² *Ibíd.*, págs. 46 a 54 (base de discusión III, pregunta XI, d), págs. 133 a 135).

²⁵³ *Ibíd.*, pág. 50 (base de discusión III, pág. 134).

²⁵⁴ *North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA (nota 222 *supra*).

²⁵⁵ *Ibíd.*

con las distintas interpretaciones dadas a esas decisiones por Borchard y Shea. Si bien el primero afirmó que de los 19 casos decididos sólo en 8 se reconoció la validez de la cláusula²⁵⁶, Shea sostiene que en ninguno de esos casos fue decisiva la validez de la cláusula Calvo en el contrato²⁵⁷. Quizás lo más interesante del estudio de Borchard es su conclusión de que los casos en que se denegó validez a la cláusula, la decisión se basó en uno de tres motivos:

en primer lugar, que excede la competencia del particular renunciar por contrato al derecho superior de su gobierno de protegerlo, [...] en segundo término, en los casos en que el gobierno anuló el contrato sin recurrir en primer término a los tribunales internos, dicha acción exime al reclamante de la estipulación de que el contrato no esté sujeto a una reclamación internacional, [...] en tercer lugar, siempre que es posible, los tribunales tratan de afirmar que la reclamación no dimana del contrato mismo, sino de otra violación de los derechos sobre la propiedad, con lo cual basan la reclamación en la responsabilidad extracontractual²⁵⁸.

139. La naturaleza y el alcance de la cláusula Calvo fueron examinados por la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos, presidida por el Sr. Van Vollenhoven, en 1926, en el caso *Dredging*²⁵⁹. En dicho caso, la empresa demandante había celebrado un contrato con el Gobierno de México para el dragado del Puerto de Santa Cruz. A fin de garantizar la concesión del contrato, la reclamante convino en que en el contrato se incluyera el texto siguiente (art. 18):

El contratista y todas las personas que, por ser empleados o en cualquier otra condición, puedan participar en la ejecución de los trabajos en virtud del presente contrato, ya sea de manera directa o indirecta, serán considerados mexicanos para todas las cuestiones, dentro de la República de México, relativas a la ejecución de dichos trabajos y del cumplimiento del presente contrato. No podrán reclamar, ni tampoco tendrán, en relación con los intereses y las actividades relacionadas con el presente contrato, ningún otro derecho o medio de hacerlos cumplir que los otorgados por las leyes de la República a los mexicanos, ni tampoco disfrutarán de ningún otro derecho que los establecidos en favor de los mexicanos. En consecuencia, quedan privados de todo derecho por su condición de extranjero y, en ninguna circunstancia, se permitirá la intervención de agentes diplomáticos extranjeros en relación con cualquier cuestión relativa al presente contrato²⁶⁰.

140. Cuando se produjo un presunto incumplimiento del contrato, el reclamante no intentó agotar los recursos internos sino que, en cambio, sobre la base del artículo V del tratado que establecía la Comisión, que eximía de cumplir la norma del agotamiento de los recursos internos, pidió al Gobierno de los Estados Unidos que presentara una reclamación en su nombre ante la Comisión de reclamaciones. Al respaldar el pedido del Gobierno de México de rechazar la reclamación, esa comisión examinó a fondo la validez y el alcance de la cláusula Calvo que figuraba en el artículo 18.

141. En primer lugar, la Comisión de reclamaciones rechazó los argumentos en favor de mantener o rechazar la validez de la cláusula «en la medida en que dichos argumentos sean extremos»²⁶¹. A continuación manifestó:

La cláusula Calvo dentro de un contrato concreto no es una cláusula que deba mantenerse con plena validez debido a su naturaleza contractual, ni tampoco se la puede separar discrecionalmente del resto del contrato, como si fuera una adición accidental. El problema no se resuelve diciendo sí o no; la respuesta afirmativa expone a un riesgo cierto a los derechos de los extranjeros y la negativa no da a las naciones interesadas otra alternativa que excluir a los extranjeros de las actividades comerciales. La etapa actual del derecho internacional impone a todo tribunal internacional el deber solemne de encontrar un equilibrio adecuado entre el derecho soberano de la jurisdicción nacional, por un lado, y el derecho soberano de proteger a los nacionales, por el otro.

[...]

Resulta enteramente posible reconocer como válidas algunas formas de renuncia al derecho a la protección de los extranjeros sin que al mismo tiempo se reconozcan como válidas y lícitas todas las formas de hacerlo²⁶².

142. En segundo término, la Comisión de reclamaciones rechazó el argumento de que la cláusula era contraria a toda norma reconocida de derecho internacional y sostuvo que no existía ninguna norma de derecho internacional que prohibiera todas las limitaciones al derecho a la protección diplomática²⁶³. La cláusula Calvo era permisible, ya que se trataba simplemente de la promesa hecha por un particular de no ignorar los recursos internos.

143. En tercer lugar, la Comisión de reclamaciones sostuvo que, si bien un extranjero podía prometer agotar los recursos internos, no podía:

privar al Gobierno de su nación de su derecho indudable de aplicar recursos internacionales frente a las violaciones del derecho internacional cometidas en su perjuicio. Dichos gobiernos con frecuencia tienen un interés más amplio de mantener los principios del derecho internacional que de recuperar los daños sufridos por uno de sus nacionales en un caso particular, y manifiestamente dicho nacional no puede mediante un contrato atar a ese respecto las manos de su Gobierno. Pero si bien toda tentativa de obligar de esa manera a su Gobierno es nula, la Comisión no ha encontrado ninguna norma reconocida general de derecho internacional positivo que dé a su Gobierno el derecho a intervenir para rescindir un contrato lícito [...] concertado por uno de sus nacionales. El propósito obvio de dicho contrato es impedir los abusos del derecho de protección, no destruir el derecho mismo; abusos que son intolerables para toda nación que se respete a sí misma y que son una causa frecuente de fricción internacional²⁶⁴.

144. En lo que respecta a la cláusula Calvo que figuraba en el artículo 18 del contrato, la Comisión de reclamaciones manifestó que su propósito era

obligar al reclamante a regirse por las leyes de México y a utilizar los recursos existentes en virtud de dichas leyes [...] pero esa disposición no privaba al reclamante, ni podía hacerlo, de su nacionalidad norteamericana y todo lo que ella entraña. No le privaba de su derecho indudable de pedir protección a su propio Gobierno si su recurso ante los tribunales de México o a otras autoridades a que pudiera dirigirse diera lugar a una denegación o demora de justicia, según esos términos se utilizan en el derecho internacional. En tal caso, la reclamación no sería que se había producido una violación del contrato, sino que se le había denegado justicia. El fundamento de la apelación no sería una interpretación de su contrato, salvo quizás de manera incidental, sino más bien un acto ilícito internacional²⁶⁵.

La Comisión de reclamaciones destacó que el extranjero:

no renuncia a ningún derecho que posea por ser nacional de los Estados Unidos en lo que respecta a cualquier cuestión que no estuviera

²⁵⁶ Borchard, *op. cit.*, págs. 800 y 801.

²⁵⁷ *Op. cit.*, págs. 121 a 193.

²⁵⁸ Borchard, *op. cit.*, pág. 805.

²⁵⁹ Naciones Unidas, RSA (nota 222 *supra*).

²⁶⁰ *Ibid.*, págs. 26 y 27.

²⁶¹ *Ibid.*, pág. 27, párr. 4.

²⁶² *Ibid.*, págs. 27 y 28, párrs. 4 y 5.

²⁶³ *Ibid.*, págs. 28 y 29, párrs. 8 y 9.

²⁶⁴ *Ibid.*, pág. 29, párr. 11.

²⁶⁵ *Ibid.*, pág. 30, párr. 14.

relacionada con el cumplimiento, la ejecución de su contrato como tal [...] no renuncia a su derecho indudable como ciudadano norteamericano de pedir protección a su Gobierno contra una violación del derecho internacional (actos ilícitos internacionales), ya sean dimanados del contrato o de otras situaciones [...]. No afecta, ni puede hacerlo, el derecho de su Gobierno de otorgarle su protección en general o de otorgarle su protección contra incumplimientos del derecho internacional. Pero lo que sí convino de manera franca y sin reservas es que, en consideración por haberle otorgado ese contrato el Gobierno de México, no necesitaba, invocaría ni aceptaría la asistencia de su Gobierno en lo que respecta al cumplimiento o interpretación de su contrato y la ejecución de su labor al respecto²⁶⁶.

145. Por último, la Comisión de reclamaciones sostuvo que el artículo V del tratado que establecía la Comisión, en que se estipulaba que no se podría rechazar una reclamación con fundamento en que no se habían agotado los recursos internos, no autorizaba a ninguno de los gobiernos a desconocer un contrato válido expreso entre uno de sus nacionales y el otro Gobierno²⁶⁷. La Comisión sostuvo que la aplicación del artículo V se limitaba a las reclamaciones que hubieran sido «presentadas correctamente»²⁶⁸ y que esa reclamación no se podía considerar «correctamente presentada» porque el reclamante no había tratado de cumplir una condición fundamental de su contrato.

146. En resumen, la Comisión de reclamaciones sostuvo que la cláusula Calvo entrañaba una promesa del extranjero de agotar los recursos internos. En consecuencia, renunciaba a su derecho de pedir protección diplomática en una reclamación por daños dimanados del contrato en relación con cualquier cuestión relativa al contrato. Sin embargo, ello no le privaba de su derecho de pedir protección diplomática con respecto a una denegación de justicia u otra violación del derecho internacional sufrida en el proceso de agotar los recursos internos o de tratar de ejecutar su contrato.

147. La decisión en el caso *Dredging* ha sido muy debatida. Sin embargo, la mayor parte de las críticas se han dirigido a la negativa de la Comisión de reclamaciones de dar pleno efecto al artículo V del tratado que establece la Comisión²⁶⁹ más que a la formulación del alcance y

el efecto de la cláusula Calvo misma. Se han realizado esfuerzos considerables para establecer una interpretación precisa de la norma en el caso *Dredging*. Probablemente la interpretación más exitosa es la que se encuentra en el encabezamiento del caso que figura en el *Recueil des sentences arbitrales* de las Naciones Unidas:

Se sostuvo que la cláusula Calvo prohíbe al reclamante presentar a su Gobierno cualquier reclamación relacionada con un contrato en que sea parte y, en consecuencia, pone a dicha reclamación fuera de la jurisdicción del tribunal. La cláusula no impedirá que su Gobierno plantee, o que el tribunal examine, otras reclamaciones basadas en la violación del derecho internacional. *Se sostuvo* que el artículo V del compromiso no impedía dicho resultado²⁷⁰.

148. Las comisiones mixtas relativas a México pronunciaron varias decisiones después del caso *Dredging* en que aprobaron los principios expuestos en dicha causa²⁷¹, si bien en varios casos las comisiones mostraron una considerable indulgencia hacia México al determinar que en los hechos no se había producido denegación de justicia²⁷². Además, en el caso *Mexican Union Railway (Great Britain) v. United Mexican States*²⁷³, aparentemente la Comisión de reclamaciones limitó las circunstancias en que la cláusula Calvo no se aplicaba únicamente a una especie de acto ilícito internacional: la denegación de justicia.

H. Doctrina

149. Mucho se ha escrito en relación con la cláusula Calvo²⁷⁴. Después de la decisión en el caso *Dredging* y las decisiones posteriores que la respaldaron, no ha sido posible argumentar seriamente que la cláusula Calvo es

8 de septiembre de 1923 controla los derechos del Gobierno de los Estados Unidos; por ese motivo dicho Gobierno puede presentar la reclamación en nombre del reclamante y esta Comisión tiene competencia para decidir la reclamación» (véase Whiteman, *op. cit.*, pág. 923).

Shea (*op. cit.*, pág. 230, nota 89 *in fine*) correctamente rechaza esa decisión en los términos siguientes:

«Aunque desde el punto de vista estrictamente financiero del reclamante esto podría considerarse una revocación de la decisión anterior en lo que respecta a la reclamación, sería erróneo presumir que dicha medida, adoptada por una comisión enteramente nacional, podría en modo alguno revocar o incluso debilitar la decisión o la norma en el caso *Dredging* en la jurisprudencia internacional. Desde el punto de vista del presente estudio, la decisión adoptada por la comisión interna resulta de interés, pero no tiene importancia determinante para nuestra tarea de determinar la norma de derecho relativa a la cláusula Calvo.»

²⁷⁰ Naciones Unidas, RSA (nota 254 *supra*), pág. 26. Véase también Shea, *op. cit.*, págs. 215 a 223.

²⁷¹ *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. IV (n.º de venta: 1951.V.1), pág. 691, y *Douglas G. Collie MacNeill (Great Britain) v. United Mexican States*, ibíd., vol. V (n.º de venta: 1952.V.3), pág. 135. Para un debate sobre dichos casos, véase Shea, *op. cit.*, págs. 231 y ss., y Freeman, *op. cit.*, págs. 469 a 490.

²⁷² *The Interoceanic Railway of Mexico (Acapulco to Veracruz) (Limited), and the Mexican Eastern Railway Company (Limited), and the Mexican Southern Railway (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, Naciones Unidas, RSA, vol. V, pág. 178. Véase también *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) c. United Mexican States* (nota 190 *supra*), pág. 191.

²⁷³ Ibíd., vol. V, pág. 115. Compárense los párrafos 13 y 14, apdos. *d y e*.

²⁷⁴ Véase, en particular, Shea, *op. cit.*; Lipstein, *loc. cit.*; Feller, *op. cit.*; Freeman, *op. cit.*; García Amador, *op. cit.*; Oschmann, *op. cit.*, y Graham, *loc. cit.*, pág. 289.

²⁶⁶ Ibíd., págs. 30 y 31, párr. 15.

²⁶⁷ Ibíd., pág. 32, párr. 21.

²⁶⁸ Ibíd., párr. 20.

²⁶⁹ Véase, por ejemplo, Borchard, «Decisions of the Claims Commissions, United States and Mexico», pág. 540; Feller, «Some observations on the Calvo clause», págs. 462 y 463; Lipstein, *loc. cit.*, págs. 144 y 145; Freeman, *op. cit.*, págs. 481 y 482; Shea, *op. cit.*, págs. 226 a 228. La causa *North American Dredging Company* fue más tarde revisada por una Comisión interna de reclamaciones de los Estados Unidos y México, integrada por tres nacionales de los Estados Unidos, establecida en virtud de una ley del Congreso aprobada el 18 de diciembre de 1943 (56 Stat. 1058), que entendió de las reclamaciones que no había completado la Comisión de reclamaciones o para las cuales se había pedido una nueva vista (México había aceptado un arreglo global y la Comisión interna adjudicaba las reclamaciones). Al otorgar una indemnización de 128.627,77 dólares de los EE.UU. en favor de la empresa, la Comisión interna fue particularmente crítica de las decisiones adoptadas por la Comisión general de reclamaciones México-Estados Unidos en relación con el artículo V:

«El efecto de la decisión de la Comisión general de reclamaciones es sostener que prevalecen las disposiciones del artículo 18 del contrato entre el reclamante y el Gobierno de México a pesar de lo establecido en los artículos I y V de la Convención. Con el debido respeto a los ilustres miembros de dicha Comisión, no podemos convenir en la posición así asumida. En nuestra opinión, el artículo V de la Convención de

contraria al derecho internacional. En consecuencia, la doctrina ha tratado en cambio de examinar su propósito y alcance, en gran medida en el contexto del caso *Dredging*. Decir que no hay consenso por parte de los autores en lo que respecta al alcance de la cláusula Calvo resulta obvio. Sin embargo, de la doctrina aparentemente surgen varios principios comunes:

a) La cláusula Calvo tiene validez limitada, únicamente en el sentido de que no constituye una prohibición completa de la intervención diplomática. Sólo se aplica en controversias relativas al contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión en que figure la cláusula y que no constituye una violación del derecho internacional. Esta interpretación propuesta en el caso *Dredging* no da vigor al propósito real de la cláusula Calvo, es decir, excluir la protección diplomática en todos los casos, y ese es el motivo por el cual ha sido criticada por autores de América Latina²⁷⁵. Sin embargo, la interpretación dada en el caso *Dredging* ha sido aceptada en la práctica de los Estados²⁷⁶ y ha recibido un amplio apoyo en la doctrina²⁷⁷.

b) La cláusula Calvo confirma la importancia de la norma del agotamiento de los recursos internos. Si bien algunos autores han sugerido que la validez limitada otorgada a la cláusula en el caso *Dredging* no hace más que reafirmar la norma de los recursos internos²⁷⁸, y que por ello no hace más que volver a declarar de manera superflua lo obvio, la mayoría de los autores considera que va más allá de esa reafirmación. Sin embargo, las opiniones difieren en lo que respecta a cuál es esa dimensión extra²⁷⁹. La mejor explicación probablemente se encuentre en la decisión relativa al caso *Dredging*, en el sentido de que quizás la cláusula Calvo pueda prevalecer sobre la disposición de un compromiso en que se renuncie a la exigencia de que se deben agotar los recursos internos. En consecuencia, Shea manifiesta que esa es la «eficiencia mínima» que se puede acordar a la cláusula.

Ese mínimo de eficacia no se puede negar, ya que se pueden citar seis laudos arbitrales recientes en su apoyo. Quizás sea esa la eficacia total de la cláusula. [...] En consecuencia, si las futuras convenciones se adecuan a lo que aparentemente es la tendencia reciente en el arbitraje internacional [de renunciar en el compromiso a la norma de los recursos internos], la cláusula Calvo, aun si se la restringe en su eficacia a prevalecer sobre la renuncia general a la norma de los recursos internos que figura en el compromiso, seguirá teniendo un efecto determinante en la admisibilidad de las reclamaciones internacionales²⁸⁰.

²⁷⁵ García Robles, *La cláusula Calvo ante el derecho internacional*, pág. 176; Sepúlveda Gutiérrez, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la cláusula Calvo*, págs. 69 a 71; Beteta y Henríquez, «La protección diplomática de los intereses pecuniarios extranjeros en los Estados de América», págs. 44 y 45.

²⁷⁶ Notas 252 y 253 *supra*.

²⁷⁷ Shea, *op. cit.*, págs. 217 y 218; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; Brownlie, *op. cit.*, págs. 548 y 549, y Jennings y Watts, *op. cit.*, pág. 931.

²⁷⁸ Lipstein, *loc. cit.*, pág. 145; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 778; Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934. A Study in the Law and Procedure of International Tribunals*, pág. 192.

²⁷⁹ O'Connell, ha sugerido, pero rechazado, el argumento de que esta «dimensión extra» es que una decisión afirmativa sobre los derechos del contratista extranjero constituye una condición previa para una reclamación internacional (*op. cit.*, pág. 1062).

²⁸⁰ *Op. cit.*, págs. 260 y 261 (véanse también págs. 215, 217 y 257). Esa opinión es respaldada por Brownlie, *op. cit.*, pág. 549.

c) El derecho internacional no prohíbe el derecho de un extranjero de renunciar contractualmente a su propia facultad o derecho de pedir al Estado de su nacionalidad que ejerza en su nombre protección diplomática²⁸¹.

d) Un extranjero no puede renunciar mediante la cláusula Calvo a derechos que, en virtud del derecho internacional, corresponden a su Gobierno. La ficción de Vattel, que establece los fundamentos del derecho de la protección diplomática, se funda en la noción de que un daño a un nacional dimanado de una violación del derecho internacional es un daño al Estado de la nacionalidad mismo. Un particular no puede renunciar a ese derecho, ya que no tiene la facultad de hacerlo²⁸².

e) La renuncia en la cláusula Calvo sólo se extiende a las controversias dimanadas del contrato, o al incumplimiento del contrato, lo que en ningún caso constituye una violación del derecho internacional²⁸³. No se extiende a las violaciones del derecho internacional y, en particular, a la denegación de justicia. Si bien existe un amplio apoyo a esta propuesta²⁸⁴, hay un cierto grado de incertidumbre sobre la denegación de justicia conexas al contrato en que figure la cláusula Calvo o dimanada de éste. Ello resulta aparente en las obras de García Amador. Por un lado, reconoce que:

cualquiera sea la forma que adopte, la «cláusula Calvo» invariablemente se refiere a una relación contractual y sólo funciona en relación con controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución del contrato o concesión²⁸⁵.

Por otro lado, en disidencia con la decisión pronunciada en el caso *Dredging*, afirma que:

en principio, la «cláusula» es válida como prohibición del ejercicio a la protección diplomática, aun en casos de «denegación de justicia». No se debe dejar de lado que tiene vigor únicamente en relación con controversias relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de contratos o concesiones. En ese sentido, *sólo entrañaría un caso concreto de denegación de justicia, no todos los casos en que podría afectarse algún otro derecho del extranjero o intereses de otro tipo*^{*}. A primera vista, esta excepción al principio que rige la responsabilidad internacional por actos y omisiones de esa naturaleza podría parecer injustificada. En realidad, no lo es. Los intereses y derechos contractuales no tienen, por así decirlo, la misma categoría que otros derechos de que disfruta el extranjero en el derecho internacional. No sólo se trata de derechos de carácter exclusivamente pecuniario, sino que el extranjero los adquiere en virtud de un contrato o concesión, cuya aceptación depende únicamente de su propia voluntad. Con este razonamiento no se trata de disminuir la importancia de esta categoría de derechos e intereses, sino de destacar que, por su propia naturaleza, pueden formar el ámbito de una variedad infinita de operaciones y transacciones que sólo se pueden realizar mediante el consentimiento de las partes contratantes. En resumen, se trata de derechos e intereses en relación con los cuales el extranjero puede renunciar a la protección diplomática en los términos

Véase asimismo O'Connell, *op. cit.*, pág. 1063, y Lipstein, *loc. cit.*, pág. 145.

²⁸¹ Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», pág. 591; García Amador, «State responsibility...», págs. 459 y 460; Jessup, *A Modern Law of Nations: An Introduction*, págs. 111 y 117; Shea, *op. cit.*, págs. 261 a 263.

²⁸² Eagleton, *op. cit.*, pág. 170; Borchard, *op. cit.*, pág. 809; García Amador, *op. cit.*, pág. 460; Nguyen Quoc Dinh, Daillier y Pellet, *op. cit.*, pág. 778.

²⁸³ Brownlie, *op. cit.*, pág. 549.

²⁸⁴ Jiménez de Aréchaga, «International responsibility», págs. 591 y 592; Freeman, *op. cit.*, págs. 489 y 490; O'Connell, *op. cit.*, pág. 1064, y Shea, *op. cit.*, págs. 217 y 218.

²⁸⁵ «State responsibility...», pág. 456.

que considere más propicios para la adquisición de los beneficios que espera derivar del contrato o concesión²⁸⁶.

Afirma que se puede encontrar apoyo a esa opinión en el caso *Interoceanic Railway*²⁸⁷. Por último sostiene, ampliando la opinión de Shea²⁸⁸, que la cláusula Calvo exige que se demuestre una forma agravada de denegación de justicia («más patente y flagrante»²⁸⁹) antes de que se pueda interponer una reclamación internacional²⁹⁰.

I. Novedades

150. La cláusula Calvo nació del temor de parte de algunos Estados de América Latina de que los Estados de Europa y los Estados Unidos intervinieran en sus asuntos internos con la excusa de la protección diplomática. Por otra parte, la resistencia a la cláusula Calvo surgió del temor por parte de los Estados de Europa y de los Estados Unidos de que sus nacionales no recibieran un trato justo en países cuyos estándares judiciales eran inferiores a los mínimos creados por esos últimos Estados a su propia imagen. Hoy día la situación ha cambiado. Los Estados de Europa y los Estados Unidos respetan la igualdad soberana de los Estados de América Latina y tienen confianza en el sistema judicial de éstos que, al igual que en Europa, están sujetos a supervisión regional e internacional²⁹¹. En consecuencia, ya no se observan las actividades agresivas de protección diplomática que alguna vez caracterizaron a las relaciones entre Europa y los Estados Unidos, por un lado, y América Latina, por el otro. Ello no significa que el debate relativo a la cláusula Calvo haya perdido pertinencia. Si bien la doctrina jurídica internacional en Europa y los Estados Unidos trata de ver a la cláusula Calvo como una reliquia de una época pasada de desigualdad en las relaciones internacionales²⁹², los Estados de América Latina todavía se aferran a la cláusula por tratarse de una característica importante de su enfoque regional del derecho internacional. Si bien han demostrado cierto grado de flexibilidad en su actitud ante las nuevas instituciones que crean procedimientos de arreglo de controversias para los inversionistas extranjeros, no cabe duda de que muchas de esas instituciones son todavía juzgadas por su adhesión a la cláusula Calvo. Además, en las principales resoluciones de la Asamblea

²⁸⁶ *Ibid.*, pág. 458.

²⁸⁷ Nota 272 *supra*.

²⁸⁸ *Op. cit.*, pág. 265.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ García Amador, «State responsibility. Some new problems», pág. 459.

²⁹¹ Por los organismos establecidos en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁹² Según Dolzer («New foundation of the law of expropriation of alien property», pág. 571):

«La práctica internacional que confirme a la doctrina Calvo no se observa en ninguna parte y las opiniones jurídicas de las naciones occidentales exportadoras de capital refutan definitivamente el argumento de que todos los grupos principales afectados han consentido al cambio en el derecho consuetudinario en relación con la doctrina Calvo.»

El hecho de que la cláusula Calvo no ha sido rechazada por la doctrina de los Estados Unidos queda ilustrada en el caso *Reavis v. Exxon Corporation*, Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York, Término Especial, Condado de Nueva York (Gellinoff J.), decisión de 28 de junio de 1977, ILR(1984), vol. 66, pág. 317, en que la Corte consideró seriamente la cláusula Calvo, si bien no la aplicó.

General relativas al derecho económico internacional se observa una gran influencia de la cláusula Calvo.

151. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que figura en la resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 1974, proclama que la controversia relativa a la compensación por la explotación de bienes extranjeros:

será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios²⁹³.

El precursor moderado de esa resolución, la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, declara igualmente que en caso de una controversia sobre la indemnización correspondiente a los bienes expropiados «debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas»²⁹⁴. Rogers ha descrito correctamente esas resoluciones como una «clásica reformulación de la cláusula Calvo»²⁹⁵.

152. En el marco del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Pacto Andino), que establece un mercado común entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, se considera igualmente la cláusula Calvo. En la decisión 24 se establece que:

En ningún instrumento relacionado con inversiones o transferencia de tecnología se admitirán cláusulas que sustraigan los posibles conflictos o controversias de la jurisdicción y competencia nacionales del país receptor o que permitan la subrogación por los Estados de los derechos y acciones de sus nacionales inversionistas²⁹⁶.

A su vez, en la decisión 220 se estableció la norma de que:

En la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas²⁹⁷.

153. En 1991, los países del Pacto Andino (ahora Comunidad Andina de Naciones), revisaron y liberalizaron su código de inversiones extranjeras en la decisión 291, pero dejaron sin cambios ese elemento de la cláusula Calvo²⁹⁸.

²⁹³ Art. 2, párr. 2, apdo. c.

²⁹⁴ Párr. 4.

²⁹⁵ «Of missionaries, fanatics, and lawyers: some thoughts on investment disputes in the Americas», pág. 5.

²⁹⁶ Art. 51, Decisión 24 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, tercer período de sesiones extraordinarias, Lima, 14-31 de diciembre de 1970.

²⁹⁷ Art. 34, Decisión 220 sobre sustitución de las decisiones 24 y conexas sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuadragésimo cuarto período de sesiones ordinarias, Lima, 11 de mayo de 1987.

²⁹⁸ Decisión 291 sobre el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Comisión del Acuerdo de Cartagena, quincuagésimo quinto período de sesiones ordinarias, Lima, 21-22 de marzo de 1991.

154. La respuesta de los Estados de América Latina en relación con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, en que se estableció el CIADI, fue inicialmente moderada²⁹⁹. Sin embargo, el artículo 27 incorpora un elemento de la cláusula Calvo al establecer que:

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

155. Los Estados de América Latina respondieron inicialmente de manera similar ante el OMGI, que facilita las inversiones en los países en desarrollo al poner a disposición de los inversionistas que deseen realizar actividades en los países en desarrollo seguros contra el riesgo político. Una vez más, al igual que el CIADI, el OMGI no se opone necesariamente a la filosofía de la cláusula Calvo, ya que sólo permite el arbitraje en los casos en que la controversia no se pueda resolver mediante negociaciones o conciliación³⁰⁰. Hoy día la mayor parte de los Estados de América Latina son partes en el OMGI.

156. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), concertado entre el Canadá, los Estados Unidos y México, ha sido señalado como prueba de una nueva flexibilidad por parte de los principales Estados de América Latina proponentes de la cláusula Calvo, ya que permite al inversionista extranjero, en ciertas circunstancias, recurrir al arbitraje internacional³⁰¹. Sin embargo,

esa opinión no debe exagerarse³⁰², ya que dentro de México hay voces poderosas que exigen que el TLC se aplique de manera compatible con la cláusula Calvo³⁰³.

J. Conclusión

157. Quedan dos opciones abiertas a la Comisión. La primera es no incluir en el proyecto disposición alguna sobre el tema, con fundamento en que la cláusula Calvo es únicamente pertinente y válida en la medida en que reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos. En consecuencia, incluir una disposición de esa naturaleza sería innecesario y superfluo. La segunda opción es redactar una disposición que limite la validez de la cláusula Calvo a las controversias dimanadas del contrato que incluya la cláusula y que reconozca que dicha cláusula podrá dar lugar a una presunción *juris tantum* en favor del agotamiento de los recursos internos, aun cuando el compromiso que remita al arreglo judicial las controversias entre el Estado de la nacionalidad del extranjero lesionado y el Estado anfitrión contenga una cláusula que excluya la necesidad de agotar los recursos internos. Una disposición de ese tipo reflejaría la jurisprudencia, la doctrina y, posiblemente, la práctica de los Estados en relación con la cláusula Calvo.

158. Si bien el Relator Especial acepta que la primera propuesta tiene cierto mérito, prefiere la segunda, ya que codificaría una norma consuetudinaria de una de las principales regiones del mundo y aclararía los límites de un mecanismo que ha desempeñado una función prominente en la historia de este ámbito del derecho. Con ese espíritu es que se presenta a la Comisión el artículo 16.

²⁹⁹ Rogers, *op. cit.*, págs. 3 y 4; Manning-Cabrol, «The imminent death of the Calvo clause and the rebirth of the Calvo principle: equality of foreign and national investors», pág. 1185. Hoy día la mayor parte de los Estados de América Latina son partes en el CIADI.

³⁰⁰ Manning-Cabrol, *loc. cit.*, págs. 1185 y 1186; y Dalrymple, «Politics and foreign direct investment: the multilateral investment guarantee agency and the Calvo clause», pág. 161.

³⁰¹ Caps. 11 y 20.

³⁰² Daly, «Has Mexico crossed the border of State responsibility for economic injury to aliens? Foreign investment and the Calvo clause in Mexico after the NAFTA», pág. 1147.

³⁰³ Sepúlveda Amor, «International law and national sovereignty: the NAFTA and the claims of Mexican jurisdiction», pág. 565. Véase también Zamora, «Allocating legislative competence in the Americas: the early experience under NAFTA and the challenge of hemispheric integration», pág. 615.

ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

[Tema 3 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/524

Respuestas de los gobiernos al cuestionario: informe del Secretario General

[Original: francés/inglés]
[18 de abril de 2002]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	89
RESPUESTAS DE LOS GOBIERNOS AL CUESTIONARIO	89
<i>Observaciones generales</i>	89
<i>Pregunta 1.</i> ¿Ha formulado el Estado una declaración o una expresión similar de su voluntad que pueda considerarse comprendida, entre otras, en una o más de las categorías siguientes: promesa, reconocimiento, renuncia o protesta? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría dar a conocer el Estado elementos de esa práctica?.....	90
<i>Pregunta 2.</i> ¿Se ha apoyado el Estado en actos unilaterales de otros Estados o, por lo demás, ha considerado que los actos unilaterales de otros Estados producen efectos jurídicos? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría el Estado dar a conocer elementos de esa práctica?.....	92
<i>Pregunta 3.</i> ¿Podría dar a conocer el Estado algunos elementos de la práctica en lo que respecta a la existencia de efectos jurídicos o a la interpretación de los actos unilaterales a que se hace referencia en las anteriores preguntas?.....	93

Introducción

1. En su 53º período de sesiones, celebrado en 2001, la Comisión de Derecho Internacional decidió que el Relator Especial sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados elaborara y enviara a los gobiernos un cuestionario en que les invitara a dar más información acerca de su práctica en materia de actos unilaterales¹.

¹ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párrs. 29 y 254.

Conforme a esa petición, el 31 de agosto de 2001, la secretaría de la Comisión distribuyó a los gobiernos el texto de un cuestionario sobre los actos unilaterales de los Estados.

2. Al 14 de marzo de 2002 se habían recibido respuestas de los Gobiernos de Estonia, Portugal y Reino Unido. Las respuestas recibidas se reproducen más adelante.

Respuestas de los gobiernos al cuestionario

Observaciones generales

Estonia

[Original: inglés]
[14 de marzo de 2002]

La cuestión de los actos unilaterales de los Estados presenta muchos problemas debido a su complejidad y diversidad. En general, se prefiere utilizar otros métodos

convencionales y reconocidos de la práctica internacional, como los tratados, para influir en la posición jurídica de otros Estados en sus relaciones con Estonia. Sin embargo, los actos unilaterales del Estado no son desconocidos en la práctica de Estonia y cabe acoger con beneplácito la tentativa de aclarar y organizar los principios jurídicos generales y las normas consuetudinarias que rigen ese tipo de actos con miras a promover la estabilidad en las relaciones internacionales. Con este fin, más adelante se describen algunos ejemplos de actos unilaterales.

Portugal

[Original: inglés]
[25 de febrero de 2002]

1. Portugal reconoce la importante función que desempeñan los actos unilaterales en las relaciones internacionales y la necesidad de elaborar normas que regulen su funcionamiento. En consecuencia, desearía contribuir a la labor de la Comisión relativa a dicha cuestión y por ello presenta su respuesta al cuestionario que se distribuyó entre los Estados en agosto de 2001.

2. La intención de Portugal es abstenerse de formular observaciones generales sobre la cuestión de los actos unilaterales y limitarse a responder directamente al cuestionario relativo a la práctica reciente de los Estados en la formulación e interpretación de los actos unilaterales. No obstante, Portugal desearía dejar claro que, si bien está de acuerdo con la definición de los actos unilaterales propuesta por el Relator Especial, definición que figura en el informe de la Comisión sobre su 52.º período de sesiones¹ y que dice que «se entiende por ‘acto unilateral del Estado’ una manifestación de voluntad inequívoca

¹ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 94, nota 165.

del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o con una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional», desearía destacar que, en su opinión, el derecho internacional, y no la intención del Estado, es lo que en el ordenamiento jurídico internacional da fuerza jurídica a los actos unilaterales.

Reino Unido

[Original: inglés]
[27 de febrero de 2002]

1. El Reino Unido reitera las opiniones manifestadas en su nota de fecha 3 de marzo de 2000¹. El Reino Unido sigue considerando que cualquier enfoque que trate de someter los actos unilaterales a un solo cuerpo de normas generales no está bien fundado. Por ello, el Reino Unido reitera la sugerencia de que la Comisión determine si existen problemas específicos respecto de ciertos tipos de actos unilaterales que podría ser útil en un estudio expositivo.

¹ Reproducida en *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte).

PREGUNTA 1

¿Ha formulado el Estado una declaración o una expresión similar de su voluntad que pueda considerarse comprendida, entre otras, en una o más de las categorías siguientes: promesa, reconocimiento, renuncia o protesta? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría dar a conocer el Estado elementos de esa práctica?

Estonia

[Original: inglés]
[14 de marzo de 2002]

1. En virtud del orden jurídico de Estonia, el *Riigikogu*¹ emite actos unilaterales, de los cuales existen tres categorías: manifestaciones, declaraciones y llamamientos; pero la distinción entre los actos unilaterales no es muy clara. El Ministerio de Relaciones Exteriores está encargado de preparar el texto de las manifestaciones, las declaraciones y los llamamientos a otros Estados y organizaciones internacionales.

2. En la práctica, el grupo más numeroso son las manifestaciones. Las manifestaciones son esencialmente expresiones de voluntad u opinión de Estonia, a menudo de naturaleza política, y, en consecuencia, no producen efectos jurídicos.

3. A comienzos del decenio de 1990 se formularon varias declaraciones unilaterales, debido a la concreta y complicada situación histórica y política que existía entonces en Estonia, ya que todavía no se había aprobado la actual Constitución de la República de Estonia². En

¹ El Parlamento.

² La actual Constitución de Estonia, que entró en vigor el 3 de julio de 1992, se reproduce en *Central and Eastern European Legal Materials* (Huntington, Nueva York, Juris), carpeta 5D, número 21 (noviembre de 1993).

consecuencia, en aquel momento no se habían definido todavía claramente las competencias de los distintos poderes. El 30 de marzo de 1990, el Consejo Supremo³ aprobó una decisión⁴ por la cual se declaraba que la continuidad *de jure* de la República de Estonia no se había interrumpido con la ocupación soviética en 1940. Aun cuando en ese entonces el Consejo Supremo no era un órgano de la República de Estonia, puede considerarse que sus actos unilaterales tuvieron efectos jurídicos en relación con el restablecimiento de la independencia, que concluyó en agosto de 1991.

4. Puede considerarse que la manifestación del Consejo Supremo en relación con el golpe de Estado en la Unión Soviética de 19 de agosto de 1991⁵ fue una protesta. El Consejo Supremo declaró que ese golpe de Estado había sido ilegal y consideró interrumpidas las negociaciones bilaterales con la Unión Soviética relativas al restablecimiento de la independencia de Estonia, por lo cual el Consejo Supremo se consideró autorizado a restablecer unilateralmente la independencia, de conformidad con la

³ Órgano legislativo en ese entonces.

⁴ Decisión sobre el estatuto del Estado de Estonia, aprobada el 30 de marzo de 1990, *ENSV Ülemnõukogu ja Valitsuse Teataja* (Consejo Supremo de la RSSE y Boletín del Gobierno), 1990, n.º 12, pág. 180. Véase también *Restoration of the Independence of the Republic of Estonia—Selection of Legal Acts (1988–1991)*, Tallin, Estonian Institute for Information, 1991, pág. 22.

⁵ Manifestación del Consejo Supremo de la República de Estonia sobre el golpe de Estado en la Unión Soviética, 29 de agosto de 1991, *Riigi Teataja* (Boletín Oficial), 1991, n.º 25, pág. 309.

voluntad del pueblo expresada en el referéndum de 3 de marzo de 1991.

5. La independencia de Estonia se restableció el 20 de agosto de 1991, con la decisión del Consejo Supremo⁶ que confirmó la independencia nacional de la República de Estonia y determinó el restablecimiento de relaciones diplomáticas.

6. El 19 de diciembre de 1991, el Consejo Supremo emitió una manifestación sobre los bienes de la República de Letonia y la República de Lituania⁷, que podría considerarse una promesa. Habida cuenta del restablecimiento de la independencia de Estonia, Letonia y Lituania, el Consejo Supremo manifestó que Estonia garantizaría la protección jurídica de los bienes de todo tipo de dichos Estados en el territorio de Estonia, de conformidad con la Ley sobre bienes de Estonia.

7. En la práctica del último decenio, también se han formulado algunas declaraciones unilaterales sobre la posición del Estado en relación con situaciones o hechos concretos.

8. El 20 de diciembre de 1995, el *Riigikogu* formuló una declaración relativa a la ratificación de los acuerdos sobre la retirada de los contingentes rusos de Estonia, y el 24 de julio de 1994 hizo otro tanto en relación con las garantías sociales al ex personal militar de Rusia⁸. El *Riigikogu* declaró que esos acuerdos no alteraban la posición de Estonia sobre la anexión ilegal de Estonia a la Unión Soviética y que tampoco la ratificación de dichos acuerdos podía interpretarse en el sentido de que alteraba el principio de la continuidad jurídica de Estonia desde 1918. El 22 de febrero de 1994, el *Riigikogu* emitió una comunicación dirigida a los Parlamentos de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, en la que se declaraba la posición de Estonia sobre la ocupación del país en 1940⁹. Esos dos ejemplos reflejan la posición de Estonia, que reitera los principios establecidos en las leyes nacionales.

9. El reconocimiento de Estados y gobiernos es un acto unilateral que, en virtud del ordenamiento jurídico de Estonia, es de competencia del Gobierno, por ejemplo, el reconocimiento el 25 de septiembre de 1991 de la República de Eslovenia. No obstante, el 3 de abril de 1990, el Consejo Supremo formuló una manifestación sobre el restablecimiento de la independencia en la República de Lituania, en que se reconocía a Lituania como Estado independiente. Esa excepción se puede explicar por la situación política de ese momento.

10. El 21 de octubre de 1991, Estonia formuló una declaración en que reconocía como obligatoria la jurisdicción de la CIJ¹⁰.

⁶ Decisión del Consejo Supremo de la República de Estonia sobre la independencia nacional de Estonia, *ibíd.*, pág. 312. Véase también *Restoration of the Independence...* (nota 4 *supra*), pág. 101.

⁷ *Riigi Teataja*, 1991, n.º 45, pág. 568. See also *Restoration of the Independence...* (nota 4 *supra*), pág. 30.

⁸ *Riigi Teataja* II, 1995, n.º 46, pág. 203.

⁹ *Riigi Teataja* I, 1994, n.º 13, pág. 235.

¹⁰ *Riigi Teataja* II, 1996, n.º 24-25, pág. 95. Véase también, Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1653, n.º 28436, pág. 59.

11. En septiembre de 1992, cuando se eligió el nuevo *Riigikogu*, uno de sus primeros actos fue una declaración sobre el restablecimiento, en la que se manifestó expresamente que la actual República de Estonia era el mismo sujeto de derecho internacional que había sido declarado por primera vez en 1918¹¹.

12. El Ministerio de Relaciones Exteriores también ha formulado declaraciones unilaterales. Un ejemplo reciente, en el contexto de los ataques terroristas contra los Estados Unidos, es la declaración de 13 de septiembre de 2001, en la que se manifestó la disposición de Estonia, en su condición de Estado candidato a ingresar en la OTAN, a prestar asistencia, dentro de sus posibilidades, a los Estados Unidos, lo que podría considerarse una promesa.

¹¹ Declaración del *Riigikogu* sobre el restablecimiento de la autoridad constitucional del Estado, *Riigi Teataja*, 1992, n.º 40, pág. 533.

Portugal

[Original: inglés]
[25 de febrero de 2002]

1. Portugal desearía formular las observaciones siguientes con relación, en primer término, a una serie de protestas formuladas por Portugal contra ciertos actos de Australia con respecto a Timor Oriental y, en segundo lugar, al reconocimiento del derecho de Timor Oriental a la independencia.

2. El Tratado relativo a la Falla de Timor¹ fue origen de una controversia jurídica entre Portugal y Australia. Se trataba de un tratado firmado por Australia e Indonesia en 1989, en el que se establecía una zona de cooperación para la exploración y explotación de los recursos petrolíferos en la plataforma continental de la zona situada entre Timor Oriental y Australia septentrional. Portugal consideró que ese tratado violaba las obligaciones que incumbían a Australia en virtud del derecho internacional².

3. Entre 1985 y 1991, desde la negociación y concertación del Tratado hasta la promulgación de legislación interna en Australia para la aplicación del Tratado, Portugal presentó una serie de protestas diplomáticas³ ante las autoridades de Australia. En 1985 el Gobierno de Portugal hizo saber a Australia que no tenía más remedio que «considerar extraña la actitud del Gobierno de Australia de negociar la exploración de los recursos de un territorio sobre el cual Portugal es la Potencia Administradora, hecho que está reconocido internacionalmente. [...] [E]l Gobierno de Portugal no puede menos que expresar al Gobierno de Australia su enérgica protesta por la

¹ Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de cooperación en zona situada entre la provincia indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1654, n.º 28462, pág. 105. Véase también *Australian Treaty Series 1991, No. 9*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1995.

² *Timor oriental* (Portugal c. Australia), fallo, *C.I.J. Recueil 1995*, pág. 90.

³ Reproducidas en *ibíd.*, *requête introductive d'instance*, 22 de febrero de 1991, anexo 4, págs. 85 a 91.

manifiesta falta de respeto al derecho internacional»⁴. En 1988, el Gobierno de Portugal manifestó a Australia que «la ratificación de [dicho] acuerdo [...] por el Gobierno de Australia constituiría una violación flagrante y grave del derecho internacional. El Gobierno de Portugal examinará cuidadosamente todas las novedades relativas a dicha cuestión y actuará prontamente de conformidad con el derecho internacional para defender los legítimos derechos en cuestión»⁵, y añadió posteriormente que «el Gobierno de Portugal declara su intención de recurrir ante las autoridades internacionales competentes, en el momento oportuno, con miras a velar por los derechos del pueblo de Timor Oriental, al que el Gobierno de Portugal tiene la obligación de considerar y proteger»⁶. En 1989, Portugal reiteró que, [e]n su condición de Potencia administradora del Territorio no autónomo de Timor Oriental, Portugal protesta contra el texto de las declaraciones mencionadas precedentemente y reitera su determinación de dirigirse a las autoridades internacionales competentes, en el momento oportuno, para velar por la defensa de los legítimos derechos del pueblo de Timor Oriental»⁷. Dos días después de la firma del Tratado, Portugal hizo conocer una vez más a Australia su opinión sobre la cuestión:

Las autoridades de Portugal han presentado de manera continuada protestas diplomáticas ante el Gobierno de Australia. [...] En esas protestas el Gobierno de Portugal señaló que la negociación y la concertación final de dicho acuerdo con la República de Indonesia [...] constituirían una violación grave y flagrante del derecho internacional [...] al proceder a la firma del acuerdo mencionado precedentemente. Australia continúa con esa violación del derecho y la lleva hasta sus últimas consecuencias. Al firmar el «acuerdo provisional», desacata el deber que le incumbe de respetar el derecho a la libre determinación de la población de Timor Oriental, la integridad territorial de Timor Oriental y la soberanía permanente de ese pueblo sobre sus recursos naturales, que son objeto parcial del acuerdo. [...] La firma de ese acuerdo interfiere con las actividades de mediación [...] a cargo del Secretario General, encaminadas a llegar a un acuerdo amplio de la cuestión y es contraria a ellas. [...] Habida cuenta de lo expresado precedentemente, Portugal no puede sino presentar su protesta más enérgica ante el Gobierno del Commonwealth de Australia y declarar que se reserva el derecho de recurrir a todos los medios jurídicos que considere convenientes para preservar los legítimos derechos del pueblo de Timor Oriental»⁸.

⁴ Protesta de 19 de septiembre de 1985, *ibíd.*, pág. 85.

⁵ Protesta de 9 de septiembre de 1988, *ibíd.*, pág. 86.

⁶ Protesta de 31 de octubre de 1988, *ibíd.*, págs. 86 y 87.

⁷ Protesta de 30 de octubre de 1989, *ibíd.*, pág. 87.

⁸ Protesta de 13 de diciembre de 1989, *ibíd.*, págs. 88 y 89.

4. En 1991, Portugal decidió entablar una demanda contra Australia ante la CIJ⁹. Con esos actos de protesta, Portugal manifestó su intención de «no considerar como de derecho un determinado estado de hecho y entiende por ello salvaguardar sus derechos violados o amenazados»¹⁰.

5. Por otra parte, pero en relación con el mismo tema, Portugal también reconoció, después de anunciarse los resultados de la consulta popular celebrada en agosto de 1999, por la cual la mayoría del pueblo de Timor Oriental optó por la independencia, el derecho a la independencia de Timor Oriental, en una declaración que, por inferencia, contiene el reconocimiento del derecho a la independencia, después de un período de transición durante el cual el territorio iba a ser administrado por las Naciones Unidas.

6. En la declaración formulada en el quincuagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Presidente de la República de Portugal¹¹ dijo que: «el 30 de agosto de 1999 el pueblo de Timor Oriental ejerció democráticamente su derecho a la libre determinación, y escogió, por una mayoría clara e inequívoca, su futuro colectivo, adquiriendo así de manera incondicional e irrevocable el derecho a constituir un Estado independiente al final del período de administración provisional que pronto iniciarán las Naciones Unidas»¹².

7. Con ese acto, Portugal tomó nota de que «constata la existencia de ciertos hechos o de ciertos actos jurídicos y admite que pueden oponerse contra él»¹³ (reconocimiento).

⁹ Véase la nota 3 *supra*.

¹⁰ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519, párr. 95, nota 108, citando a Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, París, LGDJ, 1962, pág. 48.

¹¹ De conformidad con el artículo 293 de la Constitución de Portugal, el Presidente de la República tiene competencia para actuar en el plano internacional en relación con Timor Oriental.

¹² Declaración del Sr. Sampaio, Presidente de la República de Portugal, 20 de septiembre de 1999, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones*, quinta sesión plenaria (A/54/PV.5), pág. 14.

¹³ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519, párr. 91.

PREGUNTA 2

¿Se ha apoyado el Estado en actos unilaterales de otros Estados o, por lo demás, ha considerado que los actos unilaterales de otros Estados producen efectos jurídicos? Si la respuesta es afirmativa, ¿podría el Estado dar a conocer elementos de esa práctica?

Estonia

[Original: inglés]
[14 de marzo de 2002]

1. De la misma manera que los actos unilaterales de Estonia pueden producir efectos jurídicos, lo mismo puede decirse de los actos unilaterales de otros Estados. No siempre es necesario expresar en términos concretos que se considera que los actos unilaterales de otro Estado surten efectos jurídicos, ya que en ciertas circunstancias

incluso el silencio podría ser suficiente. En consecuencia, esa práctica no siempre resulta clara.

2. Por ejemplo, está claro que, en respuesta al reconocimiento de Estonia por otro Estado, se han establecido relaciones diplomáticas entre los dos países, con las consecuencias pertinentes.

3. También se podría brindar un ejemplo en relación con la revocación unilateral de la exigencia de visado. Por

ejemplo, varios Estados (entre ellos, Ecuador, Nicaragua y República Dominicana) han dejado sin efecto unilateralmente la exigencia del visado para los nacionales de Estonia.

4. Otro ejemplo de acto unilateral de otro Estado, aunque ilícito, con efectos jurídicos en Estonia, es un decreto del Presidente de la Federación de Rusia¹, por el cual ese país comenzó unilateralmente a delimitar la frontera terrestre entre Estonia y la Federación de Rusia. Estonia lo ha considerado ilegal, porque todas las cuestiones relativas a la frontera entre los dos Estados se deben resolver bilateralmente. Sin embargo, como el apoyo fronterizo ha sido plenamente acordado, pero todavía no ha sido firmado, el decreto ha producido efectos. La Federación de Rusia ha ubicado guardias fronterizos en la frontera delimitada unilateralmente y, en respuesta, Estonia ha hecho lo propio.

¹ Decreto del Presidente de la Federación de Rusia de 21 de julio de 1994 sobre la delimitación de la frontera terrestre entre Estonia y la Federación de Rusia, *Sobranie zakonodatelstva Rossijskoi Federatsii*, n.º 9, tema 930 (1994).

Portugal

[Original: francés/inglés]
[25 de febrero de 2002]

1. También en el contexto del caso *Timor oriental* incoado ante la CIJ, Portugal adoptó una posición en relación con ciertos actos unilaterales de Australia, a saber, sobre su reconocimiento *de jure* de la soberanía de

Indonesia sobre Timor Oriental y sus efectos jurídicos. Según se señala en el cuarto informe del Relator Especial, el reconocimiento, que puede ser expreso o tácito, «es el procedimiento en virtud del cual un sujeto de derecho internacional, en particular un Estado, que no ha participado en el nacimiento de una situación o en la iniciación de un acto, acepta que esta situación o este acto se opongan contra él, es decir, admite que se le apliquen las consecuencias jurídicas de uno u otro»¹.

2. Portugal consideró que Australia había reconocido *de jure* la soberanía de Indonesia sobre Timor Oriental² y que ese acto unilateral era incompatible con el derecho de la población de Timor Oriental a la libre determinación y, en consecuencia, violaba las obligaciones jurídicas de Australia:

Portugal sostiene que el reconocimiento *de jure* de la incorporación de Timor Oriental a un Estado tiene por consecuencia ineludible que no se reconozca a Timor Oriental como territorio no autónomo³.

El reconocimiento *de jure* de la integración de Timor Oriental en Indonesia es además incompatible con el consecuente mantenimiento de su territorio bajo el estatuto de territorio no autónomo. En segundo lugar, entraña un desconocimiento evidente de su derecho sobre sus recursos naturales; y, en tercer término, es totalmente inconciliable con el respeto al derecho de ese pueblo a la libre determinación⁴.

¹ *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519, párr. 91, nota 102.

² *C.I.J. Mémoires, Timor oriental* (Portugal *c.* Australia), inédito.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

PREGUNTA 3

¿Podría dar a conocer el Estado algunos elementos de la práctica en lo que respecta a la existencia de efectos jurídicos o a la interpretación de los actos unilaterales a que se hace referencia en las anteriores preguntas?

Es de suma importancia que la Comisión reciba, en la medida de lo posible, referencias precisas a la práctica de los Estados. En ese sentido, la Comisión invita a cada Estado a que proporcione copias o referencias de publicaciones u otros documentos oficiales o académicos que recojan su práctica.

Estonia

[Original: inglés]
[14 de marzo de 2002]

Los efectos jurídicos de la interpretación de los actos unilaterales que se mencionan en las respuestas a las preguntas 1 y 2 han quedado en general expresados en las respuestas respectivas. En algunos actos unilaterales las consecuencias jurídicas son obvias y claras, como en el

caso de la manifestación en que se garantiza la protección jurídica de los bienes de Letonia y Lituania, el reconocimiento de otros Estados o la declaración de estar dispuesto a prestar ayuda a los Estados Unidos. Aun cuando una declaración no dé origen directamente a derechos u obligaciones en relación con terceros Estados, es posible que tenga importancia jurídica para éstos de otra manera, por ejemplo, como prueba de conducta. Ello se puede apreciar en la declaración del principio de la continuidad jurídica de Estonia desde 1918 y en la posición de Estonia sobre su ocupación.

DOCUMENTO A/CN.4/525 y Add.1 y 2*

**Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados,
del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial**

[Original: español/francés/inglés]
[4 y 17 de abril y 10 de mayo de 2002]

ÍNDICE

		<i>Página</i>
Instrumentos multilaterales citados en el presente informe		95
Obras citadas en el presente informe		96
	<i>Párrafos</i>	
INTRODUCCIÓN	1-46	97
A. Desarrollo anterior del tema	1-5	97
B. Examen de elementos adicionales de la práctica internacional	6-24	97
C. Viabilidad y dificultades del tema	25-36	100
D. Contenido del quinto informe y naturaleza recapitulativa de su capítulo I	37-46	102
<i>Capítulo</i>		
I. EXAMEN RECAPITULATIVO DE ALGUNAS CUESTIONES FUNDAMENTALES	47	103
A. La definición del acto unilateral	48-81	103
B. Las condiciones de validez del acto unilateral y las causales de nulidad	82-119	106
C. La interpretación de los actos unilaterales	120-135	112
D. La clasificación de los actos unilaterales y la estructuración del proyecto de artículos	136-147	114
II. EXAMEN DE OTRAS CUESTIONES QUE PUEDEN DAR LUGAR A OTROS PROYECTOS DE ARTÍCULOS DE APLICACIÓN COMÚN A TODOS LOS ACTOS UNILATERALES	148-172	115
A. Regla general relativa al respeto de los actos unilaterales	150-162	115
B. Aplicación del acto unilateral en el tiempo	163-168	118
C. Aplicación territorial del acto unilateral	169-172	119
III. LA ENTRADA EN VIGOR EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE LOS TRATADOS Y LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE EL ACTO UNILATERAL PRODUCE SUS EFECTOS JURÍDICOS	173-176	119
IV. ESTRUCTURA DEL PROYECTO Y TRABAJOS FUTUROS DEL RELATOR ESPECIAL	177-186	120

* En el que se incorpora el documento A/CN.4.525/Add.1/Corr.1.

Instrumentos multilaterales citados en el presente informe

Fuente

Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) (Versalles, 28 de junio de 1919)	H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. F. de Martens</i> , 3. ^a serie, t. XI, Leipzig, Librairie Theodor Weicher, 1922, pág. 323.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969)	Naciones Unidas, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n.º 18232, pág. 443.

Obras citadas en el presente informe

- BALMOND, Louis y Philippe WECKEL
«Chronique des faits internationaux», RGDIP, t. CIII, 1999.
- BARBERIS, Julio A.
«Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo: Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 101 a 116.
- CAHIER, Philippe
«Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités», RGDIP, vol. 76, n.º 3, julio-septiembre de 1972, págs. 645 a 691.
- COMBACAU, Jean y Serge SUR
Droit international public, 5.ª ed., París, Montchrestien, 2001, 812 págs.
- COT, Jean-Pierre
«La conduite subséquente des parties à un traité», RGDIP, vol. XXXVII, n.º 3, julio-septiembre de 1986, págs. 632 a 666.
- COUSSIRAT-COUSTERE, Vincent y Pierre Michel EISEMANN (eds.)
Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale, 1794-1918, vol. I, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989.
- DAILLIER, Patrick y Alain PELLET
Droit international public, 6.ª ed. rev., París, LGDJ, 1999, 1455 págs.
- DEGAN, Vladimir-Djuro
Sources of International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1997, 564 págs.
- DE VISSCHER, Charles
Les effectivités du droit international public, París, Pedone, 1967, 175 págs.
- FIEDLER, Wilfried
«Unilateral acts in international law», en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 1984.
- GARNER, James W.
«The international binding force of unilateral oral declarations», *AJIL* (Washington D.C.), vol. 27, n.º 3, 1933, págs. 493 a 497.
- GROTIUS, Hugo
De jure belli ac pacis, libri tres (1646), en *The Classics of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1925, vol. II.
- GUGGENHEIM, Paul
Traité de Droit international public, 2.a ed. rev. y aum., Ginebra, Librairie de l'Université, 1967.
- JACQUÉ, Jean-Paul
Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, París, LGDJ, 1972.
«À propos de la promesse unilatérale», *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, París, Pedone, 1981, págs. 327 a 345.
- KISS, Alexandre-Charles
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, vol. III, París, CNRS, 1965.
- MARSTON, Geoffrey (ed.)
«United Kingdom materials on international law 1992», *British Year Book of International Law, 1992* (Oxford), vol. 63.
- QUADRI, R.
«Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964-III*, Leiden, Sijthoff, 1966, vol. 113.
- REUTER, Paul
Droit international public, París, Presses Universitaires de France, 3.ª ed. (1968) y 7.ª ed. rev. (1993).
- RIGALDIES, Francis
«Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public», *Revue Juridique Thémis* (Montreal), vol. 15, 1980-1981.
- ROUSSEAU, Charles
«Chronique des faits internationaux», RGDIP, vols. LXXXIV y LXXXV, 1980 y 1981.
- SICAULT, Jean-Didier
«Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», RGDIP, vol. 83, 1979, págs. 633 a 688.
- SØRENSEN, Max
«Principes de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1960-III*, Leiden, Sijthoff, 1961, vol. 101, págs. 1 a 254.
- SUY, Eric
Les actes juridiques unilatéraux en droit international public, París, LGDJ, 1962, 290 págs. (tesis, Universidad de Ginebra).
- TORRES CAZORLA, María Isabel
Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo, Málaga, 2001, inédito.
- URIOS MOLINER, Santiago
Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común, tesis de la Universitat Jaume I, Castellón (España), 2001.
- VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo
Las relaciones de Colombia y Venezuela: la historia atormentada de dos naciones, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1983.
- VENTURINI, Giancarlo
«La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1964-II*, Leiden, Sijthoff, 1964, vol. 112, págs. 363 a 467.
- VERZIJL, J.
«La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Revue de droit international*, vol. XV, n.º 2, abril-mayo-junio de 1935, págs. 284 a 339.
- WEIL, Prosper
«Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1992-VI*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1996, vol. 237, págs. 9 a 370.

Introducción¹

A. Desarrollo anterior del tema

1. El tema de los actos unilaterales del Estado ha venido siendo examinado por la Comisión de Derecho Internacional desde su 49.º período de sesiones, en 1997, cuando se constituyó un grupo de trabajo que elaboró un importante informe que ha servido de base a los trabajos de la Comisión desde entonces². Más particularmente, la Comisión ha examinado el tema desde su 50.º período de sesiones, en 1998, cuando el Relator Especial presentó su primer informe³ en el que realizaba una delimitación general del tema y presentaba los elementos constitutivos de una definición del acto unilateral, por considerar que esa era una cuestión fundamental que debía resolverse antes de avanzar con la elaboración de proyectos de artículos y sus comentarios como lo había acordado la Comisión.

2. En los subsiguientes informes sobre los actos unilaterales de los Estados⁴, el Relator Especial presentó, tomando en cuenta siempre el régimen de Viena como una referencia válida que debía considerarse en forma compatible con el carácter *sui generis* de los actos unilaterales que ocupan a la Comisión, algunos aspectos del tema, relacionados principalmente con la formulación y la interpretación de los actos unilaterales.

3. De igual manera, el Relator Especial presentó, basado en el examen de una extensa doctrina, algunas ideas sobre la clasificación de los actos unilaterales, cuestión que aparece como básica para la estructuración del proyecto de artículos que intenta elaborar la Comisión sobre el tema. A juicio del Relator Especial, la agrupación de los actos unilaterales en función de sus efectos jurídicos no es un simple ejercicio académico. Por el contrario, por las razones ya aludidas, la agrupación adecuada de estos actos, por lo demás compleja y sobre la cual hay varios criterios, deberá facilitar la ordenación y el avance de los trabajos sobre el tema. El Relator Especial ha considerado que si bien no todas las reglas sobre estos actos unilaterales son necesariamente aplicables a todos ellos, algunas reglas sí podrían ser de aplicación general. Sin que sea necesario adoptar por ahora una decisión sobre la clasificación de los actos unilaterales, se puede intentar elaborar algunas reglas aplicables a todos esos actos.

4. No deja de inquietar, sin embargo, la imprecisión que aún pareciera persistir acerca del objeto de la labor de codificación, es decir, de los actos unilaterales que pudieren ser abarcados en la definición. Algunos de ellos, como se verá, pueden identificarse y asimilarse a los comportamientos y actitudes del Estado; otros, siendo

incuestionablemente actos unilaterales desde el punto de vista formal, se pueden ubicar en un ámbito distinto, como el de los tratados o del derecho convencional, mientras que algunos otros parecieran ubicarse dentro del ámbito de la categoría de actos que interesa a la Comisión. Por otra parte, aun cuando se esté en presencia de uno de los actos comúnmente denominados unilaterales desde el punto de vista material, éste puede ubicarse fuera del ámbito del estudio. Es el caso de la renuncia o del reconocimiento por actos implícitos o concluyentes. Se ha afirmado que la renuncia o el reconocimiento, entre otros, son actos unilaterales en el sentido que interesa a la Comisión. Sin embargo, un examen más detenido de su forma puede hacer concluir que no todos los actos unilaterales de renuncia o reconocimiento pueden ubicarse dentro de la categoría que interesa a la Comisión y, por lo tanto, ser abarcados por la definición que se intenta elaborar.

5. En la práctica es posible observar que los actos de reconocimiento se efectúan mediante actos distintos del acto formal antes referido, es decir, mediante actos concluyentes o implícitos, como sería el caso, por ejemplo, del acto de establecimiento de relaciones diplomáticas mediante el cual implícitamente un Estado reconoce a una entidad que pretendía tal estatuto. A título de ejemplo, se observa el reconocimiento implícito de Namibia por parte del Reino Unido. El Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido afirmó, en relación con ello, que no hubo reconocimiento formal, sino implícito, con el establecimiento de relaciones diplomáticas en marzo de 1990 con Namibia⁵. Es de destacar también que algunos de estos actos son de origen convencional, como es el caso del Acuerdo mauritano-saharai firmado en Argel el 10 de agosto de 1979⁶, al cual se hace referencia en el párrafo 21 *infra*, actos que por su propia naturaleza deben ser también excluidos del ámbito de este estudio.

B. Examen de elementos adicionales de la práctica internacional

6. El trabajo hasta ahora realizado por el Relator Especial se ha basado en una amplia consideración de la doctrina y la jurisprudencia. La práctica, sin embargo, pese a su convicción de que es cada vez más importante en este contexto, no ha sido considerada en la forma requerida. La no consideración en la forma que se requiere —y ello por las dificultades que plantea su obtención—, es cierto, puede tener implicaciones negativas en el estudio del tema. El Relator Especial es consciente de que sin una sustentación sobre esa práctica, no es posible elaborar un estudio completo sobre el tema y menos aún intentar una labor de codificación y de desarrollo progresivo. A pesar de su evidente frecuencia, no serían muchos los casos en que se haya reconocido el carácter vinculante de estos

¹ El Relator Especial agradece al Sr. Nicolás Guerrero Peniche, doctorando en derecho internacional en el Instituto Internacional de Altos Estudios Internacionales de Ginebra, la asistencia brindada para la elaboración de este informe.

² *Anuario... 1997*, vol. II (segunda parte), págs. 65 a 67, párrs. 195 a 210.

³ *Anuario 1998*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/486, pág. 343.

⁴ Segundo informe, *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/500 y Add.1; tercer informe, *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/505, y cuarto informe, *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/519.

⁵ Marston, «United Kingdom materials on international law 1986», pág. 642, citado por Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional contemporáneo*, pág. 57.

⁶ *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad*, trigésimo cuarto año, Suplemento de julio, agosto y septiembre de 1979, S/13503, anexo I, pág. 128.

actos. La Declaración Ihlen⁷ fue por muchos años un ejemplo clásico de declaración unilateral. Desde entonces, otras declaraciones unilaterales habrían sido consideradas igualmente vinculantes, aunque no fueron objeto de consideración judicial. Se trata, por ejemplo, de las declaraciones de Alemania, entre 1935 y 1938, acerca de la inviolabilidad de la neutralidad de algunos países europeos, que la doctrina ha considerado como «garantías». También cabe mencionar la declaración de neutralidad de Austria⁸, considerada por algunos como una promesa, y la Declaración del Canal de Suez y los arreglos para su puesta en práctica enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Egipto al Secretario General de las Naciones Unidas, el 24 de abril de 1957⁹, a pesar de que esta última fue registrada ante el Secretario General. Las declaraciones de las autoridades francesas examinadas por la CIJ en los casos *Essais nucléaires*¹⁰, serían también declaraciones unilaterales de la naturaleza que interesa a la Comisión. Algunas otras declaraciones unilaterales, como las garantías negativas de seguridad, que pudieran reflejar, dependiendo de su contenido, una promesa de los Estados poseedores de armas nucleares a los Estados que no las poseen, son otra categoría de estos actos cuya naturaleza jurídica no ha sido objeto de una labor judicial, ni determinada por los autores o los destinatarios, y que pueden sin embargo ser consideradas vinculantes desde el punto de vista jurídico, como lo señalaron algunos miembros de la Comisión al comentar el segundo informe del Relator Especial¹¹.

7. Durante el 53.º período de sesiones, en 2001, se constituyó un grupo de trabajo que consideró algunos aspectos del tema, como se refleja en el informe respectivo del cual la Comisión tomó nota¹². En esa oportunidad se pudo constatar que efectivamente uno de los problemas que planteaba el estudio del tema era que tal práctica no había sido aún ampliamente considerada. El Grupo de Trabajo recomendó a la Comisión que solicitara a la Secretaría que distribuyera a los gobiernos un cuestionario en el que se pidiese más información acerca de la práctica de los Estados en materia de formulación e interpretación de actos unilaterales¹³. Algunos Estados han respondido a este cuestionario en forma muy constructiva, como es el caso de Estonia y Portugal, cuyas observaciones se mencionan a continuación.

8. Portugal suministró una valiosa información sobre la realización de actos unilaterales en sus relaciones internacionales, calificándolas en cada caso. En efecto, Portugal

⁷ Véase *Statut juridique du Groënland oriental, 1933 C.P.J.I. série A/B n.º 53*, págs. 69 y 70.

⁸ Ley federal constitucional de Austria de 26 de octubre de 1955 sobre la neutralidad de Austria.

⁹ Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 265, n.º 3821, pág. 306.

¹⁰ *Essais nucléaires* (Australia c. Francia), fallo, *C.I.J. Recueil 1974*, pág. 253, y *Essais nucléaires* (Nueva Zelanda c. Francia), fallo, *ibid.*, pág. 457. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, págs. 133 y 134.

¹¹ Véase la nota 4 *supra*.

¹² *Anuario... 2001*, vol. I, 2701.ª sesión, págs. 250 y 251, párrs. 58 a 60.

¹³ El cuestionario fue remitido a los Estados mediante la nota LA/COD/39 de 31 de agosto de 2001. El cuestionario y las respuestas recibidas figuran en el documento A/CN.4/524, reproducido en el presente volumen.

se refiere a las protestas formuladas contra ciertos actos de Australia con respecto a Timor Oriental y el reconocimiento del derecho de Timor Oriental a su independencia.

9. Entre 1985 y 1991 Portugal presentó, según informa en su respuesta, una serie de protestas diplomáticas ante Australia. En 1985, Portugal hizo saber a Australia que no tenía más remedio que «considerar extraña la actitud del Gobierno de Australia de negociar la exploración de los recursos de un territorio sobre el cual Portugal es la Potencia Administradora, hecho que está reconocido internacionalmente; [...] el Gobierno de Portugal no puede menos que expresar al Gobierno de Australia su enérgica protesta por la manifiesta falta de respeto al derecho internacional»¹⁴.

10. En 1989, Portugal reiteró que «[e]n su condición de Potencia Administradora del territorio no autónomo de Timor Oriental, protesta contra el texto de las declaraciones mencionadas»¹⁵. Después de la firma del Tratado relativo a la Falla de Timor¹⁶, una vez más, Portugal hizo conocer a Australia su opinión sobre la cuestión:

Las autoridades de Portugal han presentado de manera continuada protestas diplomáticas ante el Gobierno de Australia. [...] En esas protestas [...] señaló que la negociación y la concertación final de dicho acuerdo con la República de Indonesia [...] constituirían una violación grave y flagrante del derecho internacional. [...] Al proceder a la firma del acuerdo mencionado precedentemente Australia continúa con esa violación del derecho. [...] Al firmar el «acuerdo provisional», desata el deber que le incumbe de respetar el derecho a la libre determinación de la población de Timor Oriental. [...] [H]abida cuenta de lo expresado precedentemente, Portugal no puede sino presentar su protesta más enérgica ante el Gobierno del Commonwealth de Australia y declarar que se reserva el derecho de recurrir a todos los medios jurídicos que considere convenientes para preservar los derechos legítimos del pueblo de Timor Oriental¹⁷.

11. Para Portugal esos actos unilaterales, esos actos de protesta, como los califica, constituyen una manifestación de voluntad: «su intención de no considerar como de derecho un determinado estado de hecho y entiende por ello salvaguardar sus derechos violados o amenazados»¹⁸. Esta afirmación es sumamente importante porque no solamente enumera los actos y los califica, sino que señala los efectos jurídicos que se considera pueden derivar de ellos.

12. Estonia también suministra una información muy valiosa sobre la práctica, al señalar que:

El 19 de diciembre de 1991, el Consejo Supremo emitió una manifestación sobre los bienes de la República de Letonia y la República de Lituania, que podría considerarse una promesa. Habida cuenta del restablecimiento de la independencia de Estonia, Letonia y Lituania, el Consejo Supremo manifestó que Estonia garantizaría la protección jurídica de los bienes de todo tipo de dichos Estados en el territorio de Estonia, de conformidad con la Ley sobre bienes de Estonia¹⁹.

¹⁴ *Ibid.*, respuesta de Portugal a la pregunta 1, párr. 3.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Tratado entre Australia y la República de Indonesia sobre la Zona de cooperación en zona situada entre la provincia indonesia de Timor Oriental y Australia Septentrional (Mar de Timor, 11 de diciembre de 1989), Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 1654, n.º 28462, pág. 105.

¹⁷ Documento A/CN.4/524, reproducido en el presente volumen (véase la nota 12 *supra*).

¹⁸ *Ibid.*, párr. 4.

¹⁹ *Ibid.*, respuesta de Estonia a la pregunta 1, párr. 6.

13. Estonia menciona otras declaraciones unilaterales en su respuesta al cuestionario. Así, por ejemplo, la declaración formulada el 24 de julio de 1994 sobre las garantías sociales al ex personal militar de la Federación de Rusia; las declaraciones de reconocimiento de Estados, como la declaración formulada el 25 de septiembre de 1991, de la República de Eslovenia; la declaración de 3 de abril de 1990, del Consejo Supremo, sobre el restablecimiento de la independencia de Lituania, en la que se reconoce a Lituania como Estado independiente. En septiembre de 1992, el Parlamento de Estonia adoptó una declaración sobre el restablecimiento, en la que se manifestó expresamente que la actual República de Estonia era el mismo sujeto de derecho internacional que había sido declarado por primera vez, en 1918²⁰. Estonia agrega que:

[e]n algunos actos unilaterales las consecuencias jurídicas son obvias y claras, como en el caso de la manifestación en que se garantiza la protección jurídica de los bienes de Letonia y Lituania, el reconocimiento de otros Estados²¹.

14. Es cierto que hay una gran variedad de actos unilaterales. Tal como lo señalan algunos autores, «[l]a gran cantidad de términos que se han utilizado o se ha propuesto utilizar en este ámbito, han dificultado, más que favorecido, el establecimiento de una tipología satisfactoria»²². Sin embargo, la doctrina e incluso la propia Comisión han destacado la promesa, la protesta, la renuncia y el reconocimiento como actos unilaterales. Es más, la Comisión ha señalado que la labor de codificación y desarrollo progresivo puede centrarse, al menos en una primera etapa, en el examen de la promesa, es decir, tratar de elaborar reglas que regulen el funcionamiento de un acto unilateral que, como la promesa, significa la asunción de obligaciones unilaterales por parte del o los Estados autores.

15. Al examinar estos actos, siempre con la reserva de que pudieren no ser los únicos actos unilaterales, se observa que el reconocimiento mediante declaraciones formales es frecuente en la práctica. Se pueden observar numerosos actos de esta naturaleza, especialmente en el contexto de los actos de reconocimiento de gobierno tras los cambios políticos ocurridos a partir de 1960, cuando se inicia el proceso de descolonización e independencia de los países y pueblos coloniales y, más recientemente, en el contexto de la creación de nuevos Estados después de los cambios ocurridos en las antiguas Checoslovaquia, Unión Soviética y Yugoslavia.

16. Del examen de la correspondencia diplomática reflejada en las crónicas internacionales más importantes se puede deducir que el reconocimiento de Estados mediante notas diplomáticas es una modalidad a la que los Estados recurren frecuentemente. Es el caso de Venezuela, por ejemplo, que mediante la declaración de 5 de mayo de 1992 «reconoce [...] a la República de Eslovenia como soberana e independiente» a la vez que expresa «su intención de establecer [...] relaciones diplomáticas»²³. De la misma manera se puede observar la declaración de Venezuela, de 14 de agosto de 1992, mediante la cual deci-

dió «reconocer a la República de Bosnia [y] Herzegovina como soberana e independiente» a la vez que expresa «su intención de establecer [...] relaciones diplomáticas»²⁴. Finalmente, se observa la declaración, de 5 de mayo de 1992, mediante la cual Venezuela decidió «reconocer a la República de Croacia como Estado soberano e independiente», al tiempo que «expresa su intención de establecer [...] relaciones diplomáticas»²⁵.

17. Del examen del desarrollo diario de las relaciones internacionales se puede observar cierta práctica que no deja de ser útil y que podría ser calificada. Es el caso del reconocimiento en relación con los Estados surgidos de las antiguas Checoslovaquia, Unión Soviética y Yugoslavia. A título de ejemplo se observan notas que reflejan tal reconocimiento —que constituyen indudablemente actos unilaterales—, como las enviadas por el Reino Unido a los jefes de Estado de algunos de esos países, entre ellas, la que enviara el Primer Ministro, John Major, el 15 de enero de 1992, al Presidente de Croacia, en la que señalaba:

Me dirijo a usted para dejar constancia de que el Gobierno británico reconoce oficialmente a Croacia como Estado soberano e independiente.

[...]

Al reconocer a Croacia, esperamos que el Gobierno de Croacia adopte rápidamente medidas en respuesta a las reservas expresadas en el informe del Sr. Badinter con respecto a la protección de los derechos de las minorías. [...] Espero con interés el establecimiento de relaciones diplomáticas. Puedo asegurar que, según proceda, consideramos que los tratados y acuerdos en que el Reino Unido y la República Federativa Socialista de Yugoslavia eran partes permanecerán en vigor entre el Reino Unido y Croacia²⁶.

18. El reconocimiento, un acto generalmente unilateral, produce determinados efectos jurídicos que deben ser precisados desde ahora, aunque ello será examinado en informes ulteriores. El reconocimiento no produce derechos en favor de su autor, aunque sí obligaciones a su carga; por el reconocimiento, como señala la doctrina, «el Estado declara que a su modo de ver existe una situación y, a partir de entonces, no puede desdecirse; exista o no objetivamente, la situación le es oponible desde ese momento, si ya no lo era antes por sí misma»²⁷.

19. Algunas declaraciones, entre las muchas formuladas por el Estado, han sido reconocidas como promesas, como serían las ya mencionadas (párr. 6) declaraciones de las autoridades francesas en los casos *Essais nucléaires*. Se observa igualmente la declaración de España reflejada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 1998²⁸, por el que se aprueba una línea de ayuda inicial para paliar los daños causados por el huracán Mitch en América Central, ya mencionada en el tercer informe sobre los actos unilaterales de los Estados²⁹. Igualmente, la declaración formulada por Túnez en ocasión de la visita al país del Primer Ministro de Francia,

²⁴ *Ibid.*, pág. 508.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Marston, *loc. cit.*, pág. 636.

²⁷ Combacau y Sur, *Droit international public*, pág. 285.

²⁸ *Revista de Actividades, Textos y documentos de la política exterior española, año 1998*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, pág. 823.

²⁹ *Anuario... 2000* (véase la nota 4 *supra*), párr. 43.

²⁰ *Ibid.*, párrs. 8, 9 y 11.

²¹ *Ibid.*, respuesta a la pregunta 3.

²² Fiedler, «Unilateral acts in international law», pág. 1018.

²³ *Libro Amarillo de la República de Venezuela correspondiente al año 1992*, Caracas, Ministerio de Relaciones Exteriores, pág. 505.

Raymond Barre, el 26 de octubre de 1980, en la que anunciaba su determinación de proceder desde ese momento y en un plazo relativamente corto, a un desbloqueo de los fondos franceses retenidos tras la adhesión del país a la independencia en 1956. Estas medidas entraron en vigor el 1.º de enero de 1981³⁰.

20. La práctica permite constatar otras declaraciones unilaterales que pueden ser calificadas de promesa en el sentido que responde a la definición doctrinal que se conoce sobre tal acto, por ejemplo, la declaración del Presidente de Francia, Jacques Chirac, mediante la cual se comprometía a condonar la deuda de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua por un monto de 739 millones de francos franceses, tras los daños causados por el huracán Mitch en la región. El Presidente Chirac se comprometió, además, a negociar la reducción de la deuda comercial en el curso de la siguiente reunión del Club de París³¹. También podrían ser consideradas de igual manera las declaraciones formuladas por el Presidente del Gobierno de España, José María Aznar, el 4 de abril de 2000, cuando declaró públicamente: «Quiero decirles también que he anunciado la condonación de 200 millones de dólares de créditos oficiales de Ayuda al Desarrollo a los Países del África subsahariana»³².

21. Declaraciones con un contenido de renuncia pueden ser igualmente apreciables en la práctica internacional. Así, por ejemplo, se puede observar, aunque sea de origen convencional, la renuncia por parte de Mauritania a sus reivindicaciones sobre el Sahara Occidental. En efecto, en el Acuerdo mauritano-saharauí de 10 de agosto de 1979 se indica que «la República Islámica de Mauritania declara solemnemente que no tiene ni tendrá reivindicaciones territoriales o de otra clase en el Sahara Occidental»³³.

22. También se observan otras declaraciones en la práctica como la de 20 de mayo de 1980 mediante la cual el Departamento de Estado anunció que los Estados Unidos renunciaba a formular reivindicaciones de soberanía sobre 25 islas del Pacífico³⁴.

23. Se pueden observar también declaraciones que pueden contener varios actos unilaterales materiales, como es el caso de la declaración de Colombia, formulada mediante nota de 22 de noviembre de 1952, en la que se puede apreciar tanto un reconocimiento como una renuncia y una promesa. En la citada nota, Colombia declara que:

no objeta la soberanía de los Estados Unidos de Venezuela, sobre el Archipiélago de Los Monjes y que, en consecuencia, no se opone ni tiene reclamación alguna que formular respecto al ejercicio de la misma o a cualquier acto de dominio por parte de este país sobre el Archipiélago en referencia³⁵.

³⁰ Rousseau, «Chronique des faits internationaux» [1981], págs. 396 y ss., citado por Torres Cazorla, *op. cit.*, pág. 49.

³¹ Balmond y Weckel (eds.), «Chronique des faits internationaux», pág. 195, citado por Torres Cazorla, *op. cit.*, pág. 50.

³² *Revista de Actividades, Textos y documentos de la política exterior española, año 2000*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, pág. 102, citado por Torres Cazorla, *op. cit.*, pág. 50.

³³ Véase la nota 6 *supra*.

³⁴ Rousseau, «Chronique des faits internationaux» [1980], pág. 1101.

³⁵ Vásquez Carrizosa, *Las relaciones de Colombia y Venezuela. La historia atormentada de dos naciones*, pág. 339.

Esta declaración formulada en forma adecuada, con un objeto preciso y hecha del conocimiento del destinatario, es un acto unilateral del que se derivan los efectos jurídicos que el Estado autor quiso hacer producir cuando la formuló.

24. Tal como se verá luego y se ha dicho en varias ocasiones, es indudable la existencia de los actos unilaterales en las relaciones internacionales y son cada vez más importantes y frecuentes como medio de expresión de los Estados en sus relaciones internacionales. Pero esa práctica, que se deriva de la apreciación normal de la evolución de tales relaciones, es indeterminada en el sentido de que no existe la convicción general y frecuente, ni de parte de los autores de esos actos ni de los destinatarios, de que la misma refleje la formulación de actos unilaterales en el sentido que interesa a la Comisión, aunque algunos Estados la reconocen y califican como actos unilaterales. Esta percepción, vale subrayar, es muy distinta a la que se planteaba cuando se elaboraban las reglas relacionadas con el derecho de los tratados, en la que la existencia del tratado como instrumento jurídico era más clara, por la actitud misma de los Estados ante su existencia, su importancia y sus efectos jurídicos. Las normas de derecho consuetudinario eran mucho más fáciles de identificar en ese contexto que en el de los actos unilaterales.

C. Viabilidad y dificultades del tema

25. La mayoría de los miembros de la CDI ha señalado que el tema puede ser objeto de una labor de codificación, a pesar de su complejidad y de las dificultades que plantean algunos de sus aspectos, y de las debilidades que pudieren observarse en su sustentación, como la no consideración adecuada de la práctica de los Estados. Igual criterio, por lo general, ha sido expresado por los representantes de los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General.

26. En efecto, en la CDI se señaló que «el tema es importante e interesante»³⁶, que «constituye un candidato primordial para el desarrollo progresivo y la codificación»³⁷, se acogió «con satisfacción los proyectos de artículos presentados»³⁸, y se expresó optimismo «en cuanto a la posibilidad de elaborar un proyecto de artículos sobre el tema»³⁹.

27. Algunos, es cierto, expresaron ciertas dudas sobre la factibilidad e incluso sobre el enfoque y la fundamentación que justifica el estudio del tema que, entre otras cosas, no considera la práctica de los Estados. Un gobierno señaló que «sigue considerando que cualquier enfoque que trate de someter los actos unilaterales a un solo cuerpo de normas generales no está bien fundado»⁴⁰.

³⁶ *Anuario... 2001*, vol. I, 2695.ª sesión, intervención del Sr. Pellet, pág. 199, párr. 7.

³⁷ *Ibid.*, intervención del Sr. Illueca, pág. 205, párr. 58.

³⁸ *Ibid.*, intervención del Sr. Goco, pág. 199, párr. 10.

³⁹ *Ibid.*, intervención del Sr. Al-Baharna, pág. 205, párr. 54. Véase también *ibid.*, 2696.ª sesión, intervenciones de los Sres. Economides, pág. 213, párrs. 48 a 55, y Sreenivasa Rao, págs. 207 y 208, párrs. 8 a 13.

⁴⁰ Véase el documento A/CN.4/524, reproducido en el presente volumen, respuesta del Reino Unido, observaciones generales, párr. 1.

28. Algunos gobiernos se han pronunciado también sobre la relevancia del tema y el enfoque que ha dado la Comisión a su estudio. Así, Portugal señaló que «reconoce la importante función que desempeñan los actos unilaterales en las relaciones internacionales y la necesidad de elaborar normas que regulen su funcionamiento»⁴¹.

29. Una tendencia mayoritaria sostiene la idea de que sí es posible realizar esta labor y que la Comisión debe avanzar en su trabajo. China recalcó que los actos unilaterales «son cada vez más importantes, razón por la que resultan esenciales la codificación y el desarrollo progresivo del derecho en relación con esos actos, por difícil que sea el proceso»⁴². Algunos países opinan que el tema debe enfocarse de una manera más restringida. España indicó que «sería conveniente centrarse en determinados actos unilaterales típicos y en el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos»⁴³. Los países nórdicos expresaron su preferencia por que «se limitase el alcance del tema a unas cuantas normas generales y a un estudio de ciertas situaciones particulares»⁴⁴. Por su parte, el Japón consideró que sería prudente que la Comisión «se concentrara en los ámbitos de la práctica de los Estados que hayan sido objeto de un mayor desarrollo»⁴⁵. La India fue de la opinión de que la Comisión «podría considerar [...] la posibilidad de elaborar una serie de conclusiones sobre el tema, en lugar de iniciar la preparación de un proyecto de artículos»⁴⁶.

30. Se puede afirmar sin vacilación que los actos unilaterales constituyen una forma cada vez más frecuente a la que recurren los Estados en sus relaciones internacionales. Esta afirmación, es cierto, plantea dudas respecto de si esos actos que de alguna manera se observan en ese contexto son actos unilaterales en el sentido que interesa a la Comisión, actos, vale decir desde ahora, que formulados unilateralmente, individual o colectivamente, pueden producir efectos jurídicos por sí mismos sin que sea necesaria la aceptación, el asentimiento o cualquier otra reacción de conformidad de parte del destinatario del acto. A pesar de que los actos unilaterales no se mencionan en el Artículo 38, párr. 1, del Estatuto de la CIJ, «tanto en la práctica de los Estados como en la doctrina se presume que existe esa categoría de actos jurídicos»⁴⁷.

31. Desde luego, si la cuestión se presenta difícil en el contexto de la formulación y aplicación de estos actos, ello es más complejo cuando se examinan sus efectos jurídicos, tema que será objeto de análisis más adelante. Sin embargo, vale subrayar ahora, como lo han señalado algunos autores, que:

[e]l alcance de los actos unilaterales, de ciertas actitudes unilaterales como el no uso prolongado de un derecho, el silencio cuando había que decir algo, las aquiescencias tácitas, la caducidad, se caracterizan por las incertidumbres que rodean sus efectos jurídicos. En algunas circunstancias, la Corte de La Haya las ha disipado recurriendo tanto al principio de la buena fe como a las consideraciones objetivas que se deducen del interés general, particularmente de la necesidad de la seguridad y de la certidumbre del derecho⁴⁸.

32. Además de la no determinación del objeto de la labor de codificación y desarrollo progresivo que se adelanta, una de las cuestiones que genera ciertas dudas acerca de la realidad del tema es que, si bien un acto unilateral puede ser formulado de manera unilateral, su materialización o la producción de sus efectos jurídicos se relaciona con el o los destinatarios. Ello podría conducir a la rápida conclusión desacertada de que todo acto unilateral es en el fondo un acto convencional, que por lo tanto los primeros no existirían como tales y, consecuentemente, no se requeriría un régimen distinto al de los actos convencionales para regular su funcionamiento.

33. La elaboración del acto y sus efectos jurídicos son dos aspectos del tema que deben ser separados cuidadosamente para evitar interpretaciones erróneas acerca de su carácter y de la posibilidad de que puedan ser objeto de una labor de codificación y desarrollo progresivo.

34. El acto es unilateral en su elaboración aunque sus efectos se ubiquen, por lo general, en una relación que va más allá de ese ámbito. Se plantea siempre una relación entre el o los Estados autores y el o los destinatarios. La bilateralización del acto, si se puede recurrir a esa calificación, no puede significar su convencionalización. El acto sigue siendo unilateral y nace en este contexto aunque su materialización o sus efectos jurídicos se inscriban en otro ámbito más amplio. Es decir que el acto unilateral produce efectos jurídicos incluso antes de que el destinatario considere que el acto le es oponible al Estado o Estados autores. Es cierto que:

[l]a mayoría de los actos [...] son difícilmente separables del mecanismo de asentimiento tácito que les quita su originalidad; otros actos, considerados unilaterales, están todavía más integrados en un mecanismo convencional propiamente dicho (adhesión, renuncia, reserva, etc.), hasta tal punto que no merece la pena separarlos de él⁴⁹.

35. No hay dudas acerca de lo complejo que es identificar y calificar un acto unilateral. En el caso de la promesa, por ejemplo, la cuestión no es fácil. Debe partirse de la base de que la promesa unilateral internacional existe, aunque sea rara. Como dicen algunos autores, «eso se explica fácilmente por el hecho de que ningún Estado se presta de buen grado a hacer concesiones espontáneas y gratuitas»⁵⁰. Además, la cuestión es determinar si un acto puede ser calificado de promesa. A este respecto, como lo señala la doctrina:

Para encontrar esas promesas puramente unilaterales hay que realizar una investigación minuciosa, a fin de determinar si detrás de la apariencia de la unilateralidad formal de una declaración de voluntad no se esconde una bilateralidad de fondo⁵¹.

⁴¹ *Ibid.*, respuesta de Portugal, párr. 1.

⁴² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Sexta Comisión, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22)*, párr. 45. Véanse además la Federación de Rusia, *ibid.*, párr. 80, y Polonia, *ibid.*, 24.ª sesión (A/C.5/56/SR.24), párr. 2.

⁴³ *Ibid.*, 12.ª sesión (A/C.6/56/SR.12), párr. 44.

⁴⁴ Véase Noruega, en nombre de los países nórdicos, 22.ª sesión (A/C.6/56/SR.22), párr. 32.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 56.

⁴⁶ *Ibid.*, 24.ª sesión (A/C.6/56/SR.24), párr. 6.

⁴⁷ Fiedler, *loc. cit.*, pág. 1018.

⁴⁸ De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, págs. 156 y 157.

⁴⁹ Reuter, *Droit international public*, 3.ª ed., pág. 94.

⁵⁰ Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, pág. 111.

⁵¹ *Ibid.*

36. Cuando se examina la Declaración Ihlen (párr. 6 *supra*) o la nota de Colombia de 1952 (párr. 23 *supra*), se podría afirmar que se está ante una renuncia, como también se puede afirmar que se está ante un reconocimiento o una promesa, lo que puede tener relación con los efectos jurídicos que producen tales declaraciones. No es fácil, en consecuencia, concluir en forma terminante que se está ante una categoría específica de actos unilaterales, aunque lo que más importa es, desde luego, cuáles son los efectos jurídicos que producen.

D. Contenido del quinto informe y naturaleza recapitulativa de su capítulo I

37. Durante el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, un miembro subrayó la importancia de que el Relator Especial preparara un informe recapitulativo que permitiese precisar el estado de las deliberaciones sobre el tema en general y sobre los proyectos presentados hasta ahora, al tiempo de continuar avanzando en el tratamiento del tema, en la manera en que se había venido considerando. Ese comentario y el inicio de un nuevo quinquenio obligan a considerar esta preocupación y, de allí, el capítulo I del presente informe que el Relator Especial tiene a bien someter a la consideración de la Comisión.

38. Por otra parte, el Relator Especial considera que el trabajo que se pretende realizar en el corto plazo debe guardar una estrecha relación con un programa concebido a más largo plazo. Por ello, presenta al término de este informe una idea general acerca de los trabajos futuros, lo que en todo caso deberá ser considerado por la Comisión.

39. Así pues, en el capítulo I se abordan nuevamente algunas cuestiones que, a juicio del Relator Especial, deben ser examinadas con mayor detenimiento, a la vez que precisarse para poder avanzar más ordenadamente en el tratamiento del tema. Se examina, en primer lugar, en este contexto, la definición del acto unilateral conforme a la evolución de las deliberaciones llevadas a cabo tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. Una decisión sobre ello es fundamental al tratamiento del tema y sus avances, aunque el Relator Especial es plenamente consciente de las complejidades y las dificultades que plantea.

40. Una definición debe abarcar la generalidad de los actos unilaterales, cualquiera que sea el contenido que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como actos que producen efectos jurídicos por sí mismos. En efecto, es importante que se adopte una definición que permita ubicar en su contexto los diversos actos que se estiman unilaterales a los efectos del tema que considera la Comisión. Habrá que demostrar amplitud para evitar que algunos de esos actos puedan quedar excluidos del estudio, pero a la vez, y eso refleja su complejidad, se deberá también ser restrictivos para evitar que se deje una puerta demasiado amplia que permita la inclusión de actos que no corresponden o no se ubican dentro de la categoría de actos que interesan a este estudio. Un enfoque equilibrado en este sentido, en consecuencia, es indispensable.

41. Una segunda cuestión que se examina es la relativa a las condiciones de validez y a las causales de nulidad de los actos unilaterales, siempre de acuerdo con la discusión sobre el tema llevada a cabo tanto en la CDI como en la Sexta Comisión. Se ha señalado que el examen del

régimen de nulidades, que va más allá de la consideración de los vicios del consentimiento o, en este contexto, de la manifestación de la voluntad, debe estar precedida del examen de la determinación de las condiciones de validez del acto. Todos esos aspectos se examinan más detenidamente en el presente informe. Igualmente, se abordan algunas otras cuestiones relacionadas con la no aplicación de los actos unilaterales.

42. Una tercera cuestión en la que se ahonda, siempre dentro de los mismos parámetros, es la relativa a las reglas de interpretación aplicables a los actos unilaterales, cuestión que fue presentada a la consideración de la Comisión por el Relator Especial en su cuarto informe⁵² y discutido durante el 53.º período de sesiones, en 2001. Se presenta al término del reexamen una nueva versión de los proyectos antes presentados.

43. Por último, se formula nuevamente una breve observación sobre las posibilidades de una clasificación de los actos unilaterales, su relevancia y la importancia en relación con la estructura de los trabajos que se realizarían en relación con el tema.

44. En el capítulo II se abordan varias cuestiones dentro del marco de la posibilidad de elaborar reglas comunes aplicables a todos los actos unilaterales, cualquiera que sea su denominación, su contenido y sus efectos jurídicos. Se examina la regla general relativa al respeto de los actos unilaterales que se inspira en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (en adelante, la Convención de Viena de 1969), referente a la regla básica del derecho de los tratados, *pacta sunt servanda*. Se intenta fundamentar el carácter obligatorio del acto en una regla habilitada para ello, tema que fue abordado en el primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados⁵³. En segundo lugar, se abordan dos cuestiones que pueden ser objeto de elaboración de reglas comunes a todos los actos: la aplicación del acto en el tiempo, que plantea la cuestión de la retroactividad y la irretroactividad del acto unilateral, y su aplicación en el espacio.

45. En el capítulo III se analiza un tema, a juicio del Relator Especial, importante: la determinación del momento a partir del cual el acto unilateral produce efectos jurídicos, lo que guarda cierta relación con la entrada en vigor en el contexto del derecho de los tratados, aunque, desde luego, con las especificidades propias de estos actos: dos conceptos no asimilables por la naturaleza misma de los actos jurídicos en cuestión, pero que sin duda tienen elementos comunes importantes. No se trata, en este caso, de redactar por ahora proyectos de artículos, sino más bien de plantear algunas cuestiones para su discusión en la Comisión, lo que deberá facilitar la labor de codificación emprendida.

46. En el capítulo IV se presenta la estructura del proyecto de acuerdo con los avances y el plan de trabajo futuro que el Relator Especial somete a la consideración de la Comisión.

⁵² Véase la nota 4 *supra*.

⁵³ Véase la nota 3 *supra*.

CAPÍTULO I

Examen recapitulativo de algunas cuestiones fundamentales

47. Para facilitar el examen del tema en la Comisión, se ha considerado importante, como se indicó más arriba, volver a examinar, aunque en forma somera, cuatro cuestiones que se consideran esenciales, tratando de aportar nuevos elementos y precisiones que faciliten la discusión en la Comisión: la definición del acto unilateral; las condiciones de validez, las causales de nulidad y otras cuestiones relacionadas con su no aplicación; las reglas de interpretación aplicables a estos actos; y la clasificación, la calificación y su incidencia en la estructuración del proyecto.

A. La definición del acto unilateral

48. La definición del acto unilateral es una cuestión fundamental que debe resolverse. El Relator Especial ha propuesto una definición que ha evolucionado por la opinión y los comentarios de los miembros de la CDI y de los representantes de los Estados Miembros tanto en la Sexta Comisión como en sus respuestas al cuestionario enviado en 2001⁵⁴.

49. En el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, se consideró que se había avanzado y que se habían introducido algunos términos apropiados, dejándose a un lado aquellos sobre cuya retención no había consenso en la Comisión.

50. De acuerdo con la evolución de las deliberaciones sobre el tema, el proyecto de definición del acto unilateral era más aceptable y por ello se sometió al Comité de Redacción en 2000⁵⁵, en los términos en que se presentaba en el tercer informe sobre los actos unilaterales de los Estados⁵⁶.

51. Varias son las diferencias que pueden apreciarse en la versión que ha sido remitida al Comité de Redacción de la Comisión. En primer lugar, se observa la sustitución del término «declaración» por el término «acto», que se consideró más amplio y menos excluyente, y que abarcaría todos los actos unilaterales, en especial aquellos que pudieran ubicarse fuera de una declaración, aunque el Relator Especial era de la opinión de que la generalidad de los actos unilaterales, independientemente de su denominación, de su contenido y de sus efectos jurídicos, eran formulados mediante una declaración.

52. El concepto «autonomía» fue igualmente suprimido de la definición, tras la exhaustiva discusión que había suscitado en el seno de la Comisión, aunque el Relator Especial consideraba que esa característica era importante y que debía interpretarse quizás en una forma distinta pero que significara, en todo caso, independencia en relación con otros regímenes jurídicos y que denotara que esos actos podían surtir efectos por sí mismos. La CIJ, vale recordar, en los casos *Essais nucléaires*, precisa que

se trata de «la naturaleza estrictamente unilateral»⁵⁷ de ciertos actos jurídicos, aunque se refiera a uno de esos actos, la promesa, lo que parece reflejar el carácter independiente de estos actos.

53. La doctrina, como se ha señalado, ha recurrido a la independencia del acto para caracterizar esa manifestación de voluntad, lo que comparte el Relator Especial. Suy, por ejemplo, señala que «en cuanto a su eficacia, la manifestación de voluntad ha de ser *independiente de otras manifestaciones de voluntad* dimanantes de otros sujetos de derecho»⁵⁸. Para algunos miembros de la Comisión, sin embargo, los actos unilaterales no pueden ser autónomos porque son siempre autorizados por el derecho internacional.

54. El tema fue objeto de discusión también en la Sexta Comisión en 2000. Por una parte, se argumentó que el concepto de autonomía, entendido como independencia respecto de otros actos jurídicos preexistentes o como libertad que tiene el Estado de formular el acto, debía incluirse en la definición⁵⁹.

55. En relación con la expresión «manifestación de voluntad [...] formulada con la intención de producir efectos jurídicos», se observa que en las deliberaciones en la Comisión en 2000 algunos miembros consideraron que la inclusión de esa expresión no era necesaria. Incluso, señalaron la posible tautología o redundancia de esos términos, pero como se refleja en el informe que adoptó la Comisión ese año, «había una clara diferencia entre el primer término, que era la realización efectiva del acto, y el segundo, que era el sentido dado por el Estado a la realización de ese acto. Ambos eran complementarios y debían mantenerse»⁶⁰.

56. No deja de ser oportuna una referencia más explícita sobre la manifestación de voluntad, aspecto fundamental del acto jurídico, en general y, desde luego, del acto unilateral que interesa a este informe. Es bien sabida la importancia que se otorga al rol de la voluntad en el acto jurídico. Para algunos, incluso, el acto es una manifestación de voluntad, lo que se recoge en la definición que se ha propuesto. De allí, también, la importancia que se otorga a la interpretación de la voluntad, sea ella la declarada o la real del autor del acto, y a los vicios que pueden afectar su validez.

57. El acto unilateral ha sido definido por prácticamente la generalidad de la doctrina, sin grandes diferencias entre unos y otros autores, como la manifestación de voluntad

⁵⁷ C.I.J. *Recueil* 1974 (nota 10 *supra*), pág. 267, párr. 43 *in fine* (Australia c. Francia), y pág. 472, párr. 46 *in fine* (Nueva Zelanda c. Francia).

⁵⁸ Suy, *op. cit.*, pág. 30.

⁵⁹ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión, declaraciones de Italia*, 19.ª sesión (A/C.6/55/SR.19), párr. 19.

⁶⁰ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 105, párr. 607.

⁵⁴ Véase la nota 13 *supra*.

⁵⁵ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), pág. 106, párr. 619.

⁵⁶ *Ibid.*, vol. II (primera parte), párr. 80.

realizada por un sujeto del orden jurídico internacional con la intención de producir efectos jurídicos en el plano internacional⁶¹. Como lo indica un autor: «Los actos jurídicos unilaterales son una manifestación de voluntad, [...] están previstos en el derecho público internacional, dimanando de un solo sujeto de derecho y tienen por efecto la modificación del orden jurídico»⁶². Para otros, «el acto unilateral dimana de una sola manifestación de voluntad y crea normas destinadas a ser aplicadas a sujetos de derecho que no han participado en la elaboración del acto»⁶³.

58. La manifestación de voluntad está íntimamente vinculada al acto jurídico y en consecuencia al acto unilateral. La voluntad es constitutiva del consentimiento, necesario, por lo demás, a la formación del acto jurídico. Esta voluntad debe ser vista, por cierto, como un elemento psicológico (voluntad interna) y como un elemento de exteriorización (voluntad declarada), apreciación que es considerada más adelante, en otro contexto.

59. La definición del reconocimiento que ofrece la doctrina se basa en la manifestación de voluntad. El reconocimiento, según una parte de la doctrina, es:

una institución jurídica general, que los autores describen unánimemente como una manifestación de voluntad unilateral de un sujeto de derecho, mediante la cual éste constata en primer lugar una situación existente y expresa su intención de considerar que es legítima, que constituye derecho⁶⁴.

La promesa también se basaría en la manifestación de voluntad⁶⁵. Igual afirmación se puede hacer de la renuncia, que sería «la manifestación de voluntad mediante la cual un sujeto de derecho abandona un derecho subjetivo sin que haya manifestación de voluntad de un tercero»⁶⁶.

60. Por otra parte, en la definición se sustituyen también los términos «la intención de contraer obligaciones jurídicas», por la expresión «la intención de producir efectos jurídicos», que se consideró más amplia y que podía abarcar tanto contraer obligaciones como adquirir derechos. Debe, sin embargo, precisarse que la Comisión sigue considerando que un Estado no puede imponer obligaciones unilaterales a otro Estado por un acto en cuya elaboración no ha participado y sin su consentimiento. Sobre ello se reiteraron principios firmemente establecidos en el derecho internacional, entre ellos, el principio *res inter alios acta* y el principio de derecho romano *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, es decir, que los pactos ni obligan ni benefician a terceros. Como se ha dicho:

En el derecho internacional clásico, es imposible en principio que un sujeto de derecho cree una obligación a otro sujeto sin que éste haya dado su consentimiento⁶⁷.

Debe subrayarse que la justificación de esa regla no se apoyaría solamente en ese principio aplicable en el ámbito contractual, sino en la soberanía e independencia de los Estados. La jurisprudencia internacional es clara en ese sentido. Se recuerda la decisión del árbitro Max Huber en el caso *Island of Palmas*:

Además, parece evidente que los tratados concluidos por España con terceras Potencias en los que se reconocía su soberanía sobre «Filipinas» no podían ser vinculantes para los Países Bajos⁶⁸.

Igualmente, se señala en esta decisión que:

cualquiera que sea el verdadero sentido de un tratado, no se puede interpretar en el sentido de que dispone de los derechos de terceras Potencias independientes⁶⁹.

Se debe recordar también la decisión de la CPJI, ya citada en informes anteriores, en el caso *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, en que la CPJI observó que «es evidente que, en todo caso, el artículo 435 del Tratado de Versalles no es oponible a Suiza, que no es parte en el tratado, más que en la medida en que este país lo haya aceptado»⁷⁰. Finalmente, se destaca el fallo *Incident aérien du 27 juillet 1955*, en que la CIJ señala que el párrafo 5 del Artículo 36 del Estatuto de la Corte «carece de fuerza jurídica en lo que respecta a los Estados no signatarios»⁷¹.

61. El derecho internacional es también claro en que, en principio, tampoco un tratado puede conferir derechos a los Estados que no son parte en el mismo, como lo estableció la CPJI en el caso *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, cuando señaló que:

los instrumentos de que se trata no prevén el derecho de adhesión de otros Estados. [...] Un tratado sólo crea derechos entre los Estados que son partes en él; en caso de duda, no puede deducirse de él ningún derecho a favor de terceros Estados⁷².

62. Desde luego, en el derecho de los tratados se establecen excepciones a esta regla, como la estipulación en favor de terceros que requiere el consentimiento del tercer Estado⁷³, y cabría preguntarse si en el contexto de los actos unilaterales se podría plantear la posibilidad de que un Estado pudiese imponer obligaciones a otro sin su consentimiento, en otras palabras, si se puede ir más allá de reafirmar derechos y pretensiones jurídicas.

63. Al examinar los diversos actos unilaterales a que se ha hecho referencia, se observa que mediante ellos no se imponen obligaciones al Estado. La renuncia y la promesa son evidentemente claros a este respecto. El reconocimiento, referido al reconocimiento de Estados, quizás pudiere motivar una reflexión más detenida.

⁶¹ Urios Moliner, *Actos unilaterales y derecho internacional público: delimitación de una figura susceptible de un régimen jurídico común*, pág. 59.

⁶² Rigaldies, «Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public», pág. 451.

⁶³ Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, pág. 331.

⁶⁴ Suy, *op. cit.*, pág. 191.

⁶⁵ Jacqué, «À propos de la promesse unilatérale», pág. 339.

⁶⁶ Suy, *op. cit.*, pág. 156.

⁶⁷ Jacqué, *op. cit.*, pág. 329.

⁶⁸ Naciones Unidas, RSA, laudo de 4 de abril de 1928, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 850.

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 842.

⁷⁰ Fallo, 1932 C.P.J.I. *série A/B n.º 46*, pág. 141.

⁷¹ *Israel c. Bulgaria*, excepciones preliminares, fallo, C.I.J. *Recueil 1959*, pág. 138; véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1991*, pág. 67.

⁷² Fondo, fallo, 1926 C.P.J.I. *série A n.º 7*, págs. 28 y 29.

⁷³ La CPJI señaló en el caso *Zones franches* que «nada impide que la voluntad de Estados soberanos pueda tener este objeto y este efecto», 1932 C.P.J.I. (nota 70 *supra*), pág. 147.

64. En efecto, cuando se reconoce a una entidad la condición o estatuto de Estado, el Estado autor está asumiendo algunas obligaciones que se relacionan con la naturaleza misma del Estado y que se desprenden del derecho internacional. Sin embargo, se podría plantear el interrogante de si a la entidad reconocida se le imponen las obligaciones que le corresponden al Estado, de acuerdo al derecho internacional. La respuesta depende del carácter que se atribuya al reconocimiento de Estado. Si se acepta la tesis de que el acto de reconocimiento es meramente declarativo y no constitutivo, que por lo demás comparte el Relator Especial, se puede afirmar que tales obligaciones no surgen de ese acto de reconocimiento sino de su propia existencia como Estado.

65. La mayoría de los miembros de la CDI y de los representantes en la Sexta Comisión, sin embargo, consideró que la expresión debía ser más amplia, aunque en opinión del Relator Especial, no podría significar que esa extensión pudiese permitir, o interpretarse que permite, a los Estados imponer obligaciones a terceros Estados sin su consentimiento.

66. Finalmente, se sustituye el requisito «publicidad» por el de «notoriedad», por considerarse que el primero se había inscrito exclusivamente en el caso de un acto unilateral formulado *erga omnes*, como habrían sido las declaraciones formuladas por las autoridades francesas consideradas por la CIJ en los casos *Essais nucléaires*⁷⁴. En la Comisión se discutió, sin embargo, acerca de si ese elemento era constitutivo del acto mismo o si, distintamente, se trataba de un elemento declarativo que no era esencial a la definición misma del acto.

67. Para un gobierno, la intención de producir efectos jurídicos a que se refiere la definición no es la base de la obligatoriedad del acto unilateral. Así pues, señala Portugal, al coincidir con la definición propuesta por el Relator Especial, que «el derecho internacional, y no la intención del Estado, es lo que en el ordenamiento jurídico internacional da fuerza jurídica a los actos unilaterales»⁷⁵.

68. La definición propuesta, y sobre ello parece haber consenso general en la Comisión, se refiere a actos formulados por el Estado. Sin embargo, en lo que respecta al destinatario se ha introducido una fórmula más amplia en relación con la primera propuesta del Relator Especial, que refleja que si bien se trata de actos del Estado, pueden estar dirigidos a otros sujetos de derecho internacional. Un miembro de la Comisión señaló, incluso, que el o los destinatarios podían ser, además de un Estado o una organización internacional, otros sujetos y entidades distintos, criterio que no ha sido aún considerado por la Comisión. La precisión propuesta inicialmente podría, según una opinión en la Comisión, limitar los efectos de los actos unilaterales a las relaciones con los demás Estados y las organizaciones internacionales, excluyendo a otras entidades como los movimientos de liberación nacional y otros que podrían ser beneficiarios de estos actos si esa fuese la intención del autor.

69. La inclusión del término «inequívoca» fue aceptada por lo general en la Comisión. Se estimó durante la discusión que era «aceptable ya que [...] era difícil imaginar cómo se podía formular un acto unilateral de una manera que no fuera clara o que contuviera condiciones o limitaciones implícitas, o de una manera que permitiera revocarlo fácil y rápidamente»⁷⁶. Sin embargo, algunos rechazaron la inclusión del término por considerar que:

debía entenderse que la manifestación de voluntad debía ser siempre clara y comprensible; si era equívoca y no podía aclararse por los medios ordinarios de interpretación no creaba ningún acto jurídico. [...] [L]as ideas de claridad y certeza [que se enunciaban] por medio de la expresión «inequívoca» eran una cuestión de apreciación que se dejaba tradicionalmente al arbitrio del juez y no tenían cabida en la definición del acto unilateral⁷⁷.

70. Al respecto, en la Sexta Comisión en 2000 se indicó que «la palabra ‘inequívoca’ para calificar a la palabra ‘voluntad’ en la definición no debe interpretarse en el sentido de que la voluntad tiene que ser expresa. Lo implícito puede perfectamente ser inequívoco»⁷⁸.

71. En todo caso, el proyecto de definición debe ser considerado por el Comité de Redacción durante el 54.º período de sesiones de la Comisión, en 2002. Es cierto que existe cierta tendencia a centrar el estudio de los actos unilaterales en la promesa internacional, es decir, a elaborar reglas en función, principalmente, de ese acto unilateral, a pesar de que, no hay dudas, la promesa constituye un acto unilateral muy importante que influye de alguna manera en la evolución del estudio del tema. Un enfoque equilibrado se impone al considerar los diversos actos unilaterales que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como tales, más aún en el marco de una labor de codificación y desarrollo progresivo como la que ha emprendido la Comisión. A este respecto, vale recordar que la propia Comisión ha considerado que la labor de codificación emprendida puede centrarse, al menos en esta primera fase, en la promesa, entendida como la define la generalidad de la doctrina y que refleja la asunción unilateral de obligaciones.

72. Sobre la diversidad de actos y las dificultades que plantea su agrupación y su calificación, que de alguna manera guarda relación con sus efectos jurídicos, debe señalarse ahora que durante las deliberaciones en la Comisión se ha logrado la exclusión de una serie de actos y comportamientos que, aunque producen efectos jurídicos, son distintos del acto jurídico que pretende regularse.

73. Algunas declaraciones unilaterales plantean dudas acerca de su ubicación en el régimen de Viena o en el contexto de los actos unilaterales, como serían, por ejemplo, las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la CIJ formuladas por los Estados en virtud del Artículo 36, párr. 2, del Estatuto, examinadas antes por la Comisión. El Relator Especial, coincidiendo con alguna doctrina, ha afirmado que tales declaraciones se ubican en la relación convencional. Sin embargo, sus características

⁷⁶ *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), págs. 99 y 100, párr. 553.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 100, párr. 554.

⁷⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión, declaraciones de Guatemala*, 20.ª sesión (A/C.6/55/SR.20), párr. 28.

⁷⁴ Véase la nota 10 *supra*.

⁷⁵ Documento A/CN.4/524, reproducido en el presente volumen, Observaciones generales, párr. 2.

particulares, como lo ha reconocido la misma Corte, pueden presentarlas como distintas a las declaraciones claramente convencionales.

74. Otras declaraciones ya examinadas parecen ubicarse más fácilmente en el contexto de los actos unilaterales que interesan a la Comisión. Se trata de las declaraciones formuladas por el representante del Estado en el marco de un proceso ante un tribunal internacional. La cuestión que se plantea es si esas declaraciones pueden o no considerarse —si se cumplen, desde luego, las condiciones de validez del acto— como unilaterales y obligatorias para el Estado en nombre del cual actúa el agente.

75. Es el caso de la declaración formulada por un agente de Polonia ante la CPJI en el asunto *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Corte señala que:

El representante ante la Corte de la parte demandada, aparte de las declaraciones mencionadas anteriormente relativas a la intención de su Gobierno de no expropiar determinadas partes de bienes raíces que hayan sido objeto de una notificación, ha hecho otras declaraciones análogas, que se examinarán más adelante; la Corte no pone en duda el carácter obligatorio de todas esas declaraciones⁷⁹.

76. El Relator Especial ha propuesto separar algunos comportamientos y actitudes que, como el silencio, si bien pueden producir, incuestionablemente, efectos jurídicos, no constituirían actos unilaterales en el sentido estricto del término, entendido como una manifestación de voluntad expresada con la intención de producir efectos jurídicos en relación con un tercer Estado que no ha participado en su formulación y que produce efectos jurídicos sin que sea necesaria la participación de ese tercero, es decir, su aceptación, asentimiento o cualquier otra reacción que permita suponerlo.

77. El silencio ha sido considerado por muchos como una manifestación de voluntad reactiva, ante una situación o pretensión de otro sujeto de derecho internacional. No se puede ignorar el valor que se le ha dado tanto por la doctrina como por los tribunales internacionales. En algunas decisiones judiciales importantes, como las de los casos *Pêcheries*⁸⁰ y *Temple de Préah Vihear* (fondo)⁸¹, se consideró el silencio y sus efectos jurídicos, lo que fue objeto de mayor elaboración en informes anteriores, cuestión que fue también discutida en la Comisión. Cabe preguntarse si esa manifestación de voluntad difiere de la que se plantea en relación con la definición a que se refiere este informe. En el supuesto de que la Comisión determinase la pertinencia de la inclusión del silencio en el estudio de los actos unilaterales, sería preciso determinar el sentido y el límite de la obligación de un Estado, expresados mediante este comportamiento. Corresponde a la Comisión considerar esta cuestión y decidir si un comportamiento como el silencio debe ubicarse dentro de las manifestaciones de voluntad que se pretende regular y, por lo tanto, tratar de que sea abarcado en la definición que se habrá de adoptar este año o si, contrariamente,

como se ha sostenido, debe ser separado del estudio y quedar excluido de la definición.

78. Por otra parte, algunos han señalado que el Estado puede, incluso, realizar actos unilaterales «sin saberlo», independientemente de su intención. Desde luego que ello pareciera posible, tal como se puede plantear en otras esferas jurídicas. Pero cabe preguntarse si esa manifestación de voluntad que podría tener connotaciones distintas constituye un acto unilateral en el sentido que interesa a este estudio. Ello debe ser también cuidadosamente examinado para incluirla o separarla en forma definitiva y poder elaborar una definición adecuada.

79. Otros actos, incluso convencionales, podrían confundirse con los actos unilaterales que ocupan ahora a la Comisión. Tal es el caso de los tratados que prevén obligaciones o derechos a terceros Estados que no han participado en su elaboración. Estos actos convencionales podrían ser considerados actos unilaterales de origen colectivo o convencional en favor de terceros, pero en realidad se trata de acuerdos colaterales o de estipulación en favor de terceros que la Convención de Viena de 1969 prevé en sus artículos 35 y 36. En todo caso, para que un tercer Estado pueda estar vinculado a un tratado, debe aceptar expresamente las obligaciones que se pudieren derivar en relación con él o, en el segundo caso, aceptar los derechos que se puedan derivar de ese tratado en cuya elaboración ese Estado no participó, lo que se contempla en forma menos rígida en la Convención de Viena de 1969.

80. Tal como se señaló más arriba, la definición del acto unilateral es fundamental y su consideración debe tomar en cuenta todos los actos unilaterales para llegar a una definición amplia no excluyente.

81. El texto del artículo propuesto por el Relator Especial y que ha sido remitido al Comité de Redacción es el siguiente:

«Artículo 1. Definición del acto unilateral

A los efectos de los presentes artículos, se entiende por acto unilateral del Estado una manifestación de voluntad inequívoca del Estado, formulada con la intención de producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales y que es del conocimiento de ese Estado o de esa organización internacional.»

B. Las condiciones de validez del acto unilateral y las causales de nulidad

82. La segunda cuestión que se aborda en este capítulo se refiere a las condiciones de validez del acto unilateral y las causales de nulidad, aspecto este último que en forma parcial fue examinado por la Comisión en su 52.º período de sesiones, en 2000, en base al tercer informe presentado por el Relator Especial⁸².

83. La Comisión considerará este año en el Grupo de Trabajo el proyecto de artículo presentado por el Relator

⁷⁹ 1926 C.P.J.I. (nota 72 *supra*), pág. 13.

⁸⁰ Fallo, C.I.J. *Recueil* 1951, párr. 139; véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 29.

⁸¹ Fondo, fallo, C.I.J. *Recueil* 1962, párr. 23; véase también C.I.J. *Resúmenes* 1948-1991, pág. 81.

⁸² Véase la nota 4 *supra*.

Especial sobre la nulidad del acto unilateral, para lo cual deberá tomar en cuenta sus deliberaciones y las observaciones de los representantes en la Sexta Comisión en 2000 y 2001, así como las precisiones y adiciones que se hacen en esta oportunidad. Antes de abordar nuevamente este tema, para tratar de precisar el estado de la discusión, se abordarán varias cuestiones: las condiciones de validez del acto unilateral y el régimen de nulidades en general relacionadas con el acto unilateral, cuestiones que ciertamente, como se ha destacado, están íntimamente relacionadas. Igualmente, se formulan comentarios preliminares sobre dos temas que guardan relación con la nulidad: la pérdida del derecho de invocar una causal de nulidad o de un motivo de terminación de un acto unilateral o de suspender su aplicación, y la relación entre el derecho interno y la competencia para formular un acto. Se examinarán también, en forma preliminar, otras cuestiones relacionadas con la no aplicación del acto: la terminación y la suspensión.

84. Un acto unilateral es válido y por lo tanto puede producir efectos jurídicos si se dan ciertas condiciones, de la misma manera que se plantea en el régimen de Viena en relación con los tratados. En este contexto, cabe recordar los artículos 42 a 53 y 69 a 71 de la Convención de Viena de 1969.

85. Siguiendo en alguna medida como referencia el régimen de Viena, las condiciones de validez del acto unilateral que se tratan en este informe serían: la formulación del acto por un Estado, por un representante autorizado o habilitado para actuar en su nombre y comprometerle en el plano internacional; la licitud del objeto, el cual no debe estar en contradicción con una norma imperativa de derecho internacional; y la manifestación de la voluntad exenta de vicios. Desde luego, algunas otras cuestiones relacionadas deben examinarse al mismo tiempo que la validez y las causales de nulidad: la relación entre el acto unilateral y obligaciones anteriores asumidas por el Estado autor.

86. Las condiciones de validez del acto no tienen que ser necesariamente recogidas en una disposición específica del proyecto de artículos para regular el funcionamiento de los actos unilaterales, como tampoco fue necesario en las Convenciones de Viena. Cuando la Comisión elaboró el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados consideró un proyecto (art. 30) en el que se establecía una regla general de validez de los tratados, el cual no fue aprobado ulteriormente⁸³. Se consideró entonces que una regla de esta naturaleza no era necesaria y que, por ende, el proyecto de artículo presentado por el Relator Especial debía ser suprimido.

87. En todo caso, debe subrayarse que la inclusión de proyectos de artículos relativos a las causales de nulidad de un acto unilateral no puede significar debilitar el

principio que se habilita en este contexto, para fundamentar la obligatoriedad de estos actos (*acta sunt servanda*) y la estabilidad y la confianza mutua que debe prevalecer en las relaciones jurídicas internacionales, como tampoco lo hacen las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 en relación con el principio *acta sunt servanda*.

88. Sólo el Estado, al menos en lo que respecta al contexto en que ha abordado el tema la Comisión, puede formular actos unilaterales. El Estado tiene la capacidad jurídica de formular actos unilaterales, como la tiene para concluir tratados, cuestión que quedó reflejada claramente en la Convención de Viena de 1969. No existen dudas en cuanto a tal capacidad, como se recoge en el proyecto de artículo 2 presentado en el tercer informe del Relator Especial que fue remitido al Comité de Redacción⁸⁴. Evidentemente, el proyecto de artículo se limita al Estado, lo que no excluye que otros sujetos de derecho internacional también puedan formular tales actos. La limitación obedece al mandato que se ha dado a la Comisión para examinar el tema y al objeto del mismo, definido en función de ese mandato.

89. Por otra parte, solamente las personas habilitadas pueden actuar en nombre del Estado y comprometerle en sus relaciones internacionales, cuestión que se aborda en el proyecto de artículo 3, ya considerado por la Comisión y remitido, igualmente, al Comité de Redacción. No se plantean dudas en cuanto a la representatividad del jefe de Estado⁸⁵, del jefe de gobierno o del ministro de relaciones exteriores⁸⁶, como se estipula en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, en el que se inspira el proyecto presentado en relación con los actos unilaterales. Se trata, como se señaló en el segundo informe presentado por el Relator Especial, de que el acto unilateral sólo puede ser formulado por la persona habilitada para actuar en nombre del Estado y comprometerle en el plano internacional. «El Estado sólo puede ser comprometido [...] por sus representantes, tal como se entienden en derecho internacional, es decir, aquellas personas que por su investidura u otras circunstancias estarían habilitadas para ello»⁸⁷.

90. Ahora bien, la determinación de las personas con capacidad para emitir actos unilaterales en nombre del Estado depende de las circunstancias del caso, de la organización interna del acto y de su naturaleza.

⁸⁴ *Anuario... 2000* (véase la nota 4 *supra*), párr. 92.

⁸⁵ La CIJ afirmó en el caso *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* que «se reconoce universalmente el poder de un jefe de Estado de actuar en nombre del Estado en sus relaciones internacionales», *C.I.J. Recueil 1993*, medidas provisionales, providencia de 8 de abril de 1993, párr. 13, pág. 11. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1992-1996*, pág. 50.

⁸⁶ La CPIJ señaló en el caso *Statut juridique du Groënland oriental*: «La Corte considera indudable que una respuesta de esa naturaleza, dada por el ministro de relaciones exteriores en nombre de su Gobierno [...] es obligatoria para el país al que pertenece el ministerio», *1933 C.P.J.I.* (nota 7 *supra*), pág. 71. Las decisiones de la CIJ en los casos *Essais nucléaires* recogen igualmente la capacidad del ministro de relaciones exteriores de actuar en nombre del Estado y comprometerle en sus relaciones internacionales, *C.I.J. Recueil 1974* (nota 9 *supra*), págs. 266 y ss. (*Australia c. Francia*), y págs. 471 y ss. (*Nueva Zelandia c. Francia*).

⁸⁷ *Anuario... 1999*, vol. II (primera parte), pág. 223, párr. 79.

⁸³ El Relator Especial sobre el derecho de los tratados señaló que el proyecto de artículo 30 fue introducido «a fin de subrayar que todo tratado celebrado y puesto en vigor de conformidad con los artículos del proyecto que rigen la celebración y entrada en vigor de los tratados ha de considerarse que sigue en vigor y se aplica, a menos que se demuestre lo contrario, como consecuencia de la aplicación de los artículos que tratan de la invalidez, la terminación y la suspensión de la aplicación de los tratados» (*Anuario... 1965*, vol. II, págs. 68 y 69, documento A/CN.4/477 y Add.1 y 2, párr. 1).

91. Además de las personas a que se hace referencia anteriormente, el Relator Especial sugirió que otras personas podrían estar habilitadas para formular un acto unilateral en nombre del Estado. La determinación de personas habilitadas para ello, es importante precisar, depende tanto del derecho interno, fundamentalmente constitucional, como del derecho internacional. Debe recordarse que el Relator Especial, cuando presentó su segundo informe a la Comisión, señaló que:

[l]a intención del Estado que formula el acto y la buena fe que deben regir las relaciones internacionales hacen suponer que otros representantes además de los mencionados pueden también obligar al Estado sin necesidad de poderes especiales, y así se refleja claramente en la práctica internacional⁸⁸.

Sin embargo, se pudo concluir que ello no podía ser sino sobre la base de un criterio restrictivo. En la Comisión se concluyó, cuando se discutió el tema, que, si bien era posible ampliar las personas que pudieran actuar en nombre del Estado, ello debía tener carácter restrictivo, lo que también fue expresado por algunos gobiernos, como el de la Argentina, que señaló, al responder al cuestionario elaborado por la Comisión ya referido, que «cualquier adición de otras personas u órganos [...] debe ser examinada con un criterio restrictivo, teniendo en cuenta la realidad internacional del presente»⁸⁹. Asimismo, ese Estado observó que:

De acuerdo con una norma bien asentada del derecho internacional, los actos del jefe de Estado, del jefe de gobierno y del ministro de relaciones exteriores son atribuibles al Estado. No cabría descartar, empero, la posibilidad de que otros ministros o funcionarios pueden emitir actos unilaterales en nombre del Estado⁹⁰.

92. Se deriva de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969, así como de los trabajos y discusiones de la Comisión al respecto, que la práctica de los Estados, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en el hecho de que la adquisición de obligaciones es una facultad limitativa, es decir, que se deben tomar en cuenta las facultades expresas de los representantes gubernamentales, aunque la regla general impide la invocación de normas internas para alegar la invalidez de un tratado⁹¹.

93. No se presenta en el mismo sentido el estado actual del derecho internacional en lo que respecta a la responsabilidad internacional, donde, como quedó reflejado en el proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión, del cual la Asamblea General tomó nota en 2001⁹², en especial en sus artículos 7 a 9, la responsabilidad internacional de un Estado puede surgir por el comportamiento de sus representantes aunque éstos no

hayan estado autorizados para ello (art. 7) e incluso, por «el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento» (art. 8), así como «el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones» (art. 9)⁹³. Sin embargo, cabe precisar que en tales situaciones se hace referencia a obligaciones expresas y previamente reconocidas por los Estados o por el derecho internacional en su conjunto. Sin duda, la necesidad de garantizar las relaciones jurídicas y la confianza mutua justifican esta extensión aunque se conciba con carácter restrictivo. En ese sentido, resulta interesante la respuesta formulada por otro gobierno al mismo cuestionario, al indicar que cabía argüir que:

en la esfera de los actos unilaterales, todas las personas a las que se pueda considerar facultadas en virtud de sus tareas y atribuciones para hacer pronunciamientos en los que puedan confiar terceros Estados tendrían capacidad para comprometer al Estado⁹⁴.

94. Una segunda condición de validez del acto unilateral es la licitud de su objeto. Un acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional es nulo, y ello en forma absoluta. La nulidad de un acto por su carácter contrario a una norma imperativa o de *jus cogens* debe distinguirse de la situación que se plantea cuando un acto unilateral es contrario a un acto anterior, sea convencional o unilateral. A ese respecto, como bien lo señala un autor, «cuando [...] el acto posterior es contrario a las normas anteriores, revestidas del carácter de *jus cogens*, la Corte está obligada a no aplicarlas, por ser absolutamente nulas»⁹⁵. En efecto:

El Estado tiene libertad para efectuar actos unilaterales fuera del derecho internacional, pero dichos actos no podrían ser contrarios a normas de *jus cogens*. Esto significa que un Estado no podría valerse de la posibilidad de salir del orden jurídico internacional para transgredir normas jurídicas imperativas⁹⁶.

95. La cuestión de los efectos de un acto unilateral contrario a un acto jurídico anterior, sea convencional o unilateral e incluso contrario a una norma de derecho internacional general, deberá ser considerada más adelante, cuando se aborde este tema. Es bien sabido, sin embargo, que un acto unilateral no debería contravenir normas convencionales existentes al respecto, como lo afirma la doctrina y la jurisprudencia. La CPJI, en el caso *Statut juridique du Groënland oriental*, considera la declaración, en 1931, de ocupación de ese territorio por Noruega como «ilegal e inválida» pues constituía una infracción al orden jurídico existente⁹⁷.

⁸⁸ *Ibid.*, vol. I, 2593.ª sesión, pág. 200, párr. 34.

⁸⁹ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/511, párr. 2 de la respuesta a la pregunta 2.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 1.

⁹¹ En 1966, la Comisión señaló que «cuando la violación del derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados sea manifiesta objetivamente para cualquier Estado que se ocupe del asunto normalmente y de buena fe, se podrá rechazar el consentimiento en obligarse por el tratado que se había manifestado en nombre del Estado» (*Anuario... 1966*, vol. II, pág. 265, documento A/6309/Rev.1, párr. 11 del comentario al artículo 43).

⁹² Resolución 56/83 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001.

⁹³ *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), pág. 26, párr. 76.

⁹⁴ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), respuesta de los Países Bajos a la pregunta 2.

⁹⁵ Verzijl, «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», pág. 321.

⁹⁶ Barberis, «Los actos jurídicos unilaterales como fuente del derecho internacional público», pág. 112.

⁹⁷ 1933 C.P.J.I. (nota 7 *supra*), pág. 75.

96. La CIJ se expresa en el mismo sentido, en el caso *Plateau continental* (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia), al señalar a este respecto que:

En consecuencia, la Corte desea señalar desde un principio que la tentativa de establecer un límite marítimo internacional mediante un acto unilateral, sin tener en cuenta la posición jurídica de otros Estados, es contraria a los principios reconocidos del derecho internacional⁹⁸.

97. La última condición de validez de un acto unilateral está en relación con la manifestación de voluntad, la cual debe estar exenta de vicios, tal como se plantea en el derecho de los tratados, cuestión que es abordada en forma concreta por el Relator Especial en su tercer informe⁹⁹.

98. No hay dudas de que el régimen de nulidades es uno de los aspectos más complejos del estudio del acto jurídico en términos generales. La nulidad está lógicamente referida, en el contexto de este informe, al acto jurídico internacional, es decir, al acto destinado a producir efectos jurídicos de conformidad con la intención del autor, en el plano internacional. Con anterioridad a las normas de Viena, este régimen de relevante importancia en el ámbito interno no había sido examinado con mayor profundidad en el derecho internacional. Reglas de derecho consuetudinario preexistentes fueron recogidas en la Convención de Viena de 1969. Se nota también una fuerte influencia del derecho interno en la elaboración de las reglas sobre la nulidad recogidas en las Convenciones de Viena.

99. El examen del régimen de nulidades del acto jurídico plantea diversas situaciones que reflejan su complejidad. La nulidad absoluta debe distinguirse de la relativa, al igual que la no existencia del acto de la nulidad, los actos nulos de los anulables, la nulidad parcial de la nulidad total del acto, todo ello referido en alguna manera en el derecho de los tratados codificado en Viena. La nulidad absoluta no permite la confirmación o la convalidación del acto y ello ocurre cuando el acto es contrario a una norma imperativa de derecho internacional o de *jus cogens* o cuando el acto es formulado mediante coacción sobre el representante del Estado o cuando se ejerce presión sobre el Estado autor del acto, en forma contraria al derecho internacional. La nulidad relativa, por el contrario, permite la confirmación o la convalidación del acto, por ejemplo, cuando el Estado autor ha incurrido en error o cuando la voluntad ha sido manifestada en violación de una norma interna fundamental sobre la competencia para formular el acto. El Estado autor, por su propia voluntad o por un comportamiento en relación con el acto, puede confirmarlo o convalidarlo.

100. La nulidad del acto se plantea tanto en relación con los actos convencionales como unilaterales y, de igual manera, se refiere tanto a sus aspectos formales como materiales. En el primer caso deben tomarse en cuenta las especificidades de cada uno de esos actos. Si bien la manifestación de la voluntad es la misma, el carácter unilateral de los segundos incide en cualquier concepción que se intente hacer sobre los vicios y las causales en general que pueden afectar su validez. Igualmente puede considerarse nulo el acto si se plantean vicios en cuanto

a su formulación, lo que se relaciona fundamentalmente con la manifestación de la voluntad; pero, también por su carácter contrario a una norma anterior o a una norma imperativa de *jus cogens*, el acto unilateral puede ser considerado nulo. En el primer contexto se puede señalar de manera simple que la nulidad está relacionada con la incapacidad del sujeto que formula el acto y la incapacidad de la persona que lo realiza, con el objeto, su licitud y con la manifestación de voluntad o vicios en la declaración de voluntad. En el segundo contexto, se estaría ante la contradicción del acto con una norma imperativa de derecho internacional.

101. La forma del acto —debe recordarse— no afecta a su validez, como lo destacó el magistrado Anzilotti en su opinión en disidencia en el caso *Statut juridique du Groënland oriental*¹⁰⁰, criterio que reafirma la CIJ en los casos *Temple de Préah Vihéar* (excepciones preliminares) y *Essais nucléaires*.

102. En el caso *Temple de Préah Vihéar* (excepciones preliminares), la CIJ se pronunció en similares términos:

Cuando [...] como es generalmente el caso en derecho internacional, que pone el énfasis principalmente en la intención de las partes, la ley no prescribe ninguna forma en particular, las partes pueden elegir libremente la forma que prefieran, siempre y cuando su intención resulte claramente de la misma¹⁰¹.

103. En los casos *Essais nucléaires*, la CIJ indicó que:

En lo que respecta a la cuestión de la forma, cabe observar que no se trata de un dominio en que el derecho internacional impone exigencias especiales o estrictas. El hecho de que la declaración se haga oralmente o por escrito no entraña una diferencia sustancial, porque dichas declaraciones, formuladas en circunstancias particulares, podrían crear un compromiso de derecho internacional, que no exige que se las realice en la forma escrita. Por ello, la cuestión de la forma no es decisiva¹⁰².

104. En su tercer informe¹⁰³, el Relator Especial presentó algunas causales de nulidad, que fueron objeto de comentarios tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, todas las cuales deben ser consideradas nuevamente para precisar el estado de las deliberaciones sobre este tema y facilitar un avance este año. La aplicación de las reglas de Viena fue referida por algunos representantes en la Sexta Comisión. En efecto, se señaló en ese contexto que «la nulidad de los actos unilaterales era un ámbito en el que era aceptable aplicar *mutatis mutandis* las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados», mientras que otra delegación advirtió sobre «el peligro de aplicar rigurosamente las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados a los actos unilaterales, en vista del carácter distinto de los actos de que se trataba»¹⁰⁴.

¹⁰⁰ 1933 C.P.J.I. (nota 7 *supra*), pág. 91.

¹⁰¹ Excepciones preliminares, fallo, C.I.J. Recueil 1961, pág. 31; véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 79.

¹⁰² C.I.J. Recueil 1974 (nota 10 *supra*), págs. 267 y 268, párr. 45 (Australia c. Francia), y pág. 473, párr. 48 (Nueva Zelanda c. Francia).

¹⁰³ Véase la nota 4 *supra*.

¹⁰⁴ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo quinto período de sesiones, A/CN.4/513, párrs. 271 y 272.

⁹⁸ Fallo, C.I.J. Recueil 1982, pág. 52, párr. 87. Véase también C.I.J. Resúmenes 1948-1991, pág. 159.

⁹⁹ Véase la nota 4 *supra*.

105. Las causales relativas a la nulidad del acto unilateral fueron abordadas en el proyecto de artículo 5 que fue remitido para un examen más detenido en el Grupo de Trabajo. Algunas de ellas se relacionan con la manifestación de voluntad, mientras que otras se refieren a su carácter contrario a una norma imperativa o una decisión del Consejo de Seguridad.

106. En relación con los vicios en la manifestación de voluntad, la cuestión no plantea serias dificultades. La normativa recogida en la Convención de Viena de 1969 se aplica en gran medida a la manifestación de voluntad unilateral.

107. En lo que respecta a la nulidad del acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional o de *jus cogens*, en el 52.º período de sesiones de la Comisión, en 2000, se formularon algunas opiniones acerca de su importancia y se indicó, entre otras, que la causa de nulidad consiguiente era *ab initio*.

108. En cuanto a la nulidad de un acto unilateral contrario a una decisión del Consejo de Seguridad, en la Comisión se señaló que el Artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas imponía ya la obligación de cumplir las decisiones del Consejo. Además, se sugirió que:

la norma contenida en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas pudiera aplicarse a los actos unilaterales, a fin de que las obligaciones contraídas en virtud de la Carta prevalecieran sobre cualquier otra obligación derivada de un tratado o de un acto unilateral¹⁰⁵.

109. Por otra parte, merece un comentario particular el tema de la pérdida del derecho de un Estado a invocar una causal de nulidad o un motivo para poner fin al acto por su comportamiento, sea implícito o explícito, cuestión que ha sido abordada antes por la doctrina y la jurisprudencia en el contexto del derecho de los tratados, lo que debe ser considerado como referencia. Para algunos autores:

Después de la conclusión de un tratado, la conducta de las partes se identifica con la vida del acuerdo. En razón de las obligaciones creadas, esa conducta permite superar los primeros obstáculos a la aplicación del tratado: los vicios que afectan al acuerdo.

[...]

No hay ningún vicio, o prácticamente ninguno, que afecte al acuerdo que no pueda sanearse con la conducta posterior de las partes. El derecho de gentes, informal, admite que, con su actitud ulterior, los contratantes regularicen un tratado nulo *ab initio*¹⁰⁶.

La jurisprudencia también ha considerado esta cuestión. Así, en el caso *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, la CIJ no reconoció a Nicaragua el derecho de impugnar el laudo arbitral por-

que había aplicado el tratado que contenía la cláusula de arbitraje. La Corte dijo entonces:

Con sus declaraciones expresas y su conducta, [Nicaragua] ha reconocido la validez de la sentencia arbitral y no tiene ya derecho a retractarse de ese reconocimiento para impugnar la validez de la sentencia¹⁰⁷.

110. La cuestión en el ámbito de los actos unilaterales se plantea en forma diferente, y, en este contexto, habría que distinguir el acto en función de sus efectos jurídicos. La situación podría ser distinta si se trata de una protesta, un reconocimiento, una promesa o una renuncia. Se plantean interrogantes sobre la posibilidad de incluir una cláusula de aplicación común a todos los actos unilaterales. En el caso de la renuncia, por ejemplo, el Estado autor puede invocar la nulidad del acto si se considera que no se han dado todas las condiciones para que la declaración o el acto formulado sea considerado válido. En el caso de la promesa podría hacerse igual comentario. Un acto unilateral por el cual un Estado se compromete a asumir un determinado comportamiento en el futuro puede ser nulo si el Estado autor invoca alguna causal de nulidad. En el caso de la protesta, la cuestión podría ser enfocada en forma distinta. El Estado autor difícilmente puede invocar la nulidad del acto, mientras que ello parecería más factible de parte del Estado destinatario del acto.

111. Visto ello, habría que considerar si el Estado autor o el que puede invocar la nulidad del acto puede perder el derecho a ello por su comportamiento o por su actitud implícita o explícita. Un Estado que formula un acto que contiene una promesa y actúa expresamente o se comporta de alguna manera que signifique aceptar que tal acto es válido, no podría invocar más adelante la nulidad de la declaración. Tal como en el ámbito del derecho de los tratados (art. 45 de la Convención de Viena de 1969) se podría considerar la posibilidad de elaborar una regla aplicable a los actos unilaterales, aunque tendría que determinarse si una regla de esta naturaleza puede ser aplicable a todos los actos unilaterales.

112. Por otra parte, parece importante también en el contexto de la no aplicación de los actos unilaterales una referencia a otras dos cuestiones: la terminación y la suspensión del acto, aspectos que son considerados y resueltos en relación con los tratados en la Convención de Viena de 1969, en particular en los artículos 54 a 64. En el contexto de los actos unilaterales, por sus propias características, la situación se presenta mucho más compleja. Cabe preguntarse si es posible trasladar ese régimen al contexto de los actos unilaterales y si es posible, incluso, hablar del «fin» y de la «suspensión» del acto unilateral. Una vez más se plantea la dificultad de transponer las reglas de Viena al régimen que se trata de elaborar. También en este contexto, surge la cuestión de la diversidad de los actos en función de sus efectos jurídicos. En efecto, un acto unilateral que contenga una promesa debe ser examinado distintamente de un acto unilateral mediante el cual un Estado renuncia o reconoce una determinada situación. En el capítulo II del presente informe se abordará esta cuestión con mayor detenimiento.

¹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 277.

¹⁰⁶ Cot, «La conduite subséquente des parties à un traité», pág. 658. Cahier señala de igual manera que «debe permitirse al Estado la posibilidad de confirmar el tratado. [...] El principio según el cual una parte no podría sostener una posición que contradijera su comportamiento pasado, compensa en parte la ausencia de una norma de derecho internacional» («Les caractéristiques de la nullité en droit international et tout particulièrement dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités», pág. 677).

¹⁰⁷ Fallo, *C.I.J. Recueil 1960*, pág. 213; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 77.

113. Una referencia igualmente preliminar sobre otro aspecto relacionado con las nulidades, cuyo tratamiento se inspira también en el régimen de Viena, es la del derecho interno concerniente a la competencia para formular un acto unilateral y la restricción particular del poder de manifestar la voluntad. Tal como se plantea en el régimen de Viena, un acto puede ser nulo cuando se formula en violación de una disposición de derecho interno relativa a la competencia para ello, lo cual sólo podría ser alegado si esa violación es manifiesta y si afecta una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

114. Sin duda, si bien la primera cuestión parece ser aplicable a los actos unilaterales, la segunda presenta dificultades. En efecto, las constituciones y en general los ordenamientos jurídicos internos se limitan a la referencia a los tratados y a los acuerdos internacionales, pero no a los actos unilaterales que no son considerados de la misma manera en ese contexto. Esta cuestión será también abordada con mayor detenimiento en el capítulo II del presente informe.

115. Por último, se observa que desde el punto de vista formal se formularon algunas críticas sobre la presentación de las causales de nulidad en el tercer informe del Relator Especial¹⁰⁸ en un solo proyecto de artículo, distintamente a como se plantea en la Convención de Viena de 1969, donde se presentan disposiciones separadas para cada una de las causales (arts. 46 a 53). La nueva presentación de las causales en disposiciones separadas obliga a introducir los cambios que precisan cada uno de ellas. Los nuevos proyectos de artículos pueden servir de base de discusión en el Grupo de Trabajo que se habrá de crear durante el presente período de sesiones.

116. La nueva redacción de los artículos 5 a) a 5 h) presenta entre corchetes, como una alternativa deseable, una referencia al Estado [o los Estados] autor[es] del acto unilateral. Dicha alternativa reflejará de forma expresa la invocación de la nulidad en el caso de los actos unilaterales de origen colectivo. Si se aceptase esta alternativa quizás también sería conveniente reflejar de manera igualmente expresa en la definición del artículo 1 la posibilidad de un acto unilateral colectivo referido en dicho proyecto de artículo como una manifestación de voluntad inequívoca «de uno o más Estados» o «de uno o varios Estados». Otra posibilidad podría ser explicar en los comentarios que se preparen sobre el artículo 1 que se trata de actos unilaterales que pueden tener origen individual o colectivo y que ello, en el contexto del artículo 5, puede permitir a uno de los Estados autores invocar la causal de nulidad.

117. Por otra parte, se precisa en la nueva redacción la posibilidad de invocar un vicio en «la manifestación de voluntad» y la nulidad absoluta, en el caso de la oposición del acto con una norma de derecho imperativo o de *jus cogens* y de la coerción ejercida sobre la persona que realiza el acto en nombre del Estado.

118. Finalmente, se observa que se precisa también quién puede invocar la nulidad del acto unilateral. Un primer caso sería cuando se plantee la nulidad relativa y

un segundo caso cuando se trate de la nulidad de un acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional o de *jus cogens* o un acto unilateral formulado por la coerción ejercida sobre el Estado contraria al derecho internacional. En el primer caso se entiende que podrían invocar la nulidad del acto solamente el o los Estados autores del acto, mientras que en el segundo caso cualquier Estado podría invocar la nulidad.

119. El proyecto de artículos podría ser el siguiente:

«Artículo 5 a). Error

El Estado [o los Estados] autor[es] de un acto unilateral puede[n] invocar el error como vicio de la manifestación de voluntad si [dicho] acto ha sido formulado sobre la base de un error de hecho o de una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de su formulación y ese hecho o esa situación constituyeran una base esencial de [la manifestación de voluntad] [consentimiento] para vincularse por tal acto. Lo anterior no se aplicará si el Estado autor [o los Estados autores] contribuyó[eron] con su conducta al error o si las circunstancias fueran tales que hubiera[n] quedado advertido[s] de la posibilidad del error.

Artículo 5 b). Dolo

El Estado [o los Estados] autor[es] de un acto unilateral puede[n] invocar el dolo como vicio de la manifestación de voluntad si ha[n] sido inducido[s] a formular dicho acto por la conducta fraudulenta de otro Estado.

Artículo 5 c). Corrupción del representante del Estado

El Estado [o los Estados] autor[es] de un acto unilateral puede[n] invocar un vicio de la manifestación de voluntad si dicho acto ha sido formulado mediante la corrupción de la persona que lo realiza, efectuada directa o indirectamente por otro Estado.

Artículo 5 d). Coerción ejercida sobre la persona que realiza el acto

El Estado [o los Estados] autor[es] de un acto unilateral puede[n] invocar su nulidad absoluta si en la formulación del acto ha mediado coerción sobre la persona que lo realiza, mediante acto o amenazas dirigidos contra ella.

Artículo 5 e). Coerción por la amenaza o el uso de la fuerza

El Estado [o los Estados] autor[es] de un acto unilateral puede[n] invocar la nulidad absoluta de dicho acto, si su formulación ha sido obtenida por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 5 f). Acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional (jus cogens)

Un Estado podrá invocar la nulidad absoluta de un acto unilateral formulado por uno o varios Estados, si dicho acto unilateral, en el momento de su formulación,

¹⁰⁸ Véase la nota 4 *supra*.

está en oposición con una norma imperativa de derecho internacional.

Artículo 5 g). Acto unilateral contrario a una decisión del Consejo de Seguridad

Un Estado podrá invocar la nulidad absoluta de un acto unilateral formulado por uno o varios Estados si dicho acto unilateral, en el momento de su formulación, contradice una decisión del Consejo de Seguridad.

Artículo 5 h). Acto unilateral contrario a una norma fundamental del derecho interno del Estado autor

El Estado [o los Estados] autor[es] del acto unilateral podrá[n] invocar su nulidad si dicho acto es contrario a una norma de importancia fundamental del derecho interno del Estado autor del acto.»

C. La interpretación de los actos unilaterales

120. En su cuarto informe¹⁰⁹, el Relator Especial abordó el tema de la interpretación de los actos unilaterales, aspecto que, aunque distinto de la formulación del acto, ubicado más bien dentro de la aplicación de ellos, puede ser objeto de reglas comunes, es decir, reglas que pueden ser aplicables a todos los actos unilaterales cualquiera que sea su denominación, su contenido y sus efectos jurídicos.

121. Algunos miembros estimaron, cuando se consideró el tema durante el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001, que el examen de las reglas de interpretación era prematuro y que debían verse después, cuando se hubiese avanzado más en el proyecto. Sin embargo, a juicio del Relator Especial, su examen es útil en esta fase del estudio del tema en la Comisión, particularmente si se considera, como el mismo lo ha sugerido, que las reglas de interpretación se pueden elaborar independientemente del contenido y de los efectos jurídicos del acto unilateral de que se trate.

122. La referencia al régimen de Viena es siempre objeto de comentarios. En el caso de la interpretación, debido a las diferencias fundamentales entre el acto convencional y el acto unilateral, si bien el régimen de Viena es importante, sus disposiciones deben ser adecuadas al carácter particular de los actos unilaterales, con lo que coincidieron algunos miembros de la Comisión. Esa opinión no es compartida por todos los miembros, para algunos de los cuales las disposiciones de las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados son muy vagas como para ser aplicadas a los actos unilaterales.

123. A este respecto se debe notar la apreciación más reciente que la CIJ ha hecho de las declaraciones de aceptación de su jurisdicción obligatoria, que aunque pudieron no ser «de naturaleza estrictamente unilateral»¹¹⁰ son declaraciones unilaterales desde el punto de vista formal y, por lo tanto, como lo ha señalado la misma Corte, declaraciones *sui generis*. Se trata del examen que la Corte ha hecho de la declaración de aceptación de la jurisdicción

en el caso *Compétence en matière de pêcheries*, en cuyo fallo, señala que:

Una declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte [...] constituye un acto unilateral que releva de la soberanía del Estado. Al mismo tiempo, establece un vínculo consensual y abre la posibilidad de una relación jurisdiccional con los otros Estados que han hecho una declaración en virtud del párrafo 2 del Artículo 36 del Estatuto y constituye «una oferta permanente a los otros Estados partes en el Estatuto que no han depositado aún una declaración de aceptación» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, excepciones preliminares, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 291, párr. 25)¹¹¹.

124. La CIJ señaló a propósito de la interpretación de dichas declaraciones que:

El régimen que se aplica a la interpretación de las declaraciones hechas en virtud del Artículo 36 del Estatuto no es idéntico al que se establece para la interpretación de los tratados en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. [...] En sus planteamientos, España declaró que «eso no significaba que las reglas jurídicas y del arte de la interpretación de las declaraciones (y de las reservas) no coincidieran con aquellas que rigen la interpretación de los tratados». La Corte observa que las disposiciones de la Convención de Viena pueden aplicarse solamente por analogía en la medida en que ellas son compatibles con el carácter *sui generis* de la aceptación unilateral de la jurisdicción de la Corte¹¹².

125. En la Sexta Comisión, en 2001, algunos representantes expresaron apoyo al criterio seguido por el Relator Especial de adoptar las normas de interpretación que figuran en la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, también se expresaron dudas de que ello fuese factible, en razón de la naturaleza específica de los actos unilaterales. Para algunos, «el punto de partida debían ser las necesidades de interpretación del acto unilateral, seguido de la determinación de si dichas necesidades se satisfacen mediante las normas correspondientes de la Convención»¹¹³. Por su parte, también se manifestó que «[l]a intención del Estado autor debe ser el criterio principal y, en consecuencia, se debe hacer mayor hincapié en la labor preparatoria que ofrece una clara indicación de la intención»¹¹⁴. También se indicó que «el objeto y el propósito del acto unilateral», que el Relator Especial consideraba fundamentalmente convencional, «debe ser tenido en cuenta a los fines de la interpretación»¹¹⁵.

126. Debe recordarse, y sobre ello hay un amplio acuerdo, que la regla general de interpretación del acto unilateral debe basarse en la buena fe y en su conformidad con el sentido ordinario que se atribuye a los términos de la declaración, en su contexto y a la luz de la intención del autor.

127. En el caso *Compétence en matière de pêcheries*, la CIJ, al analizar las declaraciones de aceptación de su jurisdicción, indicó claramente que interpretaba las palabras pertinentes de la declaración, agregando, de forma natural y razonable —teniendo debidamente en cuenta la intención del Estado interesado—, lo que puede deducirse

¹¹¹ España *c.* Canadá, competencia de la Corte, fallo, *C.I.J. Recueil 1998*, pág. 453, párr. 46. Véase también *C.I.J. Resúmenes 1997-2002*, pág. 47.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Resumen por temas de los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones, *A/CN.4/521*, párr. 114.

¹¹⁴ *Ibid.*, párr. 115.

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 116.

¹⁰⁹ Véase la nota 4 *supra*.

¹¹⁰ Véase la nota 57 *supra*.

no sólo del texto de la cláusula pertinente, sino también del contexto en que debe leerse dicha cláusula y del examen de los testimonios con respecto a las circunstancias de su preparación y de los objetivos previstos¹¹⁶.

128. El acto unilateral, por su propia naturaleza, debe ser interpretado en forma diferente al acto convencional. Por una parte, como se señaló en el cuarto informe del Relator Especial, «[l]a seguridad jurídica exige retener a título principal la voluntad declarada por el texto [...] y, además, como lo ha señalado la misma CIJ en los casos *Essais nucléaires* citados más arriba, ellos deben interpretarse en forma restrictiva»¹¹⁷. Algunos gobiernos han también señalado que el criterio que debe privar en la interpretación del acto unilateral, es el restrictivo¹¹⁸. La doctrina, por lo general, comparte este criterio. Así, por ejemplo, Grotius dice que «la evaluación para una correcta interpretación consiste en inferir la intención a partir de los indicios más probables»¹¹⁹.

129. El objetivo de la interpretación es determinar la intención del Estado, la cual puede deducirse de la declaración formulada y de otros elementos que se consideran, como los trabajos preparatorios y las circunstancias en el momento de la formulación del acto. El término intención es fundamental. La manifestación de voluntad es la expresión necesaria para la formación del acto, mientras que la intención es el sentido que el autor entiende dar al acto. La intención, sin embargo, no sería suficiente en la determinación del acto, porque el o los destinatarios deben tener conocimiento de la misma, o por lo menos, haber tenido la oportunidad de conocerla.

130. En el artículo *a*, párr. 2, propuesto en 2001 se precisaba que el contexto comprendía «además del texto, su preámbulo y anexos»¹²⁰. Sobre ello hay que precisar que hubo algunas dudas en cuanto al preámbulo, pero, a juicio del Relator Especial, la elaboración de un acto jurídico, sea convencional o unilateral, puede estar precedida de un preámbulo, como se puede apreciar en la Declaración del Canal de Suez de Egipto, de 1957 (párr. 6 *supra*) y, en forma menos clara, en las declaraciones francesas consideradas por la CIJ en los casos *Essais nucléaires*, a las cuales se hizo referencia en informes anteriores. En relación con los anexos, se puede hacer la misma apreciación. Un acto unilateral no tiene por qué no estar seguido o integrado, además de por su parte dispositiva, por anexos.

131. La frase «que se atribuya a los términos de la declaración en su contexto y a la luz de la intención del Estado que lo formula» (art. *a*, párr. 1) es una referencia importante en el establecimiento de la regla general de interpretación de estos actos. La consideración del contexto, lejos de ser contradictoria, lo complementa a los fines de la interpretación.

132. El recurso a los trabajos preparatorios incluido por el Relator Especial en 2001 en el proyecto que presentara

a la Comisión, fue cuestionado entonces por algunos miembros, quienes consideraron que ello no era posible y que, además, serían de difícil acceso si se considera que la correspondencia interna de los ministerios de relaciones exteriores o de otras entidades del Estado pueden traducirse en los trabajos preparatorios. Si bien la consideración de los trabajos preparatorios, en un sentido distinto al del régimen de Viena, es importante en este contexto, el Relator Especial estima que dadas las observaciones formuladas en el 53.º período de sesiones, en 2001, la Comisión podría considerar de nuevo este asunto para determinar si tales trabajos, por las dificultades que plantea su obtención o acceso, que incluso dependen de la decisión unilateral del Estado requerido, pueden o no ser considerados en el proyecto de artículos sobre los medios complementarios de interpretación, tal como se recoge en el artículo correspondiente de la Convención de Viena de 1969. Por ello, en la versión revisada del proyecto presentado en el cuarto informe sobre los actos unilaterales de los Estados¹²¹, se deja entre corchetes tal referencia.

133. En relación con el «objeto y el fin» del acto, el Relator Especial sigue considerando que ambos términos tienen una connotación fundamentalmente convencional, por lo que no deberían ser incluidos en las reglas de interpretación de los actos unilaterales. En este caso, como se plantea en el proyecto de artículo presentado en 2001, el acto unilateral debería interpretarse «a la luz de la intención del Estado que lo formula»¹²² (art. *a*, párr. 2).

134. Finalmente, aunque ello no se refleje en el proyecto de artículo sobre la interpretación, puede afirmarse que el criterio que priva en el ejercicio de la interpretación de estos actos debe ser el restrictivo, como lo sostienen la doctrina, los gobiernos y la jurisprudencia. En este último contexto se observa, aunque se refiere solamente a la promesa, que la CIJ en los casos *Essais nucléaires* concluyó que «[c]uando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura, se impone una interpretación restrictiva»¹²³.

135. El proyecto de artículos que podría examinar la Comisión durante su 54.º período de sesiones, en 2002, sería el siguiente:

«DE LA INTERPRETACIÓN

Artículo a. Regla general de interpretación

1. Un acto unilateral deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario que se atribuya a los términos de la declaración en su contexto y a la luz de la intención del Estado que lo formula.

2. A los fines de la interpretación de un acto unilateral, el contexto comprende, además del texto, su preámbulo y anexos.

¹¹⁶ C.I.J. *Recueil* 1998 (nota 111 *supra*), pág. 454, párrs. 47 y 49.

¹¹⁷ *Anuario...* 2001, vol. II (primera parte), párr. 126.

¹¹⁸ Respuesta de la Argentina, véase la nota 89 *supra*.

¹¹⁹ *De jure belli ac pacis* (libro II, cap. XVI), en *The Classics of International Law*, pág. 409.

¹²⁰ *Anuario...* 2001, vol. II (primera parte), párr. 154.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Véase la nota 4 *supra*.

¹²³ C.I.J. *Recueil* 1974 (nota 10 *supra*), pág. 267, párr. 44 (*Australia c. Francia*), y pág. 473, párr. 47 (*Nueva Zelandia c. Francia*).

3. Además del contexto, habrá de tenerse en cuenta toda práctica ulterior seguida en aplicación del acto y toda norma pertinente del derecho internacional aplicable en la relación entre el Estado o los Estados autores y el Estado o los Estados destinatarios.

Artículo b. Medios complementarios de interpretación

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular, [a los trabajos preparatorios y] a las circunstancias de la formulación del acto para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo *a* o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo *a*:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.»

D. La clasificación de los actos unilaterales y la estructuración del proyecto de artículos

136. Tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, una importante corriente de opinión ha considerado que no es posible aplicar reglas comunes a todos los actos unilaterales, aunque, como ha hecho notar el Relator Especial, ello pareciera posible en relación con algunos aspectos como, por ejemplo, los relativos a su formulación, en particular, en lo que se refiere a su elaboración: definición, capacidad de formular actos, personas habilitadas, condiciones de validez, causales de nulidad, que se relacionan con la manifestación de voluntad que es común a todos los actos, independientemente de su contenido, e incluso, como se ha visto más arriba, aunque dentro del marco de su aplicación, las reglas relativas a la interpretación de estos actos.

137. Para el Relator Especial, la clasificación de estos actos va más allá de un simple ejercicio académico y parece fundamental para la estructuración del proyecto de artículos, porque la agrupación en base a sus efectos o a cualquier otro criterio la simplificaría. Esa necesidad requiere, como el mismo lo ha dicho, el establecimiento de un criterio válido, lo cual no deja de ser complejo, como se puede ver en su cuarto informe¹²⁴, en el que examina detenidamente esta cuestión a la luz del examen de una doctrina importante, concluyendo que estos actos podían agruparse en dos grandes categorías sobre las cuales se podía estructurar un proyecto de artículos que habrá de regular su funcionamiento. Sin ello, considerando la diversidad de los efectos jurídicos de los múltiples actos unilaterales, sería imposible estructurar un proyecto sin correr el riesgo de excluir algunos actos. Tal como se recordará, el Relator Especial señaló que los actos unilaterales podrían agruparse en dos grandes categorías: los actos unilaterales por los cuales el Estado asume obligaciones y los actos unilaterales mediante los cuales el Estado reafirma derechos. Hay un acuerdo bastante amplio en cuanto a que mediante estos actos no se pueden imponer obligaciones a terceros Estados que no han participado en su elaboración, sin su consentimiento.

Algunos, sin embargo, no puede ignorarse, han expresado que esta última posibilidad es factible. Según este punto de vista, un Estado sí puede formular un acto para crear derechos y en consecuencia imponer obligaciones a terceros Estados, cuestión que fue ya abordada en el presente informe y en informes anteriores.

138. Es cierto que no hubo una opinión unánime favorable a este ejercicio y menos aún en cuanto el criterio que se podía establecer para agrupar estos actos y, sobre esa base, estructurar el proyecto de artículos que prevé realizar la Comisión. Algunos miembros han señalado que la clasificación no es una tarea fácil y menos aún cierta, e incluso que resultaba demasiado académica mientras que el tratamiento del tema merecía un enfoque mucho más práctico. Adicionalmente, para un miembro, la clasificación, además de no ser importante, creaba una confusión innecesaria. Se señaló, y eso es cierto, que la jurisprudencia ha atribuido mayor importancia a la determinación de si el acto era vinculante por su naturaleza y no al tipo de acto de que se tratase.

139. Algunos miembros señalaron durante el 53.º período de sesiones, en 2001, que había actos que podían pertenecer a ambas categorías como, por ejemplo, la declaración de neutralidad, según la cual un Estado no sólo asumía obligaciones sino que también reafirmaba sus derechos, o una declaración de guerra. Es cierto que algunos actos son de calificación incierta y difícilmente ubicables en una sola clasificación. En relación con esta afirmación vale plantearse el interrogante de si las declaraciones de neutralidad pueden constituir actos unilaterales autónomos o si más bien constituyen una renuncia y una promesa, es decir, si sus efectos jurídicos son asimilables a los de la renuncia y la promesa.

140. En efecto, cuando un Estado formula una declaración mediante la cual renuncia a un derecho, puede estar al mismo tiempo reconociendo una pretensión jurídica de otro Estado y prometiendo comportarse de alguna manera en el futuro. Una declaración de neutralidad, que no debería ser ubicada como un acto simple sino como un acto mixto que, en efecto, como se observó antes, podía asumir obligaciones a la vez que reafirmar derechos, ilustra con claridad las dificultades que plantea la clasificación y la calificación del acto unilateral.

141. En la Sexta Comisión también se expresaron criterios disímiles en torno a la clasificación de los actos unilaterales. Algunos opinaron que una clasificación es innecesaria o solamente valiosa desde un punto de vista académico, en tanto que otros consideraron que resultaba un paso importante en el proceso de elaborar normas sobre el tema. También se sugirió la elaboración con carácter provisional de una clasificación basada en el criterio de los efectos jurídicos.

142. El tratamiento del tema exige una determinación sobre esta cuestión pues, como indica el Relator Especial, parece haber un acuerdo general en la CDI y en la Sexta Comisión de que no es posible elaborar reglas comunes a todos los actos y que, por lo tanto, en vista de la diversidad de los actos y de sus efectos jurídicos, habría que agrupar las reglas aplicables a los diversos actos o a sus diversas categorías.

¹²⁴ Véase la nota 4 *supra*.

143. No parece posible recurrir a una concepción extrema y demasiado amplia en el sentido de que se podrían elaborar grupos de reglas para cada uno de los actos materiales a los que la doctrina se refiere con mayor frecuencia, por diversas razones: en primer lugar, por la diversidad de estos actos y por sus imprecisiones; en segundo lugar, por la imposibilidad de calificarlos fácilmente, lo que de alguna manera incide en sus efectos jurídicos.

144. La Comisión ha considerado, y así se puede constatar en el cuestionario que elaborara en 1999, que los actos unilaterales más importantes serían la promesa, el reconocimiento, la renuncia y la protesta. Así, por ejemplo, la respuesta de la Argentina indica que «[e]s conveniente distinguir suficientemente entre los cuatro tipos clásicos de actos unilaterales: la promesa, la renuncia, el reconocimiento y la protesta»¹²⁵. Esta deducción es útil pero todavía no resuelve el problema de la diversidad y la fácil determinación del acto unilateral. No hay criterios únicos sobre sus definiciones ni una apreciación unánime sobre todos sus aspectos, ni siquiera, pareciera, sobre la existencia de un número determinado de actos. Aceptar tal idea implicaría la consideración de una estructura demasiado amplia, incluso imposible de establecer en forma definitiva, debido a la incertidumbre que parece existir en cuanto a los actos vistos en su forma material.

¹²⁵ *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/511, párr. 1 de la respuesta a la pregunta 4.

145. Sin duda, la clasificación es importante aunque sea una tarea compleja y no exenta de dificultades. El Relator Especial espera que la Comisión continúe el examen del tema y se tome una decisión, durante su período de sesiones de este año.

146. Si bien la cuestión de la clasificación debe seguir siendo debatida, es posible continuar sobre la base de una conclusión a la que se pudiere llegar por diversas razones, entre otras, de carácter práctico: algunas reglas, entre las cuales las relativas a la formulación del acto y a su interpretación, pueden ser consideradas comunes a todos los actos.

147. El acto es una manifestación unilateral de voluntad, elemento que parece esencial, aunque aún no se haya decidido una definición definitiva de estos actos. La manifestación de voluntad, además de común a todos esos actos, es única. Todos los actos unilaterales que interesan a este informe nacen de esa expresión y esa característica permite que pueda ser el objeto de reglas comunes. De allí que se han presentado proyectos de artículos sobre la definición, la capacidad del Estado, las personas habilitadas para formular el acto, la confirmación ulterior de un acto, los vicios del consentimiento e, incluso, un régimen general de condiciones de validez y causales de nulidad del acto.

CAPÍTULO II

Examen de otras cuestiones que pueden dar lugar a otros proyectos de artículos de aplicación común a todos los actos unilaterales

148. Algunos otros aspectos del tema pueden ser objeto de elaboración de reglas aplicables a todo acto unilateral que responda a la definición hasta ahora considerada, sea cual fuere su contenido y sus efectos jurídicos: el respeto de los actos unilaterales, lo que conduce de nuevo a la consideración de la regla bien establecida del derecho de los tratados *pacta sunt servanda* y la necesidad de habilitar unas normas que fundamenten el carácter vinculante de los actos unilaterales; la aplicación de tales actos en el tiempo, lo que plantea, entre otras cuestiones, la irretroactividad del acto, y, finalmente, la aplicación de los actos unilaterales en el espacio.

149. Tal como se ha señalado en varias ocasiones, si bien parece posible elaborar reglas aplicables a la generalidad de los actos unilaterales, independientemente de su contenido o de sus aspectos materiales, especialmente en lo que respecta a su elaboración o formulación, ello no lo parece ser cuando se abordan algunos aspectos que merecen un tratamiento diferente y que responden a la diversidad de estos actos, como los relativos a sus efectos jurídicos. En efecto, si se toman como referencia los actos unilaterales considerados más comunes —la protesta, la renuncia o el reconocimiento— se puede observar que si bien son formalmente iguales, sus efectos jurídicos pueden ser distintos. En ese sentido, se ha sugerido que se aborde el estudio de la promesa como acto unilateral

susceptible de ser objeto de la elaboración de reglas específicas que regulen su funcionamiento. Sobre esa base se plantea la consideración de la parte II del proyecto de artículos sobre reglas aplicables a los actos unilaterales por los cuales el Estado asume obligaciones. Se consideran, como se enuncia en esa parte, la revocación, la modificación, la terminación y la suspensión de los actos unilaterales. Una referencia igualmente general se hace, aunque no se incluya en esa parte como una formulación específica, a los actos unilaterales condicionados.

A. Regla general relativa al respeto de los actos unilaterales

150. En el derecho de los tratados, tal como ha quedado reflejado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, la regla *pacta sunt servanda* domina o fundamenta la obligatoriedad del tratado. La regla no merece mayores comentarios. Ha sido ampliamente examinada junto al principio de la buena fe por la doctrina y considerada en algunos casos por los tribunales internacionales¹²⁶, así

¹²⁶ Véanse, por ejemplo, los casos *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, fallo, C.I.J. Recueil 1952, pág. 212, y *Conditions de l'admission d'un État comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, opinión consultiva, C.I.J. Recueil 1947-1948, pág. 91 (opinión en disidencia colectiva). Véase también C.I.J. *Resúmenes 1948-1992*, págs. 35 y 5, respectivamente.

como abordada brevemente por el Relator Especial en su primer informe¹²⁷.

151. La cuestión del carácter de los actos unilaterales y de la fundamentación de su obligatoriedad ha sido objeto de discusión por la doctrina y en el seno de la Comisión. Tal como se señaló en el primer informe sobre los actos unilaterales de los Estados, la regla fundamental del derecho de los tratados en la que se funda su obligatoriedad, *pacta sunt servanda*, no es fácilmente asimilable o trasladable al ámbito de los actos unilaterales; sin embargo, parece posible considerar la habilitación de una norma en igual sentido que permita fundamentar el carácter de estos actos si es que se considera que son vinculantes y que, en consecuencia, producen efectos jurídicos.

152. La consideración del carácter vinculante de los actos unilaterales ha sido objeto de controversia en la doctrina más relevante, aunque en los últimos años pareciera reflejarse una tendencia favorable a su consideración como actos que vinculan al Estado cuando se formulan de acuerdo con los requisitos exigidos. Tal como se ha señalado:

En una primera etapa, que concluyó en el decenio de 1970, el compromiso unilateral se entendía como un ofrecimiento que únicamente cobraba valor normativo una vez que hubiese sido aceptado por el Estado o los Estados a los que se dirigía, o como una contrapartida al ofrecimiento de otro Estado¹²⁸.

Para algunos, desde luego, el hecho de que los actos unilaterales no hayan sido considerados en el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ impediría tal consideración. A juicio del Relator Especial esta disposición flexible debe evolucionar junto a la sociedad y las relaciones internacionales y adaptarse a las realidades imperantes.

153. Algunos autores, de tendencia consensualista, niegan el carácter obligatorio de estos actos, concluyendo en que se trata de actos de naturaleza política¹²⁹. Es más, algunos consideran que la promesa, aunque unilateral en su forma, no puede ser vinculante si no es aceptada por el destinatario y recurren, para fundamentar esa tesis, a la decisión arbitral *Île de Lamu* (1889), controversia que opuso a Alemania y el Reino Unido. Las declaraciones de los Sultanes de Zanzíbar no eran vinculantes. El árbitro consideró en esa decisión que «para transformar esa intención en promesa unilateral que signifique una convención, el acuerdo de voluntades tenía que haberse manifestado por la promesa expresa de una de las partes, junto a la aceptación de la otra»¹³⁰. El recurso a la promesa unilateral para algunos es inútil, toda vez que es posible otorgarle fuerza jurídica plena insertándola en el contexto convencional. Ciertamente, como dicen algunos, instituciones muy próximas como la aquiescencia o el *estoppel* podrían permitir obtener los mismos efectos.

¹²⁷ Véase la nota 3 *supra*.

¹²⁸ Weil, «Le droit international en quête de son identité: cours général de droit international public», pág. 156.

¹²⁹ Garner, «The international binding force of unilateral oral declarations».

¹³⁰ Sentencia arbitral del barón Lambermont, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, vol. XXII, Leipzig, Librairie Dieterich, 1897, pág. 104.

154. Por su parte, los voluntaristas aceptan la obligatoriedad del acto unilateral y la fundan en la voluntad expresada por el Estado que lo formula, tesis que se basa en la *pollicitatio* del derecho romano. Algunos autores¹³¹ sostienen que el fundamento de los actos unilaterales se encuentra en la voluntad soberana del Estado y en el principio *promissorum implendorum obligatio* que se inspira en la regla *pacta sunt servanda*. El carácter obligatorio de los actos unilaterales, en general, reposaría en la buena fe¹³². Si el acto unilateral es formulado con esa intención no habría razones para no considerar que tal acto es vinculante desde este punto de vista. Algunos autores han cuestionado el carácter obligatorio de la promesa unilateral¹³³, mientras que otros consideran que «[n]o existe ninguna razón lógica para no reconocer [a la promesa] una naturaleza igual a la de la promesa unilateral»¹³⁴. En todo caso, como bien lo señala alguna doctrina, estos actos son vinculantes: «es en la confianza en la palabra dada donde se encuentra el fundamento de la validez de la promesa»¹³⁵.

155. La proximidad entre diferentes instituciones de derecho internacional que regulan el comportamiento de los Estados en sus relaciones internacionales plantea a veces serias dificultades para calificar como unilateral al acto jurídico de que se trate. Así, se puede observar que la promesa se confunde a veces con el *estoppel*, el cual, para algunos, impediría, como ya se ha visto, volver sobre una actitud anterior. El efecto, podría afirmarse, es exactamente igual al de la promesa. Sin embargo, debe recordarse que ambos difieren en algo fundamental. Para que el *estoppel* produzca sus efectos se requiere que el tercer Estado haya actuado sobre la base de ese comportamiento. Se requiere, en este contexto, que el autor de la declaración se haya comprometido, pero además que el tercero haya creído de buena fe en la realidad de ese compromiso. También, la promesa puede confundirse con la estipulación en favor de terceros a que se refiere el artículo 36, párr. 1, de la Convención de Viena de 1969. El acto unilateral que se trata aquí, como se ha señalado anteriormente, sería un acto heteronormativo, es decir, una manifestación de voluntad por la cual uno o varios sujetos de derecho internacional crean normas aplicables a terceros que se pueden hacer acreedores de un derecho sin haber participado en la elaboración del acto. La diferencia en este caso, vale recordar, es que, si bien pareciera que se está ante un acto unilateral de origen convencional, el mismo no surtiría sus efectos jurídicos sino una vez aceptado por el destinatario. Podría incluso señalarse que,

¹³¹ Degan, *Sources of International Law*.

¹³² Reuter, *op. cit.*, 7.ª ed., pág. 164; Guggenheim, *Traité de Droit international public*, pág. 280; Suy, *op. cit.*, pág. 151, y Sicault («Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public», pág. 686), quien señala que:

«Al término de este examen, se puede concluir entonces que la buena fe es el fundamento del carácter obligatorio de los compromisos unilaterales, a condición de no incluir en ese concepto únicamente un deber de lealtad sino también la protección de la confianza legítima, indispensable para la seguridad de las relaciones internacionales, en la que, en última instancia, debe hacerse hincapié».

¹³³ Quadri, «Cours général de droit international public», pág. 364.

¹³⁴ Venturini, «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États», págs. 401 y 402.

¹³⁵ Suy, *op. cit.*, pág. 151.

en el caso de la estipulación en favor de terceros, se está en presencia de una oferta que requiere de una aceptación, lo que la hace convencional y la distingue del acto unilateral que, como la promesa propiamente unilateral, no requiere aceptación o reacción alguna que signifique ello de parte del destinatario.

156. Debe reiterarse que los actos que se han considerado que tipifican los actos unilaterales objeto de esta labor de codificación y desarrollo progresivo no son siempre unilaterales en el sentido de este informe. Así, por ejemplo, el reconocimiento puede ser de origen convencional, como es el caso, entre muchos otros, del reconocimiento de los Estados Unidos de América mediante el Tratado de paz firmado en París el 3 de septiembre de 1783 entre los Estados Unidos y Gran Bretaña¹³⁶.

157. La CIJ también ha reconocido el carácter obligatorio de estos actos, aunque se refiere a un tipo particular de ellos, la promesa. Para la Corte, las declaraciones de las autoridades francesas surtían sus efectos por sí mismas sin que fuera necesaria la aceptación tácita. La Corte, en efecto, concluye en sus fallos en los casos *Essais nucléaires* que:

Se reconoce que ciertas declaraciones, que revisten la forma de actos unilaterales y se refieren a situaciones de derecho y de hecho, pueden tener como efecto la creación de obligaciones jurídicas. Las declaraciones de esa naturaleza pueden tener y frecuentemente tienen una finalidad muy concreta. Cuando el Estado autor de la declaración pretende vincularse con arreglo a sus términos, ese propósito confiere a su toma de posición el carácter de un compromiso jurídico y, a partir de entonces, el Estado interesado está obligado, con arreglo a derecho, a seguir una línea de conducta en consonancia con su declaración. Un compromiso de esa índole, expresado públicamente y con el propósito de vincularse, incluso fuera del marco de las negociaciones internacionales, tiene un efecto obligatorio. En esas circunstancias, no es necesaria ninguna contrapartida para que la declaración surta efectos, como tampoco lo son su aceptación ulterior, ni incluso una réplica o cualquier otra reacción por parte de otros Estados, dado que ello sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por el que optó el Estado¹³⁷.

158. La fuente de la obligación en el caso de la promesa nace de la misma promesa, del acto unilateral formulado y no del acuerdo explícito o tácito del destinatario. Desde luego, la fundamentación de esa obligatoriedad se encuentra, como en los tratados, en la buena fe. La CIJ, en ese sentido, señala claramente que:

Uno de los principios básicos que inspiran la aparición y el cumplimiento de obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, sobre todo en una época en que hay muchos ámbitos en que esa cooperación resulta cada vez más indispensable. Al igual que el principio jurídico *pacta sunt servanda* aplicable a los tratados, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido mediante una declaración unilateral se basa en la buena fe¹³⁸.

159. Al examinar otros actos unilaterales, se observa que de la misma manera tanto la doctrina como la práctica le otorgan un carácter vinculante. Así, por ejemplo,

¹³⁶ *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, vol. 12, pág. 8, Department of State publication 8761, 1974.

¹³⁷ *C.I.J. Recueil 1974* (nota 10 *supra*), pág. 267, párr. 43 (Australia c. Francia), y pág. 472, párr. 46 (Nueva Zelandia c. Francia).

¹³⁸ *Ibid.*, pág. 268, párr. 46 (Australia c. Francia), y pág. 473, párr. 49 (Nueva Zelandia c. Francia).

el reconocimiento de Estados produce efectos jurídicos y acarrea determinadas obligaciones a la carga del Estado que formula el acto. En ese sentido, puede mencionarse la declaración del representante de Francia en un proceso ante la CPJI, en la sesión pública del 4 de agosto de 1931, que afirmó que «el reconocimiento de la independencia [de un Estado] entraña, por una parte, que se considerará que los actos de su gobierno comprometen, con arreglo al derecho internacional, al Estado reconocido y, por otra parte, que se aplicarán, respecto de ese Estado, las normas del derecho internacional»¹³⁹.

160. La renuncia es igualmente un acto unilateral —aunque nada impide que pueda tener un carácter convencional— que produce determinados efectos jurídicos. Así como el Estado puede voluntariamente asumir de manera unilateral obligaciones a su carga, también puede en la misma forma voluntaria renunciar a un derecho o a una pretensión jurídica. La renuncia que, como lo ha constatado claramente la doctrina y la jurisprudencia, no se presume¹⁴⁰ y debe ser expresa¹⁴¹, es un acto unilateral por el cual un Estado abandona voluntariamente un derecho subjetivo. El efecto jurídico de la renuncia ha sido considerado por los tribunales internacionales, otorgándosele un carácter vinculante, como sería el caso de la Declaración Ihlen (párr. 6 *supra*), por la cual Noruega promete, reconoce e incluso renuncia en favor de Dinamarca, por cierto, una renuncia traslativa y no abdicativa, lo que para algunos autores podría ubicarse en una relación convencional, afirmación que no sería aceptable toda vez que ello desvirtúa el carácter unilateral de ese acto. También el Tribunal Permanente de Arbitraje conoció en esta cuestión y se pronunció al respecto. En efecto, el Tribunal, en su decisión del 11 de noviembre de 1912 en el caso *Indemnité russe*, relativo a la deuda y el pago de intereses entre Rusia y Turquía, otorga un carácter vinculante a la renuncia de Rusia al cobro de intereses de la deuda de Turquía¹⁴².

161. La asunción de obligaciones nuevas por la vía unilateral, sin que sea necesaria la aceptación del destinatario, es posible según el derecho internacional. El Estado puede asumir obligaciones mediante la promesa, el reconocimiento y la renuncia independientemente de su aceptación por el destinatario, lo que la diferencia, como se dijo anteriormente, de otras instituciones cercanas. En el primer caso, como se ha dicho, el Estado que declara y que realiza una promesa en el sentido que interesa a este estudio, asume la obligación de comportarse conforme a los términos de la declaración, lo que tendría, podría afirmarse, el mismo carácter que la norma acordada en el contexto de un tratado¹⁴³. Mediante el

¹³⁹ *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, 1931 C.P.J.I. série C n.º 53*, pág. 569; y Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, pág. 4, citado por Torres Cazorla, *op. cit.*, pág. 55.

¹⁴⁰ Casos *Campbell*, laudo de 10 de junio de 1931, Naciones Unidas, RSA, vol. II (n.º de venta: 1949.V.1), pág. 1156; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, excepciones preliminares, fallo, *C.I.J. Recueil 1964*, pág. 22 (véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 93); y *Lotus*, fallo n.º 9, 1927 *C.P.J.I. série A n.º 10*, pág. 18.

¹⁴¹ Jacqué, *op. cit.*, pág. 342.

¹⁴² Naciones Unidas, RSA, vol. XI (n.º de venta: 1961.V.4), pág. 446.

¹⁴³ Sørensen, «Principes de droit international public», pág. 57.

reconocimiento, el Estado que adhiere a una modificación jurídica asume obligaciones que se desprenden de ese acto. Así, por ejemplo, las obligaciones concretas, en el caso del reconocimiento de Estados. En efecto, el Estado que reconoce considera a partir de entonces como un sujeto con capacidad y personalidad jurídica según el derecho internacional a una entidad determinada que pretendía tal condición aunque la tuviese por las razones constitutivas de tal sujeto de derecho internacional.

162. La elaboración de una disposición que refleje el carácter obligatorio de los actos unilaterales es importante en el proyecto que se trata de elaborar. En ella, de acuerdo con el texto que se propone, se hace referencia a todo acto unilateral «en vigor», lo que se refiere al momento de su formulación, es decir, al momento a partir del cual el acto surte efectos jurídicos y es oponible al o los Estados autores, por parte del o los destinatarios. Los términos «en vigor», es cierto, si bien son de origen convencional y aparentemente circunscritos a este ámbito, pueden ser transpuestos y aplicables a los actos unilaterales. La entrada en vigor debe entenderse como el momento en que comienza la vigencia del acto jurídico de que se trate. En ese contexto debe distinguirse, desde ahora, la obligatoriedad que plantea a su vez la exigibilidad y la oponibilidad y su aplicabilidad que, por cierto, se puede ubicar en un momento diferente. En todo caso, esa cuestión se aborda con mayor detenimiento más adelante. En base a lo expuesto y siguiendo en alguna medida las Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, se podría presentar el siguiente proyecto de artículo:

«Artículo 7. Acta sunt servanda

Todo acto unilateral en vigor obliga al Estado o los Estados que lo formulan y debe ser cumplido de buena fe.»

B. Aplicación del acto unilateral en el tiempo

163. La cuestión de la aplicación en el tiempo de los actos jurídicos, en particular, de los tratados y de los actos unilaterales, que se consideran en esta oportunidad, no se limita a la irretroactividad, sobre lo cual se ha elaborado un principio en forma clara, al que se hará referencia más adelante. La aplicación en el tiempo supone la consideración de la entrada en vigor o del inicio de la producción de los efectos del acto unilateral, lo que se relaciona a su vez con la oponibilidad y la exigibilidad, y su aplicación, que puede ser antes de ese momento e incluso después de que el mismo haya dejado de producir efectos jurídicos, siempre y cuando el Estado autor haya declarado o manifestado de cualquier manera una intención distinta.

164. En el ámbito del derecho convencional, el principio que regula la aplicación del tratado es el de la no retroactividad. En efecto, los tratados no se aplican a situaciones anteriores a menos que las partes así lo hayan convenido, lo que queda claramente establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969. Este principio, aplicable a todos los actos jurídicos, es referido por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia. Así, como dicen algunos autores, «el principio de irretroactividad es un principio general aplicable a todos los actos jurídicos

internacionales»¹⁴⁴. En el caso *Ambatielos* la CIJ señaló que no se podía considerar que el tratado estuviera en vigor antes del canje de las ratificaciones y que, en ausencia de una cláusula o una razón especial que exigiese una interpretación retroactiva, era imposible admitir que deba considerarse que una de sus disposiciones estaba en vigor en fecha anterior. En concreto, la Corte señaló que aceptar la tesis de Grecia significaría:

dar efecto retroactivo al artículo 29 del tratado de 1926, siendo así que su artículo 32 dispone que el tratado [...] entrará en vigor inmediatamente después de su ratificación. Esta conclusión podría refutarse si hubiere habido una cláusula o una razón especial que exigiese una interpretación retroactiva. En el presente caso no existen tal cláusula ni tal razón. Por consiguiente, es imposible admitir que deba considerarse que cualquiera de sus disposiciones estaba en vigor en una fecha anterior¹⁴⁵.

165. Parece trasladable a los actos unilaterales el principio del derecho de los tratados según el cual el tratado se aplica solamente en relación con los hechos o cuestiones que surjan o subsistan mientras el tratado está en vigor, a menos que las partes hayan tenido una intención diferente, explícita o implícita. La voluntad del Estado, la intención expresada en su declaración o la que se pueda desprender de la interpretación de la misma, es fundamental para la aplicación temporal del acto. El acto unilateral no podría aplicarse a situaciones o hechos anteriores a su formulación a menos que el Estado autor del acto haya tenido una intención distinta. El principio de la irretroactividad del acto jurídico en general no es absoluto. El Estado puede derogarlo y modificar voluntariamente el ámbito de aplicación temporal de su acto.

166. En el caso de los actos unilaterales no habría por qué llegar a una conclusión distinta. El acto unilateral surte sus efectos, en principio, a partir del momento en que se formula. El reconocimiento, por ejemplo, como bien lo señala la doctrina, surte sus efectos jurídicos a partir del momento en que se formula el acto de reconocimiento y no tiene, en principio, carácter retroactivo, lo que ha quedado delineado por la jurisprudencia que plantea que:

con arreglo a las opiniones de los autores de derecho internacional que gozan de mayor predicamento, no se acepta el principio de que el reconocimiento de un nuevo Estado se remonta a un período anterior a ese reconocimiento¹⁴⁶.

167. Tal como se observó anteriormente, debe distinguirse el problema de la aplicación del acto, visto ello en su forma operativa, que puede ser referida a hechos o situaciones anteriores a su formulación o a hechos o situaciones posteriores a la vigencia del acto, de su vigencia, término de derecho convencional que puede ser aplicado a los actos unilaterales. La cuestión de la entrada en vigor o de la determinación del momento a partir del cual el acto puede producir sus efectos jurídicos se verá en el capítulo III del presente informe.

¹⁴⁴ Daillier y Pellet, *Droit international public*, pág. 219.

¹⁴⁵ *Ambatielos*, excepción preliminar, fallo, *C.I.J. Recueil 1952*, pág. 40; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 31.

¹⁴⁶ Torres Cazorla, *op. cit.*, pág. 58, refiere al caso *Eugene L. Didier, adm. et al. c. Chile*, entre Chile y Estados Unidos de América, de 9 de abril de 1894, citado por Coussirat-Coustere y Eisemann, *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, pág. 54.

168. Un artículo sobre la aplicación en el tiempo en el sentido estricto referido podría ser elaborado en los siguientes términos:

«Artículo 8. De la irretroactividad de los actos unilaterales»

El acto unilateral es aplicable a los hechos o situaciones posteriores a su formulación, salvo que el Estado o los Estados autores de dicho acto hayan manifestado de cualquier manera una intención diferente.»

C. Aplicación territorial del acto unilateral

169. La cuestión de la aplicación territorial del acto unilateral debe ser también examinada en consideración de la solución que sobre ello se recoge en la Convención de Viena de 1969, en particular en su artículo 29¹⁴⁷. En el ámbito convencional, esta cuestión, como bien señaló el Relator Especial, Sr. Waldock, en sus comentarios al proyecto de artículo 58 (Aplicación de un tratado a los territorios de un Estado contratante) no se limita al territorio en sí sino a

los territorios que las partes han declarado obligar por el tratado y que, por consiguiente, son los territorios a que afectan los derechos y obligaciones nacidos del tratado. Por consiguiente, aunque el goce de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones contenidos en un tratado puedan situarse en un territorio o zona particular, como en el caso de la Antártida, son los territorios con respecto a los cuales contrató cada una de las partes al suscribir el tratado los que determinan su alcance territorial¹⁴⁸.

170. Del estudio de la codificación del tema del derecho de los tratados, resulta importante destacar que el Relator

¹⁴⁷ El artículo 29 dice: «Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo».

¹⁴⁸ Tercer informe sobre el derecho de los tratados, *Anuario... 1964*, vol. II, págs. 10 y 11, párr. 1.

Especial, en sus comentarios al mismo artículo, hace referencia al objeto del artículo y a una regla de aplicación general. Respecto al objeto del artículo, el Relator Especial señala que «[e]l objeto del presente artículo es establecer una regla que abarque los casos en que la intención de las partes en relación con el alcance territorial no aparezca claramente». De ello se desprende una regla general en los siguientes términos:

La norma de que se ha de presumir que un tratado se aplica con respecto a todos los territorios colocados bajo la soberanía de las partes contratantes significa que cada Estado debe manifestar su intención, de modo expreso o implícito, en todo caso en que no se proponga asumir las obligaciones del tratado en nombre de todo su territorio y con respecto a todo él¹⁴⁹.

171. La doctrina consideró ampliamente esta cuestión en el marco del derecho de los tratados, lo que exime al Relator Especial de más comentarios. La cuestión que se plantea aquí es si el principio establecido en ese contexto es trasladable al régimen de los actos unilaterales. Del examen de algunas declaraciones que contienen actos unilaterales en el sentido que interesan a la Comisión, como las relativas al reconocimiento de Estados o a la renuncia a ciertos territorios, se observa que en ninguno de ellos el Estado autor precisa el espacio al cual se aplica la declaración, lo que permite suponer que, por lo general, se aplica el principio general señalado más arriba.

172. De manera que, aunque de origen convencional, el principio y su excepción pueden ser recogidos en una disposición expresa en los términos siguientes:

«Artículo 9. De la aplicación territorial del acto unilateral»

El acto unilateral vincula al Estado que lo formula en relación con la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda o conste de otro modo.»

¹⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 3 y 4.

CAPÍTULO III

La entrada en vigor en el contexto del derecho de los tratados y la determinación del momento en que el acto unilateral produce efectos jurídicos

173. El tratado produce efectos jurídicos una vez que las partes han expresado en forma definitiva su consentimiento para vincularse por el mismo. Desde luego, se hace abstracción de los efectos que puede producir un tratado en relación con terceros, lo que se refiere más bien a la extensión de derechos o a la imposición de obligaciones con su consentimiento, en ambos casos, a un tercer Estado.

174. El acto unilateral, por su parte, produce efectos jurídicos al momento de su formulación aunque, como se indicó arriba, pueda ser aplicable a situaciones o hechos anteriores a su formulación, e incluso después que ha dejado de estar vigente. El acto unilateral nace en el momento de su formulación si desde luego, como

también se ha indicado, se cumplen las condiciones de validez exigidas. En el caso de los actos unilaterales objeto de este estudio, según la doctrina más calificada y la jurisprudencia internacional, no es necesaria la aceptación o cualquier reacción del destinatario para que pueda producir efectos jurídicos. Por su parte, la CIJ, en sus fallos *Essais nucléaires*, examinados ampliamente por la doctrina —aunque se refiere a un acto unilateral específico como la promesa, pero que de todas formas caracteriza una categoría de actos por los cuales el Estado asume obligaciones— favorece la existencia en derecho internacional de estos actos que siendo unilaterales en su forma producen efectos jurídicos por sí mismos,

sin que sea necesaria su aceptación ulterior, ni incluso una réplica o cualquier otra reacción por parte de otros Estados, dado que ello sería

incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por que optó el Estado¹⁵⁰.

175. El acto unilateral es entonces oponible al Estado que lo formula a partir de ese momento. El Estado destinatario puede exigir al Estado autor su cumplimiento. La exigibilidad a la que hace referencia también la doctrina con frecuencia, se refiere a la capacidad del destinatario de una obligación de pedir su cumplimiento por parte del autor. Cabe preguntarse ahora si de acuerdo con la definición de los actos unilaterales que la Comisión ha considerado que representan la variedad de ellos, se puede considerar que esta apreciación es válida en todos los casos. En el caso de la promesa, por ejemplo, tal como se infiere

¹⁵⁰ C.I.J. *Recueil 1974* (nota 9 *supra*), pág. 267, párr. 43 (Australia c. Francia), y pág. 472, párr. 46 (Nueva Zelandia c. Francia).

de la decisión de la CIJ, las declaraciones formuladas por las autoridades francesas producen sus efectos jurídicos a partir del momento en que fueron formuladas.

176. Por otra parte, el acto mediante el cual un Estado reconoce una situación de hecho o de derecho nace en el momento de su formulación, aunque su aplicación pueda tener un carácter retroactivo si el Estado declarante expresa o demuestra esa intención. Por lo general, de lo que se puede deducir del examen de la práctica, los actos de reconocimiento producen sus efectos a partir de su formulación sin que en ellos se refleje una intención diferente. De las declaraciones examinadas se infiere que el Estado declarante no tenía la intención de que las mismas fueran aplicables antes o en un momento distinto al de la formulación, lo que no debería, sin embargo, excluirse.

CAPÍTULO IV

Estructura del proyecto y trabajos futuros del Relator Especial

177. Hasta ahora, como se ha podido observar, se han presentado y reformulado varios proyectos de artículos, unos que estarán a la consideración del Comité de Redacción, otros que se han remitido al Grupo de Trabajo que habrá de funcionar durante el presente período de sesiones y otros que se presentan por primera vez a la consideración de la Comisión.

178. La estructura del proyecto consiste en la parte I (arts. 1 a 4), relativa a las reglas generales aplicables a todos los actos unilaterales independientemente de su contenido material y de su denominación: definición, capacidad del Estado, personas habilitadas para formular un acto unilateral y confirmación de un acto unilateral formulado por una persona no autorizada. Estos proyectos de artículos fueron remitidos al Comité de Redacción.

179. Adicionalmente, si se llegara a la conclusión de que las condiciones de validez y las causales de nulidad son de aplicación general, dentro de esa parte I se incluiría un artículo 5, presentado en forma diferente en esta oportunidad para atender a las observaciones y los comentarios de los miembros de la CDI y de los representantes en la Sexta Comisión, el cual sería examinado por el grupo de trabajo de la Comisión que se constituirá nuevamente para examinar el tema este año.

180. En la parte I del proyecto se incluiría el artículo 6, relativo a la determinación del momento a partir del cual el acto unilateral produce efectos jurídicos, lo que, de alguna manera y guardando las diferencias entre el régimen aplicable al derecho de los tratados y al régimen aplicable a estos actos, equivale a la entrada en vigor en el primer contexto. Sobre ello no se presenta un texto, toda vez que el Relator Especial ha considerado que sería más conveniente que la Comisión considere este aspecto del tema y le dé las orientaciones correspondientes para que en su sexto informe, previsto para 2003, presente una redacción específica sobre ello.

181. En relación con el respeto y la aplicación de los actos unilaterales, se incluyen los proyectos de artículos 7 a 9, que la Comisión debería considerar en esta oportunidad: un proyecto de artículo relativo al respeto de los actos unilaterales (*Acta sunt servanda*); otro proyecto relacionado con la aplicación de los actos unilaterales en el tiempo (la no retroactividad) y otro dedicado a la aplicación de los actos unilaterales en el espacio (aplicación territorial).

182. Para finalizar, en la parte I del proyecto se incluirían los artículos 10 y 11 referentes a la interpretación del acto unilateral. Es preciso recordar que el Relator Especial presentó dos proyectos de artículos en su cuarto informe que fueron preliminarmente considerados en el 53.º período de sesiones de la Comisión, en 2001. Esta vez, los proyectos fueron presentados con ligeras modificaciones, en consideración de los comentarios y las observaciones formulados en 2001 tanto en la CDI como en la Sexta Comisión.

183. Finalmente, se enuncia la estructura la parte II del proyecto, que se refiere a la elaboración de reglas específicas aplicables a una categoría de actos, como lo había sugerido la Comisión en su 53.º período de sesiones, en 2001. Se trata de reglas aplicables a los actos unilaterales por los cuales el Estado asume obligaciones unilaterales, que esboza en alguna medida la promesa internacional, entendida en un sentido unilateral. En esta oportunidad, el Relator Especial se limita a enunciar lo que podrían ser tres reglas aplicables a esta categoría de actos que quizás difieran de las aplicables a otros actos unilaterales. Se trata de la revocabilidad, la modificación y la terminación y la suspensión de los actos unilaterales.

184. Es importante examinar con el mayor detenimiento estos aspectos que serán objeto del sexto informe que habrá de presentar el Relator Especial a la Comisión en 2003. Se plantean interrogantes importantes como, por ejemplo, la posibilidad de revocar los actos unilaterales

que, como la promesa, constituyen la asunción de obligaciones unilaterales por parte del Estado que la formula. En principio y en forma muy preliminar, podría concluirse que un acto de reconocimiento o una promesa no serían revocables. En efecto, si bien el acto es elaborado o formulado en forma unilateral, sin que participe en ese proceso el destinatario, una vez que éste adquiere el derecho, es decir, cuando se materializa el acto, el Estado autor no podría revocarlo, y ni siquiera modificarlo o suspenderlo, sin causa o justificación alguna, sin el consentimiento del destinatario. Ello se fundaría en la necesaria confianza y la expectativa que se crea, varias veces aludidas, que constituyen la seguridad jurídica que debe existir en las relaciones internacionales.

185. Se tratará, igualmente, el tema relativo a los actos unilaterales condicionados. En principio, el acto unilateral pareciera que no podrá estar sujeto a condiciones pues ello ubicaría el acto en la relación convencional, más concretamente, en la relación oferta y aceptación. En el caso del reconocimiento la doctrina es unánime en el sentido de aceptar tal imposibilidad. El Relator Especial desearía recibir los comentarios y las orientaciones de los miembros de la Comisión para facilitar la elaboración del sexto informe en el que se habrá de abordar esta cuestión, entre otras.

186. El Relator Especial presenta a la consideración de la Comisión el proyecto de estructura siguiente:

Parte I. Reglas generales

A. De la elaboración del acto unilateral

- Artículo 1. Definición del acto unilateral
- Artículo 2. De la capacidad del Estado
- Artículo 3. De las personas habilitadas para formular un acto unilateral
- Artículo 4. De la confirmación del acto unilateral formulado sin autorización
- Artículo 5. De las condiciones de validez y de la nulidad de los actos unilaterales
 - Artículo 5 a). Error
 - Artículo 5 b). Dolo

- Artículo 5 c). Corrupción del representante del Estado
- Artículo 5 d). Coerción ejercida sobre la persona que realiza el acto
- Artículo 5 e). Coerción por la amenaza o el uso de la fuerza
- Artículo 5 f). Acto unilateral contrario a una norma imperativa de derecho internacional (*jus cogens*)
- Artículo 5 g). Acto unilateral contrario a una decisión del Consejo de Seguridad
- Artículo 5 h). Acto unilateral contrario a una norma fundamental del derecho interno del Estado autor

B. Del momento a partir del cual el acto unilateral produce efectos jurídicos

- Artículo 6. Momento a partir del cual el acto unilateral produce efectos jurídicos

C. Del respeto y la aplicación de los actos unilaterales

- Artículo 7. *Acta sunt servanda*
- Artículo 8. De la irretroactividad de los actos unilaterales
- Artículo 9. De la aplicación en el espacio de los actos unilaterales

D. De la interpretación de los actos unilaterales

- Artículo 10. Regla general de interpretación
- Artículo 11. Medios complementarios de interpretación

Parte II. Reglas aplicables a los actos unilaterales por los cuales el Estado asume obligaciones

- Artículo 12. De la revocación de los actos unilaterales
- Artículo 13. De la modificación de los actos unilaterales
- Artículo 14. De la terminación y de la suspensión de la aplicación de los actos unilaterales

LISTA DE DOCUMENTOS DEL 54.º PERÍODO DE SESIONES

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/520	Programa provisional	Mimeografiado. El programa definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), pág. 10, párr. 13.
A/CN.4/521	Resumen por temas, preparado por la Secretaría, del debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto período de sesiones	Mimeografiado.
A/CN.4/522 y Add.1	Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto). Nota de la Secretaría	A/CN.4/522 reproducido en el presente volumen, pág. 3 <i>supra</i> . A/CN.4/522/Add.1 mimeografiado.
A/CN.4/523 y Add.1	Tercer informe sobre la protección diplomática, del Sr. John R. Dugard, Relator Especial	Reproducido en el presente volumen, pág. 53 <i>supra</i> .
A/CN.4/524	Actos unilaterales de los Estados. Respuestas de los gobiernos al cuestionario	Ídem, pág. 89 <i>supra</i> .
A/CN.4/525 y Add.1 [y Corr.1] y Add.2	Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados, del Sr. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial	Ídem, pág. 95 <i>supra</i> .
A/CN.4/526 y Add.1 a 3	Séptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial	Ídem, pág. 3 <i>supra</i> .
A/CN.4/L.613 y Rev.1	Protección diplomática. Título y texto de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción	Mimeografiado.
A/CN.4/L.614	Las reservas a los tratados. Títulos y textos de los proyectos de directrices aprobados por el Comité de Redacción	Texto reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. I, acta resumida de la 2733.ª sesión, pág. 154, párr. 2.
A/CN.4/L.615 [y Corr.1]	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones: capítulo I (Organización del período de sesiones)	Mimeografiado. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/57/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), pág. 9.
A/CN.4/L.616	Ídem: capítulo II (Resumen de la labor de la Comisión en su 54.º período de sesiones)	Ídem, pág. 11.
A/CN.4/L.617 y Add.1	Ídem: capítulo III (Cuestiones concretas respecto de las cuales las observaciones podrían revestir particular interés para la Comisión)	Ídem, pág. 13.
A/CN.4/L.618 y Add.1 a 4	Ídem: capítulo IV (Las reservas a los tratados)	Ídem, pág. 15.
A/CN.4/L.619 y Add.1 a 6	Ídem: capítulo V (Protección diplomática)	Ídem, pág. 51.
A/CN.4/L.620 y Add.1 y 2	Ídem: capítulo VI (Actos unilaterales de los Estados)	Ídem, pág. 81.
A/CN.4/L.621	Ídem: capítulo VII (Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)]	Ídem, pág. 93.
A/CN.4/L.622	La responsabilidad de las organizaciones internacionales: alcance y orientación del estudio. Informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado. Reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), cap. VIII, secc. C.
A/CN.4/L.623	Las reservas a los tratados. Nota del Relator Especial sobre la primera cláusula del proyecto de directriz 2.1.7 aprobado por el Comité de Redacción	Mimeografiado.

<i>Signatura</i>	<i>Título</i>	<i>Observaciones y referencias</i>
A/CN.4/L.624	Proyecto de informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones: capítulo VIII (La responsabilidad de las organizaciones internacionales)	Ídem. Véase el texto aprobado en <i>Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 10 (A/57/10)</i> . El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), pág. 97.
A/CN.4/L.625	Ídem: capítulo IX (Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional)	Ídem, pág. 102.
A/CN.4/L.626 y Add.1	Ídem: capítulo X (Otras decisiones y conclusiones de la Comisión)	Ídem, pág. 105.
A/CN.4/L.627	Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas). Informe del Grupo de Trabajo	Mimeografiado. Reproducido en <i>Anuario... 2002</i> , vol. II (segunda parte), cap. VII, secc. C.
A/CN.4/L.628 [y Corr.1]	Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del Grupo de Estudio	Ídem, cap. IX, secc. C.
A/CN.4/L.629	Programa, procedimientos y métodos de trabajo de la Comisión, y su documentación. Informe del Grupo de Planificación	Mimeografiado.
A/CN.4/SR.2711-A/ CN.4/SR.2750	Actas resumidas provisionales de las sesiones 2711. ^a a 2750. ^a	Ídem. El texto definitivo figura en <i>Anuario... 2002</i> , vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, section des ventes, New York.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, sección de Ventas, Nueva York.

United Nations publication
Sales No. S.08.V.11 (Part 1)
ISSN 0497-9885

USD 45
ISBN 978-92-1-333424-9

