

En particular, está intentando determinar cuáles son las causas verdaderas de los actos terroristas, porque los convenios sólo entran en juego una vez que se ha cometido un delito de terrorismo. En cambio, no abordará la delicada cuestión de la definición de lo que es terrorismo.

52. Los comentarios del Sr. Koskeniemi incitan mucho a reflexionar. En numerosos países, entre ellos Australia, Finlandia y Nueva Zelandia, el trabajo de preparar proyectos de leyes para que el gobierno los someta al parlamento ha sido encomendado a comisiones legislativas. Posteriormente la mayoría de estas comisiones han sido sustituidas por comisiones especializadas a las que se ha encargado la elaboración de propuestas sobre diferentes aspectos. De la misma manera, los trabajos jurídicos en algunas esferas de la actividad de las Naciones Unidas, por ejemplo la de los derechos humanos, corren a cargo de órganos distintos de la Comisión, y varios de esos órganos también se ocupan de la elaboración de tratados. El artículo 97 del reglamento de la Asamblea General establece que los temas relacionados con una misma categoría de asuntos serán remitidos a la comisión o a las comisiones que se ocupen de esa categoría de asuntos. Sin embargo, durante años no se ha seguido esta práctica y establecerla causaría una enorme consternación. Sería difícil y quizá desacertado detener el proceso iniciado. En otras ocasiones, la Comisión ha pedido a su Oficina que le ayudase preparando documentos y haciendo investigaciones, posibilidad que se podría discutir. Pero la Secretaría está de hecho al servicio de los órganos legislativos de la Organización y no debe actuar sin recibir un mandato de ellos. Le interesa muchísimo continuar este diálogo y sugiere que podría plantear la cuestión durante el examen del presupuesto o del próximo plan de mediano plazo, y en este sentido señala que la Secretaría ha incluido exposiciones de expertos de la sociedad civil en otro campo nuevo, el de la clonación reproductiva de seres humanos.

53. El Sr. Momtaz ha planteado una cuestión clásica. En el pasado, Estados como Sudáfrica establecieron sus propias instituciones para curar las heridas de la nación. En el caso de Sierra Leona esa decisión la tomó el Consejo de Seguridad tras consultar con el Gobierno. La relación entre el Tribunal Especial y la Comisión de la Verdad y la Reconciliación es importantísima; ambos órganos se han creado al amparo del derecho interno, en cumplimiento de la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad y por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno, pero incumbirá a las dos instituciones desarrollar la relación entre ellas. Para ayudarles en esta tarea su Oficina ha patrocinado tres seminarios, dos en Nueva York y uno en Freetown. El Fiscal del Tribunal Especial y el Presidente de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación tienen material de sobra para estudiarlo. Además, las actividades del Tribunal Especial se centrarán en un número relativamente reducido de personas: las que tienen más responsabilidad por las atrocidades cometidas.

54. Sabe muy bien el interés del Gobierno japonés por la situación en Camboya y no puede menos de lamentar el giro inevitable que han tomado los acontecimientos en ese país. No obstante, se trata de un asunto político que está ahora en manos de los Estados Miembros.

55. Se ha elaborado el presupuesto para la Corte Penal Internacional, que en principio será aprobado en septiembre de 2002. Hecho esto, los Estados miembros pagarán

sus contribuciones a un fondo central que será administrado por el Secretario de la Corte; cuando se estableció el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar se siguió un procedimiento similar.

56. Por haber cooperado con los ministerios de justicia de muchos países, entre ellos los países africanos, siente el máximo respeto por lo que han realizado con sus escasísimos recursos. En algunos casos ni siquiera tenían papel para imprimir las propuestas de ratificación de tratados sometidas a sus parlamentos nacionales. Sin embargo, su Oficina no puede cooperar directamente con esos ministerios si no hay un mandato directo de la Asamblea General. Su Oficina proporciona una lista de nombres y direcciones útiles a los ministerios de justicia de todo el mundo, ayuda a organizar reuniones informales de asesores jurídicos y anima a los colegas de países desarrollados a proporcionarles asistencia, por ejemplo con aportaciones a las bibliotecas jurídicas de los países en desarrollo. Sin embargo, se puede hacer mucho más. El Secretario General ha señalado en su informe «Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI» (Informe del Milenio)⁸ que muchos países se han abstenido de firmar o ratificar tratados y convenios internacionales porque carecían de los expertos y recursos necesarios; la cooperación bilateral podría ayudar a solucionar este problema.

57. El Sr. DUGARD pide al Asesor Jurídico que, en su calidad de Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas, haga llegar a sus superiores y colegas en la Sede su inquietud y la de otros miembros de la Comisión por haberse reducido sus honorarios a la bonita suma de un dólar y les transmita su esperanza de que pronto se restablezcan esos honorarios en una suma adecuada.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

⁸ A/54/2000.

2725.ª SESIÓN

Viernes 24 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Baharna, Sr. Brownlie, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Sepúlveda, Sr. Tomka, Sr. Yamada.

Protección diplomática¹ (continuación*) (A/CN.4/514², A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1³, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL
(continuación*)

1. El Sr. DUGARD (Relator Especial) al presentar la sección C de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1), expresa que, contrariamente a algunos miembros de la Comisión que consideran que la cláusula Calvo se refiere a una época del pasado cuando los Estados occidentales intervenían en América Latina, estima que es un procedimiento que forma parte de la historia y la evolución de la norma de los recursos internos y sigue siendo pertinente. Por ello propone a la Comisión el proyecto de artículo 16 sobre el tema.

2. La cláusula Calvo es una disposición contractual mediante la cual una persona vinculada por su propia voluntad con un Estado del que no es ciudadano acepta renunciar a solicitar protección diplomática del Estado de su nacionalidad y limitarse exclusivamente a los recursos judiciales internos para la ejecución del contrato. Este procedimiento fue concebido por el jurista argentino Carlos Calvo a fin de evitar que los ciudadanos de Potencias imperialistas occidentales presentes en América Latina llevaran inmediatamente al nivel internacional cualquier controversia de carácter conceptual con el gobierno del Estado anfitrión, sin agotar previamente los recursos internos. Desde que existe, esta cláusula ha sido objeto de controversia. Los Estados de América Latina la consideran como una norma de derecho internacional, y seguramente también del derecho regional, y algunos la han reconocido en su constitución, en particular México. En cambio, los Estados occidentales la han estimado contraria al derecho internacional, arguyendo que en virtud del principio en que se funda la ficción de Vattel, según el cual el daño causado a un nacional es un daño causado al Estado mismo, sólo el Estado puede renunciar al derecho de protección diplomática⁴. La principal jurisprudencia en la materia la constituye la decisión adoptada por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en la causa *North American Dredging Company*, en la que resultó claramente que la cláusula Calvo era compatible con el derecho internacional en general y el derecho de protección diplomática en particular. En esa causa la empresa reclamante había celebrado un contrato con el Gobierno de México en que figuraba una disposición, el artículo 18, en virtud de la cual el contratista y las personas que participaban en la ejecución de los trabajos aceptaban ser considerados mexicanos para las cuestiones relativas a la ejecución del contrato y

en ninguna circunstancia se permitiría la intervención de agentes diplomáticos extranjeros por un hecho relativo al contrato⁵. Cuando surgió una controversia, el reclamante no intentó agotar los recursos internos como se preveía en el artículo 18 del contrato e, invocando el artículo V del tratado por el que se estableció la Comisión General de Reclamaciones⁶, 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. Ésta entonces examinó los efectos del artículo 18 del contrato y llegó a diversas conclusiones que se exponen con detalle en la sección C.7 del informe. En resumen, la Comisión consideró la cláusula Calvo como una promesa del extranjero de agotar los recursos internos. En consecuencia, el extranjero renunciaba a su derecho a solicitar protección diplomática en una reclamación por daños dimanados del contrato o para cualquier cuestión relacionada con el contrato. Sin embargo, ello no lo privaba del derecho a solicitar la protección diplomática en una supuesta denegación de justicia u otra violación del derecho internacional sufrida en el proceso de agotar los recursos internos o ejecutar su contrato.

3. La decisión adoptada en la causa *North American Dredging Company* fue objeto de muchas críticas de parte de ciertos juristas, esencialmente debido a la negativa de la Comisión de dar pleno efecto al artículo V del tratado por el que establecía la Comisión General de Reclamaciones, que parecía eximir al reclamante de la obligación de agotar los recursos internos. No obstante, ya no es posible argumentar seriamente que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional. El debate versa sobre su propósito y su alcance, en el contexto de este caso en particular. En el párrafo 31 de la sección C.8 de su informe, el Relator Especial ha procurado indicar los principios que se desprenden de este debate.

4. En primer lugar, 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 a un contrato entre un extranjero y el Estado anfitrión en que figura la cláusula, y no en caso de violación del derecho internacional. En segundo lugar, la cláusula Calvo confirma la importancia de la norma del agotamiento de los recursos internos. Según algunos autores, no haría más que reafirmarla, mientras que para otros va más allá de esa reafirmación. En efecto, conforme a la decisión adoptada en la causa *North American Dredging Company*, la cláusula Calvo puede prevalecer sobre la disposición de un compromiso en que se renuncie a la exigencia del agotamiento de los recursos internos. En tercer lugar, el derecho internacional no se opone al derecho de un extranjero a renunciar contractualmente a su propia facultad o derecho de pedir al Estado de su nacionalidad que ejerza en su nombre protección diplomática. En cuarto lugar, un extranjero no puede renunciar mediante la aceptación de la cláusula Calvo a derechos que en virtud del derecho internacional corresponden a su gobierno; el derecho de la protección diplomática se funda en la ficción de Vattel, según la cual el daño a un particular dimanado de una violación del derecho internacional es un daño al Estado de la

* Reanudación de los trabajos de la 2719.ª sesión.

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

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

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

⁴ Véase E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), Washington D.C., Carnegie Institution, 1916, vol. III.

⁵ Véase A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, Nueva York, Macmillan, 1935, pág. 187.

⁶ *Ibíd.*, págs. 321 y ss., en particular pág. 326.

nacionalidad del particular. En quinto lugar, la renuncia en la cláusula Calvo sólo se extiende a las controversias dimanadas del contrato, o al incumplimiento del contrato, y no a las violaciones del derecho internacional ni, en particular, a la denegación de justicia. No obstante, subsiste un cierto grado de incertidumbre en cuanto a la noción de denegación de justicia conexas al contrato en que figure la cláusula Calvo o dimanada de éste, como se desprende de las obras de García Amador, que llega a la conclusión de que se debe demostrar una forma agravada de denegación de justicia antes de poder interponer una reclamación internacional.

5. El Relator Especial recuerda que la cláusula Calvo nació del temor de parte de los Estados de América Latina de que los Estados europeos y los Estados Unidos de América intervinieran en sus asuntos internos con la excusa de la protección diplomática. Los Estados europeos y los Estados Unidos de América por su parte temían que sus nacionales no se beneficiaran de un procedimiento equitativo en países cuyas estructuras judiciales consideraban insuficientes. La situación ha cambiado desde entonces. Los Estados europeos y los Estados Unidos de América respetan la igualdad soberana de los países latinoamericanos y ahora tienen confianza en el sistema judicial de éstos, que, por otro lado, está sujeto a supervisión regional e internacional. No obstante, la cláusula Calvo sigue siendo una característica importante del enfoque latinoamericano del derecho internacional, y representa una doctrina que influye en la actitud de algunos países en desarrollo, africanos o asiáticos, que temen la intervención de Estados poderosos en sus asuntos internos. La doctrina Calvo, que ya se reflejaba en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales, aparece en instrumentos internacionales como 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, que dispone en el apartado c del párrafo 2 de su artículo 2 que las controversias sobre la indemnización correspondiente a los bienes extranjeros expropiados deben resolverse de conformidad con la legislación del Estado que adopte las medidas de nacionalización. La influencia de la doctrina Calvo aparece asimismo en la decisión 24 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)]. En cambio, es de señalar que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)⁷, al permitir al inversionista extranjero recurrir al arbitraje internacional sin haber agotado antes los recursos internos, se aparta de la doctrina Calvo.

6. El Relator Especial estima que quedan dos opciones abiertas a la Comisión: no incluir disposición alguna sobre el tema, con fundamento en que sería superfluo, en la medida en que la cláusula Calvo sólo reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos; o, por el contrario, redactar una disposición sobre este punto que limite la validez de la cláusula Calvo a las controversias dimanadas del contrato, sin perjuicio del derecho del Estado de la nacionalidad del extranjero de ejercer protección diplomática

en nombre de dicha persona cuando ésta sea lesionada por un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado que sea parte en el contrato. Tal es el objeto del proyecto de artículo 16 que se propone, cuyo párrafo 2 dispone que dicha cláusula constituye una presunción en favor de la necesidad de agotar los recursos internos antes de recurrir a un arreglo judicial internacional, e incluso si existe un compromiso que contiene una cláusula que excluya la exigencia del agotamiento de los recursos internos. En resumen, el proyecto recoge los principios enunciados en la causa *North American Dredging Company*, al decir claramente que la cláusula Calvo no es contraria al derecho internacional, que la renuncia a la protección diplomática se limita exclusivamente a las controversias dimanadas del contrato y que cualquier disposición de un compromiso que excluya la necesidad de agotar los recursos internos se vería invalidada por la cláusula Calvo.

7. El Sr. SEPÚLVEDA destaca la gran calidad de los dos informes presentados por el Relator Especial, notables por la manera de ordenar y sistematizar los conceptos analizados y por la extensión de la bibliografía consultada. El tratamiento de esta cuestión podrá constituir un complemento al de la responsabilidad internacional del Estado.

8. El principio general del agotamiento previo de los recursos internos ha sido ya explorado en el seno de la Comisión, como también lo han sido las excepciones a la regla. Las ideas en torno a las cuales se articula el análisis del Relator Especial son la primacía de las leyes y de los tribunales nacionales como una expresión necesaria de la soberanía del Estado; la reafirmación de las competencias legales y políticas del Estado anfitrión; la oportunidad que tiene el Estado de reparar, conforme a su propio sistema legal, cualquier daño que haya sufrido un extranjero, antes de ser llamado a cuentas en el ámbito internacional; el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros quedaría eliminado si éstos se sustrajeran a la jurisdicción nacional mediante el recurso de la protección diplomática, con lo cual se restaría vigencia al orden jurídico del Estado anfitrión y la función de los tribunales nacionales para resolver conflictos surgidos en el territorio nacional. La violación de una obligación internacional no podrá establecerse sino hasta que se hayan agotado los recursos disponibles, no se haya obtenido satisfacción o la justicia haya sido denegada. Entonces solamente se podrá iniciar un procedimiento internacional, sea por la vía de los tribunales arbitrales o judiciales, sea por la vía de la protección diplomática.

9. El Sr. Sepúlveda comparte el criterio del Relator Especial de que ninguna codificación de la regla del agotamiento de los recursos internos sería completa sin el reconocimiento de la cláusula Calvo, que es parte integral del derecho constitucional de los países latinoamericanos y del derecho consuetudinario regional en América Latina. Piensa también que en la etapa contemporánea no es posible argumentar que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional, ya que descansa en dos conceptos jurídicos esenciales: la igualdad soberana de los Estados, que impone el deber de la no intervención, y la igualdad en el tratamiento a nacionales y extranjeros. En este sentido, quien se establece en un tercer país asume una «comunidad de fortunas» con los nacionales de ese país, lo que significa que tiene el mismo derecho a la protección que

⁷ Véase *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*, México, M. A. Porrúa, SECOFI, 1993.

se da a un nacional y la responsabilidad de los gobiernos es idéntica con respecto a nacionales y extranjeros. En el plano de la codificación, como señala el Relator Especial, la cláusula Calvo se ha incorporado en un buen número de convenciones interamericanas. Es cierto que los Estados Unidos de América al ratificar esas convenciones han formulado reservas, al reafirmar su derecho a la protección diplomática. Pero también es cierto que la Carta de la OEA, sin que se registre una sola reserva por parte de país alguno, da una radical definición de la no intervención, prohibiendo cualquier forma de intervención, directa o indirecta y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de un Estado.

10. Por lo que hace a la jurisprudencia en la materia, el Relator Especial indica con razón que la decisión en la causa *North American Dredging Company* tiene una línea divisoria que permite distinguir el período previo y el período posterior a esa decisión arbitral. La Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América determinó la validez de un contrato de concesión mediante el cual el beneficiario extranjero aceptó tener los mismos derechos de reclamación que un ciudadano mexicano, sin pretender disfrutar de otros derechos que aquellos otorgados en favor de los mexicanos. En esa ocasión, la Comisión General de Reclamaciones definió las siguientes normas: debe existir un equilibrio entre el derecho soberano a una jurisdicción nacional y el derecho a la protección que ejerza el Estado de sus nacionales; no existe una norma de derecho internacional que prohíba imponer limitaciones al derecho de protección diplomática; un extranjero no puede repudiar el derecho de su gobierno a formular reclamaciones internacionales por la violación de obligaciones internacionales que le hayan ocasionado un daño; la Comisión General de Reclamaciones no encontró una norma generalmente reconocida en derecho internacional positivo que otorgue a un gobierno el derecho de intervenir para repudiar un contrato jurídicamente válido que haya sido concluido por uno de sus ciudadanos; ese contrato obliga al beneficiario de la concesión a someterse a la legislación mexicana y a utilizar los recursos locales que proporciona esa legislación; se originará el derecho a la protección diplomática como resultado de una denegación de justicia o alguna otra violación del derecho internacional.

11. El Relator Especial, basándose en la jurisprudencia derivada de este caso, identificó a una serie de comunes denominadores que deben servir como elementos constitutivos en la codificación de una norma en la materia: la cláusula Calvo se aplica a aquellas controversias relacionadas con un contrato celebrado entre un extranjero y el Estado anfitrión, contrato que debe tener incorporados los términos de la cláusula; no se aplica en el caso de violación del derecho internacional; la cláusula convalida la vigencia de la norma consuetudinaria que obliga al agotamiento de los recursos locales; el derecho internacional no impide a un extranjero ejercer el derecho a no solicitar la protección de su gobierno; un particular no puede repudiar derechos que, conforme al derecho internacional, pertenecen al Estado; el extranjero se compromete, conforme a la cláusula Calvo, a no invocar la protección de su gobierno en caso de diferencias que surjan en torno a la aplicación del contrato pero no en relación con una

posible denegación de justicia u otras formas de incumplimiento del derecho internacional.

12. A estos elementos constitutivos de una norma propuestos por el Relator Especial el Sr. Sepúlveda desearía incorporar el principio enunciado en la Base de discusión N.º 26 redactada por la Comisión Preparatoria de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, que se enuncia en una nota de la sección C del tercer informe: «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»⁸. El espíritu de esa disposición ya se encuentra consagrado en el texto del artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, citado en la sección C.9 del informe. Los tribunales de arbitraje que han operado conforme a ese Convenio de manera consistente han decidido que ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá una reclamación internacional por una diferencia que uno de sus ciudadanos y otro Estado contratante hayan consentido someter a arbitraje conforme a los términos del Convenio, salvo si el laudo dictado no se ha acatado o no se ha cumplido. En este sentido, existe una sólida jurisprudencia de los tribunales arbitrales. Un principio equivalente se encuentra en tratados relacionados con los derechos humanos, en particular en el apartado c del párrafo 1 del artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que, para conocer de un asunto, el Comité de Derechos Humanos deberá cerciorarse de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos.

13. Para concluir, el Sr. Sepúlveda comparte la recomendación formulada por el Relator Especial de que se elabore una disposición que incorpore los términos de la cláusula Calvo y que reflejaría así la jurisprudencia, la doctrina y una porción de la práctica de los Estados en la materia, reafirmando la función de la jurisdicción nacional. Con ello también se codificaría una norma consuetudinaria regional que, con la evolución reciente en el derecho internacional, puede aspirar legítimamente a una vocación universal.

14. El Sr. BROWNLIE observa que el informe que se reseña, bien documentado y útil, ofrece la prueba de que la cláusula Calvo reviste más que un mero interés histórico. Sin embargo, pese a su importancia, es ajena al estatuto de la Comisión, en particular al artículo 15: en efecto, al no ser una norma de derecho, no se presta a codificación. Además, si la Comisión debiera codificarla, tendría que pronunciarse sobre si es lícita o no, lo cual es inaceptable. La cláusula Calvo no es sino un procedimiento técnico de redacción de contratos. En cuanto a la «ficción de Vattel», mencionada en la sección C.8 del informe, que

⁸ Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discusión établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tomo III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (documento C.75.M.69.1929.V), pág. 135; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 2, pág. 221.

parte del principio de que el daño a un particular es un daño al Estado del que éste es ciudadano, no es una ficción y en ningún modo puede eximir de un examen caso por caso del ejercicio de la protección diplomática. Por esta razón el Sr. Brownlie piensa que el proyecto de artículo 16 presentado por el Relator Especial no debería remitirse al Comité de Redacción.

15. El Sr. PELLET destaca que el informe le confirma su convicción expresada en una intervención anterior de que el examen de la cláusula Calvo, a cuyo principio no se opone, debería tener lugar en el marco de la cuestión más amplia de la renuncia a la protección diplomática. En efecto, se pretende que el informe a la vez versa y no versa sólo sobre esta cláusula, pero en realidad trata también de otras instituciones, y en particular de la renuncia al ejercicio de la protección diplomática por el Estado mismo, problema que se plantea en términos muy diferentes de los de la cláusula Calvo propiamente dicha. A este respecto el Sr. Pellet comparte en lo esencial el análisis del Sr. Brownlie y coincide con él en que la cláusula Calvo es una práctica, aunque no aprueba su conclusión y estima que ello no impide forzosamente interrogarse sobre la cuestión de si dicha práctica es conforme al derecho internacional y cuáles son sus efectos en derecho internacional. Con toda evidencia es un tema abierto a discusión jurídica, incluso en lo que respecta a la codificación o al desarrollo progresivo del derecho internacional.

16. En su informe, el Relator habría debido distinguir con claridad los dos aspectos de la cuestión, a saber, la renuncia por un particular a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad y la renuncia por el Estado al ejercicio de la protección nacional —lo que no ha hecho—, con lo cual resulta más difícil, y hasta imposible, la definición misma de la cláusula Calvo. A este respecto el Sr. Pellet no está seguro de que el Relator Especial haya tenido razón en adherirse a la definición de García Amador⁹, como parece según la sección C.3 del informe. En efecto, si bien es cierto que las hipótesis primera y tercera pueden parecer realmente como formas de lo que el Sr. Pellet cree que es «la» cláusula Calvo, la segunda hipótesis, que es simplemente una cláusula arbitral contractual, no está relacionada con la doctrina Calvo, salvo si, paralelamente al compromiso de arbitraje, el cocontratante extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. La cláusula Calvo es de hecho esencialmente una disposición contractual mediante la cual el cocontratante extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de que es ciudadano.

17. Sin embargo, el Sr. Pellet no está seguro de que ello sea suficiente, pues se pregunta si esta definición de la cláusula debe aplicarse a cualquier contrato o si hay que limitarla a los contratos de Estado, o sólo a los contratos de concesión, como parece desprenderse, por ejemplo, del artículo 27 de la Constitución de México citado en una nota del informe, a pesar de que el Relator Especial presenta a México como el defensor más convencido de la cláusula Calvo. De todos modos, el Sr. Pellet cree que no es posible hablar de cláusula Calvo sino en el caso de un contrato de

Estado, como lo da a entender también el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 propuesto por el Relator Especial. Dicho esto, no deja de plantearse el problema de cuál sería el destino de esa cláusula en un contrato entre un nacional y un particular extranjero.

18. El Sr. Pellet piensa que el Relator Especial tiene una concepción mucho más general, o más confusa tal vez, de la cláusula Calvo, como lo demuestran los ejemplos que cita en la sección C.4 del informe de lo que llama cláusula Calvo: la Convención relativa a los derechos de los extranjeros, el artículo 9 de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, el artículo VII del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»), las decisiones 24 y 220 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)] y el artículo 27 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Ahora bien, para el Sr. Pellet no se trata en modo alguno de «cláusulas Calvo»: son compromisos más o menos claros, asumidos por los Estados interesados, de no ejercer la protección diplomática o de limitar su ejercicio. Son cláusulas convencionales que figuran en tratados y no cláusulas contractuales que figuran en contratos. En este sentido plantean problemas de validez, si es que plantean un problema, que son muy diferentes de los planteados por las «verdaderas» cláusulas Calvo. Huelga decir que los Estados pueden comprometerse a no ejercer su protección diplomática, es decir el derecho que tienen los Estados de hacer respetar su derecho propio en la persona de sus ciudadanos, recogiendo la célebre fórmula de la decisión pronunciada por la CPJI en el caso *Mavrommatis*. En efecto, no hay que olvidar, como lo ha recordado la CIJ en el caso *Barcelona Traction*, que el Estado debe ser considerado como el único autorizado a decidir si ejercerá su protección. El nacional del Estado no puede sustituirse a éste, ya que no se trata de sus propios derechos sino de los del Estado, si al menos no se cuestiona la ficción en la que se funda la fórmula *Mavrommatis*. No parece que sea así, y el Sr. Pellet lo lamenta. En efecto, sería posible decir actualmente que los individuos son sujetos de derecho internacional y que el Estado representa a los individuos.

19. El Sr. Pellet reconoce que no obstante no se puede deducir de estas observaciones que la cláusula Calvo es contraria al derecho internacional: un particular no puede renunciar a un derecho que no le pertenece, pero en cambio puede comprometerse primero a respetar exclusivamente las leyes del país de acogida y después a no buscar la protección diplomática de su Estado de origen. Haciéndolo renuncia al derecho de someter una controversia internacional y no a la protección en sí. Lo que no puede hacer es garantizar que el Estado de su nacionalidad no intervendrá, no ya en su favor, sino para hacer respetar su derecho a que el derecho internacional se respete en la persona de su ciudadano.

20. Es ésta la orientación que el Relator Especial parece haber adoptado, como resulta de la sección C.8 del informe y del párrafo 1 del proyecto de artículo 16. No obstante, el Sr. Pellet no se muestra convencido por el razonamiento que ha seguido el Relator Especial para llegar a esta conclusión y tiene reticencias en cuanto a la redacción misma del proyecto de artículo.

⁹ F. V. García Amador, «State responsibility. Some new problems», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leyde, Sijthoff (1959), págs. 455 y 456; *Anuario...* 1958, vol. II, documento A/CN.4/111, págs. 62 y 63.

21. Por lo que se refiere al razonamiento, los «argumentos» relacionados con la renuncia por el Estado a la protección diplomática de sus ciudadanos parecen exactos en sí mismos y pueden convenir al propio Sr. Calvo, pero no inciden en el problema que interesa a la Comisión, a saber, la validez o el alcance de las cláusulas Calvo en el único sentido exacto que les atribuye el Sr. Pellet, es decir, en el sentido de disposiciones contractuales en virtud de las cuales un extranjero renuncia a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Por lo demás, los ejemplos de «falsas cláusulas Calvo convencionales» que cita el Relator Especial no son renunciaciones totales a la protección diplomática: en general se trata más de disposiciones convencionales que reafirman, y circunscriben a veces, la norma del agotamiento de los recursos internos. Tal es el caso de la Convención relativa a los derechos de los extranjeros, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados y Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá»). Otros ejemplos, mal clasificados bajo la denominación «cláusula Calvo», como las decisiones 24 ó 220 del Acuerdo de Cartagena [Acuerdo de Integración Subregional (Pacto Andino)], se limitan a recordar que el derecho aplicable a un contrato internacional es, en principio, el derecho del Estado en que se ejecuta el contrato, lo que no quiere decir que si el Estado anfitrión viola una norma de derecho internacional en la aplicación del contrato se excluye la protección diplomática. Por último, el Sr. Pellet no piensa que la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General o la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados constituyan una «clásica reformulación de la Cláusula Calvo», y menos aún una reafirmación de la validez de las cláusulas Calvo, como se indica en la sección C.9 del informe: se trata más bien de la reafirmación del principio enunciado por la CPIJ en el caso de los *Emprunts serbes*, según el cual «todo contrato que no sea un contrato entre Estados como sujetos de derecho internacional encuentra su fundamento en una ley nacional» [pág. 41]. Se deriva que el derecho nacional, y sólo éste, es el único aplicable, salvo disposición contraria. Este problema es muy diferente del que plantea la validez de las cláusulas Calvo.

22. A este respecto el Sr. Pellet no entiende bien el argumento expuesto en la sección C.8 del informe, que dice que 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 internacional. ¿Acaso no se enuncia así una evidencia? La protección diplomática de todos modos sólo puede intervenir si se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, y únicamente para hacer respetar el derecho internacional, nunca el contrato como tal. Entonces la cuestión que se plantea es la de saber si el incumplimiento del contrato es o no contrario al derecho internacional. Por último, el Sr. Pellet duda que la decisión de la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en la causa *North American Dredging Company* y las posteriores de la misma Comisión constituyan la esencia misma de la jurisprudencia en la materia. Le parece que otras decisiones judiciales y arbitrales igualmente respetables son también pertinentes en esta esfera, como la sentencia Ralston de 1904 en el caso *Martini* o la decisión n.º 2 de la CPIJ en el caso *Usine de Chorzów*. Ahora bien, estos precedentes son mucho más reservados con respecto a las cláusulas

Calvo que la decisión en la causa *North American Dredging Company*, que, por no decir más, es ambigua, como lo señala asimismo el Relator Especial.

23. Hechas estas observaciones, que podrían encontrar lugar en el comentario del proyecto de artículo 16, el Sr. Pellet pasa al proyecto de artículo mismo. Declara que aprueba la idea general del párrafo 1, pero tiene algunas críticas con respecto a la redacción misma del proyecto. En primer lugar, piensa que no es necesario enumerar en una disposición de este tipo «distintas» cláusulas Calvo, que no hacen justicia a la imaginación de los juristas que las redactan. En efecto, esas cláusulas son muy diversificadas y sería más satisfactorio encontrar una fórmula mucho más general. Bastaría decir en una primera oración que un extranjero puede renunciar de manera válida a invocar la protección diplomática, tal vez precisando que puede hacerlo «por contrato», pero que ello no es necesario pues, en resumen, también puede renunciar a esa protección fuera del marco del contrato. En segundo lugar, el Sr. Pellet duda que sea oportuno hablar del «derecho» a invocar la protección diplomática: el término «derecho» puede prestarse a confusión porque podría acercarse a la noción de «derecho a la protección diplomática», que no existe en derecho internacional. El Estado tiene derecho a proteger, pero no existe el derecho a la protección.

24. En tercer lugar, en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 16 habría que evitar emplear el término «estimulación», que tiene un significado demasiado específico, y reemplazarlo por «disposición». En cuarto lugar, sería preferible reemplazar en la misma oración en la versión francesa la expresión *n'affecte en rien* por sencillamente *n'affecte pas*. En quinto lugar, habría que seguir lo más cerca posible en francés y en inglés la redacción de la fórmula Mavrommatis, y sustituir así *au bénéfice de* por *en faveur de*. Se impone una sexta modificación que es mucho más importante, a saber, suprimir la última frase del párrafo 1 («o cuando el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de la nacionalidad del extranjero»), primero porque la significación del adverbio «directamente» no está clara. En efecto, bien el Estado resulta directamente lesionado —él también— y no se está ante una hipótesis de protección diplomática, bien sólo el particular es víctima directa del daño, pero de todas formas, siempre según la fórmula Mavrommatis, el Estado tiene derecho a hacer respetar el derecho internacional en la persona de su ciudadano y la hipótesis a que se refiere esta frase no tiene nada de particular.

25. Por último, el Sr. Pellet se opone con firmeza al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, porque le parece que contradice todo lo que expresa el proyecto acerca del agotamiento de los recursos internos. La existencia de una cláusula Calvo no es en absoluto necesaria para crear una presunción en favor del agotamiento de los recursos internos. Esta presunción existe independientemente de cualquier cláusula contractual. Es incluso una condición principal para el ejercicio de la protección diplomática. En cambio, el Sr. Pellet se pregunta si no habría que introducir en el proyecto de artículo 16 un nuevo párrafo 2 si, como él lo espera, la Comisión renuncia al texto actual; dicho párrafo precisaría que el Estado del que es ciudadano el particular lesionado puede renunciar válidamente y sin restricciones a ejercer su protección diplomática. En efecto, lo que no es necesario decir resulta mejor decirlo.

En este caso, claro está, el artículo 16 abarcaría un ámbito más amplio que el de la cláusula Calvo y debería titularse «Renuncia a la protección diplomática».

26. Al comienzo de su exposición el Relator Especial dijo que estimaba que en su proyecto debía mencionarse absolutamente la cláusula Calvo. Dada la divergencia de opiniones que el Sr. Pellet percibe a este respecto en la Comisión, tal vez sería más prudente renunciar a una disposición que efectivamente no es más que la consecuencia de otros principios que figuran en otra parte del proyecto de artículos, a saber la fórmula Mavrommatis y la exigencia indiscutible del agotamiento de los recursos internos.

27. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA se pregunta si el interés del examen de la cláusula Calvo en relación con la norma del agotamiento de los recursos internos no debería ser más bien por el alcance de una cláusula que figura en un contrato entre un particular y un Estado. Apoya plenamente la observación del Sr. Pellet de que no se trata de cualquier contrato sino de un contrato de Estado.

28. Con respecto a la renuncia, la cláusula en cuestión permitiría a un particular creerse autorizado por el Estado de su nacionalidad a asumir en nombre de éste el compromiso de que el Estado no ejercerá un derecho que sin embargo le corresponde. Como ha señalado el Sr. Pellet, este derecho no pertenece al particular sino al Estado. En consecuencia, el problema de la validez de la cláusula Calvo se plantea más bien sólo entre las partes en el contrato. Habría que determinar de qué modo el Estado cuyo ciudadano se permite decir que renuncia a la protección diplomática está obligado por semejante declaración. Además, es importante analizar el momento en que el Estado podría efectuar tal renuncia. ¿En el momento de concluirse el contrato entre el particular y el Estado cocontratante o en el momento en que, habiendo surgido la controversia, el particular se dirige al Estado de su nacionalidad para solicitar su protección? Es preciso situar en el tiempo el momento de la renuncia por el Estado de origen del particular para que ésta pueda tener efecto. Se trata de un problema de validez y también de oponibilidad.

29. El Sr. Sreenivasa RAO hace observar que, si bien es cierto que la cláusula Calvo tiene importancia histórica, en la práctica se utiliza cada vez menos. Por ejemplo, la mayoría de los Estados hoy día concluyen acuerdos en materia de inversiones que prevén el recurso directo al arbitraje internacional en caso de controversias. Teme que la Comisión dedique demasiado tiempo al examen de una cuestión que ha perdido gran parte de su pertinencia.

30. El Sr. SEPÚLVEDA estima que la cláusula Calvo no debe considerarse una reliquia. En México, toda sociedad extranjera que se constituye conforme a la legislación nacional tiene la obligación de suscribir un contrato que incluye este tipo de cláusula. El arbitraje internacional sólo se prevé para ciertas categorías de controversias. En la mayoría de los casos, para todo lo que se refiere a la interpretación o a la ejecución de un contrato, la sociedad extranjera debe respetar una cláusula Calvo, es decir aceptar someterse a la legislación nacional.

31. El PRESIDENTE dice que no tiene la impresión de que la intervención del Sr. Sepúlveda sea fundamentalmente puesta a la del Sr. Sreenivasa Rao o la del Sr.

Brownlie. Después de todo, sólo se trata de una cláusula contractual y no habría que apartarse demasiado del objetivo principal de la Comisión, que es producir resultados concretos y aceptables para todos.

Actos unilaterales de los Estados (*continuación**) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹⁰ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (*continuación**)

32. El Sr. KAMTO dice que no habría que perder de vista el importante trabajo que se ha realizado desde hace años sobre el tema de los actos unilaterales. Recuerda que la cuestión fundamental que se plantea a la Comisión es la de si existe en derecho internacional un ser jurídico denominado «acto unilateral» y, en caso afirmativo, cuál debe ser el régimen jurídico que rige tal acto. Saluda el trabajo efectuado por el Relator Especial en su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2), que representa un neto progreso con respecto a los trabajos anteriores. Además de la parte recapitulativa, que resulta útil tanto para los nuevos miembros de la Comisión como para los antiguos, el Relator Especial expone el resultado de investigaciones profundas en las esferas doctrinal y jurisprudencial. A este respecto, el Sr. Kamto comparte la opinión expresada por el Sr. Gaja y otros oradores de que se carece enormemente de información sobre la práctica de los Estados. El Sr. Sepúlveda ha indicado fuentes muy pertinentes que podrían permitir a la Comisión proseguir sus trabajos sin esperar la respuesta de los Estados al cuestionario.

33. Formulando en primer lugar observaciones de orden general sobre capítulo I del quinto informe, el Sr. Kamto señala al Relator Especial ciertas repeticiones, en particular en los párrafos 99 y 100. En el párrafo 106 el Relator Especial habla de «vicios en la manifestación de voluntad», pero esta expresión en francés (*défauts de manifestation de la volonté*) no resulta clara. Puede ser que se trate de un problema de traducción. En todo caso habría que precisar si el término *défauts* designa vicios que podrían afectar a la manifestación de la voluntad o bien una falta de manifestación de la voluntad. En cuanto al fondo, una de las cuestiones importantes es determinar si el acto unilateral constituye una fuente de derecho internacional del mismo nivel que las fuentes habituales, a saber, el tratado y la costumbre. En otras palabras ¿puede un acto unilateral derogar el derecho internacional general u obligaciones *erga omnes*? El Sr. Kamto estima que el acto unilateral no debería jamás prevalecer sobre el derecho internacional general ni sobre las disposiciones de un convenio multilateral en que el Estado autor del acto unilateral sea parte. La jurisprudencia contiene, por lo demás, varias indicaciones en este sentido. Por ejemplo, en el caso *Wimbledon*, la CPJI, al pronunciarse sobre la denegación de acceso al canal de Kiel para este buque en virtud de ordenanzas alemanas sobre la neutralidad promulgadas con ocasión de la guerra rusopolaca, juzgó que una ordenanza de neutralidad, acto unilateral, no puede prevalecer sobre las disposiciones de un tratado de paz [en

* Reanudación de los trabajos de la 2723.ª sesión.

¹⁰ Véase la nota 3 *supra*.

este caso el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles)]. Por lo tanto, el acto unilateral sí representa una fuente de derecho internacional pero no del mismo nivel que el tratado y la costumbre.

34. En el párrafo 87 del informe habría que reemplazar la expresión latina que figura entre paréntesis, a saber, *pacta sunt servanda*, por *acta sunt servanda*. Dicho esto, lo principal es saber si esta fórmula debe mantenerse. En el párrafo 94 se indica que el Estado tiene la libertad para efectuar actos unilaterales fuera del derecho internacional, pero dichos actos no podrán ser contrarios a normas de *jus cogens*. El Sr. Kamto pregunta si la expresión «fuera de» se refiere a la formulación o los efectos del acto unilateral. Lo que importa son los efectos.

35. Pasando al texto de los proyectos de artículos propuestos en el párrafo 119 del informe, el Sr. Kamto destaca dos problemas de terminología. En primer lugar, en el artículo 5 c) se habla de corrupción del «representante del Estado», y en el artículo 5 d) de «la persona que realiza el acto». No es necesario emplear dos expresiones diferentes y, dado que en el marco de los actos unilaterales la noción de representación no es pertinente, sería preferible decir en ambos casos «la persona que realiza el acto». En texto del artículo 5 h) se hace mención de «una norma de importancia fundamental del derecho interno». El Sr. Kamto se pregunta qué significa esta expresión. ¿Se trata de una norma constitucional? De todas formas, sería mejor mantener el término que figura en la Convención de Viena de 1969, es decir norma «fundamental». A priori, los proyectos de artículos 5 d) y 5 e) son repetitivos, a menos que el Relator Especial quiera establecer una distinción entre la coerción que se ejerce sobre la persona que realiza el acto y la coerción, representada por la amenaza o el uso de la fuerza, que se ejerce sobre el Estado y que lo lleva a formular un acto unilateral.

36. Con respecto a la interpretación de los actos unilaterales, el párrafo 123 del informe no permite determinar claramente si el Relator Especial se refiere a la causa *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá) o a la causa *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. De todas formas, el Relator Especial parece indicar que por el momento sólo da indicaciones de lo que serán sus propuestas. Por lo tanto, el Sr. Kamto se reserva el derecho de volver más tarde sobre esta cuestión de la interpretación de los actos unilaterales.

37. El Sr. PELLET apoya decididamente la propuesta de estudiar la relación entre los actos unilaterales y las otras fuentes del derecho internacional. El estudio de este aspecto tal vez no era indispensable en el caso de la Convención de Viena de 1969, pero al tratarse de actos unilaterales, es un punto muy interesante e importante, por lo que convendría alentar al Relator Especial a no ceñirse al esquema de esa Convención.

38. El Sr. KOSKENNIEMI dice que es contrario a la idea de que los actos unilaterales puedan asimilarse a fuentes del derecho internacional. Tales actos crean obligaciones y no derecho, por lo que la utilización poco afortunada del término «nulidad» en todo el proyecto de artículo 5 denota la incapacidad de enunciar la teoría de los actos unilaterales en términos de obligaciones recípro-

cas entre Estados que, en ciertas circunstancias, pueden ser recíprocamente «oponibles». Esas obligaciones jurídicas recíprocas no pueden considerarse derivadas de una condición general de validez de los actos unilaterales, dependen del carácter concreto de la relación entre las partes, la que actúa y las que tienen en cuenta el acto o han confiado en él. El proyecto de artículo 5 no debe remitirse al Comité de Redacción porque plantea problemas que no se refieren únicamente a la redacción.

39. El PRESIDENTE pregunta si en el fondo el debate no gira en torno a algo muy parecido a la noción de impedimento legal.

40. El Sr. KAMTO dice que si se lleva al extremo el razonamiento del Sr. Koskenniemi, se llega a la posición de los voluntaristas de que no hay acto unilateral en derecho internacional: todo acto jurídico o toda fuente de derecho internacional expresa dos voluntades concordantes aun si puede haber una diferencia en el tiempo entre la manifestación de esas dos voluntades, es decir, un consentimiento disociado. Ahora bien, el acto unilateral no crea en general obligaciones recíprocas y no procede de un proceso bilateral o multilateral directo o instantáneo con otros sujetos de derecho internacional. Claro está, ciertos actos unilaterales no se distinguen claramente de los acuerdos internacionales, pero en otros casos sí existe una frontera que los separa. De todas formas, el estudio de los informes con las fuentes del derecho internacional, si bien es de carácter doctrinal, permite situar mejor la noción de acto unilateral y, además, no afecta a la búsqueda de la codificación del tema por la Comisión.

41. El Sr. TOMKA plantea en primer lugar la cuestión de la marcha de los trabajos de la Comisión sobre el tema. El estudio de este tema comenzó en 1997 y hasta el presente sólo ha producido cuatro proyectos de artículos que está examinando el Comité de Redacción. La Comisión se halla en cierto modo en la situación en que se encontraba hace 40 ó 45 años para el estudio del tema de la responsabilidad de los Estados. Entonces el primer Relator Especial, García Amador, se interesó en un aspecto particular del tema y después, ante la ausencia de resultados por ese conducto, el segundo Relator Especial, con la aprobación de la Comisión, intentó establecer reglas generales. En lo que se refiere a los actos unilaterales, tal vez convendría hacer lo contrario, es decir, estudiar sistemáticamente las diferentes categorías de actos unilaterales con el fin de extraer elementos generales. Por ejemplo, la categoría de la promesa, que el Asesor Jurídico de las Naciones Unidas abordó en su intervención ante la Comisión, podría ser interesante y el Relator Especial debería estudiar más detalladamente los efectos jurídicos, las posibilidades de ejecución y las consecuencias de los ejemplos de promesa que cita en su informe.

42. El acto unilateral no es un mecanismo creador de derecho o de normas. Tanto en la convención como en la costumbre, se requiere la participación de varios Estados y una voluntad común. El acto unilateral puede a lo sumo estar en el origen de una práctica del Estado que acaba por crear una norma.

43. Con respecto a la cuestión de la nulidad de los actos unilaterales [proyectos de artículos 5 a) a 5 h)], el Relator Especial, en el párrafo 99 de su informe, establece una

distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, pero al final del párrafo da un ejemplo de nulidad relativa que parece estar en contradicción con el proyecto de artículo 5 h). Esta distinción entre absoluto y relativo quizá no sea necesaria en el texto de un proyecto de artículos, y el Comité de Redacción probablemente encontrará otra forma de expresarla. También en el párrafo 99 del informe, uno de los ejemplos de nulidad absoluta se refiere a la coacción que se ejerce sobre el representante del Estado, pero, si no hay coacción, no hay voluntad, por lo tanto no hay acto jurídico. Así, se trata de una falta de acto y no de un acto de nulidad absoluta. En consecuencia, parece que los actos de nulidad absoluta corresponderían a los proyectos de artículos 5 e) y 5 f) y los casos de nulidad relativa a los proyectos de artículos 5 a) —teniendo en cuenta la reacción de buena fe de los otros Estados— 5 b), 5 c) y 5 h). Por lo que se refiere al proyecto de artículo 5 g), el Sr. Tomka comparte el punto de vista del Sr. Simma. En todo caso, todos los proyectos de artículos de 5 a) a 5 h) necesitan ser retocados.

44. El Sr. Sreenivasa RAO dice que el proceso de teorización del tema de los actos unilaterales del Estado no parece haber alcanzado el punto crítico para proseguir su desarrollo, en razón del alcance que el Relator Especial mismo confiere al tema. Es verdad, el Relator Especial ha abandonado la referencia a la noción de autonomía del acto unilateral en la definición de éste, pero sigue considerándolo como acto autónomo y sigue procurando estudiar su valor en derecho, lo que constituye el meollo del problema. Los actos unilaterales y las diferentes formas en que se expresan pueden presentar interés, e incluso tener efectos en el plano jurídico, pero no pueden en sí tener valor de obligaciones internacionales. Sólo pueden analizarse en relación con la acción, la reacción o la aceptación en alguna u otra forma por otros Estados. Sin esta contrapartida, el acto unilateral queda por así decirlo suspendido, máxime si se considera que el Estado, que es totalmente libre de formular el acto, también lo es de ponerle fin. Desafortunadamente, dado que la mayoría de los actos unilaterales son declaraciones de política nacional, cabe preguntarse por qué tantos miembros de la Comisión se preocupan por las dificultades de acceso a los trabajos preparatorios para la interpretación de estos actos. Los trabajos preparatorios no son en este caso los referentes al derecho de los tratados, están constituidos por el contexto de la declaración, la coacción, la ocasión o cualquier otro factor que lleva al país a actuar o a reaccionar de cierta manera. Se sabe por experiencia que el Estado que hace una declaración de este tipo considera con toda lógica que contrae una obligación. Cuando los Estados poseedores de armas nucleares declaran que no utilizarán el arma nuclear contra un Estado no poseedor de tales armas, se trata de un compromiso unilateral, que algunos Estados aceptan, del que otros Estados dudan y en que otros Estados no creen, pero el Estado autor de la declaración estima que ésta le impone una obligación. Sin embargo, se trata de una especie de «cortesía internacional», lo cual es muy diferente de una obligación internacional. Por lo tanto, no tiene nada de inmoral que la India, después de haber mantenido durante más de 40 años el compromiso que había asumido unilateralmente de no dotarse de armas nucleares, retire este compromiso porque las circunstancias han evolucionado y los resultados esperados de su compromiso no se han materializado.

Raros son incluso los acuerdos internacionales que sobreviven más de 40 años. La manera en que se pone fin a la obligación unilateral creada por el acto unilateral difiere también de la manera en que se pone fin a un tratado, en el sentido de que en este último caso hay un procedimiento y un método convenientes que respetar, mientras que en el caso del acto unilateral sólo el impedimento legal, el consentimiento, la existencia de un tratado, la costumbre o alguna otra obligación puede oponerse a una rescisión igualmente unilateral.

45. El Sr. Sepúlveda ha planteado una cuestión muy importante acerca del Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (Tratado de Tlatelolco), a saber, el acto unilateral de que son autores conjuntamente varios Estados, pero en ese caso tenemos la forma del tratado y la firma de las Partes. Está también el caso de figura en que un Estado A hace una declaración unilateral de política nacional y un Estado B reacciona ante esa declaración con otra declaración unilateral que refleja una verdadera concordancia entre ambos y cierta expectativa común; no se trata de la forma de un tratado, y el reducido número de Estados interesados hace que no se pueda hablar de costumbre, pero los dos Estados están obligados por un compromiso recíproco. Otro ejemplo es el Acuerdo sobre los arreglos provisionales relativos a los nódulos polimetálicos de los grandes fondos marinos, en virtud del cual los Estados Unidos y otros tres países enunciaron, en las primeras fases de la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, un sistema diferente de reglamentación de la explotación minera de los fondos marinos. Todos estos ejemplos constitutivos de la práctica de los Estados deberían estudiarse atentamente para procurar determinar los efectos y la lógica de estos actos que se sitúan al límite de la obligación internacional sin ser ellos mismos fuente de derecho internacional. El Comité de Redacción seguramente no dejará de tener en cuenta todas las observaciones formuladas acerca de la cuestión de la nulidad de los actos unilaterales, quedando entendido que es importante tanto estudiar la «rescisión» del acto unilateral como su formación.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2726.ª SESIÓN

Martes 28 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskeniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet,