

60. Es la primera vez que la Comisión se ocupa de un tema sobre el que existe tanta jurisprudencia. Se ha hecho referencia a los casos *Statut juridique du Groënland oriental* y *Essais nucléaires*, así como a otros, en los que se ha considerado la cuestión de los actos unilaterales. La Comisión no ha inventado este concepto. En la actualidad, la Comisión debería ser constructiva y expresar su opinión sobre la propuesta del Sr. Pellet. ¿Cómo puede adentrarse en el tema? El Sr. Simma ha hecho hace unos días unas sugerencias, que él apoya: definir un conjunto de normas generales sobre los actos unilaterales en relación con su formulación y validez, es decir, condiciones para un acto unilateral en el orden jurídico.

61. La cuestión de los efectos es otro aspecto que, debido a la gran diversidad de actos unilaterales, podría centrarse en las cuatro categorías del informe. Con ello, la Comisión prestaría un gran servicio a la comunidad internacional. Se trata de decidir lo que puede considerarse como acto unilateral y lo que no, ya que no todas las declaraciones de los Estados son actos unilaterales. Merece la pena examinar estas propuestas. Apoya la sugerencia de que se haga un estudio de la práctica, que debería probablemente ser realizado por un grupo de trabajo, y comparte la opinión de que no hay por qué desechar todo lo que ha presentado hasta la fecha el Relator Especial. Algunos proyectos de artículo y críticas plantean cuestiones de redacción y no problemas de orientación general, por ejemplo, la tautología de referirse a la voluntad y el propósito. La Comisión podría entonces centrarse en las categorías concretas de los efectos.

62. El Sr. BROWNLIE dice que está muy bien parecer constructivo, pero otra cuestión es *ser* constructivo. Ninguno de los oradores anteriores ha presentado sólidas pruebas de la existencia de principios generales. El Sr. Kamto ha invocado la jurisprudencia de la CIJ en apoyo de la idea de que hay un concepto general de actos unilaterales. Pero no es así. Cada caso se refiere a unos hechos. La Corte no se remite a una teoría general de los actos unilaterales. Por ejemplo, en el caso del *Temple de Préah Vihear* no se hace referencia a tal teoría.

63. El Sr. PELLET señala que, en el caso de los *Essais nucléaires* (Australia *c.* Francia), la CIJ dice claramente que «[e]s un hecho reconocido» [párr. 43]. Esto constituye en sí mismo una generalización, y es una generalización interesante.

64. Si ninguna generalización es posible, todo depende de las circunstancias. Esto es cierto, por supuesto, pero no exime a la Comisión de tratar de determinar un número reducido de normas jurídicas que permitan decir que, en circunstancias concretas, los Estados se comprometen mediante sus expresiones unilaterales de voluntad. No ve cómo puede afirmarse lo contrario. La función misma de la ley y de quienes la codifican es tratar de unir lo que parece diverso. No tiene sentido decir desde un principio que no puede jamás lograrse este objetivo. Un número reducido de principios se prestaría a la interpretación, pero esa es una tarea para los juristas. Por ello, coincide con el punto de partida del Sr. Brownlie, pero está en pleno desacuerdo con sus conclusiones.

65. El Sr. BROWNLIE dice que suelen citarse los casos de los *Essais nucléaires* respecto del principio de la buena fe. Tal vez la Comisión debería estudiar *ese* principio.

66. El PRESIDENTE, que hace uso de la palabra en su calidad de miembro de la Comisión, espera que el Relator Especial atienda las ideas presentadas por el Sr. Simma.

67. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial) dice que, debido a la falta de tiempo, examinará sólo algunas de las observaciones hechas durante el debate y volverá a todas las cuestiones con mayor detalle en su respuesta más adelante. Para comenzar con la última cuestión señalada por el Sr. Brownlie, no piensa que los actos unilaterales puedan limitarse a las decisiones adoptadas por la Corte en los casos de los *Essais nucléaires*. También debe tomarse en cuenta el caso *Différend frontalier*, así como las declaraciones unilaterales en general. La CDI no puede pasar por alto la jurisprudencia existente ni la doctrina sobre los actos unilaterales o las opiniones de los gobiernos que han expresado sus posiciones en un cuestionario y en la Sexta Comisión. Impugnar la existencia de un acto jurídico internacional tal como un acto unilateral no sería apropiado en un contexto amplio del derecho internacional en el que un Estado puede asumir compromisos internacionales, no sólo del modo habitual, es decir, mediante una convención, sino también mediante un acto unilateral.

68. Cabe estudiar la sugerencia de dejar el tema en suspenso, pero no piensa que la Comisión deba cambiar su proceder, ya que esto introduciría incertidumbre y crearía una confusión jurídica y política, a saber, que los actos unilaterales no existen en derecho internacional. Si la Comisión se limita a un estudio, ¿no sería posible llegar a una definición y elaborar una teoría general de los actos unilaterales, o por lo menos normas aplicables a ellos? Por supuesto, la Comisión no puede tratar de reglamentar los actos unilaterales, porque son muy diversos y producen diferentes efectos jurídicos; no pueden agruparse. Cabe establecer normas, pero quizá no sea posible reglamentar los efectos jurídicos en todos los casos.

69. La Comisión tendría que hacer observaciones sobre el resto del capítulo y decidir lo que debe remitirse al Comité de Redacción: tal vez la definición y los dos primeros artículos. El Grupo de Trabajo podría seguidamente examinar cuestiones relacionadas con la interpretación y otros aspectos.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2727.ª SESIÓN

Jueves 30 de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Al-Marri, 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. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Organización de los trabajos del período de sesiones (continuación*)

[Tema 2 del programa]

1. El PRESIDENTE anuncia que tras la realización de consultas oficiosas se propone al Sr. Chusei Yamada como Relator Especial sobre el tema de los «Recursos naturales compartidos».

Así queda acordado.

Actos unilaterales de los Estados (continuación) (A/CN.4/524, A/CN.4/525 y Add.1 y 2¹ A/CN.4/521, secc. D)

[Tema 5 del programa]

QUINTO INFORME DEL RELATOR ESPECIAL (conclusión)

2. La Sra. XUE señala que los actos unilaterales de los Estados representan uno de los aspectos más complicados de las relaciones jurídicas internacionales, lo que explica que después de un debate muy estimulante la Comisión se encuentre dividida. La Comisión quizás debería detenerse a reflexionar en qué sentido convendría profundizar el estudio de este tema, para poder así aprovechar al máximo la labor realizada por el Relator Especial. La complejidad del tema se debe, en primer lugar, a la abundancia de la práctica de los Estados en la materia. Es común que los Estados recurran a declaraciones o a otros instrumentos que contienen promesas, protestas, reconocimientos o renunciaciones, y suele ocurrir que un compromiso asumido en forma unilateral se convierta en una obligación, a menudo en el marco de un procedimiento de arreglo por terceros. Pero, a diferencia de las relaciones convencionales, el acto unilateral está lleno de incertidumbres, respecto de su intención, a la amplitud de sus efectos en el tiempo y en el espacio, y a sus relaciones con las obligaciones convencionales vigentes. Por eso las pruebas indirectas resultan importantes, por no decir esenciales, para determinar si el autor del acto unilateral queda comprometido por el acto. Los Estados, al igual que las jurisdicciones internacionales, se muestran muy prudentes por lo que se refiere a los derechos y las obligaciones jurídicas. Es lo que llevó al Relator Especial a establecer cláusulas comparables a las de la Convención de Viena de 1969 por lo que respecta a la competencia, la nulidad o la interpretación de los actos unilaterales. Pero respecto de ciertos puntos, habrá que ser discretos con este paralelismo.

3. En primer lugar, por lo que hace a los tratados, existen normas procesales seguras y reconocidas, a nivel nacional e internacional, que legitiman la función de las disposiciones convencionales en cuanto fuente de derecho. Además, la intención jurídica de quedar obligado por las disposiciones de un tratado no presenta dudas para las partes. Estos factores objetivos y subjetivos suelen faltar en el caso de los actos unilaterales y ésta es una laguna que no se subsanará con la doctrina o con los trabajos de investigación, no porque exista un «defecto de fabricación» del acto unilateral sino, por el contrario, porque se suele buscar la ambigüedad.

4. En segundo lugar, la cuestión de saber si los actos unilaterales son una fuente de derechos o una fuente de obligaciones deriva de una confusión entre la elaboración de normas y la producción de efectos jurídicos. Si se examinan casos precisos y concretos se verá que, en determinadas circunstancias, el acto unilateral puede crear una obligación para el Estado que es autor, que esta obligación determina a menudo la conducta futura de ese Estado y que otros Estados encuadran en ella su conducta. Pero se trate de derechos o de obligaciones los efectos jurídicos del acto unilateral no podrán ser autónomos; deberán regirse por el derecho internacional. Un Estado no podrá realizar ni reconocer una reivindicación territorial sobre la Antártida, ni reivindicar hoy en día un mar territorial de más de 12 millas marinas. La Comisión corre el riesgo de equivocarse dando demasiada importancia a los criterios de formulación de actos unilaterales y al sacarlos del contexto del derecho vigente —las relaciones convencionales en particular— para realizar un puro proceso de creación de efectos jurídicos bajo la forma de derechos y obligaciones. En la práctica del derecho internacional se da más importancia a los efectos que un acto, por ejemplo el reconocimiento, tiene sobre las relaciones internacionales que a las condiciones y criterios de formación de este acto. De entrada causa sorpresa que el Relator Especial, que adoptó toda una serie de cláusulas de la Convención de Viena de 1969, no haya retomado en su proyecto de artículo 1 la expresión «regido por el derecho internacional» que figura en dicha Convención (art. 2).

5. En tercer lugar, introducir normas en la práctica de los actos unilaterales tendría, por cierto, un efecto estabilizador para las relaciones internacionales pero, por su propia naturaleza, el tema deberá tratarse con precaución. De todas formas, antes de establecer un esquema general de comportamiento habrá que estudiar detenidamente la práctica pertinente de los Estados. La propuesta del Sr. Simma de ayudar al Relator Especial a realizar ese trabajo de investigación detallada es un aporte útil. Mientras no se haya completado este trabajo será prematuro elegir entre darle al estudio de los actos unilaterales un carácter general o específico.

6. El Sr. CANDIOTI espera que en el actual período de sesiones el Comité de Redacción examine los proyectos de artículos 1 a 4 que se le enviaron en el 52.º período de sesiones de la Comisión². Con posterioridad el Relator Especial presentó nuevos proyectos de artículos y formuló algunas ideas sobre la forma en que podría estructurarse la labor futura sobre este tema. En los párrafos 48 a 81 de

¹ Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

² Véase *Anuario... 2000*, vol. II (segunda parte), párrs. 517 a 525.

su quinto informe (A/CN.4/525 y Add.1 y 2) el Relator Especial realiza nuevamente extensas consideraciones sobre la definición del acto unilateral (proyecto de artículo 1) y concluye reproduciendo la fórmula propuesta con anterioridad, lo cual merece cuatro observaciones.

7. En primer lugar, falta una más clara indicación de la naturaleza estrictamente unilateral del acto, en el sentido de que, como señalara la CIJ en los casos de los *Essais nucléaires*, no se requiere una correlativa manifestación de voluntad emanada de otro sujeto de derecho internacional. En segundo lugar, no parece necesaria la inclusión del calificativo «inequívoca» con referencia a la expresión de la voluntad, ya que es un problema de interpretación más que un elemento de la definición. En tercer lugar, los términos «producir efectos jurídicos en sus relaciones con uno o varios Estados o una o varias organizaciones internacionales» podrían ser sustituidos por una expresión más breve pero más amplia ya que, como han señalado algunos miembros de la Comisión, el acto unilateral puede estar destinado a producir efectos jurídicos *erga omnes* o con relación a determinadas personas o entidades que no sean Estados u organizaciones internacionales. Lo importante es que el acto produzca consecuencias en el orden jurídico internacional. Y por último, la condición de que el acto unilateral sea de conocimiento de otros sujetos de derecho internacional tampoco parece necesaria, ya que, si hay manifestación de voluntad, la voluntad debe ser exteriorizada y es, por lo tanto, susceptible de ser conocida. Hay otro aspecto que debería incluirse en la definición de acto unilateral y que lo diferencia de la definición de tratado contenida en la Convención de Viena de 1969, que es la irrelevancia de la forma en que la voluntad se exterioriza, como señaló también la Corte en los casos de los *Essais nucléaires*. Por lo tanto sería preferible optar por una definición más simple del acto unilateral, que sería: «A los efectos de los presentes proyectos de artículo, se entiende por “acto unilateral” una manifestación de voluntad de un Estado, cualquiera sea su forma, destinada a producir efectos jurídicos en el plano internacional, sin necesidad de una manifestación de voluntad correlativa de otro sujeto de derecho internacional».

8. Con respecto a las causas de nulidad del acto unilateral, el Relator Especial ha reformulado la regla contenida en el anterior proyecto de artículo 5 planteando ocho causales de nulidad en los proyectos de artículo 5 a) a 5 h). La nueva redacción incorpora el concepto de acto unilateral colectivo o conjunto, hipótesis que debe preverse pero que sería preferible hacerlo en una cláusula separada, o en los comentarios, para simplificar la redacción y evitar confusiones con los actos plurilaterales. Con relación al contenido y la redacción de cada uno de los ocho causales de nulidad no parece muy útil elaborar el tema con tanto detalle en esta etapa, ya que habría que examinar primero si existe suficiente material en la práctica y la jurisprudencia sobre nulidades de actos unilaterales; sería preferible una disposición más general sobre las condiciones de validez de estos actos, a saber: el contenido materialmente posible del acto, su licitud conforme al derecho internacional, la capacidad de un órgano del Estado para efectuar actos unilaterales, la ausencia de vicios en la manifestación de voluntad, la notoriedad en la expresión de la voluntad y el propósito de producir efectos jurídicos en la esfera internacional. De no elabo-

rarse una cláusula general de este tipo se podrían agrupar las diversas causales de invalidez en sendas disposiciones, una relativa a los casos de ilicitud del acto y la otra relativa a los vicios en la expresión de la voluntad. Sería aconsejable que el Grupo de Trabajo que ya analizó esta materia el año pasado sea reconvocado para efectuar una revisión detallada de los proyectos de artículo 5 a) a 5 h), teniendo en cuenta las numerosas opciones y sugerencias que se han formulado en el curso del debate.

9. El Relator Especial presenta también en su quinto informe nuevas propuestas de redacción para los proyectos de artículos que incluyó en el cuarto informe³ sobre interpretación de los actos unilaterales. Las nuevas fórmulas siguen inspirándose de cerca en la Convención de Viena de 1969 y parecen partir de la base de que un acto unilateral es siempre una declaración o un documento estricto, pero las reglas deberían ser más generales y flexibles que las prescritas para la interpretación de los tratados. El acto unilateral puede no consistir en una manifestación de voluntad efectuada por escrito y tampoco tiene necesariamente que expresarse en una sola acción o declaración. El Relator Especial recuerda, en el párrafo 127 de su quinto informe, el criterio básico que señaló la CIJ en el asunto *Compétence en matière de pêcheries* (España c. Canadá), en el sentido de que lo fundamental es tratar de constatar la intención del Estado de producir efectos jurídicos en el plano internacional por medio de un acto unilateral, lo que debe deducirse de una interpretación natural y razonable de los términos de la expresión de voluntad, tomando en cuenta el contexto y las circunstancias en el momento de manifestar su voluntad —incluyendo el impacto que causa al crear una situación de confianza o expectativas legítimas de otros actos— y los objetivos que se pretenden alcanzar. Los dos proyectos de artículo sobre la interpretación deberían ser enviados al Comité de Redacción, y con los elementos mencionados se podría enunciar una regla general suficientemente amplia de interpretación de los actos unilaterales dejando para el comentario la mención del posible recurso a preámbulos y anexos, trabajos preparatorios, etc., sin perjuicio de que para determinadas categorías de actos unilaterales convenga ulteriormente especificar reglas de interpretación particulares.

10. En los párrafos 136 a 147 de su quinto informe, el Relator Especial dedica gran atención a la cuestión de la clasificación de los actos unilaterales según sus efectos jurídicos, y sostiene que no sólo es posible sino incluso necesaria. Esta clasificación quizá sea prematura mientras la Comisión no haya avanzado más en la recopilación de datos y en el análisis de la práctica de los Estados. A este respecto existe en la doctrina cierta convergencia, reflejada también en las opiniones de los gobiernos en sus respuestas escritas y en sus comentarios en la Sexta Comisión, acerca de las cuatro categorías tradicionales de actos unilaterales a los que se ha referido el Relator Especial (promesa, reconocimiento, protesta y renuncia), quien observa con razón que un mismo acto puede combinar elementos de dos o más de estas categorías.

11. En el capítulo II de su quinto informe, el Relator Especial señala a la atención de la Comisión algunas cuestiones, especialmente la del momento en que el acto unilateral produce efectos jurídicos, y propone los correspondientes

³ Véase 2723.ª sesión, nota 2.

proyectos de artículos. El proyecto de artículo 7, inspirado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, enuncia el carácter vinculante de los actos unilaterales. Esta regla podría resultar apropiada para aquellos actos unilaterales destinados a crear obligaciones para su autor, como la promesa, pero no serviría de regla general ya que, por ejemplo, no podría decirse que la protesta obliga al Estado que la realiza. En el estado actual del estudio de este tema una disposición *acta sunt servanda* no puede ir más allá del enunciado del deber del Estado que realiza un acto unilateral de observar una conducta coherente con el propósito del acto, de acuerdo con el principio de la buena fe y con la necesidad de respetar la situación de confianza o las expectativas legítimas que el acto genera, teniendo también en cuenta la gran diversidad de estos actos. Más adelante, al estudiar en particular determinada categoría de actos unilaterales, cabrá precisar las consecuencias jurídicas específicas de cada tipo de acto. Por ejemplo, se estudiará la fuerza vinculante de la obligación en el caso de la promesa, el efecto de oponibilidad en el caso del reconocimiento, el efecto opuesto, de no oponibilidad, en el caso de la protesta y su eventual irrevocabilidad en el caso de la renuncia.

12. En capítulo IV de su quinto informe, el Relator Especial aborda la cuestión de la estructura del proyecto de artículos y los trabajos futuros, distinguiendo especialmente una primera parte, que comprende las reglas que serían comunes a todos los actos unilaterales, y una segunda parte, que contendría el desarrollo de reglas especiales aplicables solamente a una determinada categoría de actos. Esta propuesta es aceptable como base para intentar ordenar las ideas y debería transmitirse al Grupo de Trabajo para su eventual reelaboración y perfeccionamiento. Por ejemplo, la segunda parte del proyecto, la de las reglas específicas, no debería limitarse a las reglas aplicables a la promesa o asunción unilateral de obligaciones sino que deberían abarcar también reglas particulares características de otras categorías, como la necesidad de que la renuncia sea explícita, la necesidad de que la promesa sea mantenida y la posibilidad de su retiro, las formas que puede revestir el reconocimiento y sus consecuencias, las modalidades y los límites de la revocación, etc. Por otro lado, alguno de los temas incluidos preliminarmente en ese capítulo pueden ser materia tanto de reglas particulares para ciertas categorías de actos como de algunas reglas de alcance general. Todo ello debería ser materia de análisis más detenido en el Grupo de Trabajo.

13. Sería deseable que muchos otros gobiernos imitaran el buen ejemplo de los países que ya han aportado información sobre su práctica en materia de actos unilaterales. Es muy oportuna la propuesta del Sr. Pellet de encomendar a la Secretaría la preparación de un relevamiento lo más amplio y completo posible sobre la práctica de los Estados, en particular la práctica reciente y contemporánea, y podría complementarse con las sugerencias del Sr. Simma de explorar la posibilidad de que un proyecto de investigación de este tipo cuente con el apoyo de alguna institución. Para ello el Relator Especial, secundado por un grupo de trabajo informal, debería preparar un plan de trabajo que especifique el objeto de la investigación, concentrando el análisis de la práctica en ejemplos concretos de las cuatro categorías tradicionales de actos unilaterales. Cuando disponga de toda esta información la Comisión estará

en condiciones de evaluar la forma de proseguir con esta labor a fin de dar forma definitiva a algunos proyectos de reglas generales y particulares. El Sr. Candioti propone, pues, que la Comisión adopte una decisión favorable a las propuestas de los Sres. Pellet y Simma.

14. El Sr. SIMMA dice que la poca cantidad de Estados que han respondido al cuestionario sobre la práctica en materia de actos unilaterales quizás se explique por la omnipresencia de estos actos en esa práctica. Con respecto a su propuesta, consiste en buscar la ayuda financiera de una institución en Alemania, para lo cual la solicitud debe ser presentada por un profesor alemán. Está dispuesto a realizar esta gestión en compañía del Relator Especial. Esta propuesta y la relativa a la intervención de la Secretaría no se excluyen mutuamente. Simplemente habría que encontrar una buena forma de relacionarlas.

15. El Sr. DAOUDI destaca la excelencia del quinto informe pero se pregunta si las reglas allí formuladas se aplican al conjunto de los actos unilaterales, que constituyen una categoría heterogénea, con regímenes jurídicos, efectos y modos de formación diferentes. Antes de definir estos actos sería importante profundizar, en un enfoque vertical, en cada uno de los actos examinados, lo que dejaría la posibilidad de examinar ulteriormente, en una forma horizontal, si estos actos presentan caracteres comunes, a partir de lo cual se podrían elaborar reglas generales y luego reglas especiales para determinados tipos de actos. Por lo tanto, no es oportuno adoptar desde ahora una definición, puesto que eso debería ser la conclusión del estudio. El estudio vertical en cuestión debería realizarse basándose en la práctica de los Estados porque, si bien la doctrina y la jurisprudencia son fuentes subsidiarias de derecho internacional, no bastan en este caso. El examen no debe limitarse a la práctica de una cantidad muy pequeña de Estados que hayan respondido al cuestionario. Por eso sería conveniente que la Secretaría realizara un estudio de la práctica de los actos unilaterales en el derecho internacional, eventualmente con la ayuda de un instituto de investigación, como ha propuesto el Sr. Simma.

16. En efecto, los actos unilaterales constituyen una realidad del derecho internacional. Es verdad que desde el plano teórico su valor jurídico se puede basar en el principio *pacta sunt servanda*, pero en la práctica el carácter vinculante de estos actos unilaterales se funda en el principio de la buena fe y en el deseo de seguridad de las relaciones jurídicas internacionales. Los actos unilaterales no son fuente de derecho pero, en determinadas condiciones, vinculan a los Estados que los han realizado.

17. Por lo que hace a las condiciones de validez, sería conveniente, como propone el Relator Especial, retomar *mutatis mutandis* los criterios del artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre la cuestión de saber quién puede comprometer al Estado. De todas formas, convendría verificar en la práctica de los Estados si otros órganos pueden comprometer al Estado en esferas específicas. Por el contrario, las referencias a las disposiciones de los artículos 7 y 8 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones⁴, o al artículo 4, como lo propuso un miembro, no tienen

⁴ Véase 2712.ª sesión, nota 13.

razón de ser ya que aquí no se trataría de responsabilidad sino de una manifestación de voluntad que compromete al Estado y que no sería el hecho de un simple funcionario del Estado.

18. Con respecto a la licitud del objeto del acto unilateral habría que pensar no solamente en el caso, señalado por el Relator Especial, del acto unilateral contrario al *jus cogens* sino también al del acto unilateral contrario al derecho consuetudinario, ilustrado por el ejemplo de una declaración hecha en 1980 por el Gobierno sirio según la cual el límite de las aguas territoriales de Siria se fijaba a una distancia de 35 km de la costa. Como esta decisión provocó fuertes protestas, especialmente por parte de los Estados Unidos de América, que declararon que sólo reconocían la zona tradicional de tres millas marinas, Siria dio marcha atrás para conformarse a la norma reconocida por el derecho del mar. En este caso un acto unilateral contrario a las reglas consuetudinarias provocó protestas, es decir actos unilaterales, que disputaban la validez de ese acto. De todas formas no hay que excluir que ante el silencio de los demás Estados, un acto unilateral puede marcar el comienzo de un cambio en la costumbre internacional y de una práctica nueva que será ratificada por la acumulación de precedentes.

19. Con respecto a la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, el Sr. Daoudi señala que sólo el Estado autor puede contestar la competencia de las personas que dan origen al acto unilateral; no es seguro que los demás Estados puedan invocar este argumento.

20. Con respecto a los actos unilaterales contrarios a una decisión del Consejo de Seguridad, convendría establecer una distinción. Es dudoso que se pueda invocar la nulidad porque el acto contraviene las recomendaciones efectuadas por el Consejo en virtud del Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, de las que se puede observar en la práctica que no son ejecutadas por los Estados. Por el contrario, un acto unilateral contrario a una decisión adoptada por el Consejo en virtud del Capítulo VII de la Carta sería nulo. Por lo que respecta al Artículo 103 de la Carta, no presenta el problema de la nulidad del acto, pero indica la primacía de los principios de la Carta sobre los actos unilaterales que fuesen contrarios a ella.

21. Volviendo a la cuestión de la interpretación, el Sr. Daoudi señala que los actos unilaterales suelen prepararse en poco tiempo en el seno de los ministerios de relaciones exteriores y que generalmente no han existido trabajos preparatorios.

22. El Sr. GAJA, volviendo sobre el punto planteado por el Sr. Daoudi de saber quién puede invocar la nulidad de un acto unilateral, destaca que en el ejemplo citado de la declaración del Gobierno sirio sobre la extensión de las aguas territoriales fueron, precisamente, Estados distintos del autor del acto quienes contestaron la validez del acto, debido a sus efectos negativos sobre los demás Estados.

23. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, pregunta al Sr. Gaja si considera que esta posibilidad de invocar la nulidad se limita a los Estados que han sufrido los efectos del acto, y si se puede considerar que existen actos que tengan efectos para determinados Estados y otros que tienen efectos para todos,

y que este hecho determine la facultad de los Estados de reaccionar ante un acto unilateral.

24. El Sr. GAJA responde que por lo que respecta al derecho del mar todos los Estados están afectados; en otras situaciones, sólo determinados Estados sufren los efectos del acto; puede tratarse, por ejemplo, de Estados vinculados por un tratado determinado.

25. El Sr. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Relator Especial), resumiendo el debate sobre el tema de los actos unilaterales de los Estados, dice que las observaciones, a veces críticas pero muy constructivas, formuladas sobre su informe se refirieron al tema en general y a la factibilidad del estudio; algunos miembros se preguntaron sobre la existencia de los actos unilaterales en el derecho internacional y sobre la importancia y posibilidad de elaborar reglas para regular su funcionamiento. También se plantearon cuestiones específicas en relación con los documentos sometidos a la consideración de la Comisión.

26. Por lo que respecta a las observaciones generales, un miembro señaló que le preocupaba que no se hubiese avanzado más en el examen de este tema, porque después de cinco años de trabajo todavía no se habían definido algunas cuestiones fundamentales. El Relator Especial señala que no es posible seguir adelante si la Comisión no llega a coincidencias esenciales, básicas. Un enfoque teórico es indispensable, pero también lo es el enfoque práctico. La Comisión debe profundizar en el estudio y tener en cuenta la opinión de los gobiernos, que no sólo se desprende de las respuestas al cuestionario sino también de sus declaraciones en la Sexta Comisión. El Relator Especial aprueba la iniciativa del Sr. Simma de crear un mecanismo que se encargaría de estudiar la práctica de los Estados con la ayuda de una institución privada externa. Los miembros de la Comisión también podrían transmitir al Relator Especial, como éste lo había solicitado en años anteriores, información sobre la práctica de sus respectivos países sin detenerse en los casos más recientes que pueden dar lugar a controversias.

27. Durante el debate se evidenciaron diversas tendencias. Algunos consideraron que el tema era imposible de codificar, incluso que los actos unilaterales no existían como tales en el derecho internacional y que por ello no producían efectos jurídicos. En pocas palabras, estos actos no podían ser considerados fuente de derecho internacional ni de obligaciones internacionales. Otros consideraron que era muy difícil el tema, que había que reformular el enfoque y buscar nuevas fórmulas para poder avanzar. Otro grupo consideró que el tema era codificable, y que esa regulación era necesaria para garantizar las relaciones jurídicas entre los Estados, pero planteando al mismo tiempo algunas dudas. Un miembro indicó que había que averiguar si la institución de los actos unilaterales existía y, en caso afirmativo, determinar el régimen jurídico aplicable. Para la gran mayoría de los miembros, así como para el Relator Especial, los actos unilaterales existen. Se comprueba por los medios de comunicación que son incluso muy frecuentes, lo cual es un primer elemento que debe tenerse en cuenta, pero que no siempre representan un compromiso jurídico. Luego hay que determinar si se trata de actos políticos o de actos jurídicos y, en este último caso, a qué categoría de actos jurídicos pertenecen. El estudio de la Comisión tiene por objeto el acto

unilateral, formalmente unilateral, pero que a la vez produzca efectos por sí mismo. Se ha dicho que la intención del Estado es fundamental para la determinación del acto. La manifestación de voluntad unilateral sería suficiente para que ese acto produjera efectos jurídicos. La cuestión es determinar si estos actos son verdaderamente unilaterales, es decir, si no se ubican en la esfera convencional y, en consecuencia, pueden ser objeto de la elaboración de reglas específicas, más aún, si estos actos pueden ser considerados actos jurídicos en el sentido estricto del término, es decir, si pueden producir sus efectos jurídicos. En opinión de la mayoría, el acto unilateral puede vincular al Estado que lo formula si se cumplen ciertos requisitos de validez. La jurisprudencia en la materia no se ha centrado solamente en las decisiones de la CIJ sobre los *Essais nucléaires*, que marca una pauta importante en el estudio de la promesa internacional, uno de los actos unilaterales más claramente definidos por la doctrina. En distintos asuntos se han dado decisiones importantes, especialmente en los asuntos *Temple de Préah Vihéar y Compétence en matière de pêcheries* (España *c.* Canadá). En todas estas decisiones la Corte consideró que estos actos unilaterales eran generalmente calificados de *sui generis* por la forma de su elaboración, que difiere de la forma de elaboración del acto convencional.

28. En el capítulo II del quinto informe se mencionó la necesidad de habilitar una norma sobre el carácter obligatorio de los actos unilaterales, que se podría definir remitiéndose al principio *pacta sunt servanda* recogido en la Convención de Viena de 1969. Esta habilitación sería un avance importante en materia de codificación de las reglas aplicables a los actos unilaterales. La posibilidad de elaborar una disposición con la norma *acta sunt servanda* tendría que ser considerada en forma más amplia por el Grupo de Trabajo que se reunirá la semana siguiente.

29. Algunos miembros destacaron que el tema no se refiere a una institución que pueda diferenciarse claramente de las otras, y que más bien se refiere a actos que ocurren fuera del marco de las instituciones existentes. Otros señalaron que el acto unilateral no crea derecho, sino que crea expectativas según el contexto histórico y que por ello no se pueden elaborar reglas de aplicación general. Otros, por el contrario, han señalado que las relaciones jurídicas no están limitadas al tratado ni a la norma consuetudinaria, sino que el Estado puede comprometerse, principalmente mediante un acto unilateral. Para algunos es una institución bien establecida en derecho internacional, opinión que comparte el Relator Especial. No se trata de una fuente de derecho internacional en el sentido que se recoge en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, que en alguna medida es el punto de referencia más importante respecto de los modos de formación del derecho internacional. No obstante ello, los actos unilaterales pueden ser fuente de obligaciones. Un miembro evocó la necesidad de la reciprocidad. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia han destacado que una de las características de estos actos es que para que produzcan sus efectos jurídicos no requieren de la aceptación, ni de ninguna reacción que refleje esa aceptación. Además, la reciprocidad debe distinguirse del interés. Por otra parte, la reciprocidad no está siempre presente ni siquiera en el ámbito convencional ya que puede haber en el marco de un tratado un compromiso sin reciprocidad.

30. Algunos miembros afirmaron que el tema debería estar limitado a la promesa y al reconocimiento, y que no se pueden elaborar reglas comunes debido a la excesiva diversidad de los temas. El Relator Especial cree que se pueden adoptar algunas reglas de aplicación común sobre el modo de formación y la interpretación de los actos. El acto unilateral es una manifestación unilateral de voluntad y ella es la misma en todos los casos, cualquiera que sea su contenido o sus efectos jurídicos. Si se toman los cuatro tipos reconocidos de actos unilaterales, que son la renuncia, el reconocimiento, la promesa y la protesta, es la intención del Estado la que da un efecto a cada uno de estos actos. Algunos señalaron que la intención no era importante, sino más bien los efectos que producía el acto. Pero para determinar los efectos jurídicos de un acto hay que determinar, en primer lugar, su carácter y, para ello, determinar la intención del autor del acto, lo que implica una interpretación. El Relator Especial cree que es posible elaborar una definición común y reglas de aplicación común a todos los actos, y que esta tarea le incumbe al Grupo de Trabajo.

31. No hay dudas de la complejidad del tema, pero se puede seguir si se logra un cierto consenso sobre determinados asuntos. La mayoría está a favor de seguir adelante. Se ha planteado una pausa para avanzar en el estudio de la práctica de los Estados, pero el Relator Especial está en desacuerdo porque cree que simultáneamente se puede continuar lo que hasta ahora se ha elaborado y progresar en la práctica.

32. El orador se opone tanto a una pausa como a la supresión del tema, como lo sugirió uno de los miembros, porque sería enviar a la comunidad internacional un mensaje contrario al enviado anteriormente, vale decir que la seguridad de las relaciones jurídicas era importante y que la regulación del funcionamiento de estos actos generaba una mayor confianza en esas relaciones. Por lo tanto, el Relator Especial propone que en primer lugar el Grupo de Trabajo se dedique a elaborar reglas comunes a todos los actos y, después, centre la atención en reglas específicas sobre un determinado acto unilateral, como la promesa o el reconocimiento.

33. Pasando a los comentarios formulados sobre los diversos temas presentados en el quinto informe, el Relator Especial señala que parece haber un acuerdo general en que la definición de acto unilateral contenida en el proyecto de artículo 1 puede abarcar todos esos actos. Es cierto que algunos plantearon dudas respecto de la oportunidad de calificar la manifestación de voluntad de inequívoca, invocando el carácter probablemente ambiguo de algunos de estos actos e incluso la necesidad o no de remitir a la notoriedad del acto, todas ellas cuestiones que podría resolver el Comité de Redacción. En este mismo orden de ideas, se observó que habría que contemplar la posibilidad de ampliar la categoría de destinatarios del acto unilateral, extendiéndola más allá de los Estados y las organizaciones internacionales a otras entidades como los movimientos de liberación. Este punto podría precisarse en el comentario, de no hacerlo en el cuerpo del artículo mismo, pero esto es también una cuestión que corresponde decidir al Comité de Redacción.

34. Por lo que respecta a la formulación del acto unilateral y en particular a las personas autorizadas para actuar en

nombre del Estado y comprometerlo en el plano internacional, se expresaron dos criterios: uno que desea limitar la capacidad de formular actos unilaterales a determinadas personas, en particular las mencionadas en el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969, y una corriente, más amplia, que considera que esa capacidad debe extenderse a otras personas, vale decir a todas las personas autorizadas por el Estado a formular actos unilaterales susceptibles de afectar a otros Estados. Respecto de este punto algunos miembros de la Comisión se refirieron al párrafo 93 del informe, en el que se mencionan los artículos 7 a 9 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión en su 53.º período de sesiones. El Relator Especial precisa que lo que intentó decir en ese párrafo es que la extensión que se plantea en ese proyecto, quizás en el artículo 3, no es válida o aplicable a los actos unilaterales: en efecto, hay un desarrollo diferente del derecho internacional en los dos casos, así como consideraciones diferentes.

35. Por lo que respecta a las condiciones de validez y causales de nulidad del acto unilateral, algunos miembros señalaron que era mejor no hacer una distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa, aunque otros señalaron que ello podría ser de interés. A juicio del Relator Especial la referencia a la nulidad absoluta o relativa tiene relación importante con la posibilidad de invocar la nulidad de un acto. De acuerdo con lo presentado en el informe, cuando se trata de un acto susceptible de nulidad absoluta, por ejemplo un acto que contradice una norma imperativa de derecho internacional o un acto formulado bajo coerción, cualquier Estado puede invocar la nulidad del acto. Es una cuestión de interés general, mientras que en los otros casos la cuestión se plantea diferente. La capacidad de invocar la causal de la nulidad por error corresponde al Estado interesado: ésta es la nulidad relativa. El acto puede ser convalidado por el Estado autor, sea en forma expresa o por comportamientos ulteriores, como se plantea en el ámbito del derecho de los tratados y se resuelve claramente en el régimen de Viena. Se plantea acá otra cuestión. En el caso de la protesta, el Estado destinatario es el que podrá invocar la nulidad del acto por error o por cualquier otra causal de nulidad de carácter relativo. En el caso de la promesa, será el Estado autor el que la podrá invocar. La situación varía en función del acto, lo que no significa que no se pueda elaborar una regla de aplicación común a todos los actos unilaterales. Se deja abierta la posibilidad al Estado –autor o destinatario del acto–, es decir a los Estados que entran en la relación contractual, de invocar la nulidad del acto.

36. El orador recuerda una vez más que el acto unilateral no deja de producir efectos bilaterales, lo que no puede significar que tenga carácter convencional y esté, por lo tanto, sometido a las reglas de Viena.

37. En relación con los artículos 5 *a*) a 5 *h*) sobre las causales de nulidad del acto unilateral, algunos miembros expresaron con mucho fundamento, que la referencia al «consentimiento» remitía al derecho de los tratados y que no tenía cabida en el tratamiento del tema de los actos unilaterales. En relación con la contrariedad del acto a una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*), el Relator Especial comparte la sugerencia de tomar en cuenta el artículo 64 de la Convención de Viena de 1969

relacionado con la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). En cuanto a la nulidad de un acto unilateral por su contradicción con una decisión del Consejo de Seguridad, algunos miembros señalaron que habría que precisar a qué categoría de decisiones se refiere, si sólo a las adoptadas en virtud o en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que son obligatorias, o también a las que se adopten en el marco del Capítulo VI de la Carta. Quizás deberían estar limitadas a las que pueda adoptar el Consejo en virtud de los Artículos 41 y 42 de la Carta. Algunos miembros de la Comisión se refirieron a la nulidad de un acto unilateral contrario a una obligación anterior asumida por el Estado por la vía convencional o por la vía unilateral. Para el Relator Especial no se estaría ante la nulidad del acto, ante una ausencia de condiciones de validez, sino ante un caso de conflicto de normas, lo que se recoge claramente en el régimen de Viena en disposiciones distintas a las relacionadas con la nulidad de los tratados.

38. Relacionando el acto unilateral con otros temas de la Comisión, en particular con el de la responsabilidad de los Estados, el Relator Especial señala que en este último caso el hecho, acción u omisión por el cual un Estado compromete su responsabilidad internacional es por lo general, si no siempre, un acto unilateral. Se trata de un trato ilícito que plantea una situación distinta y no se trata de causales de nulidad. Un acto contrario al derecho internacional, un acto unilateral por el cual incumple sus compromisos internacionales es un acto ilícito y el acto ilícito es nulo, no produce efectos jurídicos. Entra en juego la responsabilidad internacional.

39. El Relator Especial, tomando nota de que la inclusión del término «invocación» en las propuestas presentadas se consideró innecesaria, recuerda que este término figura en las disposiciones correspondientes de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. De lo que se trata es de la posibilidad de que un Estado invoque una causal de nulidad. La invocación de nulidad es algo distinto. En todo caso deberá ser constatada por una instancia jurisdiccional.

40. En lo que respecta a la interpretación del acto unilateral, sobre lo cual se presentaron dos proyectos de artículos, los proyectos de artículos *a*) y *b*), se formularon algunos comentarios importantes. Para algunos miembros de la Comisión es prematuro tratar este tema, pero el Relator Especial se pregunta si las reglas de interpretación que son fundamentales no deben ser examinadas desde ahora. Sólo a través de la interpretación podrá determinarse si el acto es unilateral, si es jurídico, si produce efectos jurídicos y vincula al Estado autor, y si está ubicado fuera de otros regímenes, como el del derecho de los tratados. Y además, como lo han sostenido algunos en la CDI y en la Sexta Comisión, las reglas de interpretación comunes pueden aplicarse a los diferentes actos unilaterales que entran en el cuadro del tema. Precisamente respecto de las reglas de interpretación se han hecho observaciones sobre la mención de la intención del Estado autor del acto. El Relator Especial repite que la interpretación se debe hacer de buena fe y de acuerdo con los términos de la declaración en su contexto, y ello se entenderá como el mismo texto, su preámbulo y los anexos que pueden formar parte de una declaración. La determinación de la intención del Estado autor es fundamental: puede ser inferida no sólo

de los términos de la declaración, oral o escrita, en ese contexto y de acuerdo con determinadas circunstancias, sino también, cuando no se logre determinar el sentido de acuerdo con la regla general, recurriendo a medios complementarios como serían los trabajos preparatorios. Como se formularon dudas respecto de los trabajos preparatorios, el Relator Especial puso la nueva redacción entre corchetes en el artículo b). Pero sigue pensando que, aunque difícil, es posible recurrir a los trabajos preparatorios, que serían la correspondencia interna de los ministerios de relaciones exteriores o de los órganos del Estado que participaron en la formulación del acto. En todo caso nada impide citar el recurso a estos medios de interpretación complementarios, alegando una expresión del tipo «en el caso de que sea posible» o «si fuera el caso», o simplemente una frase que refleje que puede haber esa posibilidad de recurrir a los trabajos preparatorios, pero que demuestre o evidencie que no es fácil ni frecuente.

41. Algunos miembros de la Comisión destacaron que el carácter restrictivo de la interpretación debía estar reflejado expresamente en la redacción. Esta precisión interesante puede limitar la preocupación de algunos de que cualquier acto pueda comprometer al Estado o, más bien, que el Estado pueda comprometerse por cualquier acto formulado o realizado por uno de sus representantes. La jurisprudencia ha sido clara en la interpretación, especialmente en los casos de controversia territorial: no se está ante actos de naturaleza jurídica, actos que por lo tanto tienen un carácter distinto, quizá político, pero que no vinculan al Estado que los formula.

42. Sin duda, los proyectos de artículos sobre las nulidades y la interpretación deberían ser remitidos al Grupo de Trabajo para determinar si es posible elaborar disposiciones de carácter común a todos los actos y luego abordar las cuestiones de fondo y precisar si habrá que suprimir o agregar reglas.

43. Durante el debate se hizo referencia a algunos de los actos unilaterales denominados clásicos en derecho internacional (renuncia, promesa, protesta, reconocimiento) aunque esta calificación no sea aceptada por todos. En relación con el reconocimiento se planteó la cuestión de la revocabilidad del acto mediante el cual un Estado reconoce una situación, un derecho o una pretensión jurídica y, concretamente, la revocabilidad del acto de reconocimiento de un Estado, cuestión que si bien no se ha examinado aún porque no parecía posible elaborar reglas de aplicación común, merece algún comentario. El acto de reconocimiento, la declaración de reconocimiento, desde luego que produce efectos jurídicos. En el caso del reconocimiento de un Estado en particular, hay que tener en cuenta varias cuestiones. En primer lugar, que la existencia del Estado como sujeto no depende del reconocimiento sino de la presencia o de la concomitancia de elementos que, para el derecho internacional, definen una entidad como Estado, como los deberes y los derechos. En segundo lugar, si se considera el carácter declarativo del reconocimiento, se puede concluir que produce determinados efectos jurídicos: el Estado que reconoce una entidad le otorga el estatus de Estado a esa entidad en sus relaciones internacionales.

44. Un miembro de la Comisión señaló que un Estado podía revocar también unilateralmente un acto formulado

por él. Es un tema difícil que se ubica en los efectos jurídicos de los actos unilaterales. El Estado que formula el acto unilateralmente ¿puede revocarlo también unilateralmente? Pareciera que no: el acto es unilateral pero la relación jurídica deja de serlo y se hace bilateral. Para el Relator Especial el Estado que formula el acto de reconocimiento no podría revocarlo.

45. El Relator Especial se excusa de no haber podido responder a todas las preguntas formuladas, pero asegura a la Comisión que el Grupo de Trabajo profundizará en el análisis en todos sus aspectos.

46. El PRESIDENTE anuncia que las consultas oficiales sobre el tema se seguirán en el seno del Grupo de Trabajo, teniendo en cuenta la propuesta presentada por el Sr. Simma y las observaciones formuladas por el Sr. Candioti.

Protección diplomática⁵ (continuación*) (A/CN.4/514⁶, A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1⁷, A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL (continuación*)

47. El Sr. COMISSÁRIO AFONSO, refiriéndose a la cláusula Calvo, observa que parte de dos premisas: un Estado independiente soberano tiene el derecho, en virtud del principio de la igualdad entre los Estados, de pretender no ser objeto de injerencia, diplomática o por la fuerza, en sus asuntos; los extranjeros tienen fundamento para gozar de derechos y privilegios iguales, pero no superiores, de los que se reconocen a los nacionales y, por consiguiente, los tribunales del Estado huésped ejercen una jurisdicción exclusiva sobre sus reclamaciones. En otros términos, en el contexto de la cláusula Calvo el trato nacional equivale a la «norma mínima internacional»: más precisamente el derecho internacional en ese caso impone a los Estados la obligación de reservar a los extranjeros el trato nacional, la legislación nacional regula los derechos y privilegios de los extranjeros y ninguna instancia internacional interviene.

48. Actualmente los dos principios mencionados son ampliamente aceptados en el derecho internacional y en la práctica y están consagrados en numerosas resoluciones e instrumentos aprobados por las Naciones Unidas, como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados⁸.

49. Si bien se adhiere a esta posición, el Sr. Comissário Afonso no puede dejar de señalar que el contexto internacional difiere en dos aspectos, como mínimo, de aquel en el cual se elaboró la cláusula Calvo hace casi un siglo. En primer lugar, en el mundo contemporáneo el

* Reanudación de los trabajos de la 2725.ª sesión.

⁵ 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.

⁶ Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

⁷ Véase la nota 1 *supra*.

⁸ Véase 2725.ª sesión, párr. 5.

comportamiento de los Estados se ve profundamente influido, si no condicionado, por normas comunes impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien nos podemos interrogar sobre la manera en que estos derechos influyen en la institución de la protección diplomática en general y sobre la regla del agotamiento de los recursos internos en particular, es cierto que la existencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales relativos a este tema desdibuja la distinción entre extranjeros y nacionales respecto del trato que les está reservado. Por lo demás, ni siquiera la forma en que un Estado trata a sus propios ciudadanos dentro de su propio territorio se considera ya un tema exclusivo de su soberanía. En segundo lugar, los gobiernos asignan importancia a la empresa privada y la reconocen, lo que permite a los inversores extranjeros privados gozar actualmente de un entorno jurídico seguro, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales destinados a promoverlos y a protegerlos.

50. Por eso el Sr. Comissário Afonso cree que la cláusula Calvo podría conciliarse con el derecho de un Estado de ejercer su protección diplomática. El Relator Especial podría probablemente indicar cuándo y en qué condiciones una renuncia al ejercicio de la protección diplomática o una resolución de la reclamación formulada por un extranjero puede poner en peligro este derecho.

51. Con respecto al proyecto de artículo 16 propuesto por el Relator Especial, el Sr. Comissário Afonso está de acuerdo en que la cláusula Calvo no debería extenderse a los casos de denegación de justicia, y esto debería quedar claramente establecido en el texto. Por lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de artículo, el orador tiene dudas sobre su utilidad, ya que esta disposición sólo expresa lo que ya abarca la noción de protección diplomática. La regla del agotamiento de los recursos internos supone que siempre es posible una instancia de recurso internacional, especialmente en caso de denegación de justicia. Por eso el Sr. Comissário Afonso es partidario de suprimir este párrafo.

52. El Sr. GAJA comienza declarando que tomará en consideración la «cláusula» Calvo y no la «doctrina» Calvo, ya que ésta constituye un aspecto de las reglas primarias relativas al trato de los extranjeros. La primera frase del párrafo 1 del artículo 16 propuesto por el Relator Especial parece no tener más que un valor simbólico. Confirma la validez de la cláusula Calvo al conferirle efectos extremadamente limitados: se supone que el extranjero ha renunciado válidamente a su derecho de «solicitar protección diplomática en relación con asuntos relativos al contrato». Ahora bien, jurídicamente el alcance de esta renuncia es incierto. En el proyecto de artículos nada parece indicar que la solicitud de protección diplomática presentada por el extranjero sea condición previa al ejercicio de esta protección. Según los proyectos de artículos ya enviados al Comité de Redacción, el Estado de nacionalidad goza del derecho discrecional de ejercer o no la protección diplomática. La cuestión no parece consistir en saber si la cláusula Calvo es o no válida en derecho internacional. Tal como se interpreta en el proyecto de artículo 16, en derecho internacional la cláusula no está prohibida, y ni siquiera se la considera lícita: simplemente carece de interés. Seguramente habría ruptura del contrato si, en contra de sus disposiciones, el extranjero invocara

la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, pero no habría infracción del derecho internacional por parte del extranjero, ni menos por parte del Estado de nacionalidad. Suponiendo que en el derecho internacional existiese la obligación de que un extranjero no invocara la protección diplomática de su Estado nacional, esto no sería determinante en la práctica. Probablemente la protección diplomática no se ejerza si no se solicita. No es necesario que esta solicitud dimane del particular perjudicado, ya que otras personas podrían atraer la atención del Estado de nacionalidad y éste no estaría ligado por el contrato que incluye la cláusula Calvo. No habría violación de una presunta regla de derecho internacional que prohíba a un extranjero solicitar la protección diplomática de su Estado nacional.

53. Sea como fuere, según el Relator Especial la obligación del extranjero de no invocar la protección diplomática deja de existir cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito. Pero, además de la denegación de justicia en el contexto del agotamiento de los recursos internos, podría haber otras violaciones del contrato equivalentes a un hecho internacionalmente ilícito. Como ha señalado el Sr. Pellet (2725.ª sesión), el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 implica que un extranjero no puede solicitar la protección diplomática de su Estado nacional mientras no se haya cometido un hecho internacionalmente ilícito, pero esta protección de todas maneras no estaría disponible. Cuando se ha cometido un hecho internacionalmente ilícito se puede solicitar y ejercer la protección diplomática, figure o no en el contrato una cláusula Calvo.

54. Por lo que respecta al párrafo 2 del proyecto de artículo 16, no agrega nada, como acaba de afirmar el Sr. Comissário Afonso. Como ha explicado el Relator Especial, supone que el Estado huésped no ha renunciado a la regla del agotamiento de los recursos internos. Esto es superfluo, pues el examen del artículo 14 mostró que no puede inferirse una renuncia tácita.

55. Resulta que la confirmación de la validez de la cláusula Calvo es eminentemente simbólica. Además, se presta a confusión porque la primera frase del artículo 16 parece apoyar la posición defendida por algunos Estados huésped según la cual la cláusula Calvo tendría en el derecho internacional el efecto de impedir al Estado de nacionalidad ejercer la protección diplomática, incluso en el caso de un hecho internacionalmente ilícito. Pero ésta no es la intención subyacente en el artículo 16, cuya segunda frase responde a la idea de que el Estado de la nacionalidad tiene la prerrogativa de ejercer su protección diplomática y la cláusula Calvo no atentaría contra este derecho.

56. El Sr. Gaja repite que es partidario de elaborar una disposición general sobre la renuncia, por parte del Estado de la nacionalidad y del Estado huésped, en este contexto. Con respecto a la cláusula Calvo, tendría su lugar más bien en el comentario que en el texto mismo del proyecto.

57. La Sra. XUE felicita al Relator Especial por la concisión y el interés de la sección C de su tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) dedicada al proyecto de artículo 16, que se basa en la cláusula Calvo. Esta cláusula se analiza muy claramente, desde sus antecedentes hasta su aplicación actual, a través de la práctica de los Estados, la

jurisprudencia y la doctrina. Se puede ver que existen dos posiciones extremas. Por un lado, a través de los años se ha aceptado y reafirmado la regla del agotamiento de los recursos internos. Por el otro lado, esta regla nunca ha privado al Estado de la nacionalidad del derecho a proteger a sus nacionales cuando han sido perjudicados por un acto internacionalmente ilícito cometido por el Estado demandado. Por lo tanto la cláusula Calvo merece ser reconocida entre las normas relativas a la protección diplomática.

58. En su informe, el Relator Especial propone dos opciones. La primera sería renunciar a la elaboración de una disposición al respecto porque la cláusula Calvo sólo reafirma la norma del agotamiento de los recursos internos, ya formulada en el artículo 10. La segunda opción consistiría en integrar una disposición semejante a la que figura en el artículo 16. Un examen detenido del proyecto de artículo 16 muestra que el Relator Especial se ha esforzado por mantener un equilibrio entre los intereses soberanos de los Estados respecto de la jurisdicción nacional y los relativos a la protección de sus nacionales que se encuentren en el extranjero. Se trata de evitar a la vez toda injerencia y toda lesión de un derecho. La Sra. Xue considera que el proyecto de artículo 16, bajo reserva de algunas modificaciones de forma, debe mantenerse, por muchas razones. En primer lugar, en cuanto norma codificada, reafirma el derecho de un Estado de establecer este tipo de relación contractual con un extranjero que ejerce actividades en su territorio. Si se piensa en la importancia que tienen las actividades de las sociedades transnacionales y la influencia que ejercen en la economía mundial está claro que esta disposición es indispensable. En segundo lugar, el proyecto de artículo 16 aclara los límites de una relación contractual de este tipo, en especial al garantizar los derechos del Estado de nacionalidad en virtud del derecho internacional. En tercer lugar, para el caso en que se hubiera redactado el contrato en forma diferente, como en el asunto *North American Dredging Company*, habría que estipular claramente la necesidad de agotar los recursos internos antes de que el asunto sea enviado ante una instancia internacional de solución judicial. A este respecto la Sra. Xue espera sea éste el sentido que se dé al párrafo 2 del artículo 16.

59. La Sra. Xue, si bien es partidaria del proyecto de artículo 16 en su conjunto, formula una reserva con respecto al párrafo 1. En el resto del proyecto de artículos el Estado de nacionalidad puede ejercer su protección diplomática sólo cuando un hecho internacionalmente ilícito se atribuye al Estado demandado. En el artículo 16 se agrega una nueva condición, vale decir que el daño que sufriera el extranjero preocupe directamente al Estado de su nacionalidad. Habría que precisar si esta expresión remite a la violación de una obligación internacional, a un daño causado directamente al Estado –también– o a una preocupación más general en relación con la protección de los derechos humanos, sin lo cual la amplitud de toda la disposición disminuiría considerablemente. En conclusión, bajo reserva de las observaciones que ha formulado, la Sra. Xue considera que el proyecto de artículo 16 debe ser enviado al Comité de Redacción.

60. El Sr. MOMTAZ agradece al Relator Especial el esfuerzo suplementario que ha desplegado en la sección C de su tercer informe dedicada a la cláusula Calvo. Este texto tiene mucho mérito, sobre todo el de haber refrescado la

memoria de los miembros de la Comisión respecto de una cuestión que hoy en día ya no se discute. La impresión general que se desprende de esa adición es que el verdadero objetivo de la cláusula Calvo fue, en su momento, excluir la protección diplomática en toda circunstancia y que esta tesis «extremista» jamás fue reconocida por el derecho internacional, ni siquiera a nivel regional. Es verdad que el Relator Especial se refiere (secc. C.4) a la codificación de la cláusula Calvo en el continente americano. Precisa que estos esfuerzos de codificación fueron coronados por el éxito en los países de América Latina, y para probar el fundamento de esta afirmación cita tres instrumentos regionales que parecen poner el acento en la necesidad de que el extranjero lesionado por un acto ilícito recurra a los tribunales competentes del Estado demandado, vale decir en la norma del agotamiento de los recursos internos. En efecto, en los tres casos la infracción a esta norma dio lugar a excesos que fueron condenados por los Estados latinoamericanos, a justo título, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. El Sr. Momtaz desea preguntar al Relator Especial si en la época en que se inventó la cláusula Calvo la norma del agotamiento de los recursos internos se consideraba una norma consuetudinaria. El orador lo duda, y desearía establecer una relación entre la cláusula Calvo y el nacimiento de la norma del agotamiento de los recursos internos en este período. A este respecto, la resolución sobre «responsabilidad internacional del Estado» adoptada en 1933 por la séptima Conferencia Internacional Americana⁹ es suficientemente explícita. Por otro lado, la jurisprudencia establecida por la Comisión General de Reclamaciones entre México y los Estados Unidos de América en el marco del asunto *North American Dredging Company* también señaló la necesidad de agotar los recursos internos. Como desde entonces los Estados latinoamericanos han flexibilizado en cierta forma su posición, el Sr. Momtaz duda de la utilidad de codificar la cláusula Calvo en el proyecto de artículos. Es interesante observar que los países en desarrollo, siempre deseosos de atraer las inversiones extranjeras, se esfuerzan por crear las condiciones propicias, para lo cual ofrecen garantías jurídicas. De ello resulta un trato privilegiado para los inversores extranjeros en comparación con el acordado a los inversores nacionales, lo que la cláusula Calvo deseaba denunciar y evitar. Evidentemente nada impide que un extranjero se comprometa a no solicitar la protección diplomática del Estado del cual es nacional. Pero es evidente, como ya se ha señalado en muchas oportunidades, que esta promesa no compromete en absoluto al Estado de la nacionalidad. En realidad el Sr. Momtaz piensa que las cuestiones planteadas en la sección C del tercer informe están íntimamente ligadas a las planteadas por la renuncia al agotamiento de los recursos internos y que sería preferible que fuesen todas estudiadas en ese contexto.

61. Por todas estas razones el Sr. Momtaz es partidario de la primera opción propuesta por el Relator Especial, sin perjuicio de que se mencione la cláusula Calvo en el comentario al artículo pertinente del proyecto de artículos, probablemente el dedicado a la norma del agotamiento de los recursos internos.

⁹ *Conferencias Internacionales Americanas, 1889-1936*, Dotación Carnegie, 1938, págs. 546 y 547; reproducida en *Anuario...* 1956, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 6, págs. 222 y 223.

62. El PRESIDENTE, hablando en su calidad de miembro de la Comisión, dice que el principal problema que encuentra la Comisión es la falta de consenso y que habría que remediarlo sin dejar de lado elementos que algunos miembros han juzgado pertinentes. Se quedó sinceramente sorprendido y disgustado cuando el Relator Especial indicó que tenía la intención de incluir en el proyecto de artículos una mención de la cláusula Calvo. En efecto, considera que las perspectivas de lograr un acuerdo sobre esta cuestión son prácticamente nulas. Aprueba la norma del agotamiento de los recursos internos pero, como el Sr. Brownlie ha indicado bien claramente, la Comisión debería abstenerse de elaborar una disposición sobre la cláusula Calvo porque excede de su competencia. El Presidente exhorta a los miembros de la Comisión a no pronunciarse sobre un tema que ha tenido un impacto más emocional que jurídico en los últimos decenios y, por lo tanto, a no enviar el proyecto de artículo 16 al Comité de Redacción. Los invita a tomar simplemente nota del informe sobre la cuestión.

63. El Sr. KABATSI felicita al Relator Especial por su tercer informe, tan excelente, y por la idoneidad que ha demostrado al tratar las cuestiones pertinentes, esencialmente la norma del agotamiento de los recursos internos, la carga de la prueba en la aplicación de esta norma y, por último, la controversia con respecto a la cláusula Calvo. Agradece que el Relator Especial no haya cedido a la tentación de imponer su posición y sus conclusiones en la Comisión, sino que la haya dejado enteramente libre de pronunciarse sin herir su susceptibilidad. Recuerda que en el pasado algunos relatores especiales se ofendieron con las decisiones de la Comisión y que uno de ellos llegó a renunciar a su mandato.

64. Por lo que respecta al alcance del proyecto de artículos, habría que determinar si el tema debe limitarse a la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos o extenderse a otras cuestiones tales como la protección funcional de sus funcionarios por los organismos internacionales, el derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o de una aeronave de presentar una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros, el caso en que un Estado ejerce su protección diplomática respecto de un nacional de otro Estado, este último habiendo delegado al primero su derecho de hacerlo, o el caso en que un Estado o una organización internacional administran o controlan un territorio. A este respecto el Sr. Kabatsi está totalmente convencido de que, por los motivos que el Relator Especial expone en el párrafo 17 de su informe, por ahora el alcance del proyecto de artículos debería quedar limitado a las cuestiones que ha determinado.

65. Tratándose de las excepciones al principio general según el cual los recursos internos deben agotarse, el Sr. Kabatsi acoge favorablemente el proyecto de artículo 14, en especial la opción 3 propuesta en el apartado *a* («no ofrecen una posibilidad razonable de constituir un recurso efectivo»). Por lo que respecta al cargo de la prueba relativa al agotamiento de los recursos internos, aprueba la propuesta formulada en el párrafo 2 del proyecto de artículo 15 porque el Relator Especial enuncia allí claramente las responsabilidades que incumben al Estado demandado y al Estado demandante, respectivamente.

66. Por último, con respecto a la cláusula Calvo y el proyecto de artículo 16, se trata de saber si esta cláusula agrega un elemento nuevo a la norma del agotamiento de los recursos internos. Quizás no sea verdaderamente el caso, como han señalado aquellos miembros que consideran superfluo el proyecto de artículo 16. El Sr. Kabatsi no está totalmente seguro. Pero considera que esta disposición es conveniente porque sirve para destacar la norma del agotamiento de los recursos internos y la aclara un poco más. Por este motivo sería útil conservarla. Por el contrario, el párrafo 2 del artículo 16 no parece agregar gran cosa al contenido del párrafo 1, y se podría abandonar. El Sr. Kabatsi, bajo reserva de esta última observación, es partidario de incluir esta disposición en el proyecto de artículos.

67. El Sr. DAOUDI se hace eco del agradecimiento expresado al Relator Especial por su tercer informe. Éste, además de la riqueza de información que contiene, tiene el mérito de haber conservado una notable objetividad. Con respecto a las dos opciones que el Relator Especial propone en la conclusión de su informe, el orador reconoce la gran tentación de conservar la primera, vale decir de no incluir la cláusula Calvo en el proyecto de artículos, por dos motivos importantes. Por una parte, las circunstancias que llevaron a los países de América Latina a adoptar la cláusula Calvo ya no son de actualidad, aunque estos países conserven rastros de ella en su doctrina. Por otra parte, ahora los Estados aceptan renunciar a exigir, en los contratos concluidos con extranjeros, no solamente el agotamiento de los recursos internos sino también la aplicación de su derecho nacional.

68. Pese a ello el Sr. Daoudi piensa que la segunda opción, vale decir el proyecto de artículo 16 propuesto, es más interesante porque es más respetuosa de los principios de la soberanía de los Estados y de la no injerencia en sus asuntos internos. El proyecto de artículo 16 contiene, en su párrafo 1, tres variantes de la cláusula Calvo, retomadas casi textualmente de las fórmulas de García Amador. El texto del apartado *a* es aceptable, lo cual no es el caso de los apartados *b* y *c* porque prevén la posibilidad de que el extranjero renuncie a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad aunque el Estado huésped haya cometido un hecho internacionalmente ilícito o haya habido denegación de justicia. Pero este derecho no pertenece al particular sino al Estado de su nacionalidad.

69. La segunda parte del párrafo 1, que comienza por las palabras «Sin embargo, dicha estipulación contractual no afectará el derecho del Estado de la nacionalidad [...]» podría reemplazar el texto actual del párrafo 2. Efectivamente, este último es inútil y diluye demasiado los efectos de la norma, reduciéndola a una simple presunción, lo que puede dar lugar a un conflicto de interpretación que dirimirán el juez o el árbitro. Una vez formuladas estas reservas, el Sr. Daoudi está de acuerdo en enviar el proyecto de artículo al Comité de Redacción.

70. El Sr. DUGARD (Relator Especial) insiste en que la cláusula Calvo ha influido en el debate sobre la protección diplomática todo lo largo de su historia y que la Comisión no puede dejarla de lado únicamente porque se trate de un simple arreglo contractual. Si decide abandonar esta cláusula con el argumento de que no entra en el marco de su mandato, que es codificar las normas del derecho

internacional, se arriesga a dar la impresión de que no ha tratado el tema porque presenta problemas espinosos. Indudablemente es un tema difícil, que conlleva una gran carga emocional y simbólica, pero la Comisión no puede permitirse dejar de examinarlo únicamente por razones políticas. El Sr. Dugard espera que los miembros tengan esto presente en las sesiones ulteriores que se dediquen a esta cuestión.

Se levanta la sesión a las 13.05 horas.

2728.ª SESIÓN

Viernes 31 de mayo de 2002, a las 10.05 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kamto, Sr. Kemicha, Sr. Koskenniemi, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Sreenivasa Rao, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Tomka, Sra. Xue, 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. KOSKENNIEMI dice que la cláusula Calvo no es más que un complemento muy secundario de la normativa vigente y conviene con el Sr. Brownlie en que dicha cláusula se refiere a una cuestión que realmente no corresponde al ámbito del tema.

2. Cuando se establece una excepción a una norma, la excepción suele adquirir una importancia considerable. Se puede encontrar una excepción de ese tipo en el párrafo 1 del proyecto de artículo 16 incluido en la sección C del tercer informe del Relator Especial sobre la protección diplomática (A/CN.4/523 y Add.1), donde se dice: «[...] 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». Muchos miembros han sostenido la necesidad de hacer un gesto simbólico en reconocimiento de la igualdad soberana y de realizar cambios en el sistema internacional. A su juicio, sin embargo, la última parte del párrafo 1 abre una puerta a la intervención. Al fin y al cabo, toda relación contractual, en particular si tiene importancia económica, se considerará que concierne al Estado de la nacionalidad. Por ejemplo, una gran empresa que tenga un contrato con un Estado receptor mantendrá probablemente buenas relaciones con la embajada de su propio Estado; si surge un problema, la empresa comunicará seguramente a la embajada que convendría efectuar algún tipo de gestión diplomática. El embajador considerará que la cuestión concierne directamente al propio Estado y que justifica el tipo de intervención para la cual se estableció la cláusula.

3. La cláusula Calvo no tiene sólo efectos simbólicos. La alusión a las cuestiones que conciernen directamente al Estado deja en manos del embajador la decisión de abordar la cuestión a nivel internacional, a pesar de la renuncia. Habida cuenta de que es difícil definir las cuestiones que «preocupan directamente» a los Estados, sería mejor que no hubiere ninguna disposición sobre la cláusula Calvo. Esta cláusula demuestra que hacer algo por motivos simbólicos puede acarrear consecuencias contrarias a las previstas.

4. El Sr. FOMBA dice que es uno de los miembros que consideraron conveniente estudiar la cláusula Calvo, siempre que se hiciera desde el punto de vista de la cuestión general de la renuncia a la protección diplomática.

5. El punto de partida del artículo 16 es el hecho internacionalmente ilícito, que concierne directamente al Estado de la nacionalidad, incluso en la persona de uno de sus nacionales. Por lo tanto, no existe el derecho de un nacional a la protección como tal, sino un derecho a ejercer la protección, del que sólo disfruta el Estado.

6. En cuanto a las consecuencias de la cláusula Calvo, deben aclararse las dos situaciones relacionadas con la cuestión de la renuncia. En primer lugar, sólo el Estado, y no el nacional, tiene derecho a la renuncia. En segundo lugar, el único camino que tiene abierto el nacional es tratar de convencer al Estado de que renuncie al ejercicio de su derecho por la razón que sea.

7. En general, comparte la opinión del Sr. Pellet sobre la lógica interna y el enunciado del texto. Está a favor de remitir el párrafo 1 al Comité de Redacción, siempre que se mantenga únicamente el apartado pertinente, es decir, el apartado *a*, y apoya la propuesta del Sr. Pellet de reformular el párrafo 2.

8. En cuanto al carácter regional de la cláusula, observa que la opinión dominante de los internacionalistas es bien conocida, y también que la CIJ ha aceptado la idea de la costumbre regional, si bien ha subrayado que «la parte que alega una costumbre de ese tipo debe demostrar que esa costumbre ha arraigado de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra parte» (asunto *Droit d'asile* [pág. 276]).

9. Por último, hace suyas en general las opiniones expresadas por el Sr. Daoudi y el Sr. Momtaz.

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).