

# NOMOGÉNESIS INTERNACIONAL, ACTOS UNILATERALES NO AUTÓNOMOS Y SILENCIO

ANTONIO MARTÍNEZ PUÑAL

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Nomogénesis internacional, actos unilaterales y silencio. III. Tratados internacionales: 1. Tratados internacionales y actos unilaterales; 2. Tratados internacionales y silencio. IV. Costumbres internacionales: 1. Costumbres internacionales y actos unilaterales; 2. Costumbres internacionales y silencio.

## I. INTRODUCCIÓN



A pesar de que la igualdad entre los Estados soberanos, junto con la necesidad del acuerdo entre ellos, le confiere al Derecho internacional a la hora de la instauración de obligaciones recíprocas una naturaleza preferentemente consensual, no obstante, no por ello, los actos y las conductas unilaterales dejarán de tener un importante papel dentro de aquél.

Ciertamente, los actos de voluntad estatales resultarán inherentes al desarrollo del Derecho internacional. Los actos unilaterales, como hilos conductores del compromiso internacional de los Estados, no son nuevos para la doctrina y la jurisprudencia internacionales. Con todo, a pesar de su presencia frecuente, los actos unilaterales constituyen un tema sin duda complejo, a veces no del todo suficientemente estudiado.

En relación con esta temática de los actos unilaterales de los Estados, puede observarse una opinión creciente favorable a la comprensión de las repercusiones del silencio dentro del Ordenamiento internacional en general<sup>1</sup> y,

---

1 Los trabajos, más bien escasos, que conocemos referentes al silencio, desde la perspectiva del Derecho internacional público, son los de : BENTZ, J.: "Le silence comme manifestation de volonté en Droit International Public", *Revue Générale de Droit International Public* (en adelante *R.G.D.I.P.*), T. LXVIII, 1963-1, pp. 44-91 ; BUZZINI, G. P.: "Abstention, silence et droit international", *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LXXXVIII, Fasc. 2, 2005, pp. 342-382, trabajo dedicado casi todo al silencio ante las violaciones de una regla de Derecho internacional general.

particularmente, por lo que respecta a la ponderación y valoración de su papel como un comportamiento pasivo susceptible de incorporar una aquiescencia en el marco de los actos unilaterales, ya sean no autónomos –en el ámbito de la creación de los tratados y de las costumbres internacionales– ya sean autónomos, conformadores los últimos por sí solos de una obligación internacional para el Estado emisor<sup>2</sup>. En este contexto, no es de extrañar que haya llegado a producirse alguna discusión con respecto a si el silencio pudiera ser calificado sino *por sí mismo sí en sí mismo*, encarnado en sus circunstancias propias, como un acto unilateral<sup>3</sup>. Siendo ello así, entendemos que quizás resulte conveniente examinar su papel en la integración de un posible acto unilateral no autónomo o autónomo<sup>4</sup>. Nosotros lo haremos en esta ocasión desde la óptica de los no autónomos, requeridos para la realización tanto de los tratados internacionales como de las costumbres internacionales<sup>5</sup>.

- 
- 2 La existencia de una obligación internacional únicamente para una de las partes es posible también en el campo de los Tratados internacionales. En este sentido, SUY subrayaría que “souvent il arrivera qu’une seule des parties contractantes s’engage d’une prestation sans que l’on trouve le *pro quo* de l’autre partie ... Il existe en fin des accords où l’une des deux parties promet *expressis verbis* à l’autre partie de faire quelque chose” (SUY, E.: *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962, p. 112).
  - 3 En esa línea, RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT, afirman que “el silencio..., sin duda, produce en determinadas circunstancias efectos jurídicos incuestionables similares a los de cualquier decisión voluntarista” (RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y BETANCOURT C. M<sup>a</sup>.: *Introducción al Estudio del Derecho de los Tratados y de los Actos Jurídicos Unilaterales de los Estados*, Caracas, 2004, pp. 208-209).
  - 4 Quisiéramos destacar que, a efectos de creación de normas internacionales, más que el *modo* importa la *voluntad* del Estado al respecto. Así, MILLÁN MORO subraya, que: “En primer lugar hay que destacar la relevancia que tiene, en este proceso, la voluntad de los Estados. En las primeras fases de elaboración de la norma consuetudinaria, es importante la voluntad de los Estados individualmente considerados, en la fase final lo importante es el consenso general de los Estados” (MILLÁN MORO, L.: *La “opinio iuris” en el Derecho Internacional contemporáneo*, Madrid, 1990, p.187; En este sentido, PELÁEZ MARÓN había escrito que: “Conviene, entonces, subrayar con el profesor RODRÍGUEZ CARRIÓN, que tanto la costumbre como el tratado ‘sólo son fuentes formales de expresión de la fuente material del Derecho internacional’ que es la voluntad estatal. En consecuencia, puede señalarse que, en una sociedad como la internacional, altamente descentralizada y deficientemente institucionalizada, el mayor interés que revisten los fenómenos de ósmosis que pueden observarse entre los distintos procedimientos de positivización, reside en el hecho de que los mismos facilitan, cuando no posibilitan, la cristalización del consenso general de los Estados” (PELÁEZ MARÓN, J. M.: *La crisis del Derecho Internacional del desarrollo*, Córdoba, 1987, pp. 60-61). La cita a A. RODRÍGUEZ CARRIÓN corresponde a *Lecciones de Derecho internacional público*, Málaga, 1984, p. 216.
  - 5 Podríamos preguntarnos por las razones por las cuales nos circunscribimos a los actos de los Estados, no ocupándonos de los de las Organizaciones internacionales. Dejando constancia aquí de la inexcusabilidad del acto unilateral –a la hora de la adopción de los actos-resoluciones, normativos o no– para la formulación de su voluntad, debemos precisar sin embargo que, sin desconocer la posibilidad de la conformación por una organización internacional de actos unilaterales en relación con el proceso de creación de los tratados y de las costumbres internacionales e incluso de actos autónomos, creadores para la organización internacional de una obligación internacional de naturaleza no sinalagmática en relación con un tercero, nosotros nos centraremos específicamente en los actos unilaterales no autónomos –y en su contexto, en el silencio– de los Estados. Fácilmente podrá entenderse que razones

La discusión en torno a la calificación jurídica de las posibilidades del silencio como expresión de la voluntad en el plano internacional viene ya de tiempo atrás. Así, ya en 1918, advertía CAVAGLIERI: "Il silenzio adempie indubbiamente nei rapporti internazionali la funzione di fatto manifestativo di volonta in missura assai più larga di quanto non avvenga nel diritto interno"<sup>6</sup>.

Evidentemente, el silencio como manifestación de voluntad puede ser entendido en diversos sentidos a tenor de sus circunstancias, tal como afirmara De LUNA: "El 'silencio' puede significar cualquiera de estas cosas diversas: indiferencia, reprobación o aprobación. Sin embargo, está claro que ninguna de las tres es absoluta en derecho internacional. El verdadero significado del silencio ha de inferirse de sus particulares circunstancias"<sup>7</sup>.

Habrà sido muy probablemente un contexto como éste de apreciaciones y reflexiones personales el que llevó a KISS a preguntarse y a responder afirmativamente que el silencio internacional puede suponer una aquiescencia: "Le silence gardé par un Etat devant un fait donné, équivaut-il à l'acquiescement? Il en a été jugé ainsi en à plusieurs reprises"<sup>8</sup>.

El silencio fue visto asimismo por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional para los Actos Unilaterales de los Estados (en adelante Relator Especial), Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO, como un modo de manifestación de la voluntad con unos efectos jurídicos apreciables, tal como advirtiera en 1998 cuando escribía que: "No hay duda de que el silencio es una modalidad de expresión de la voluntad del Estado que puede producir efectos jurídicos importantes aunque sea de valor indeterminado. La doctrina lo ha considerado de manera expresa y detenida y la jurisprudencia, en particular la CIJ, lo ha examinado en algunos de los asuntos, como el de las pesquerías noruegas, el derecho de paso sobre territorio indio, el Templo Preáñ Vihéar, las actividades militares y paramilitares y la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima, entre otros"<sup>9</sup>.

---

como las que afectan a pormenores de la naturaleza de los actos de las Organizaciones internacionales y otras derivadas del espacio disponible en este muy merecido Homenaje académico al Profesor Doctor José Manuel Peláez Marón, ante todo, con todo y después de todo, un hombre bueno, justo, recto y sabio, nos obligan a ello.

Sobre los actos de las organizaciones internacionales, entre otros: MIAJA DE LA MUELA, A.: "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales", *Revista Española de Derecho Internacional (R.E.D.I.)*, N.º 20, 1967, pp. 432-433; VIRALLY, M.: "Unilateral Act of International Organizations", en Bedjaoui, M. (ed.), *International Law : Achievements and Prospects*, 1991, pp. 241-263; RIGALDIES, F.: "Contribution à l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public", *Thémis*, Vol. 15, Núm. 3, 1980-1981, pp. 433-451; CASTILLO DAUDÍ, M.: "Sobre la aplicabilidad de la teoría de los actos unilaterales a los realizados por las organizaciones internacionales", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976, núm. 6, tomo LXXII, pp. 593-615; PELÁEZ MARÓN: *La crisis del Derecho Internacional ...*, cit., 1987, pp. 68-90.

- 6 CAVAGLIERI, A.: *Alcune osservazioni sul concetto di renuncia*, Spoleto, 1918, p. 18.
- 7 De LUNA, A.: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. I. Actas resumidas del décimo quinto período de sesiones, 6 de mayo-12 de julio de 1963, Nueva York, 1964, pfo. 20, p. 193.
- 8 KISS, A.: "Les Actes unilatéraux dans la pratique française du droit international", *R.G.D.I.P.*, Vol. 65, 1961, pp. 325-328.
- 9 *Cuarto informe sobre los actos unilaterales del Estado*, A/CN.4/519, 30 de mayo de 2001, pfo. 25, pp. 5-6.

En esa línea de apreciación de un alcance y unos efectos jurídicos de consentimiento para el silencio se manifestaría, asimismo, el Relator Especial mediante la realización, en 2001, de algunas consideraciones al respecto del valor del silencio, afirmando, con alguna mayor precisión, en torno al binomio silencio-consentimiento que: "(...) Debe señalarse también que la fórmula "el que no dice nada consiente" no constituye un principio jurídico aplicable en todas las circunstancias en que un sujeto se abstiene de actuar frente a un comportamiento de otro"<sup>10</sup>. Por nuestra parte, podríamos decir *a contrario sensu* que al menos en *bastantes circunstancias* "el que no dice nada consiente" podría constituir un principio jurídico, y más aun si observamos completo el aforismo (adagio, máxima o sentencia) *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, cuya simplificación en la expresión "el que no dice nada consiente" de algún modo viene a denunciar el propio Relator Especial.

No dejaremos asimismo de pasar por alto, en el contexto de un orden jurídico internacional descentralizado y débilmente institucionalizado, la oportunidad de destacar aquí el papel *normativo* del silencio, auxiliados por la presencia de autores como KOLB, para quien: "Ce sont les sujets de droit eux-mêmes qui dans un processus constant de reconnaissance, d'admission, de protestation ou de silence forment peu à peu les normes juridiques positives"<sup>11</sup>.

A la luz de las coordenadas avanzadas, procederemos, pues, en este artículo, a realizar un examen de los actos unilaterales no autónomos como coadyuvantes a la expresión de la voluntad estatal en el campo de los procedimientos nomogénéticos internacionales. Será en el marco de estos actos donde intentaremos analizar y considerar, entre otros, cuál es el papel que se le reserva al silencio como expresión de un consentimiento y, por lo tanto, como equivalente material de lo que pudiera ser un acto unilateral no autónomo operativo en sede nomogénica convencional o cosuetudinaria.

## II. NOMOGÉNESIS INTERNACIONAL, ACTOS UNILATERALES Y SILENCIO

Si complejo es el examen del resultado final del empeño normativo no menos lo será el examen y valoración de los mimbres unilaterales de los que se vale. Por lo de pronto, la frontera entre la autonomía y la no autonomía es en todo caso un asunto delicado, tal como vendría a poner de relieve el propio Relator Especial cuando dijo, en términos plurales, que "algunos actos unilaterales

10 *Cuarto informe ...*, A/CN.4/519, cit., nota 18, correspondiente a pfo. 27, p. 6. La nota continuaba como sigue: "Por lo demás, no es la traducción completa del adagio latino *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* (el que calla se considera que consiente, si hubiera debido y hubiera podido hablar), mencionado por la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Templo Préh Vihéar* (CIJ Recueil 1962, pág. 23) (...)".

11 KOLB, R.: *La bonne foi en droit international public*, París, 2000, p. 339.

M. KAMTO llegaría a ocuparse del carácter, en ciertos casos, *normateur* del silencio en "La volonté de l'Etat en droit international", 2004, T. 310, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* (en adelante, R.C.A.D.I.), 2007, pp. 135-136.

podían producir efectos jurídicos internacionales, pero no podían considerarse autónomos, como los actos relacionados con una norma preexistente, con independencia de que su origen fuera la costumbre, un tratado o incluso un acto unilateral”<sup>12</sup>.

Cabría pues, en la línea que venimos apuntando, hacer una distinción entre dos grandes tipos de actos unilaterales de los Estados: por una parte estarían aquellos actos jurídicos unilaterales no autónomos ligados a la formación o a la ejecución de las normas convencional y consuetudinaria –e incluso en ocasiones a la aplicación de un acto autónomo– y, por otra, aquellos otros actos considerados como autónomos –presentados bajo las formas externas materiales del reconocimiento, la renuncia y/o la promesa–, mediante los cuales el Estado pone de manifiesto unilateralmente su voluntad de obligarse en relación con un tercero, sujeto internacional, el cual pasaría a ser titular del derecho correlativo a la citada obligación, y ello sin contrapartida obligacional alguna para éste<sup>13</sup>.

Deteniéndonos por un momento en la cuestión de la autonomía-no autonomía, destacaríamos entre los autores que se han ocupado del asunto<sup>14</sup>, la posición de DAILLIER, FORTEAU y PELLET, quienes se pronuncian en los siguientes términos:

**“Conception étroite: les actes unilatéraux “autonomes”**.- 1° L’ ensemble de la doctrine admet comme actes unilatéraux *les manifestations unilatérales de*

12 *Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones*, (3 de mayo a 23 de julio de 1999), Suplemento No. 10 (A/54/10), pfo. 499, p. 366.

13 Estaríamos ante una unilateralidad obligacional que no deberá de ser confundida con una unilateralidad como equivalente a una obligación –o derecho correspondiente– a un único Estado. A ambos lados de la obligación única podrán estar uno o varios Estados: “Por otra parte y siempre en relación con la forma, los actos unilaterales pueden ser de origen individual, cuando lo formula un solo Estado; colectivo, cuando son dos o más Estados los que lo formulan en un mismo acto o concertado, cuando se producen actos coincidentes por dos o más Estados. En todos los casos, la unilateralidad no se pierde pues siempre el destinatario está ubicado del otro lado de la norma” (RODRÍGUEZ CEDENO y BETANCOURT: *Introducción al Estudio ...*, cit., p. 148).

14 Algunos autores como ZEMANEK hablan de actos unilaterales *adjuntivos* y actos unilaterales autónomos: “Adjunctive unilateral legal acts are elements of the treaty-making or custom-process and have to be evaluated in the context of these processes. Autonomous unilateral legal acts are communications under, not about, rules of the existintg international order and intend to confirm or to change the legal position of the autor State in application of the respective rule of international law”. (ZEMANEK: *The legal foundations of the international system. General Course on Public International Law*, 1997, R.C.A.D.I., T. 266, 1998, pp. 193-194). COMBACAU y SUR denominarían a los actos unilaterales no autónomos como actos *indirectos*: “Ils sont indirects lorsque les actes unilatéraux contribuent à la formation de règles coutumières, ou attestent leur existence ...”, (COMBACAU, J. y SUR, S.: *Droit international public*, París, 2001, p. 94).

SUY distingue entre “les actes unilatéraux dépendants et ceux qui ne nécessitent pas l’intervention d’une autre manifestation de volonté pour produire des effets juridiques. Ces derniers actes peuvent être qualifiés d’actes unilatéraux indépendants ou d’actes purement unilatéraux” (SUY: *Les actes juridiques unilatéraux ...*, cit., pp. 113-14).

Sobre esta problemática, igualmente RIGALDIES, F.: “Contribution à l’étude de l’acte juridique unilatéral en droit international public”, *Thémis*, Vol. 15, Núm. 3, 1980-1981, p. 420.

*volonté, émises sans le moindre lien avec un traité ou une coutume.* De tels actes satisfont la condition d'autonomie en ce que leur validité ne dépend pas de leur compatibilité avec un autre acte juridique, unilatéral, bilatéral ou multilatéral (...).

**Conception large: les actes unilatéraux liés a une prescription conventionnelle ou coutumière.**— Aucune objection sérieuse ne peut être opposée à une définition large de la catégorie des actes unilatéraux, si l'on ne se place pas sur le terrain des sources du droit. En effet, les actes unilatéraux étatiques jouent un rôle décisif pour l'élaboration et l'application du droit conventionnel et coutumier.

1° La compétence de l'État d'accomplir certains actes découle souvent d'un accord auquel il est partie. Ainsi en est-il de l'adhésion au traité, de la dénonciation ou du retrait réglementés, des réserves à ce traité<sup>15</sup>.

Asimismo, para GUTIÉRREZ ESPADA y CERVELL HORTA, puede hablarse, en la misma tónica, de actos unilaterales "independientes" y "dependientes". Respecto a los primeros, escriben: "Éstos se diferencian de muchos otros actos ('dependientes') que los Estados llevan a cabo en su vida pero 'que se

15 DAILLIER, P., FORTEAU, M. y PELLET, A.: *Droit international public*, París, 2009, p. 396 y 398. Continuarían los autores en esta página: "De même, par déclaration unilatérale fondée sur l'article 36 du Statut de la CIJ, les États peuvent-ils accepter la juridiction obligatoire de la Cour. Cette acceptation leur permettra de saisir unilatéralement la CIJ des différends les opposant d'autres États ayant donné le même accord. Certains traités peuvent également imposer aux parties de procéder à des notifications dans certaines circonstances (par exemple: articles 34 et 35 de l'Acte général de Berlin de 1885, pour la notification des occupations coloniales; articles 3 et 4 de la Convention VII de La Haye de 1907, sur l'obligation d'avis de pose de mines sous-marines; article 12 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997)".

BARSALOU, por su parte, habla de actos unilaterales normativos y actos no normativos o actos-condición: "Il s'agit de distinguer l'acte unilatéral des autres actes juridiques préexistants ou autres manifestations de volonté préexistante simultanée ou ultérieure. Par ailleurs, cette autonomie doit aussi être envisagée par rapport à l'obligation en elle-même. À cet effet, l'on distingue généralement les actes 'normateurs', créant des obligations de comportement pour l'État formulant l'acte unilatéral, des actes 'non normateurs'. Ces derniers sont, selon Alland, prédéterminés et qualifiés d'actes-condition puisqu'ils viennent se rattacher à un régime juridique préexistant et par conséquent, ne peuvent pas être qualifiés d'actes unilatéraux, car ils ne sont pas autonomes. C'est le cas notamment des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ prévues à son statut. À cela, il faut aussi ajouter les actes liés au droit des traités (dénonciation, réserves, notification, etc.), les actes qui se rapportent à la formation de la coutume et la doctrine de l'objecteur persistant, les actes qui représentent l'exercice d'un pouvoir conféré par une disposition d'un traité ou d'une norme de droit coutumier, les actes relevant du droit interne (législation, politiques, etc.) qui ne sont que des faits à l'égard du droit international, les actes constitutifs d'un accord synallagmatique telles l'offre et l'acceptation, les actes posés lors de procédures devant un organe juridictionnel, etc." (BARSALOU, O.: "Les actes unilatéraux étatiques en droit international public: Observations sur quelques incertitudes théoriques et pratiques", *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2006, p. 406: la cita interior es a ALLAND, D.: *Droit international public*, París, 2000, p. 319).

realizan en el marco y sobre la base de una autorización expresa del derecho internacional', por ejemplo, las acciones u omisiones que integran la práctica o elemento material de una costumbre, las reservas que se formulan a un tratado o las leyes que fijan la extensión del mar territorial"<sup>16</sup>.

Por su parte, para MANERO SALVADOR, en una posición muy reduccionista que excluiría los actos no autónomos de los actos unilaterales escribe que: "Los actos unilaterales son, *per se*, autónomos, esto es, generan efectos jurídicos por sí mismos, sin necesidad de que su normatividad esté relacionada con otra normatividad internacional. Por ello, no se consideran actos unilaterales la práctica de los estados que puede lugar a una norma consuetudinaria o a los actos de prestación del consentimiento del Estado ante un instrumento convencional"<sup>17</sup>.

Como podemos ir observando, resulta palpable la importancia de los actos unilaterales en relación con los procedimientos de producción del Derecho Internacional. En este contexto, advertiremos cómo el *acuerdo* que subyace a una norma internacional convencional o consuetudinaria –desde una perspectiva, en cuanto a las costumbres, como *pacta tacita*<sup>18</sup> (*conventio tacita* o *conventum tacitum*<sup>19</sup>) desde una concepción doctrinal voluntarista– vendría a resultar ser el producto de un conjunto de actos unilaterales de los sujetos a los que la norma vincula. Es bien conocida al respecto, en relación con la costumbre, la discusión<sup>20</sup> originada desde hace más de dos siglos atrás entre los voluntaristas

- 
- 16 GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTA, M<sup>a</sup>. J.: *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, 2<sup>a</sup>. Ed. Revisada, Madrid, 2008, p. 262; Nota Introductoria al Texto de los principios rectores. *Informe del Grupo de Trabajo. Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre los actos unilaterales los Estados*, A/CN.4/L.703, 20 de julio de 2006, aptdo. 3.
- 17 MANERO SALVADOR, A.: "Hacia una definición de acto unilateral del Estado", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N<sup>o</sup>. 9, mayo de 2007, pp. 464-465.
- 18 Limitándonos a recoger aquí los tres más antiguos y los tres más modernos de una lista que hemos confeccionado de veintidós autores, dejaremos constancia en una posición voluntarista de: GROTIUS, H.: *De jure belli ac pacis*, Lib. I, cap. I, XIV, pfs. 1-2, París, 1625; WOLF, Ch.: *Ius gentium methodo scientifica per tractum*, Prolegomena, pfo. 24, 1764; de VATTTEL, E.: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Vol. I, Londres, 1758, Préliminaires, pfo. 25; DANILENCO, G.: "The Theory of Customary International Law", *German Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1988, p. 9; TUNKIN, G. I.: *Theory of International Law*, trad. W. E. Butler, Londres, 1974, pp. 113-133; WOLFKE, K.: *Custom in Present International Law*, 2<sup>a</sup>. Ed., Dordrecht, 1993, pp. 96-100.
- 19 El mismo Relator Especial apunta en esta línea cuando dice que: "Los actos –sin hacer mención a los comportamientos, actitudes y actuaciones– formulados por el Estado en relación con la costumbre pueden ser excluidos de los actos puramente unilaterales por considerar que los mismos surten efectos en una especie de relación convencional tácita" (*Primer informe sobre los actos unilaterales del Estado*, A/CN.4/486, 5 de marzo de 1998, pfo. 104, p. 21).
- 20 Sobre la controversia doctrinal entre los voluntaristas y los objetivistas –matizada la costumbre por éstos, entre otras formas, como espontánea o con un fundamento posterior y superior al Estado–: KOSTERS, J.: *Les fondements du Droit des Gens*, Leiden, 1925, *passim*; GIANNI, G.: *La coutume en Droit International*, París, 1931, pp. 15-110; BASDEVANT, J.: *Règles Générales du Droit de la Paix*, 1936-IV, R.C.A.D.I., T. 58, pp. 504-520; FITZMAURICE, G.: "The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law", R.C.A.D.I, 1957-II,

y las llamadas tendencias objetivistas<sup>21</sup>. No faltarán, con todo, algunos autores, para quienes finalmente se producirá una convergencia de orden práctico entre los distintos patrones consuetudinarios<sup>22</sup>.

Examinando brevemente las costumbres, destacaremos que éstas podrían ser entendidas y así lo han sido por muchos, como el resultado del enunciado de una expresión –cuando menos fáctica– de un acuerdo de voluntades en obligarse mediante una presunción del consentimiento puesto de manifiesto bajo una forma tácita<sup>23</sup>, matizado con términos que se refieren al consenso<sup>24</sup> o más recientemente al “consensus común de los Estados interesados”<sup>25</sup>, en el

---

T. 92, p. 98; MACGIBON, I. C.: “Customary International Law and Acquiescence”, *British Year Book of International Law*, 1957, pp. 131-138; MILLÁN MORO: *La “opinio iuris”...*, cit., pp. 59-64; HUESA VINAIXA, R.: *El nuevo alcance de la “opinio iuris” en el Derecho Internacional contemporáneo*, Valencia, 1991, pp. 46-49; MENDELSON, M. H.: “The Formation of Customary International Law”, 1998, T. 272, R.C.A.D.I., pp. 253-267; COMBACAU y SUR: *Droit international public*, cit., pp. 53-55; CONFORTI, B.: *Cours Général de Droit International Public*, 1988-V, R.C.A.D.I., T. 212, 1991, pp. 69-72; KOLB: *La bonne foi...*, cit., pp. 315-322; MAHIOU, A.: *Le Droit International ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité*, *Cours Général de Droit International Public*, R.C.A.D.I., 2008, T. 337, 2009, pp. 329-334; DAILLIER, FORTEAU y PELLET: *Droit international...*, cit., pp. 363-364; ARANGIO RUIZ, G.: “Customary Law: a few more thoughts about the theory of “spontaneous” international custom”, *Droit du pouvoir, Pouvoir du Droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, pp. 93-124.

- 21 Partidarios de las tendencias objetivistas, dentro de una selección de doce autores, los tres más antiguos y los tres más modernos serían los siguientes: RIVIER, A.: *Principes du droit des gens*, T. I, París, 1896, p. 36; BALLADORE PALLIERI, G.: “La forza obbligatoria della consuetudine internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 1928, p. 338 y ss.; SCELLE, G.: *Règles générales du droit de la paix*, R.C.A.D.I., 1933-IV, T. 46, p. 428 y ss.; BARILE, G.: “La rilevanza e l’integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice”, *Comunicazioni e studi dell’Università di Milano*, V, 1953, pp. 150-162; Id., “La structure de l’ordre juridique international – Règles générales et règles conventionnelles”, R.C.A.D.I., 1968-III, T. 161, pp. 48-62; MORELLI, G.: *Gours Général de Droit International Public*, 1956-I, R.C.A.D.I., T. 89, 1957, pp. 450-458; ZICCARDI, P.: “La consuetudine internazionale nella teoria delle fonti giuridiche”, *Comunicazioni e studi dell’Università di Milano*, 1960, pp. 187-257, en particular, pp. 218-257.
- 22 Así, para VILLIGER: “It is respectfully submitted that, whatever the theoretical differences between the tradicional and the voluntarist schools of thought, for all practical purposes the two approaches converge ...” (VILLIGER, M. E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, pp. 41-42. En los mismos términos, este autor en *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Second Ed., The Hague, 1985, p. 21). En el mismo sentido, MILLÁN MORO afirma que: “La situación práctica, por tanto, a la que llegan las teorías voluntaristas y objetivistas al final viene a ser muy parecida, es decir llegan al mismo punto de destino por distinto camino, lo que también supone un reconocimiento de la realidad de la vida internacional” (MILLÁN MORO: *La “opinio iuris”...*, cit., p. 63).
- 23 Sobre el particular, BENTZ: “Le silence ...”, cit., pp. 81-82. No obstante sus referencias a la escuela voluntarista, el autor, en un sentido contrario, argumenta en favor de la costumbre general no como un pacto tácito sino como una manifestación de Derecho espontáneo en las pp. 83-86.
- 24 PELÁEZ MARÓN: *La crisis del Derecho Internacional...*, cit., pp. 51-59.
- 25 GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M<sup>a</sup>. P.: *Curso de Derecho internacional público*, Tercera Edición Revisada, Madrid, 2003, pp. 153 y 155.
- Sobre este particular, SAURA ESTAPÀ, en SÁNCHEZ, V. M. (dir.) *et alt.*, *Derecho Internacional*

cual se produce una conjunción tácita de varias promesas<sup>26</sup>, en virtud de las cuales las partes contraen una obligación con cuyo contenido habrán de ser congruentes en su práctica los que vengan a resultar *ligados (obligatii)* por el acuerdo<sup>27</sup>.

La idea de la presencia de la promesa<sup>28</sup> –y su aceptación– como algo consustancial tanto al acuerdo escrito como al tácito –dando lugar a un tratado o a una costumbre internacionales– no parece, por lo demás, que no pueda se,

---

*Público*, Barcelona, 2009, pp. 90-91. En una acotación a SAURA ESTAPÀ, en la misma obra, p. 91, V. M. SÁNCHEZ subraya que: “En el fondo de estas disquisiciones puede haber, en realidad, una cuestión más terminológica que conceptual. Conforme al Diccionario de la Lengua Española, ‘consenso’ es ‘un acuerdo producido por consentimiento entre todos los miembros de un grupo o entre varios grupos’. Y si el consenso es *general* se quiere decir que el consentimiento es ‘común a todos los individuos’. Un acuerdo ‘tácito’ es un acuerdo de voluntades que no se ha formalizado por escrito o verbalmente, sino que se infiere de otros comportamientos. Con la idea del consenso general simplemente se refuerza la posibilidad de que la ausencia de comportamientos de un Estado, a favor o en contra de la práctica circundante, sea valorada como una aceptación implícita por aquiescencia, es decir, en aplicación del principio general de que ‘quien calla otorga pudiendo hablar’ (*qui tacet consentire videtur*). Sólo el que se oponga manifiestamente a la práctica general y de forma continuada, quedará al margen de las obligaciones que se deriven, sin poder con ello evitar la aparición de la costumbre general (el llamado objeto persistente ...)”.

26 PECOURT GARCÍA escribió: “Así, pues, si la norma imperativa expresada en el principio ‘pacta sunt servanda’ impone a los Estados un estricto deber jurídico de cumplir lo prometido” (PECOURT GARCÍA, E.: “El principio del estoppel en Derecho internacional público”, *R.E.D.I.*, Vol. XV, N.º 1-2, 1962, p. 138. Las cursivas son nuestras). Asimismo, KAMTO, valiéndose de un interrogante afirmativo, escribe: “Après tout, un traité n’est-il pas, de l’avis de certains auteurs, le resultat d’actes unilatéraux convergents?” (KAMTO: “La volonté de l’Etat ...”, cit., p. 101). Y ya, refiriéndose tanto al tratado como a la costumbre COMBACAU y SUR afirman que: “L’instrument traité ou la norme coutumière tirent donc leur existence et leur autorité juridique de l’échange ou de la rencontre des engagements ou consentements individuels” (COMBACAU y SUR: *Droit international ...*, cit., p. 45).

27 A. G. pone de manifiesto cierta analogía entre el acto unilateral y el contrato unilateral, escribiendo al respecto: “*Analogy to municipal law*. In the case of the unilateral contract there is only one promisor who is under an enforceable legal duty and only one promisee who enjoys an enforceable legal right though the assent of the promisee is usually a prerequisite to the creation of the contractual relationship, in certain instances it appears to be unnecessary. Subject to specific rules of construction, international law also recognizes an enforceable legal duty in the State that acts unilaterally (declarant) and not in return for some *quid pro quo* from the State in which international law recognizes an enforceable legal right (addressee). (...).

Such binding unilateral acts are analogous to municipal law unilateral contracts in that there is no requirement of a meeting of the wills, as is necessary for the municipal law bilateral contract or the international law treaty. Rather, the unilateral act becomes binding on the declarant immediately upon communication to addressee. Conduct which is in contravention of the duty created by the unilateral act subjects the declarant to the sanctions similarly employed in the case of a breach of a treaty obligation” (A. G.: “The Effect of Unilateral State Acts in International Law”, *New York of International Law and Politics*, Vol. II, winter 1969, N.º 2, p. 334). CORBIN, A.: *On Contracts*, One Volume Edition, 1952, p. 21.

28 SUY llega a precisar: “Nous entendons par promesses conventionnelles, toutes les promesses qui ont été inscrites dans un traité formel. Elles se distinguent des promesses unilatérales de forme par le fait qu’elles entrent dans le cadre d’un traité au sens formel du mot, c’est-à-dire dans un instrument unique” (SUY: *Les actes juridiques unilatéraux ...*, cit., p. 111).

en buena medida, de recibo, tanto por lo que se refiere al Derecho interno –particularmente el Derecho anglosajón<sup>29</sup>– como al Derecho internacional<sup>30</sup>.

Consecuentemente con lo que llevamos dicho, en la formación de un tratado o una costumbre internacionales, los comportamientos unilaterales de los Estados tienen una importancia primordial, de tal modo que el *pactum* –y, en buena medida, la *consuetudo*– derivan a la postre su existencia y autoridad jurídica del encuentro de una serie de consentimientos individuales portadores de los correspondientes compromisos<sup>31</sup>, los cuales vienen a conllevar una promesa de comportarse en un determinado sentido<sup>32</sup>.

A la luz de la profunda relación existente entre la costumbre y el tratado internacionales no ha faltado incluso quien haya contemplado a la costumbre como un *prior* del convenio internacional. Así, para MIAJA DE LA MUELA, en tal sentido:

“En Derecho internacional, la fuerza vinculante de la voluntad unilateral ha estado mucho tiempo obscurecida por la construcción contractualista, tanto tiempo dominante, que ha conducido a la colocación en primer plano

- 
- 29 Entre otros, FRIED, Ch.: *La obligación contractual*, Santiago de Chile, 1981, versión en español correspondiente a la original en inglés *Contract as promise. A Theory of Contractual Obligations*, Harvard University Press, 1981; KEEVIN, K. M.: *A History of the Anglo-American Common Law*. Nueva York, 1990; KIMEL, D.: *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*, Oxford, 2003.
- 30 Recordaremos aquí como CARBONE escribe que: “Essempi di questo tipo (in cui un atto di natura convenzionale viene definito promissorio) sono facilmente riscontrabili nella pratica internazionale, e specialmente nei trattati non sinallagmatici, in cui uno solo dei soggetti contraenti si impegna a certo comportamento a favor dell’altro” (CARBONE, S. M.: *Promessa e affidamento nel Diritto Internazionale*, Milano, 1967, p. 15); asimismo, CARBONE subraya, en la p. 45, que BOSCO “critica la formulazione della norma base ‘pacta sunt servanda’ ed il contenuto che a tale norma assegnava la dottrina tradizionale, proponendo di modificare questo classico precetto del diritto internazionale con la nuova formula ‘promissio est obligatio’ o ‘promissio est servanda’”. La referencia es a BOSCO, G.: “Il fundamento giuridico del valore obbligatorio del diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Pubblico*, 1938, pp. 626 y ss. En relación con este artículo de BOSCO, ver, en términos comprensivos para con él, las *Conclusiones del Abogado General Mancini presentadas el 25 de mayo de 1988*. –República Helénica contra Consejo de las Comunidades Europeas. –Transferencia de créditos de Capítulo a Capítulo dentro de las Previsiones presupuestarias de la Comisión para el Ejercicio 1986 (Ayuda especial a Turquía). –Asunto 204/86. *Recopilación de jurisprudencia 1988*, p. 05323.
- 31 Nos permitimos recordar aquí que la palabra latina *compromissum* se corresponde con el participio de pretérito del verbo *compromitto*, el cual tiene, entre otros, el significado de “prometer al mismo tiempo”. Dispensada la exigencia de la simultaneidad temporal en los supuestos de *adhesión* a un tratado o a una costumbre internacionales, repárese en la presencia constante de la promesa en el *intus* de cada manifestación de carácter obligacional.
- 32 Convendría subrayar aquí, como es bien sabido por lo demás, cómo la costumbre, en la dirección ya avanzada, será reflejo de la expresión a lo largo de un *tiempo* de una serie de *consentimientos o compromisos, compromissa ad idem*, que nos permiten hablar bien, desde una concepción voluntarista, de un acuerdo tácito de voluntades conformadoras de aquélla o bien, al menos, de una aquiescencia así fuera difusa; en última instancia, en otras palabras, de la presencia, de una u otra manera, de una conjunción implícita de promesas, en el orden de una actuación material en el tiempo que dará vida, con la *opinio iuris*, a la aparición de la costumbre.

de la regla *pacta sunt servanda*, en cuanto norma fundamental o una de las fundamentales del orden jurídico internacional.

La realidad es que dentro de él, aparte su formulación expresa en algún documento solemne, la *regla pacta sunt servanda* posee una vigencia consuetudinaria, que, para bastantes juristas contemporáneos, incluso para alguno que la había considerado antes como norma fundamental del orden internacional, supone atribuirle la calidad derivada de otra regla más amplia que fundamenta la validez de aquélla: *consuetudo internationalis est servanda*<sup>33</sup>.

A nuestro juicio, en la aparición histórica de la costumbre previamente al tratado probablemente esté el fundamento de la afirmación de MIAJA DE LA MUELA de que la *regla pacta sunt servanda* posee una *vigencia consuetudinaria*. Dentro de la regla *consuetudo internationalis est servanda* estaría el germen *via specificationis* de la de *pacta sunt servanda*. En nuestra opinión, en el *pactum consuetudinarium*, así sea en un sentido amplio, radica la *substantia consuetudinis*. Decir lo contrario, por mucho que quiera mitigarse hablando de un *ius spontaneum*, supondría conceptualmente la apertura, en buena medida, a una *consuetudo imposita*, lo cual, no nos parece un principio paradigmático válido para una democracia internacional. En los procesos nomogenéticos, internacionales o internos, no hay *manos inocentes* meciendo la cuna ... Por lo demás, incluso lo espontáneo precisa darse en el marco de un *proceso* espontáneo.

En consonancia con cuanto venimos observando, retomando el hilo principal de nuestro discurso, apreciaremos que los actos unilaterales vendrían a ser la savia de la normatividad internacional, y, dentro de ésta, de los tratados internacionales; un acto unilateral puede incluso contribuir también a dar "vida", mediante la formación de una costumbre, al contenido básico de un tratado que no esté en vigor, bien porque no hubiera entrado todavía en vigor, bien aun porque hubiera dejado de estarlo o bien en relación con Estados que no sean parte de aquél. Con justa razón, *mutatis mutandis*, lo mismo puede decirse respecto de la concordancia operativa consustancial presente entre la costumbre internacional y los distintos actos unilaterales expresivos de la práctica que, en conjunción con la *opinio iuris sive necessitatis*, vendrían a darle vida a la costumbre.

Una cualificada posición en relación con la interrelación entre los procesos nomogenéticos internacionales y los actos unilaterales de los Estados, sería la manifestada, ya en 1971, por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas haciendo referencia al "acto unilateral que se da con relación a otro acto unilateral del mismo orden (por ejemplo, oferta y aceptación de un acuerdo), o que puede ser parte de una transacción bilateral o multilateral (por ejemplo, denuncia de un tratado o adhesión a él) o del proceso de formación de una norma consuetudinaria (por ejemplo, establecimiento de una práctica general y su aceptación como derecho)"<sup>34</sup>.

33 MIAJA DE LA MUELA: "Los actos unilaterales ...", cit., p. 440.

34 A/CN.4/SER.A/1971/Add.1 (Part 2), *Examen de conjunto del derecho internacional: documento*

Dada la importancia que, en todo caso, los actos unilaterales tienen en relación con los procesos de producción del Derecho internacional, no faltarán expresiones de posiciones en relación con cuanto venimos manteniendo al respecto. No obstante, dichas posiciones serán, dentro de su escasez general, más abundantes en relación con su papel en el marco de los actos unilaterales autónomos que por lo que respecta a los no autónomos. No dejarán de producirse, con todo, importantes referencias al silencio como incorporación de una voluntad nomogenética tanto desde la perspectiva general de las fuentes, las menos, como, en especial, desde la específica de cada fuente, tratado o costumbre.

Desde una visión general, la importancia del acto unilateral en relación con todo el proceso nomogenético de los acuerdos y costumbres internacionales, inclusive por lo que respecta a su interpretación, impugnación y prueba de su existencia, resulta manifiesta. Así, DE VISSCHER se pronunciará en este sentido, denotando que: "Il est bien certain que les comportements et actes unilatéraux des Etats, au même titre que les comportements, actes, résolutions et recommandations des organisations internationales -et plus particulièrement de l'Organisation des Nations Unies- revéent fréquemment une importance capitale en tant que facteurs matériels d'élaboration, de cristallisation et d'interprétation d'une coutume, d'un accord de volonté ou d'un principe général de droit, ou, encore, en tant que modes de contestation ou de preuve d'une norme consuetudinaire ou d'un principe général"<sup>35</sup>.

Haciéndole un hueco al silencio *consuetudinante* en el marco de los actos unilaterales, en su conjunción con los tratados y las costumbres internacionales, escribe ZEMANEK:

"*Unilateral acts in the treaty-making process.* (...). Some basic unilateral acts, like signature, ratification, accession, suspension, denunciation, or termination are defined in the VCLT and their legal consequences established by the Convention. Other unilateral acts are mentioned in the VCLT without their legal consequences being fully regulated therein. Thus, recent practice has shown that the legal status of a reservation against which an objection is raised on the ground that it is incompatible with the object and purpose of the treaty to which it relates cannot be established conclusively by applying the rules of the VCLT.

Still other unilateral acts relating to the treaty-making process are not mentioned in the VCLT at all. Current examples are notifications by new States of succession to multilateral conventions or of continued application of bilateral treaties. States which are not parties to the Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties of 1978 have, nevertheless, accepted such notifications without protest. From their *silent acceptance* one

---

de trabajo preparado por el Secretario General, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1971, Vol. II Segunda Parte, *Documentos del vigésimo tercer período de sesiones: Examen de conjunto del derecho internacional y otros documentos*, pfo. 282, p. 64.

35 DE VISSCHER, Ch.: *Cours Général de Droit International Public*, 1972-II, R.C.A.D.I., T. 136, 1973, p. 120.

may conclude either that they consider the respective rules of the Convention to be an expression of existing custom or that they have transformed them into custom by their acquiescence"<sup>36</sup>.

También en cuanto al papel del silencio-acto unilateral en el campo de la nomogénesis internacional, entendemos asimismo, como aproximación general, que resultará de gran importancia el hecho de que la Comisión de Derecho Internacional en el párrafo segundo de la exposición de motivos de los Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, destaque la capacidad del silencio a la hora de la creación de la obligación jurídica, cuando afirma que: "*Observando que los comportamientos capaces de obligar jurídicamente a los Estados pueden adoptar la forma de declaraciones formales o consistir simplemente en una conducta informal, incluido, en determinadas situaciones, el silencio, en la que razonablemente puedan basarse los demás Estados*"<sup>37</sup>.

En nuestra opinión, el texto al cual acabamos de hacer alusión en el párrafo precedente, constituye una toma de posición que, en atención a su cualificada procedencia, resultará de un inestimable valor para proclamar como indeclinable la necesidad de tener en cuenta, interpretar y ponderar debidamente, a efectos de génesis y aplicación normativas, el valor que comporta el silencio. Y ello, porque, aunque lo dicho por la Comisión se refiere a un marco de unilateralidad autónomo, juzgamos no obstante que, *mutatis mutandis*, lo mismo podría sostenerse, mediante la oportuna contextualización, respecto de los actos unilaterales no autónomos y el silencio. Lo creemos así, por lo demás, habida cuenta de las importantes posiciones que, como veremos a continuación, se han producido en particular tanto en relación con los tratados internacionales como con las costumbres internacionales.

### III. TRATADOS INTERNACIONALES

#### 1. Tratados internacionales y actos unilaterales

Observando la fuente normativa convencional podemos comprobar fácilmente como ésta no sería posible sin la concordancia operativa entre el tratado internacional –como cúspide del proceso– y los varios actos unilaterales no autónomos que los sostienen. De dicha concordancia ha dejado constancia un amplio número de doctrinarios<sup>38</sup>. Así, por RODRÍGUEZ CEDEÑO, para quien los Estados formulan actos unilaterales en sus relaciones internacionales con una frecuencia cada vez mayor, cabiendo distinguir aquéllos que por

36 ZEMANEK, K.: *The legal foundations of the international system. General Course on Public International Law*, 1997, R.C.A.D.I., T. 266, 1998, p. 194. Las cursivas son nuestras.

37 *Informe del Grupo de Trabajo. Conclusiones de la Comisión de Derecho Internacional sobre los actos unilaterales de los Estados, Anexo, A/CN.4/L.703*, 20 de julio de 2006, p. 3. Las cursivas son nuestras.

38 TORRES CAZORLA, M<sup>a</sup>. I.: *Los actos unilaterales de los Estados*, Madrid, 2010, p. 45.

ser eminentemente políticos no son objeto de tratamiento por el Derecho internacional mientras que: “Otros –escribe– son jurídicos y entre éstos, muchos están relacionados con el tratado o las relaciones convencionales, sometidos a relaciones particulares. Otros actos unilaterales, autónomos en cuanto a su elaboración y sus efectos jurídicos, pueden producir efectos jurídicos por si mismos sin que sea necesaria la participación del o los destinatarios del acto en su formulación ni una reacción cualquiera que pueda significar una aceptación, por lo que se ubican fuera del derecho de los tratados y de regímenes particulares ...”<sup>39</sup>. El autor estaría distinguiendo, por una parte, entre los actos unilaterales no autónomos de cariz convencional y, por otra, los actos unilaterales autónomos<sup>40</sup>.

La vinculación entre el acto unilateral y el tratado internacional está presente en los diversos momentos que integran el *iter* procedimental de éste, tal como fue puesto de manifiesto asimismo por MONACO cuando afirmaba que: “En effet la pratique internationale nous montre une très grande quantité d’actes unilatéraux qui se retrouvent presque dans tous les secteurs de l’activité

39 RODRÍGUEZ CEDEÑO, V.: “De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Bogotá, Año 1, N.º. 1, 2008”, p. 90. Las cursivas son nuestras.

En el mismo sentido, se pronunciarían RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT: *Introducción al Estudio ...*, cit., p. 140: “El acto convencional y el acto unilateral tienen elementos comunes importantes pero a la vez diferencias significativas que presentan al segundo como un acto con ciertas especificidades ...

Si bien ambos son actos jurídicos en el sentido estricto del término, su elaboración tiene fundamentaciones distintas. Se trata de operaciones o mecanismos distintos de elaboración de normas jurídicas. El acto convencional es el producto de una negociación, que refleja la concertación de voluntades, mientras que el acto unilateral es una manifestación de voluntad unilateral que puede ser tanto de origen individual como colectivo (...).”

40 La posibilidad de dividir los actos unilaterales en autónomos y no autónomos fue puesta en causa por PELLET, para quien la diferencia estaría en sus distintos regímenes jurídicos: “el problema no es de autonomía: esas distintas categorías de actos unilaterales tienen un régimen jurídico especial y por ello deben quedar excluidas del examen” (PELLET, A.: *Anuario CDI*, 1999, Vol. I, pfo. 13, p. 280); A su vez KAMTO, en 2001, cuando se procedía a discutir el Cuarto Informe presentado por el Relator Especial, afirmaría que: “Quizás el Relator Especial utilice el término para diferenciar los actos unilaterales de otros actos, por ejemplo los convencionales, pero el acto jurídico completamente autónomo no existe”, A/CN.4/SR.2696, pp. 14-15. Por su parte PELLET volvería al asunto en el 2004, afirmando que: “Ningún acto unilateral es enteramente autónomo: sus efectos jurídicos siempre se fundan en una norma jurídica o principio anterior –una ‘habilitación’, en el sentido kelseniano del término–. Un Estado podría tratar de crear efectos jurídicos mediante su declaración precisamente porque a ello le autoriza una norma general o especial del Derecho Internacional. Insistir en que los actos unilaterales deben ser autónomos plantearía un sinnúmero de problemas de limitación” (A/CN.4/SR.2817, p. 10). PELLET ya se había preguntado anteriormente “si no puede considerarse que todos los actos unilaterales de los Estados se fundan en una norma consuetudinaria, empezando por la que permite a los Estados obligarse” (*Anuario CDI*, 1999, Vol. 1, pfo. 13, p. 209). Respecto a esta polémica, siendo sensibles a ella, creemos que si bien por una parte, no parece faltarle razón a PELLET, por otra, paradójicamente, no parece desasistirse tampoco al propio Relator Especial: no le negaremos a éste que, cuando menos, unos actos unilaterales son menos autónomos que otros ..., porque unos se ampararían en esa predicada costumbre habilitante y otros, además de en esa costumbre, en otra costumbre o en un tratado.

juridique internationale. Ainsi dans le droit des traités on peut citer comme exemple d'acte de ce type l'offre et l'acceptation, l'accession et l'adhésion, la révocation et la dénonciation, les réserves et la ratification"<sup>41</sup>.

En el mismo sentido, la relación entre los tratados internacionales y los actos unilaterales sería apuntada en el Grupo de Trabajo, presidido por CANDIOTTI, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional en materia de actos unilaterales del Estado, al afirmar en su informe que: "El Grupo de Trabajo tuvo en cuenta que, en el proceso de formación, modificación, ejecución, terminación, etc. de los tratados, los Estados realizan actos que revisten *prima facie*, considerados aisladamente, un carácter unilateral (por ejemplo, la adhesión, la denuncia, la reserva, el retiro). El Grupo consideró, sin embargo, que las características y efectos de esos actos se encuentran regulados por el derecho de los tratados y no necesitan ser materia de un tratamiento ulterior en el marco del nuevo estudio propuesto"<sup>42</sup>.

Debemos señalar por nuestra parte que el acto unilateral no se produce sólo en relación con un texto preexistente. Se dan actos unilaterales también en relación con textos futuros. Podríamos aludir así a otros actos-partes del proceso de celebración de los tratados internacionales como la adopción del texto y la rúbrica. Inclusive cabría aludir, aun habiendo ya un texto, a otras formas de manifestación del consentimiento no citadas anteriormente como, p. ej., el intercambio de notas, la aprobación o la ratificación. La interacción entre el tratado internacional y el acto unilateral puede contribuir asimismo

41 MONACO, R.: *Cours général de droit international public*, 1968-III, R.C.A.D.I., 1968, cit., p. 179; En esa línea, REUTER, P.: *Principes de Droit International Public*, R.C.A.D.I., 1961, Tome II, 1962, p. 574; DUPUY, P. M. y KERBRAT, Y.: *Droit international public*, Paris, 2010, p. 387.

KOLB distingue entre actos unilaterales "normateurs" y actos unilaterales dependientes, resaltando al respecto que: "L'acte unilatéral normateur se caractérise aussi, quant son efficacité juridique, par une certaine autonomie par rapport à d'autres manifestations de volonté. En cas contraire il s'agit d'actes unilatéraux dépendant le plus souvent conventionnels. Tel est le cas de la signature, de la ratification, de l'adhésion ou des réserves dans le contexte du droit des traités" (KOLB: *La bonne foi ...*, cit. p. 324).

42 A/CN.4/L.543, 8 de julio de 1997, *Actos unilaterales de los Estados, Informe del Grupo de Trabajo*, pfo. 12, pp. 4-5.

La conexión de los actos unilaterales con los tratados internacionales sería puesta de manifiesto asimismo por RODRÍGUEZ CEDEÑO y TORRES CAZORLA al subrayar que: "Dentro de la categoría de actos jurídicos en el sentido estricto del término, deben excluirse, además, **los relacionados con el derecho de los tratados**. La mayoría de las actuaciones que los Estados realizan respecto a tratados internacionales, como se sabe, son de carácter unilateral, pero su unilateralidad formal no les sustrae de su sometimiento al régimen de Viena. Es decir, siguen siendo, a pesar de su forma, actos sometidos al régimen convencional. Así, por ejemplo, la firma, la ratificación, la aceptación, la adhesión, la formulación o retiro de una reserva, la notificación de sucesión e incluso, las declaraciones interpretativas, son incuestionablemente actos unilaterales desde el punto de vista formal, que se ubican sin dificultad en el ámbito del derecho de los tratados, por lo que están sometidos al régimen elaborado sobre esta materia" (RODRÍGUEZ CEDEÑO, V. y TORRES CAZORLA, M<sup>a</sup>. I.: "Contribución al estudio de los actos unilaterales de los Estados: ¿Una labor de codificación posible?", *Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Didier Operti Badán*, Montevideo, 2005, p. 767).

En términos parecidos, RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT: *Introducción al Estudio ...*, cit., p. 151.

a perfeccionar el compromiso convencional procurando evitar el que sean consagradas abiertamente las discriminaciones entre las partes. La convergencia entre el acto convencional y el acto unilateral puede dar lugar igualmente a la entrada en vigor del tratado y a la confirmación de su carácter objetivo y oponible a todos aquéllos que sean sus partes.

## 2. Tratados internacionales y silencio

Dentro de ese prolijo haz de relaciones entre los tratados internacionales y los actos unilaterales, resultará necesario –sin omisión de la costumbre, como luego veremos– buscar acomodo también, en la línea que venimos apuntando, a una perspectiva que posibilite enfocar el silencio, a tenor de las circunstancias concurrentes, como expresión posibilitadora de un acto unilateral no autónomo que venga a consumirse como una estructura integrante del sistema convencional.

Respecto a una posible relación entre el silencio –entendido como un acto unilateral, así sea *lato sensu*, portador de un consentimiento– y la formación de los tratados internacionales, en un contexto en el fondo más bien crítico, se expresa VENTURINI subrayando que: “Il est vrai que les défenseurs de la doctrine positive, ont recouru constamment au silence du sujet intéressé en une tentative de fonder, dans différentes hypothèses, sur une reconnaissance tacite un accord, lui aussi naturellement tacite, qui devrait permettre l’application de leur doctrine sur la nature exclusivement volontaire du droit international”<sup>43</sup>.

Sobre este particular, convendría dejar constancia de las manifestaciones llevadas a cabo por MIAJA DE LA MUELA, haciendo alusión a la aceptación mediante el silencio de una oferta formulada previamente: “Como en Derecho internacional rige el principio de la más amplia libertad de forma, no sólo es posible la formación del tratado por la concurrencia de la oferta de una parte y la aceptación de la otra, sucesivamente, en forma simplificada o por declaraciones verbales, sino que también puede quedar perfeccionado el convenio por una aceptación manifestada por *facta concludentia* o por el silencio”<sup>44</sup>.

43 VENTURINI, G.: “La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États”, *R.C.A.D.I.*, 1964-II, Vol. 112, p. 374. Continuaría el autor, en relación con el valor del silencio, en las pp. 374-375: “Toutefois, il n’existe certainement pas de règles coutumières de ce genre. La doctrine elle-même se montre incertaine et surtout imprécise dans la détermination des conditions nécessaires pour pouvoir attacher une importance juridique au silence, importance qui aboutirait sur le plan concret tout au plus à la formation de présomptions”.

El autor hace referencia a «la tentative de Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, Naples 1934, p. 218 et s., de fonder sur le silence gardé par les Etats tiers devant la reconnaissance d’un nouveau sujet de la part de la majorité des Etats ou des Etats les plus influents, une adhésion tacite à pareil acte”, *Ibid.*, pp. 374-375.

44 MIAJA DE LA MUELA: “Los actos unilaterales ...”, cit., p. 442. Sobre este particular, en relación con los actos unilaterales autónomos, vuelve este autor en la p. 447, aludiendo a que “el acto estatal unilateral sería susceptible de adquirir fuerza vinculatoria para otros sujetos del Derecho internacional, en tanto en que cada uno de éstos aceptase tal vinculación por la expresión de su voluntad, tanto por medio de una declaración explícita del ella como a través de actos concluyentes y aun del *silencio*”. *Cursivas nuestras*.

Un silencio puede, en efecto, constituir la aceptación de una oferta de tratado internacional, pero habremos de estar claramente ante una oferta, no ante un mero "hecho ya existente". La expectativa de la aceptación por un tercer Estado de una "situación", como p. ej. una ocupación territorial, mediante reconocimiento por ese Estado –considerése éste titular o no de ese territorio– no tiene por que constituir necesariamente una oferta. El silencio como aceptación de una oferta no debe darse por sentado de una forma mecánica. Será necesario interpretar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si un silencio-reacción supone una aceptación de una oferta o una aquiescencia actuante más bien en el campo de los comportamientos de naturaleza autónoma<sup>45</sup>.

Hemos de advertir aquí, más allá de su entendimiento como un posible consentimiento presunto a la luz de sus pertinentes circunstancias de tiempo, ausencia de protestas significativas, resultado de posibles impugnaciones, etc.<sup>46</sup>, ante la falta de una teoría de alcance general sobre el valor del silencio, como aceptación o rechazo, que algunos autores centran su atención en el examen axiológico del silencio en el plano de ciertas referencias existentes en algunos tratados internacionales. En este sentido, escribiría BENTZ:

"Ainsi la convention sur la circulation routière, les conventions internationales pour faciliter le franchissement des frontières aux marchandises, aux voyageurs et aux bagages transportés par voie ferrée, ont organisé une procédure d'amendement dont l'adoption résulte du simple silence gardé par un certain nombre d'Etats parties à la convention. Aucun acte positif d'approbation n'est pas nécessaire, l'absence d'opposition, le silence suffit à introduire l'amendement dans le corps du traité. Selon une autre formule, l'amendement est adopté lorsqu'un certain nombre d'Etats ont formulé leur accord; si les autres Etats veulent échapper à cet amendement, ils doivent s'y opposer expressément. En cas de silence, ils sont censés s'y être ralliés.

Ces procédures très souples donnent au silence la valeur d'un accord. Mais d'autres en font l'équivalent d'un refus. Dans l'accord international du 17 octobre 1955 sur l'huile d'olive, un amendement entre en vigueur vis-à-vis des Etats qui l'acceptent. Ceux qui le refusent ou qui gardent le silence sont écartés de l'accord.

L'exemple peut-être le plus significatif de cette utilisation du silence résulte de la procédure d'adoption des règlements édictés par l'O.M.S., l'O.A.C.I. et l'O.M.M.. Les règlements adoptés par ces Organisations produisent leurs effets sans qu'aucune procédure d'acceptation ou de ratification ait à intervenir. Les Etats ont simplement la faculté de

45 Con todo, para BENOUNA el silencio tendría un valor bien significativo en relación con la generalidad del tratado internacional cuando subraya que "el silencio no pertenece al estudio de los actos unilaterales, salvo si se trata de la conclusión de un acuerdo de manera tácita, en cuyo caso se trata de silencio caracterizado". *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Vol. I, 1998, pfo. 51, p. 189.

46 MARTÍNEZ PUÑAL, A.: "Actos unilaterales y silencio internacional cualificado", *Libro-Homenaje al Profesor Doctor Manuel Pérez González*, e. p.

désapprouver le règlement auquel ils veulent se soustraire. Seul un refus exprimé dans les conditions de forme et de délai prévus para chaque institution peut entraîner la non application du règlement à un Etat membre. Le silence de cet Etat vaut au contraire acceptation du règlement"<sup>47</sup>.

En la misma línea se producirían los comentarios de CAHIER, ZOELLER y KOLB<sup>48</sup> y, asimismo, por lo que se refiere a la práctica española,

47 BENTZ: "Le silence comme manifestation de volonté ...", cit., p. 56. Traités citados por J. LECA: *Les techniques de révision des conventions internationales*, Tesis multicopiada, Aix, 1959, pp. 91-95; MERLE, M.: "Le pouvoir réglementaire des institutions internationales", *Annuaire Français de Droit International*, 1958, pp. 351-355.

En un plano más concreto, por lo que respecta a la relación entre el silencio y las reservas, afirma BENTZ que: "Le Secrétaire général des Nations Unies imagine une procédure de cette sorte pour décider de la validité des réserves. A la suite des réserves formulées par le gouvernement autrichien dans son acte de ratification de la seconde convention sur l'opium de 1925 et des objections faites par le gouvernement du Royaume-Uni, le Conseil de la Société des Nations confia le problème de la validité des réserves à l'étude du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international. Ce comité préconisa l'adoption d'une règle fort simple: l'unanimité nécessaire des acceptations. Cette règle fut appliquée par le Secrétaire général de la Société des Nations et par celui des Nations Unies jusqu'en 1950. A cette époque, la Commission du droit international proposa au Secrétaire général des Nations Unies une règle nouvelle pour faire face aux difficultés que soulevait la nécessité de réunir dans un délai raisonnable l'acceptation formelle de tous les Etats intéressés à la convention. La Commission du droit international proposait d'établir un délai pendant lequel les Etats intéressés pourraient valablement s'opposer aux réserves. Au défaut d'opposition, leur silence vaudrait acceptation". BENTZ: "Le silence comme manifestation de volonté ...", cit., p. 57. Continuaba este autor en las pp. 57-58, refiriéndose, en relación con la admisión tácita de las reservas, al proyecto sobre la codificación del Derecho de los tratados, de sir Gerald Fitzmaurice de FITZMAURICE, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, Vol. II, p. 216. De la aceptación de las reservas mediante el silencio, vuelve BENTZ a ocuparse en las pp. 77-78.

48 CAHIER, Ph.: "Le comportement des Etats comme source de droits et des obligations", *Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, p. 252; ZOLLER, E.: *La bonne foi en Droit international public*, París, 1997, p. 203. Vid en esta obra "La bonne foi et la interpretation", pp. 202-244.

Abundando en la línea de BENTZ y CAHIER, escribe KOLB: "En premier lieu, l'obligation de se manifester peut découler d'un traité. Dans de nombreux traités institutionnels un amendement est censé accepté à défaut d'opposition formelle. De même, certaines organisations à compétence technique dont l'OMS, l'OMM et l'OACI ont le pouvoir d'adopter des règlements obligatoires sans faire intervenir des procédures de ratification par les Etats membres à la seule condition d'une faculté d'*opting-out* réservée à ces derniers. Le silence vaut donc acceptation sans égard à la volonté réelle.

En deuxième lieu, un tel devoir de se manifester peut résulter d'un usage établi, par exemple d'une coutume constitutionnelle. Ainsi, les interprétations données au sujet de conventions internationales du travail par le Secrétariat de l'OIT et communiquées aux Etats membres sont censées acceptées sous réserve d'objection; ici encore, le silence vaut acceptation.

Enfin, l'obligation de se manifester peut résulter directement du principe général de la bonne foi. Tout comme pour la notion corrélatrice de la valeur du silence, le devoir de protestation est affaire d'espèce..." (KOLB: *La bonne foi ...*, cit., p. 348).

Vid. al respecto: art. 21,2 del Tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud, *Recueil des Traités des Nations Unies (R.T.N.U.)*, Vol. 14, p. 211; art. 7 (d) del Tratado constitutivo de la Organización Meteorológica Mundial, *R.T.N.U.*, Vol. 77, pp. 151-153; art. 37, del Tratado constitutivo de la Organización de la Aviación Comercial Internacional, *R.T.N.U.*, Vol. 15, pp. 321-323; asimismo, los arts. 20, aptdo. 5, 36, aptdo. 1, y 45, pfo. b) de la Convención de

de JIMÉNEZ GARCÍA, quien dejando una puerta abierta para lo particular, escribe que: "(...) El silencio ha de ser precedido, por lo general, por una positivación convencional para que el Derecho internacional le reconozca efectos jurídicos, más si éstos suponen una renuncia de derechos. En este sentido, el Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998 (B.O.E. núm. 18 de 20 de enero de 2001, p. 2507), prevé en su artículo 6 que la renuncia a la jurisdicción preferente sobre los buques que enarbolen su pabellón a favor del Estado interviniente puede realizarse de forma expresa o a través del silencio positivo. Según este último supuesto, la renuncia se produce cuando las autoridades competentes del Estado del pabellón (el Ministerio de Asuntos Exteriores, aunque por lo general será el Ministerio de Justicia de acuerdo con el artículo 8 del Tratado) hayan dejado transcurrir el plazo de catorce días sin comunicar decisión alguna sobre si ejercerán o no jurisdicción sobre el buque de su nacionalidad intervenido"<sup>49</sup>.

En este orden de cosas en cuanto a la relación entre el acto unilateral-silencio y los tratados internacionales, entendemos que procede recordar al respecto cómo el Relator Especial, en 1998, después de advertir sobre la existencia de posiciones doctrinales divergentes y de negar al silencio como un acto jurídico o una manifestación de voluntad autónoma, seguidamente al referirse a unos "Actos y comportamientos que no constituyen actos jurídicos internacionales, en el sentido estricto del término", vendría a situarlo en un campo de juego convencional, señalando que: "El silencio, un comportamiento reactivo, una forma unilateral de expresión de la voluntad, no sería considerado un acto jurídico, según la opinión de una buena parte de la doctrina. Pero, independientemente de ello, el silencio a pesar de ser unilateral no es un acto o una manifestación de voluntad autónoma y menos aún puede constituir un acto jurídico unilateral formal en el sentido que interesa a este informe. Parece difícil equiparar el silencio a una declaración formal al cual se pueden aplicar reglas específicas distintas a las establecidas en relación con el derecho de los tratados... El silencio y la aquiescencia guardan, por otra parte, una estrecha relación con el *estoppel* ..." <sup>50</sup>.

---

Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969. Sobre el art. 45, KOLB: *La bonne foi* ..., cit., pp. 254-260.

49 JIMÉNEZ GARCÍA, F.: *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Paracuellos del Jarama, 2002, p. 104.

50 *Primer informe* ..., A/CN.4/486, cit., pfs. 50 y 51, p. 11. "El silencio -indica también el Relator Especial- tiene una relevancia muy particular en el contexto del derecho convencional, no sólo por los efectos que puede producir en esta esfera o en el contexto de estas relaciones, sino en relación con algunas cuestiones particulares, como, por ejemplo, en relación con las reservas tal como se observa en el artículo 20, párrafo 5, de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados en el que se acoge, en principio, el criterio de la aceptación de la reserva por falta de manifestación en contrario, en un determinado plazo" (*Cuarto informe* ..., A/CN.4/519, cit., pfo. 23, p. 5).

En la misma tónica, RODRÍGUEZ CEDEÑO y TORRES CAZORLA: "Contribución al estudio de los actos unilaterales ...", cit., p. 782. En un sentido parecido, RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT: *Introducción al Estudio* ..., cit., p. 211.

En la línea puesta de manifiesto por el Relator Especial, al silencio enmarcado con los actos no autónomos, cabría aplicarle el Derecho de los tratados en todo aquello, entendemos, en lo que aquél pudiera tener de desempeño a título principal o instrumental en relación con la dinámica de la celebración, aplicación y terminación de los tratados internacionales. Es de destacar asimismo la estrecha relación encontrada entre el silencio, la aquiescencia y el estoppel<sup>51</sup>, *estoppel by silence* en este caso<sup>52</sup>.

Aprovecharemos la ocasión para precisar que, a nuestro juicio, el Relator Especial como tal –o a título personal con TORRES CAZORLA– no da las oportunas explicaciones para justificar por qué el silencio “no es un acto o una manifestación de voluntad autónoma y menos aún puede constituir un acto jurídico unilateral formal en el sentido que interesa a este informe”. Si atendemos al texto del Relator Especial, sin que se den en aquél razones para ello, un Estado, mediante el silencio, podría manifestar una voluntad no autónoma –en un contexto convencional– mientras que no podría hacerlo en el ámbito de los actos unilaterales autónomos<sup>53</sup>. Al respecto, podemos estar de acuerdo en que el silencio no es “propia” (preferiríamos decir *necesariamente*) acto jurídico, si bien debe precisarse que un acto jurídico puede manifestarse, en función de sus circunstancias, por medio del silencio; en cuanto a la *falta del elemento intencional*, que, al igual que su presencia no puede presumirse sin más, diremos que ésta no puede ser desechada sin la

51 Sobre el estoppel afirma MIAJADELAMUELA: “A través de diferentes sentencias del Tribunal Internacional de Justicia, se puede afirmar la existencia de una regla jurídicointernacional que impide a los Estados formular pretensiones que contradigan sus propios actos y declaraciones. Expresada generalmente esta doctrina en su forma inglesa de *Estoppel*, puede encuadrarse sin dificultad también en la regla *adversus factus suum quis venire non potest*, con la que, según ha expuesto documentadísimo el profesor Díez-Picazo, se identifican los orígenes de la institución anglosajona del *Estoppel*”. (MIAJA DE LA MUELA: “Los actos unilaterales ...”, cit., p. 440; más adelante, en la p. 442, afirma que “la aplicación del *Estoppel* ofrece un ancho campo de coincidencia con el principio o regla que prohíbe *venire contra factum proprium*”). La referencia es a DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 63-65, dedicadas al “Concepto, naturaleza y significación del ‘estoppel’”. Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, esta institución es propia del Derecho procesal: “de aquí, que en Derecho inglés no pueda obtenerse directamente de un ‘estoppel’ lo que nosotros denominamos efectos de carácter sustantivo. No crea ni modifica, ni extingue una situación jurídica” (*Ibid.*, pp. 67-70).

52 Sobre la relación estoppel-silenció había señalado PECOURT GARCÍA: “(E)l principio del *estoppel* puede presentarse articulado con algunas especies de aquellas expresiones de voluntad que genéricamente se denominan de “aquiescencia”. En tales hipótesis, el estoppel actúa integrando –en parte o en su totalidad– la forma correspondiente de aquiescencia, bien derivando ésta del silencio u omisión (*estoppel by silence*), bien probando tal aquiescencia por medio de ciertas conductas o actitudes (*estoppel by conduct*), etc.” (PECOURT GARCÍA, E.: “El principio del *estoppel* y la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso del Templo de Preah Vihear”, *R.E.D.I.*, Vol. 16, 1963, pp. 158-159). Asimismo sobre el *estoppel by silence*, este autor se había pronunciado ya en “El principio del ‘estoppel’ en Derecho Internacional Público”, *R.E.D.I.*, Vol. XV, N.º 2, 1962, pp. 105 y 123.

53 Volvería a pronunciarse el Relator Especial en relación con el campo de conexiones del silencio en una tónica parecida, en 2001, en *Cuarto informe ...*, A/CN.4/519, cit., pfs. 26 y 27, p. 6; KOHEN, M.: *Possession contestée et souveraineté territoriale*, París, 1997, p. 293.

oportuna interpretación del silencio y sus circunstancias, estemos tanto en el terreno de los actos unilaterales autónomos como en el de los no autónomos. ¿Por otra parte, si no hay intención, cómo pueden producirse los efectos jurídicos que se reconocen al silencio, si no es, paradójicamente, merced a la presencia de una *intentio* susceptible de valoración si acaso incluso como una *intención* objetiva generada así sea, llegado el caso, por un silencio negligente o temerario, producido como resultado de la no formulación de una oportuna y pertinente protesta?<sup>54</sup>.

A nuestro juicio, el silencio puede constituir una manifestación de voluntad –incluso autónoma de aquiescencia<sup>55</sup>– en atención a la preservación de la libertad del Estado en cuanto a la expresión de su voluntad, sea ya ésta en materia convencional o consuetudinaria o ya en la referente a un acto unilateral autónomo, libertad que el Relator pretende circunscribir al campo y límites de “una declaración formal”. En todo caso, por lo que atañe al epígrafe que estamos tratando, conviene subrayar que también para el Relator Especial la cópula entre silencio y tratados internacionales tendría derecho a un lugar bajo el sol jurídico.

Por lo que respecta a la afirmación ya recogida del Relator Especial de que “El silencio no puede considerarse, como ya se ha señalado, una manifestación de voluntad autónoma, sino más bien como un comportamiento reactivo ...”, pretendiendo llevar al silencio a la arena exclusiva de los actos unilaterales no autónomos, debemos subrayar que, aun en el supuesto de que el silencio suponga una reacción, ello no nos conduce necesariamente al ámbito del acuerdo internacional<sup>56</sup>; dicho silencio no implica inexcusablemente el estar en presencia

54 Una crítica fundada sería la formulada por SANTULLI en relación con el papel reservado al silencio en el proyecto de definición de acto unilateral, particularmente en cuanto a los problemas derivados de un silencio que hubiese sido obtenido por corrupción del representante, el cual, –no siendo entendido por el Relator Especial como una manifestación de voluntad–, no podría ser contemplado como producido con vicio del consentimiento. SANTULLI, C.: “Travaux de la Commission du Droit International (cinquante-quatrième session)”, *Annuaire Français de Droit International*, XLVII, 2002, p. 556-557.

55 En relación con la equivalencia del silencio a la aquiescencia, escribe VENTURINI: “L’acquiescement (le silence) es considéré dans ce cas comme une manifestation tacite de volonté, ainsi qu’il résulte du même arrêt” (VENTURINI: “La portée et les effets juridiques des attitudes ...”, cit., p. 376).

Asimismo, en relación con dicha equivalencia, escriben RODRÍGUEZ CEDEÑO y TORRES CAZORLA: “La Corte ha examinado también, en varias ocasiones, comportamientos estatales, que si bien no constituyen actos unilaterales en un sentido estricto, es decir, en el sentido del objeto de estudio emprendido por la Comisión, resultan de sumo interés, ya que han ayudado a clarificar los efectos del silencio (cuando el mismo puede ser equivalente a aquiescencia), o el *estoppel*, entre otros, o a dilucidar los efectos jurídicos de determinados comportamientos estatales. Así, recordemos, los Casos de los *Minquiers y Ecreous* (1953), de la *Sentencia Arbitral del Rey de España* (1960), del *Templo Preah Vihear* (1962), de las *Pesquerías* (1974) o de la *Delimitación de la frontera marítima en el Golfo de Maine* (1984), entre otros” (RODRÍGUEZ CEDEÑO y TORRES CAZORLA: “Contribución al estudio de los actos unilaterales ...”, cit., p. 762).

56 La faceta de la reacción está presente por lo demás en el propio acto unilateral, como bien nos recuerda BONDÍA GARCÍA, D.: *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*,

de un comportamiento de naturaleza convencional, como implícitamente parece querer dar a entender el Relator Especial, dado que para la existencia del acuerdo internacional es necesaria la constatación de la presencia de dos o más manifestaciones de voluntad, no entrando en vigor el acuerdo hasta después de que se produzcan los requisitos al respecto recogidos en éstas. Según nuestro modo de ver, tanto en convención o costumbre como en acto unilateral autónomo, el silencio del Estado no surge de la nada límbica sino que, de una u otra manera, se produce indistintamente como una reacción, sin que por ello no pueda hablarse de los actos unilaterales obligacionales del Estado, aun embarcado éste en una reacción; a la postre en todo fenómeno jurídico siempre hay una causa inmediata y/o mediata. El Estado no reacciona mecánicamente sino que lo hace, mecido por una dinámica de acción-reacción-contra reacción, gracias al ejercicio de una voluntad por la cual actúa, valga la redundancia, mediante un acto o, en su caso, mediante una omisión. La causa o fin<sup>57</sup> de la

---

Barcelona, 2004, p. 122: "La finalidad de la formulación de una manifestación unilateral de voluntad se puede orientar hacia dos posibilidades: por un lado, pretende reaccionar ante una situación, pretensión o acto existente; y, por otro lado, el acto unilateral tiene directamente por función actuar. Por tanto, las finalidades de un acto jurídico unilateral pueden consistir en reaccionar o actuar, pero siempre teniendo en cuenta que mediante la realización de este acto unilateral el sujeto autor no puede buscar eludir el cumplimiento de una obligación internacional.

En primer lugar, los actos de reacción son los más corrientes puesto que la finalidad principal del acto consiste en determinar la posición de su autor. Esta actitud del Estado puede oscilar en dos tipos de actuaciones — reacción negativa o reacción positiva — dependiendo de que el Estado quiera o no aceptar la oponibilidad de la situación, la pretensión o el acto en causa".

En relación con la declaración del Relator Especial de que: "Desde el punto de vista formal la diferencia fundamental radica en que el acto convencional es el producto de una concertación de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, mientras que el acto unilateral es la expresión de voluntad de uno o más Estados sea en forma individual, colectiva o concertada, en la cual no participan otros Estados, en particular, el Estado destinatario del acto" (*Cuarto informe ...*, cit., pfo. 109, p. 26), ORAKHELASHVILI procede a efectuar la siguiente precisión: "This approach neglects the fact that even if the addressee does not participate in the technical process of drafting and announcing unilateral declarations, it still participates in the broader process in which the respective effects follow from that unilateral act: through its silence or protest, the recipient State impacts the effects of the unilateral act and demonstrates its expectation as to the content and scope of that. The author State expresses its intention not in a vacuum but in a manner communicated to the recipient States which draw appropriate conclusions and offers appropriate reactions" (ORAKHELASHVILI, A.: *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, 2008, p. 466).

- 57 Sobre estas cuestiones escribe JACQUÉ: "Le troisième élément de l'acte consiste dans son objet et dans son but. On peut se demander si les deux éléments doivent être distingués. C'est ce que fait classiquement le droit interne, il est moins certain que la distinction soit pleinement reçue dans toutes les branches du droit international.

Le but de l'acte réside dans la finalité poursuivie par celui-ci, les civilistes diraient qu'il est sa cause. La notion de but présente donc un intérêt lorsque le droit international assigne un certain but à l'activité de ses sujets" (JACQUÉ, J. P.: "Acte et norme en droit international public", 1991-II, *R.C.A.D.I.*, T. 227, 1992, p. 380). Continúa expresándose respecto al objeto: "L'objet d'un acte est le contenu que les auteurs ont donné à leur manifestation de volonté. Le terme peut recouvrir deux significations voisines, mais qui ne se confondent pas entièrement" (p. 381). "Le terme d'objet peut avoir un sens plus concret et désigner le

obligación y el objeto –o cosa sobre la que versa el negocio obligacional– no debieran de confundirse con el objetivo político<sup>58</sup> de aquélla, objetivo que siendo, en principio, ajeno al plano civil, resultará consustancial al negocio de la *res publica*. Asunto distinto será el de la apreciación circunstanciada *in concreto* de la naturaleza –convencional o unilateral– de la reacción.

El silencio puede ser, pues, un “acto reactivo” ante un dato anterior; ahora bien, ello no supone que, en todo caso, estemos ante un acto de naturaleza convencional; a nuestro modo de ver su condición de *reactivo* –término éste usado, por lo demás, indebidamente como sinónimo de “acto de reacción” (efecto, consecuencia), cuando lo *reactivo* debe de entenderse como aquello que es “productor de reacción” (causa, del acto unilateral)– no hace que el silencio no pueda tener un sentido obligatorio y, en consecuencia, autónomo; nada obstando para que podamos estar, *sub specie*, bien ante un acto de naturaleza convencional la mayor parte de las veces, o consuetudinaria, bien ante otro de naturaleza unilateral<sup>59</sup>.

Por lo demás, paradójicamente y un tanto contradictoriamente con sus planteamientos anteriores<sup>60</sup>, aunque continuando convencionalizando el

---

contenu matériel de l'acte. C'est à ce sens que l'on se réfère, dans la Convention de Vienne, lorsqu'elle règle la question de la disparition ou de la destruction d'un objet indispensable à l'exécution du traité. Cet objet peut être naturel (engloutissement d'une île ou assèchement d'un cours d'eau), mais il peut être également une institution juridique” (p. 383).

- 58 RAO advirtió que “el examen contextual de las consideraciones de política es importantísimo cuando se trata de evaluar la intención a que obedece un acto. Sería necesario adoptar un método inductivo en el que se tengan en cuenta las consideraciones de política” (RAO, S.: *Anuario CDI*, 2000, Vol. I, pfo. 79, p. 153).
- 59 En tal sentido, DE ALBUQUERQUE MELLO llega a afirmar que el silencio es el acto unilateral tácito por excelencia: “O silêncio é o ato unilateral tácito por excelência; ele é assimilado à aceitação. (...) Ele equivaleria a um consentimento tácito, quando o Estado tivesse o dever de se manifestar para evitar “interpretações ... que comprometessem a existência ou as condições de exercício de seu direito”. Deste modo, ocorre uma assimilação ao consentimento tácito quando o Estado silencia a respeito de uma notificação” (DE ALBUQUERQUE MELLO, C.: *Curso de Direito Internacional Público*, 1º. Vol., 14ª. Ed., Río de Janeiro, 2002. p. 295).
- 60 Aprovecharemos la ocasión aquí, aun disintiendo con algunos de sus planteamientos, para mostrar nuestro reconocimiento al Relator Especial, así como a sus adjuntos, por su provechoso trabajo, a pesar de las dificultades con las que tuvo que enfrentarse en el desempeño de sus funciones. Sobre ellas, pueden ser bien reveladoras las siguientes palabras de María Isabel TORRES CAZORLA, una de sus más estrechas colaboradoras, las cuales aun siendo crudas me imagino que no dejarán aun así de ser bien discretas en relación con lo que en la Comisión de Derecho Internacional aconteció: “Un simple vistazo al desarrollo de los trabajos emprendidos por la CDI en la *terra incognita* de los actos unilaterales de los Estados describe los vaivenes y las dificultades que conlleva el intento de codificación de un tema en el que existen más incertidumbres y dudas, que aspectos consolidados y claros. El optimismo que derrocha a raudales el Primer Informe presentado a la CDI por el Relator Especial en 1998 pronto se verá truncado por la cruda realidad, planteada a todos los niveles: en la practica internacional y su difícil aprehensión, en la posición sostenida por los miembros de la CDI (tanto por parte de los que comenzaron a estudiar el tema, como por los nuevos miembros elegidos cuando concluyó el mandato de algunos de los anteriores) y en los Estados. De esta forma, la labor del Relator Especial se transformó en una suerte de ‘lucha contra los elementos’ infatigable y, las más de las veces, agotadora, sometida a cambios metodológicos claramente perceptibles ...” (TORRES CAZORLA: *Los actos*

silencio, RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT terminan relativizando los aspectos referentes a la bilateralidad –y, por ende, relativizándolo en cierto modo del plano convencional–, cuando resaltan que: “Algunos consideran que los actos unilaterales resultan siempre en una relación bilateral, por lo que estarían en todos los casos sometidos al régimen jurídico aplicable a los tratados. Esta afirmación pareciera acertada. En realidad no habrá acto unilateral que no se “bilateralice”, es decir que no produzca una relación bilateral o más allá, incluso, una relación con dos o más Estados o sujetos de derecho internacional. Pero, en nuestra opinión, ello no es determinante en cuanto a la existencia del acto unilateral como tal. Lo que se debe tomar en cuenta es la unilateralidad en su elaboración y la unilateralidad en cuanto a su aplicación y en relación con los efectos jurídicos que produce y no respecto de su materialización que finalmente se ubica en todos los casos en una relación bilateral o convencional que aparenta un carácter convencional”<sup>61</sup>.

#### IV. COSTUMBRES INTERNACIONALES

##### 1. Costumbres internacionales y actos unilaterales

Sobre este asunto, debemos precisar que el acto unilateral resulta consustancial con la formación de la costumbre, cuyo cuerpo práctico se hace presente mediante la expresión de los correspondientes actos unilaterales que conforman el elemento material. Resultará frecuente, como podremos apreciar, la alusión a la relación entre la costumbre y los actos unilaterales. Dentro de éstos, por veces los Estados expresan su comportamiento mediante el silencio como fue puesto de manifiesto por la doctrina en diversas ocasiones.

Por lo que respecta al sustento de la costumbre en el acto-comportamiento unilateral, CARRILLO SALCEDO resalta que “(l)as declaraciones unilaterales actuales han tendido a crear un nuevo Derecho internacional del mar (...). Ahora

---

*unilaterales ...*, cit., p. 134). Asimismo de esta autora: “Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados”, *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo, Año IV, No. 8, 2005, pp. 71-84; Id.: “La historia jamás contada de los actos unilaterales de los Estados: de los ensayos nucleares al asunto de la República Democrática del Congo contra Ruanda”, *R.E.D.I.*, No. 58, 2006, pp. 257-269.

Sobre la compleja problemática que se presenta desde tiempo atrás en la Comisión de Derecho Internacional: REMIRO BROTONS, A.: “Reflexiones sobre la composición y funcionamiento de la Comisión de Derecho Internacional”, *R.E.D.I.*, 1976, 2-2, pp. 327-367; LÓPEZ MARTÍN, A. G.: “La codificación del Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI. Luces y sombras en la labor de la CDI”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 15, 2001, pp. 367-390, *passim* y en particular, pp. 379-386.

61 RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT.: *Introducción al Estudio ...*, cit., pp. 135-136. En relación con esto, vuelven los autores en la p. 201 cuando subrayan que: “Sin duda y ello se aplica a todos los actos unilaterales cualquiera que sea su contenido, la bilateralización que, como dijimos, no convencionaliza el acto ...”. A nuestro modo ver, a veces RODRÍGUEZ CEDEÑO como Relator Especial y como autor, por lo que respecta a este asunto del silencio, ofrecen ligeras disimilitudes.

bien, de qué tipo son los efectos jurídicos producidos por estas declaraciones unilaterales? ¿Se trata de efectos inmediatos producidos *'per se'* por las propias declaraciones? o, ¿son efectos mediatos en cuanto que tales declaraciones unilaterales constituyen una nueva costumbre, siquiera sea *'in fieri'*?"<sup>62</sup>. A su vez, en una posición ciertamente próxima a la que acabamos de citar sobre la interrelación entre los actos unilaterales y la costumbre internacional, MILLÁN MORO se pronuncia en los siguientes términos:

"La manera, quizás, más sencilla de manifestarse la voluntad de los Estados son los actos unilaterales, sobre todo en el aspecto que interesan para este trabajo, como uno de los modos de formación de la costumbre internacional, en la que desempeñan una importante función, como ya hace años destacó Carrillo Salcedo. En este sentido, los actos unilaterales sirven de precedentes en la formación de una nueva norma consuetudinaria, y la suma de los distintos actos unilaterales de los Estados, puede dar lugar a la práctica general y al consenso general de los Estados, manifestado como *'opinio iuris'* de la nueva norma. (...).

Como puede verse, los actos jurídicos unilaterales corresponden a las primeras etapas en la elaboración de la norma consuetudinaria, y como ocurre en estas primeras etapas, los Estados que adoptan estos actos quedan obligados por los mismos, y puede, por tanto, aplicárseles esta costumbre *'in fieri'*. Sus propios actos unilaterales les son oponibles por los otros sujetos de Derecho internacional, aunque para que la norma consuetudinaria cristalice necesitan la respuesta del resto de los Estados de la sociedad internacional, bien en el sentido de seguir su comportamiento, o de tolerarlo. Si la respuesta no tuviera un alcance general, podría generarse una costumbre regional o local"<sup>63</sup>.

Subraya MILLÁN MORO, en la parte inicial del segundo párrafo del texto arriba transcrito, la idea de que los primeros Estados formuladores de los primeros actos unilaterales tendentes a la formulación de una nueva norma consuetudinaria, aun no dando lugar finalmente a la creación de una norma

62 CARRILLO SALCEDO: "Funciones del acto unilateral ...", cit., pp. 131 y 132; igualmente, en *Estudios de Derecho Internacional Marítimo*, Zaragoza, 1963, p. 16.

63 MILLÁN MORO: *La "opinio iuris" ...*, cit., pp. 104-105; la referencia a CARRILLO SALCEDO, lo es a su artículo "Efectos jurídicos de los actos unilaterales de los Estados en el régimen jurídico de los espacios marítimos, respecto de terceros Estados", *Temis*, 6, 1959, p. 124. Continúa la autora en la p. 105: "Estos actos unilaterales constituyen, o pueden constituir, claramente parte del elemento material de la norma consuetudinaria en gestación. Si la práctica se generaliza, y termina de configurarse el elemento material, han contribuido de manera importante a su formación. Pero el acto unilateral también contiene el germen de lo que luego será el elemento espiritual, pues la voluntad del Estado configura una pauta de comportamiento, aunque sólo se obligue a sí mismo. La *'opinio iuris'* en este primer momento aún no existe, pero el modelo de comportamiento que puede llegar a ser obligatorio para todos también comienza a definirse. Desde luego también este incipiente elemento espiritual puede variar, y cuando, finalmente, también se configure, la *'opinio iuris'* puede ser diferente del modelo esbozado en los primeros actos, pero en ellos también está ese germen". Continuaría ocupándose de esta temática en las pp. 105-106 y 188.

En una tónica similar, BONDÍA GARCÍA: *Régimen jurídico ...*, cit., pp. 47-48.

consuetudinaria “quedan obligados por los mismos, y puede, por tanto, aplicárseles esta costumbre *‘in fieri’*”. A nuestro modesto juicio, dicha obligación no sería sino un efecto indirecto de esa costumbre en proceso de formación si es que pudiera hablarse del proceso de formación de una costumbre que no llega a cristalizar. En realidad, a nuestro modo de ver la autora tal vez estuviera implícitamente acudiendo al principio del estoppel, para referirse a la obligación de dichos Estados de no efectuar actos posteriores contrarios a los primeros, so pena de que les pueda ser aplicado tal principio o –en términos que nos son más propios– la doctrina de los actos propios que prohíbe los actos contrarios al contenido de unos primeros actos llevados a cabo en relación con un mismo asunto (consistencia). De todos modos, aun así, habría que atender a las exigencias que han de darse para dicha aplicación. La prohibición de la ejecución de actos contrarios a los citados “propios actos unilaterales”, en el supuesto de no cristalización de la costumbre, nos conduciría finalmente, si se les quiere *oponibles por los otros sujetos de Derecho internacional*, a su entendimiento como actos unilaterales autónomos de reconocimiento.

El Relator Especial estuvo bien atento también a la conexión existente entre los actos unilaterales –el elemento material– y la costumbre, cuando, en 1998, afirmaba que: “En segundo lugar, se deben considerar los actos y comportamientos que contribuyen con la formación de la costumbre internacional. Es conocido que el proceso consuetudinario no es perfecto, sino por la reunión de dos elementos: el cumplimiento repetido de actos denominados precedentes (elementos materiales o *consuetudo*) y el sentimiento o la convicción de los sujetos de derecho que el cumplimiento de tales actos es obligatorio porque el derecho lo exige –de allí, la calificación de elemento psicológico o el recurso a la fórmula latina *opinio juris sive necessitatis*”<sup>64</sup>.

Volvería a continuación en la misma ocasión, unos párrafos después, el Relator Especial a ocuparse de la relación entre la costumbre y el acto unilateral, siendo consciente, por lo demás, de la posibilidad de un entendimiento del acto unilateral en un sentido ambivalente, tanto como un acto contribuyente a la formación de la costumbre o –tal cual ya apuntamos antes– como un acto unilateral autónomo, escribiendo que: “Debe considerarse, sin embargo, que un acto que forma parte del proceso de creación de la costumbre internacional no está necesariamente excluido de la categoría de actos puramente unilaterales si el mismo, independientemente de esta función, como fuente de la costumbre, refleja un acto unilateral substantivo autónomo, creador de una relación jurídica nueva, condiciones fundamentales para calificar a un acto de puramente unilateral ...”<sup>65</sup>. Resulta de particular interés esta declaración porque en ella

64 *Primer informe ...*, A/CN.4/486, cit., pfo. 100, p. 20. Para N. GUERRERO PENICHE y V. RODRÍGUEZ CEDEÑO también resulta evidente la relación entre los actos unilaterales y la costumbre, en “Los actos unilaterales de los Estados en Derecho Internacional: los trabajos de codificación en la Comisión de Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N.º. 3, 2003, p. 202.

En esa línea, RODRÍGUEZ CEDEÑO y BETANCOURT: *Introducción al Estudio ...*, cit., p. 156.

65 *Primer informe ...*, A/CN.4/486, cit., pfo. 104, p. 21.

se alude a la posible dualidad de un acto, al hablarse de él tanto como acto unilateral-elemento material en el proceso de formación de una costumbre como asimismo, llegado el caso –en un contexto de desdoblamiento funcional<sup>66</sup> de ese acto unilateral como mecanismo creador de una obligación internacional por sí mismo, incluso, entendemos, antes de la cristalización de la costumbre o aun si ésta no llegase a existir, en relación con un tercer Estado o Estados concretos –sin contrapartida alguna por parte de éstos–, participantes o no en el proceso de creación consuetudinario.

Por lo que respecta a la función ambivalente que entre esos actos unilaterales –mediante declaración o comportamiento– ancilares a la costumbre y ellos mismos como constitutivos de actos autónomos creadores de obligaciones unilaterales, permítasenos subrayar que dicha relación es deudora de una identidad fáctica –que no jurídica– de naturaleza consustancial, habida cuenta de que serán la declaración-acto –o el comportamiento– los que, en su caso, contribuyan a dar vida simultáneamente al consentimiento *ad idem* consuetudinario y al acto unilateral autónomo en cuestión, si bien las consecuencias jurídicas, como resulta bien claro, en uno y otro caso no serán iguales.

Aprovecharemos la ocasión asimismo para subrayar, con ZEMANEK<sup>67</sup>,

66 Consciente de la dificultad de este fenómeno, TORRES CAZORLA escribe: "Cuestión diferente es la resultante de la posible interacción entre los *diferentes* actos unilaterales de los Estados y la costumbre ... La complejidad del tema ha sido tal que esta cuestión, al igual que otros aspectos igualmente problemáticos, ha sido marginada en el resultado finalmente adoptado por la Comisión" (TORRES CAZORLA: *Los actos unilaterales ...*, cit., p. 123). Cursivas nuestras.

67 Distingue ZEMANEK entre actos para la formación y actos para la aplicación de la costumbre, de manera que "dogmatically, it would be possible to distinguish between unilateral acts which influence the formation of custom and have, consequently, a constitutive effect; and unilateral acts which apply custom and thereby confirm it and have thus a declaratory character. But a close examination of these acts shows that the dogmatic distinction is purely academic". ZEMANEK, K.: "Unilateral Legal Acts Revisited", en WELLENS, K. (ed): *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*, The Hague, 1998, p. 211; ZEMANEK: "What is 'State Practice' and Who Makes It?", en BEYERLIN, U. et al. (eds): *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht. Europarecht. Staatsrecht*, Festschrift für R. Bernhardt, 1995, pp. 289-306.

Asimismo, de ZEMANEK: "Notwithstanding the generation of custom by a multilateral convention or by a multitude of parallel bilateral treaties, unilateral acts are, besides domestic acts, the major tool for creating or confirming custom. It is the defining characteristic of these acts that they are not intended to create individual rights and/or obligations for the author State but either contribute to the creation of a general rule or apply it. The quality and effect of these acts, as well as the authority to perform them, have been examined in the context of customary law.

Dogmatically, it would be possible to distinguish between unilateral acts which influence the formation of custom and have, consequently, a constitutive effect, and unilateral acts which apply custom and thereby confirm it and have thus a declaratory character. But the examination of these acts in the context of customary law has shown that the dogmatic distinction is purely academic. Customary law is not a static set of rules but a continuing process in which the application constantly leads to small modifications and sometimes even to a complete change. In this process it is useless to try to distinguish between the adoption of a rule as a datable event and its subsequent validity, a distinction which is normal in enacted law; a date when the formation of custom ends and its validity begins cannot be established". ZEMANEK: *The legal foundations ...*, cit., p. 195.

que los actos unilaterales pueden, por una parte, proporcionar los precedentes jurídicos constitutivos de las reglas consuetudinarias y, por la otra, resultar ser también la consecuencia de las reglas consuetudinarias que capacitan a los Estados para ejercitar determinadas competencias<sup>68</sup>

## 2. Costumbres internacionales y silencio

La funcionalidad del silencio como un acto unilateral actuante en el proceso de formación de una norma consuetudinaria internacional reclamó también la atención de la doctrina iusinternacionalista y de la Comisión de Derecho Internacional. En efecto, sobre la interrelación entre el acto unilateral, el silencio y la costumbre internacional vendría a escribir BENTZ que: "Les pouvoirs exécutifs de différents Etats avanceraient unilatéralement des prétentions et d'autres les apprécieraient, les accepteraient ou les rejetteraient. La coutume serait créée par une suite continue d'interactions de continuelles demandes et réponses, *les réponses positives pouvant valablement être déduites du silence*"<sup>69</sup>.

Por lo que respecta a esa relación entre la costumbre, los actos unilaterales y, en el seno de éstos, el silencio en el supuesto de Estados con un interés e pronunciarse, RIGALDIES viene a subrayar que:

"Le processus coutumier connaît en effet plusieurs étapes. Lorsqu'un Etat émet une norme nouvelle par un acte unilatéral, on a vu qu'il faisait en réalité une 'proposition' aux autres Etats. Qui sera lié? Seulement ceux qui acceptent, *'reconnaissent' son geste comme étant le droit à leur égard, ou -ce qui revient au même- gardent le silence* alors qu'ils avaient un intérêt à se prononcer. Les Etats protestataires ne seront pas liés. L'Etat, par son acte unilatéral, a bien *posé* une règle, mais qui ne liera que les Etats qui l'acceptent (quelle que soit la signification que l'on donne à cette acceptation)"<sup>70</sup>.

68 DAILLIER, FORTEAU y PELLET destacan en esa dirección la importancia de las relaciones entre los actos unilaterales no autónomos y la costumbre internacional: "Les rapports entre coutume et actes unilatéraux sont également fort nombreux. Les actes unilatéraux peuvent fournir des précédents constitutifs de règles coutumières; ils sont aussi la conséquence de règles coutumières habilitant les États à exercer certaines compétences" (DAILLIER, P., FORTEAU, M. y PELLET, A.: *Droit international public*, París, 2009, p. 399). Advierten a continuación estos autores que: "C'est en vertu d'une coutume, qui dérive elle-même du principe de la souveraineté de l'Etat, que celui-ci peut -de façon unilatérale- régler l'octroi de la nationalité et distinguer entre ses nationaux et les étrangers, ou déterminer la largeur de sa mer territoriale et la délimiter. A condition de respecter les limites fixées par les règles coutumières pertinentes, la décision de l'Etat est opposable aux autres sujets de droit".

69 BENTZ: "Le silence comme manifestation de volonté ...", cit., p. 79. Este autor, en relación con las costumbres particulares, afirma que el silencio no es suficiente, resultando necesario *un certain temps* para aportar la prueba de que el silencio guardado resulta operativo como un consentimiento (Ibd., pp. 81-82 y 86). Las cursivas son nuestras.

70 RIGALDIES: "Contribution a l'étude de l'acte juridique unilatéral en droit international public", cit., pp. 434-435. Las primeras cursivas son nuestras. Continuaría el autor: "Dans un deuxième temps, d'autres Etats peuvent copier le geste posé. Leur conscience d'obéir à

Como bien podemos apreciar, RIGALDIES viene a situar la costumbre dentro de una tónica consensualista en la cual los Estados aceptan-reconocen la propuesta de costumbre formulada por otro. La referencia a la aceptación como un acto unilateral de reconocimiento, algo ya enunciado antes, si por éste se quisiera entender el reconocimiento de esa propuesta sin carga alguna para el beneficiado, de manera que pudiéramos hablar en ese caso de unas costumbres o, inclusive –sin que abramos aquí discusión bizantina alguna al respecto–, de unos pactos tácitos no sinalagmáticos, lo cual si bien posible nos llevaría bien lejos de la reciprocidad con la que habitualmente es entendida la norma consuetudinaria, basada como está en una “práctica uniforme y continuada de los Estados”. Cosa distinta sería la virtualidad en singular del acto unilateral del reconocimiento en el supuesto de que el proceso de formación de la costumbre internacional llegara a verse truncado.

En relación, entre otros, con el silencio *consentidor circunstanciado*, CARRILLO SALCEDO, ocupándose de la formación de una norma consuetudinaria respecto de la plataforma continental, con anterioridad a la Convención sobre la Plataforma Continental de 1958, afirma que “el asentimiento tácito a las pretensiones y declaraciones unilaterales ha formado una nueva costumbre, en cuanto equivale a un consentimiento implícito: *el silencio*, la falta de protesta en circunstancias en las que se exige una reacción positiva a fin de preservar un derecho, equivale a consentir. Puede decirse que la aquiescencia constituye una admisión o reconocimiento de la legalidad de una práctica controvertida, o que sirve incluso para consolidar una práctica originariamente ilegal. El Estado que ha admitido, consintiendo, no podrá oponerse en adelante a la pretensión, en virtud del principio del ‘*estoppel*’ o ‘acto contrario’. La aquiescencia de este modo viene a ser un elemento esencial en la forma de la costumbre o la prescripción”<sup>71</sup>.

Por lo que respecta a este texto de CARRILLO SALCEDO, en relación con pasajes ya comentados del Relator Especial y de RIGALDIES, podemos decir que ese reconocimiento comportaría un consentimiento que podría ser expresado, a falta de la emisión de protestas al respecto, mismamente por medio de un silencio. Ahora bien, aunque esa declaración –o, en su caso, ese silencio– podría constituir, después de un atento examen de todas las circunstancias concurrentes, un acto unilateral autónomo de reconocimiento con el consiguiente compromiso obligacional, entendemos que convendría precisar que esta posibilidad, a efectos prácticos, se revelará como algo más bien excepcional. Lo más frecuente, en el ámbito de la formación de una costumbre internacional, será que cualquier acto al respecto se dé acompañado por la *circunstancia* de la expectativa, a modo de *condictio suspensiva*, de que el proceso genético llegue a buen puerto. A la

---

une obligation juridique se manifeste. Il ne s’agit pas d’un usage. Le processus maioritaire de formation de la règle coutumière est en cours. Lorsqu’un nombre suffisant d’Etats a émis de tels actes, la coutume a engendré une norme coutumière qui désormais s’imposera à tous les Etats, peut-être même protestataires. L’acte unilatéral aura, dans ce cas précis, été l’origine d’une règle coutumière, d’application universelle”.

71 CARRILLO SALCEDO: “Funciones del acto unilateral ...”, cit., p. 138. Cursivas nuestras.

deriva el barco de la costumbre, el Estado actuante con la visión puesta en una cristalización que finalmente no se produce quedaría liberado.

La vinculación entre la costumbre y el silencio sería objeto de atención por doctrinarios como, entre otros, VILLIGER<sup>72</sup>, FLEISCHAUER<sup>73</sup> y BUZZINI<sup>74</sup>: sino también asimismo por la Comisión de Derecho Internacional. En este contexto, no faltarían oportunidades, en la línea que venimos advirtiendo, también en el marco del binomino costumbre-silenció, para percibir las posibilidades dobles que un mismo silencio nos depara en relación con el proceso de formación tanto de una costumbre como asimismo de un acto unilateral autónomo. En efecto,

72 Además de los autores ya vistos, entendiendo -primero implícitamente y luego expresamente- el silencio como el ejemplo prístino de la conducta cualificada pasiva por excelencia, cabría traer a colación aquí a VILLIGER, quien subraya que: "The conduct of States is active, if they expressly or implicitly adhere to customary rule, or if they dissent from the rule. Passive conduct signifies that States do nothing, that is, neither accept, not dissent from, the rule ... According to one widely represented view to which the present study adheres, qualified passive conduct may constitute part of *general practice* and thus contribute towards the formation or continuous existence of a customary rule" (VILLIGER, M. E.: *Customary International Law and Treaties*, Dordrecht, 1985, p. 18. En los mismos términos, este autor en *Customary International Law and Treaties. A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Second Ed., The Hague, 1985, p. 37).

Este pensamiento es confirmado de forma expresa seguidamente en relación con el silencio cualificado: "To contribute towards the formation of customary law, *qualified silence* is required; that is, a State will not have expressly or impliedly disclosed its dissatisfaction with an emerging rule over a longer period of time in situations where other States could, in good faith, have expected the State to do so. *Qui tacet consentire videtur dum locui debuit ac potuit*. Such qualified silence is, then construed as acquiescence on which other States may come to rely. Representing an estoppel by conduct, acquiescence in the original situation precludes the State in question from subsequently contesting its own position. Such tacit acceptance constitutes part of 'general' practice required for the formation of a customary rule which, once it has come into existence, will also by inactive State" (VILLIGER: *Customary ...*, cit., p. 19. Este autor se manifiesta en los mismos términos en *Customary ... A Manual ...*, cit., p. 37).

73 De la relación entre el silencio y la costumbre internacional se ocupa asimismo FLEISCHAUER, para el cual: "The effects of prolonged inactivity and silence on the part of the State whose title to the territory is threatened are equated by some writers with other institutions of international law such as implicit waiver, acquiescence in a new territorial situation or in the creation of a derogatory rule of customary international law, applicable to the specific situation in question" (FLEISCHAUER, C. A.: "Prescription", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. III, Amsterdam, 1992, p. 1105).

74 Por lo que hace a las vínculos existentes entre el silencio y la costumbre, haremos nuestras las palabras de BUZZINI, puestas de manifiesto en relación con las costumbres generales, la formación de las reglas de Derecho internacional general: "Il ne fait guère de doute que les abstentions font partie des divers éléments de la pratique pouvant contribuer, à des degrés variables et en fonction des circonstances pertinentes, à la formation d'une règle de droit international général. Dès lors, elles peuvent aussi être prises en compte, avec la prudence nécessaire, aux fins de l'identification d'une telle règle". Ocupándose a continuación del silencio y de la aquiescencia, subraya este autor que: "Le rôle, la signification et la portée du silence en droit international on été discutés bien davantage à propos de l'acquisition, modification ou perte de droits subjectifs ... Il suffit de songer, dans ce contexte au rôle reconnu à l'acquiescement dans le domaine des acquisitions territoriales. Il semble toutefois que le silence puisse également jouer un rôle dans la formation ou la modification des règles de droit ...", "Abstention, silence ...", cit., pp. 344 y 348, respectivamente. *Vid.* asimismo pp. 344-348. BUZZINI: "Abstention, silence ...", cit., p. 348.

el Relator Especial fuera consciente ya desde el inicio de sus trabajos de las posibilidades de actuación simultánea del Estado, por medio de sus actos o comportamientos -inclusive mediante el silencio-, en dicha doble vía, cuando afirmaba en 1998 que: "El Estado, a través de sus actos o comportamientos, puede participar en el proceso de formación de una norma consuetudinaria o impedirlo. El reconocimiento expreso o tácito (silencio o ausencia de protesta), que equivale a aquiescencia tácita o implícita, y la protesta o repudio, juegan un rol determinante en el proceso de formación de la costumbre. Se trata de comportamientos unilaterales desde el punto de vista formal, en todo caso, de manifestaciones de voluntad que también guardan relación con la convicción de que una práctica es derecho"<sup>75</sup>. No volveremos aquí a lo ya dicho en relación con la posible dualidad. Con todo, resaltaremos si acaso que al referirse a "(e)l reconocimiento expreso o tácito (silencio o ausencia de protesta), que equivale a aquiescencia tácita o implícita, y la protesta o repudio"<sup>76</sup> subrayaba que "(s) e trata de comportamientos unilaterales desde el punto de vista formal ..." o -aun no tratándose de declaraciones efectuadas formalmente- a nuestro modo de ver, atendiendo a sus resultados, bien podríamos referirnos a ese silencio-comportamiento (formal) como un comportamiento formal, y *pourquoi pas* como un acto unilateral tácito. Es verdad que todo ello en función de las circunstancias obrantes con el silencio; ahora bien, conviene no olvidar que nada hay jurídicamente relevante sin atención a sus circunstancias<sup>77</sup>.

75 *Primer informe ...*, A/CN.4/486, cit., pfo. 102, p. 20.

76 Con respecto a la alusión del Relator Especial al "reconocimiento tácito (silencio o ausencia de protesta), que equivale a aquiescencia tácita o implícita", debemos señalar asimismo la inexistencia de una exacta aplicación biunívoca tanto entre el reconocimiento tácito y el silencio como entre éste y la ausencia de protesta, habida cuenta de que tanto el reconocimiento tácito como la ausencia de protesta pueden ser expresadas de otras maneras, además de por el silencio.

77 Los términos con que nosotros nos pronunciamos en relación con el silencio vendrían a situarse en el otro cabo de otros planteamientos configurados, a nuestro juicio, de una forma tal vez en exceso formalista, como p. ej. el sostenido por TORRES CAZORLA cuando escribe: "En realidad, estrictamente configurado y delineado en sus términos precisos, el silencio no debe considerarse un acto unilateral; se trataría incluso en ocasiones de la producción de efectos jurídicos por un "no acto unilateral", cuando, por ejemplo, frente a un determinado estado de cosas, fuese pertinente emitir una protesta y esta no se ha llevado a cabo. De alguna forma, ese silencio, junto a otros aspectos que permitan conocer con cierta exactitud la voluntad del Estado de que se trate, provoca que no quepa una retractación cuando se ha producido una cierta consolidación de esas actuaciones" (TORRES CAZORLA: *Los actos unilaterales ...*, cit., pp. 102-103).

Paradójicamente la riqueza semántica no resulta de especial ayuda. Así, como advierte SUY: "When dealing with unilateral acts of States we are confronted with two major difficulties of a semantic nature. The first problem is one of linguistics and concerns the qualification of a unilateral act for which the English does not seem to be very helpful. Whereas in French, Spanish, Italian and German, a unilateral act is qualified as an *acte juridique*, *acto jurídico*, *negozio giuridico*, *Rechtsgeschäft*, the English rendering is simply *unilateral acts*. This expression does not explain the subtleties behind the German words *Rechtsgeschäft* and *Rechtshandlung*, or the difference between the Italian words *atto* and *negocio*" (SUY: "Unilateral acts of States as a source of International Law: some thoughts and frustrations", *Droit du pouvoir, Pouvoir du Droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, cit., p. 632).

Ahora bien, para que el silencio tenga alguna virtualidad, la norma consuetudinaria, como de algún modo ya se dijo, ha de afectar intereses del Estado silente. En este sentido, TUNKIN puntualizó que "when the respective forming of a customary norm does not affect a state's interests at the given time, its silence can not be considered to be tacit recognition of this norm. But in those instances when an emerging rule affects the interests of a particular state, the absence of objections after a sufficient time can, as a rule, be regarded as tacit recognition of this norm"<sup>78</sup>.

Poniendo fin a esta contribución, quisiéramos aprovechar la oportunidad para dejar constancia, a modo de balance, del importante papel que a los actos unilaterales de los Estados –y con ellos al silencio– les ha venido siendo reconocido, como hemos podido apreciar, tanto en el ámbito del Derecho internacional público en general como más particularmente en el relativo a los procesos nomogénicos, tanto por lo que se refiere a la formación, aplicación y modificación de las normas de Derecho internacional convencional como de Derecho internacional consuetudinario.

Asimismo, nos gustaría poner de manifiesto la impresión que hemos tenido de que, conforme nos adentramos en el estudio de las fuentes normativas, uno pasa a tener una sensación, creemos que fundada, de que éstas, a través de sus manifestaciones, no resultan ser formas o conjuntos estancos con algunos puntos de tangencia entre ellas sino que, aun reconociendo su substancialidad e importancia, a la postre, dichas fuentes, en no pocas ocasiones se nos manifiestan como un diagrama sazonado de conjuntos secantes –con sus consecuentes subconjuntos de elementos comunes–, de tal modo que hurgando en ellas uno acaba apreciando más que la pluralidad de las fuentes normativas su carácter más bien instrumental, eminentemente al servicio de la expresión de la voluntad consensual de los Estados.

---

78 TUNKIN: *Theory of International Law*, London, 1974, p. 129.