

OCUPACIÓN BRITÁNICA DE LAS MALVINAS EN VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO *PACTA SUNT SERVANDA*

CONSECUENCIAS JURÍDICAS

“Nadie puede beneficiarse de su propio crimen”

*Zlata Drnas de Clément**

I.- Introducción

En general, los trabajos que abordan los derechos argentinos sobre las Malvinas se centran en las cuestiones relativas al “mejor derecho” en base al descubrimiento, la ocupación, el derecho a suceder a España. Desde hace tiempo me han interesado algunos fundamentos teórico-jurídicos internacionales de la reclamación de soberanía argentina sobre Malvinas, en particular, el incumplimiento por parte del Reino Unido de Gran Bretaña de tratados vigentes en violación del principio *pacta sunt servanda* (PPSS)¹, aspecto sólo referido por unos pocos autores pero no considerado en particular².

Por nuestra parte destacamos que las instalaciones inglesas en Port Egmont³ de John Byron en 1765 y de John Mc Bride en 1766, al igual que la ocupación de James J. Onslow en 1833, se produjeron en violación a una serie de tratados en vigor celebrados entre España (o las Provincias Unidas del Río de La Plata) y Gran Bretaña. Ello, en una época de imperialismo en el que se había consolidado “al extremo en las relaciones intereuropeas el principio de santidad de los tratados (*pacta sunt servanda*) y el principio de soberanía territorial del Estado-Nación”⁴

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba, antigua Catedrática de Derecho Internacional Público. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y miembro de su Instituto de Derecho internacional y Derecho de la Integración.

¹ El PPSS se puede definir sencillamente como: “Los pactos (en vigor) deben ser cumplidos por las partes de buena fe”, tal como es receptado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986. Lo opuesto a la buena fe es el abuso de derecho.

² Ello, sin dejar de percibir que, cualquiera fuera la argumentación argentina, es políticamente poco viable que el Reino Unido esté dispuesto a poner en discusión una cuestión sobre la que sus autoridades dicen “no tienen ninguna duda”, y correr el riesgo de una resolución adversa en ámbito político o jurisdiccional. (En idéntico sentido se ha pronunciado MILANOVIC, M. “Why the Falklands Dispute Will (Probably) Never Go to Court”, publicado el 25 de febrero de 2010, <http://www.ejiltalk.org/why-the-falklands-dispute-will-probably-never-go-to-court/> (consulta de 10 de mayo de 2015).

³ Nombre dado en honor al primer Lord del Almirantazgo inglés a una ensenada de la pequeña isla Saunders (denominada Croisade por los franceses en 1864), ubicada al NE del archipiélago, de difícil acceso en tiempo de navegación a vela por el tipo de mástiles y velas que se utilizaban.

⁴ BEDERMAN, D. J. *Globalization and International Law*, 2008, ASIL, Palgrave Macmillan, New York 2008, p. 9.

Ya la primera reclamación para Inglaterra (reina Isabel I), registrada el 2 de febrero de 1594 por Richard Hawkins, violó instrumentos internacionales en vigor que le eran aplicables y que señalaremos más adelante⁵.

La página web oficial de las Falkland Islands⁶, al presentar la *Cronología* de las Islas, hace referencia textual a que en:

-“1765, *sin darse cuenta de la existencia de la colonia francesa*, el comodoro John Byron desembarcó en Puerto Egmont en West Falkland y tomó posesión de las islas para la corona británica” (el resaltado nos pertenece).

-“1766, el capitán John MacBride estableció un asentamiento británico en Puerto Egmont”.

-“1833, *el Comandante Mestivier fue asesinado por sus propios hombres en el momento en el capitán Onslow zarpó de Puerto Egmont⁷ en el buque de guerra "Clio" y tomó el mando de Port Louis para Gran Bretaña. La guarnición de Buenos Aires dejó pacíficamente las islas. Buenos Aires protestó (...)*” (los resaltados nos pertenecen).

Debe tenerse en cuenta que la ocupación francesa se extendió formalmente entre el 2 de febrero de 1764 y el 10 de abril de 1767, fecha en que se hizo la transferencia oficial de Port Louis a los españoles, si bien, ya el 4 de octubre de 1766 el Rey de España, había designado a Felipe Ruiz Puente como *primer gobernador* de las Malvinas, una vez reconocida por Francia la legitimidad de la reclamación sobreaña por parte de España. Gran Bretaña, que había tenido conocimiento de la transferencia de Francia España, no protestó el acto pero, posteriormente, ha pretendido que la entrega de las Islas a España no constituyó un reconocimiento de derechos sino una compraventa, contradiciendo con ello infundadamente al propio Bouganville, quien expresó:

“España reivindicó estas Islas como una dependencia de América Meridional, y habiendo sido reconocido su derecho por el Rey, recibí orden de ir a entregar nuestros establecimientos a los españoles (...)”.

“Habiendo Francia reconocido el derecho de su Majestad Católica sobre las Islas Malvinas, el Rey de España, por un principio de derecho público reconocido en todo el mundo, no debía ningún reembolso por los gastos. Sin embargo, como adquirieron los navíos, bateles, mercaderías, armas, municiones de guerra y de boca, que componían nuestro establecimiento, este monarca, tan justo como generoso, ha querido reembolsarnos de nuestros adelantos, y la suma de 618.108 libras nos ha sido entregada por sus tesoreros, parte en París y el resto en Buenos Aires (...)”⁸.

⁵ Es de tener en cuenta que incluso los ingleses, consideran dudoso al descubrimiento de Hawkins por la incorrecta ubicación y referencia de las islas (3 grados de diferencia en las coordenadas geográficas, señalamiento de la existencia de hogueras, tardío relato del presunto descubrimiento, etc.).

⁶V. <http://www.falklands.gov.fk/our-people/our-history/> (consulta 1 de junio de 2015).

⁷ Recuérdese que en 1774 Gran Bretaña se había retirado de Puerto Egmont, alegando más tarde motivos económicos como parte de un redespiegue de las fuerzas debido a la proximidad de la Guerra de la Independencia Americana y recién retornó en 1833 (Onslow) con la intención de ocupar las Malvinas. El texto que citamos de la *Cronología* malvinense se presta a confusión, ya que permite entender que Onslow habitaba en Puerto Egmont y que, tras tomar conocimiento del asesinato del comandante, decidió tomar Port Luis, lo que no se condice con la verdad.

⁸ BOUGAINVILLE, L. A. de. *Viaje Alrededor del Mundo por la Fragata del Rey “La Boudense” y la Fusta “La Estrella” en 1767, 1768 y 1769.*, Edit. Calpe, Madrid, 1921, p.59. Cf. BOLOGNA, A. B.- *El Conflicto de las Islas Malvinas*, Ed. Facultad, Rosario, 1992, p. 18. V. asimismo, DRNAS DE CLÉMENT, Z. *Malvinas. ¿El derecho de la fuerza o la fuerza del derecho?*, Ed. Lerner, Córdoba, 2000, p. 7-8.

De todos modos la posición británica de entender la devolución de las Islas a España como una compraventa no podría modificar las condiciones de legitimidad del derecho español-argentino ya que, tanto en aquella época como en la actualidad, la compraventa (bajo ciertas condiciones) es un modo lícito de adquisición territorial. Más aún, con esa posición, Gran Bretaña reconoce los mejores derechos de ocupación a los franceses y con el traspaso, a España. Ello, sin tener en cuenta su obligación de sumisión a la autoridad del Papa -a la cual estaba sometida-, que había reconocido los derechos españoles en la América meridional. Al momento del pronunciamiento de las Bulas por Alejandro VI, Inglaterra aceptaba la autoridad del Papa. Recién en 1531 Enrique VIII se proclamó jefe supremo de la Iglesia inglesa, habiéndose publicado el Acta de Supremacía en 1534. La primera vez que se usó el término “Anglicanismo” para referirse a la iglesia inglesa fue en 1838, si bien el término, con acepción distinta a la religiosa (“anglicano=inglés”) ya se conoce desde el siglo XII⁹.

La **Primera Bula Inter Caetera** de 3 de mayo **1493** de Alejandro VI establecía a favor de España:

“(…) (P)ara que -dotados con la liberalidad de la gracia apostólica- asumáis más libre y audazmente una actividad tan importante, por propia decisión no por instancia vuestra ni de ningún otro en favor vuestro, sino por nuestra mera liberalidad y con pleno conocimiento y haciendo uso de la plenitud de la potestad apostólica y con la autoridad de Dios omnipotente que detentamos en la tierra y que fue concedida al bienaventurado Pedro y como Vicario de Jesucristo, a tenor de las presentes, os donamos concedemos y asignamos perpetuamente, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores en los reinos de Castilla y León, todas y cada una de las islas y tierras predichas y desconocidas que hasta el momento han sido halladas por vuestros enviados y las que se encontrasen en el futuro y que en la actualidad no se encuentren bajo el dominio de ningún otro señor cristiano, junto con todos sus dominios, ciudades, fortalezas, lugares y villas, con todos sus derechos, jurisdicciones correspondientes y con todas sus pertenencias; y a vosotros y a vuestros herederos y sucesores os investimos con ellas y os hacemos, constituimos y deputamos señores de las mismas con plena, libre y omnímota potestad, autoridad y jurisdicción ” (el resaltado nos pertenece)¹⁰.

La **Segunda Bula Inter Caetera** de 4 de mayo de **1493** (se estima que en los hechos fue de junio del mismo año) disponía a favor de España:

“5. (...) (D)onamos, concedemos y asignamos, todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir, halladas y por hallar hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y construyendo una línea del Polo que es el Septentrión, hasta el polo que es el Mediodía, ora se hayan hallado islas y tierras firmes, ora se hayan de encontrar hacia la India o hacia otra cualquiera parte, la cual línea diste de las islas que vulgarmente llaman Azores Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y mediodía, así que todas sus islas y tierra firme halladas y que hallaren, descubiertas y que se descubrieren desde la dicha línea hacia el Occidente y mediodía que por otro Rey cristiano no fuesen actualmente poseídas hasta el día del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo próximo

⁹ WRIGHT, J. R. "An Essay in Terminology", en SYKES, Stephen - BOOTY, John. *The Study of Anglicanism*, SPCK/Fortress Publishing, Nueva York-Londres, 1988, p. 426.

¹⁰ V. <http://www.artic.ua.es/biblioteca/u85/documentos/1572.pdf> (consulta de 20 de julio de 2015). V. asimismo para éste y para los documentos históricos citados *infra* DAVENPORT, Frances G. *European Treaties Bearing on the History of the United States and Its Dependencies*. Washington: Carnegie Institution, 1917.

pasado del cual comienza el año presente de mil cuatrocientos y noventa y tres, cuando fueron por vuestros mensajeros y capitanes halladas algunas de las dichas islas con todos los dominios de las mismas, con ciudades, fortalezas, lugares y villas, derechos, jurisdicciones y todas sus pertenencias. **Y a vosotros y a vuestro dichos herederos y sucesores os hacemos, constituimos y deputamos señores de ellas con plena y libre y omnimoda potestad, autoridad y jurisdicción.** Decretando no obstante que por semejante donación, concesión, asignación nuestra, a ningún Príncipe Cristiano que actualmente poseyere dichas islas o tierras firmes antes del dicho día de la Natividad de Nuestro Señor Jesucristo pueda entenderse que se quita o se deba quitar el derecho adquirido”(…).

“7. Exclusividad de la donación. Y severamente prohibimos a cualquiera personas, sean de cualquier dignidad incluso la imperial y la real, estado, grado, orden o condición, bajo pena de excomuniación «*latae sententiae*», en la cual incurran por el mismo hecho si lo contrario hicieren, que no pretendan ir a las islas y tierras firmes, hallada y que se hallaren, descubiertas y por descubrir, hacia el Occidente y mediodía, fabricando y construyendo una línea desde el Polo norte al sur, ya sean tierras firmes e islas halladas y que se hubieren de hallar hacia la India o hacia cualquiera otra parte, la cual línea diste de cualquiera de las islas que vulgarmente llaman las Azores y Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y Mediodía como queda dicho, para granjear mercaderías o por cualquier causa, sin especial licencia vuestra y de vuestros herederos y sucesores. Y porque también algunos Reyes de Portugal descubrieron y adquirieron en las regiones de África, Guinea y Mina de Oro otras islas, igualmente por apostólica concesión hecha a ellos, y les fueron concedidas por la Sede Apostólica diversos privilegios, gracias, libertades, inmunidades exenciones e indultos, **Nos os concedemos a vosotros y a vuestros herederos y sucesores mencionados, que en las islas y tierras descubiertas por vosotros y que se descubrieren del mismo modo podáis y debáis poseer y gozar libre y lícitamente de todas y cada una de las gracias, privilegios, exenciones, libertades, facultades inmunidades e indultos, pues queremos que se encuentre expresado e incluido suficientemente en las presentes, como si estuviese aquí transcrito palabra por palabra, para que sea como si a vosotros citados herederos y sucesores hubiesen sido especialmente concedidos. Así pues con igual motu, autoridad, ciencia y plenitud de Potestad Apostólica y como especial donación graciosa concedemos todo ello en todo y por todo, a vosotros y a vuestros indicados herederos y sucesores, con la misma extensión y amplitud”** (el resaltado nos pertenece)¹¹⁻¹².

Las ocupaciones inglesas se realizaron no sólo en violación a los documentos papales señalados, sino a una serie de otros tratados en vigor, que establecían que la autoridad británica, al igual que sus súbditos, no dirigirían su comercio, ni navegarían, ni fijarían establecimientos estables en los puertos o lugares que el Rey Católico tenía en las Indias occidentales. Entre esos tratados, recordamos:

¹¹ V. <http://www.mgar.net/docs/caetera.htm> (consulta de 25 de julio de 2015). La *Bula Eximiae Devotionis* tiene similar contenido a la Primera Bula y lleva igual fecha..

¹² El Tratado de Tordesillas de 7 de junio de 1494, luego confirmado por Bula Papal de 1509 expresaba: “ (...) que se haga é señale por el dicho mar Océano una raya, ó línea derecha de polo á polo, convien á saber, del polo ártico al polo antártico, que es de Norte á Sul, la qual raya ó línea se aya de dar, é dé derecha, como dicho es, á trecientas é setenta leguas de las islas del Cabo Verde, hacia la parte del Poniente, por grados ó por otra manera como mejor y mas presto se pueda dar (...)”. En lo que hace a la jurisdicción establecía: “(...) é que todo lo que hasta aquí se ha fallado é descubierto, é de aquí adelante se hallare, é descubriere por el dicho señor de Portugal, é por sus navios, asy islas como tierra firme, desde la dicha raya, é línea dada en la forma susodicha, yendo por la dicha parte del Levante dentro de la dicha raya á la parte del Levante, ó del Norte, ó del Sul della, tanto que no sea atravesando la dicha raya, que esto sea, é finque, é pertenezca al dicho señor rey de Portugal é á sus subcesores, para siempre jamas, é que todo lo otro, asy islas, como tierra firme, halladas y por hallar, descubiertas y por descubrir, que son ó fueren halladas por los dichos señores rey é Reyna de Castilla, é de Aragón, etc., é por sus navios desde la dicha raya dada en la forma susodicha, yendo por la dicha parte del Poniente, después de pasada la dicha raya hacia el Poniente, ó el Norte, ó el Sul della, que todo sea, é finque, é pertenezca á los dichos señores rey é Reyna de Castilla, de León, etc., é á sus subcesores para siempre jamás (...)”. V. GREIG, D. W. “Sovereignty and the Falkland Islands Crisis”, 8 Aust. YBIL, 1978-1980, p. 21.

- **Tratado de Münster** (Paz de Westfalia)¹³ (Acuerdo entre Provincias Unidas de los Países Bajos y España al que se incorpora Gran Bretaña) de 30 de enero de **1648**:

“VI. Y en cuanto a las Indias Occidentales, los Súbditos y Habitantes de los Reinos, Provincias y Tierras de los dichos Señores Rey y Estados respectivamente, se abstendrán de navegar y traficar en todos los Puertos, Lugares y Plazas guarnecidas de Fuertes, Lonjas o Castillos, y en todas las demás poseídas por una u otra parte (...)” (el resaltado nos pertenece).

“XXIII. No se podrá abordar, entrar, ni detenerse en los Puertos, Abras, Playas y Radas de los Países de uno u otra con Navíos y gente de Guerra, en número que pueda dar sospecha, sin Pasaporte y Licencia de aquel que mandare los dichos Puertos, Abras, Playas y Radas, si no es que sean arrojados por tempestad, u obligados por necesidad, y para evitar algunos peligros del Mar” (el resaltado nos pertenece)¹⁴.

- **Tratado de Madrid** de 18 de julio **1670**¹⁵:

Art. 8: (...) los súbditos del rey de Gran Bretaña no dirigirán su comercio, ni navegarán a los puertos o lugares que el Rey Católico tiene en dicha India ni comerciarán con ellos; y recíprocamente los súbditos del rey de España no lo harán con los puertos o lugares del rey de Gran Bretaña (el resaltado nos pertenece).

Calvo, en su colección de tratados, en nota de pie de página, recuerda que no se señalaron las posesiones de Gran Bretaña pero que por cédula expedida el 7 de junio de 1689 nº 26 y 27 las posesiones de Gran Bretaña eran Barbados, Nueva Inglaterra, una partes de San Cristóbal, Canadá, Jamaica. En trabajo de Richard Blome, *América inglesa*, Amsterdam, 1688, también se señala que pertenecían a Gran Bretaña 4 provincias de Nueva Jersey, Pensilvania, Maryland, Nueva York, islas Nevis, Antigua, San Vicente, Dominica, Monserrat, Anguila, Carolina, Nueva Foundland, Tabaco, y más tarde Providencia. No se nombraba posesión alguna en los mares meridionales del Sur¹⁶.

- **Tratado de Utrecht** *Tratado preliminar de paz y amistad entre las coronas de España y de Inglaterra*¹⁷ de 13 de julio de **1713**:

“Art. VIII: Será libre el uso de la navegación y del comercio entre los súbditos de ambos reinos como lo era en otros tiempos durante la paz y antes de la declaración de esta guerra, reinando el

¹³ V. <http://www1.umassd.edu/euro/resources/dutchrep/14.pdf>; y <http://www.dipublico.org/3654/treaty-of-munster-1648-en-espanol/> (consulta de 20 de mayo de 2015).

¹⁴ V. CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, A. Durand, Paris, 1862. Obtenible en <https://books.google.es/books?id=XE8NAAAIAAJ&printsec=titlepage&hl=es#v=onepage&q&f=false> (consulta de 7 de junio de 2015).

¹⁵ El tratado de Madrid de 1667, tratado comercial firmado el 23 de mayo de 1667 en la ciudad de Madrid (España), entre la Monarquía Hispánica y el Reino de Inglaterra, fue ratificado por el Tratado de Madrid de 1670. V. CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, Ob. Cit.

¹⁶ CALVO, Carlos, *Colección histórica completa de los tratados 1493-1694*, Ob. Cit.

¹⁷ El primer tratado se suscribió el 11 de abril de 1713 entre el reino de Francia, el reino de Gran Bretaña, el reino de Prusia, el reino de Portugal, el ducado de Saboya y las Provincias Unidas de los Países Bajos.

*rey católico de España Carlos II*¹⁸, de gloriosa memoria, conforme á los pactos de amistad, confederación y comercio que estaban establecidos entre las dos naciones, según las costumbres antiguas, cartas patentes, cédulas y otros actos especialmente hechos en este particular, y también según el tratado ó tratados de comercio ya concluidos en Madrid, o se concluyan luego. Y como entre otras condiciones de la paz general se ha establecido por común consentimiento **como regla principal y fundamental, que la navegación y uso del comercio de las Indias occidentales del dominio de España quede en el mismo estado que tenía en tiempo del dicho rey católico Carlos II, para que esta regla se observe en lo venidero con fe inviolable de modo que no se pueda quebrantar** y se eviten y remuevan todos los motivos de desconfianzas y sospechas acerca de este negocio, se ha convenido y establecido especialmente, que por ningún título ni con ningún pretexto se pueda directa ni indirectamente conceder jamás licencia ni facultad alguna á los franceses ni otra nación para navegar, comerciar ni introducir negros, bienes, mercaderías u otras cosas en los dominios de América pertenecientes á la corona de España, sino es aquello que fuere convenido por el tratado o tratados de comercio sobredichos y por los derechos y privilegios concedidos en el convenio llamado vulgarmente el asiento de negros, de que se hace mención en el artículo 12; y excepto también lo que el dicho rey católico ó sus herederos ó descendientes ofrecieren por el tratado ó tratados de la introducción de negros en las Indias occidentales españolas, después que se hubiere concluido el referido convenio del asiento de negros. **Y para que la navegación y comercio á las Indias occidentales queden más firme y ampliamente asegurados, se ha convenido y ajustado también por el presente, que ni el rey católico, ni alguno de sus herederos y sucesores puedan vender, ceder, empeñar, traspasar á los franceses ni á otra nación tierras, dominios ó territorios algunos de la América española, ni parte alguna de ellos, ni enajenarla en modo alguno de sí, ni de la corona de España. Y al contrario, para que se conserven mas enteros los dominios de la América española, promete la reina de la Gran Bretaña que solicitará y dará ayuda á los españoles para que los límites antiguos de sus dominios de América se restituyan y fijen como estaban en tiempo del referido rey católico Carlos II, si acaso se hallare que en algún modo ó por algún pretexto hubieren padecido alguna desmembración ó quiebra después de la muerte del dicho rey católico Carlos II**” (el resaltado nos pertenece)¹⁹.

¹⁸ Carlos II “El hechizado” reinó entre 1665 y 1700 (hasta 1675 bajo la regencia de su madre Mariana de Austria).

¹⁹ Según este tratado (Utrecht-Rastadt), Gran Bretaña recibió Gibraltar y Menorca y amplias ventajas comerciales en el imperio español de las Indias, concretadas en el asiento de negros, que fue concedido a la South Sea Company y en virtud del cual podía enviar a la América española un total de 144.000 esclavos durante treinta años, y el navío de permiso anual, un barco de 500 toneladas autorizado a transportar bienes y mercancías a la feria de Portobelo y libres de aranceles. Con estas dos concesiones se rompía por primera vez el monopolio comercial que había mantenido la Monarquía Hispánica para sus vasallos castellanos durante los dos siglos anteriores -los términos en que debía operar el navío de permiso fueron concretados en un sentido aún más favorable para los intereses británicos en el tratado comercial que se firmó en 1716-. Además, Gran Bretaña obtuvo Nueva Escocia (Acadia), la bahía de Hudson y la isla de Terranova (cedidas por la Monarquía de Francia); la isla de San Cristóbal en el Mar Caribe, el asiento de negros³⁵ (un monopolio de treinta años sobre el tráfico de esclavos negros con la América española) y el navío de permiso (concedidos por España). El “navío de permiso” autorizaba a Inglaterra a enviar un barco al año con una capacidad de carga de 500 toneladas a las colonias españolas americanas para comerciar con sus territorios. Esa concesión se consideró el fin del monopolio comercial español. Sin embargo, en el tratado de Madrid de 1750, Gran Bretaña renunció al navío de permiso junto al asiento de negros a cambio de 100.000 libras, terminándose el comercio británico en la América española, recuperando España el monopolio y el derecho de comercio con sus territorios. V. <https://books.google.es/books?id=ersCAAAAYAAJ&printsec=frontcover&dq=Tratado+de+Utrecht+1713+%2B+texto&hl=es&sa=X&ei=eKFjVZiAFMGlwSQ64BI&ved=0CDkQ6AEwBQ#v=onepage&q&f=false> CANTILLO, A. *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la casa de Borbón. Desde el año 1700 hasta el día*, Imprenta de Alegría y Charlain, Santo Domingo, 1843.

-Tratado de Sevilla de 9 de noviembre de **1729**. *Tratado de Paz, unión, amistad y alianza entre las coronas de España, Francia e Inglaterra (accesión de las Provincias Unidas de los Países Bajos)*²⁰:

“Art. 1: Habrá desde ahora y para siempre una paz sólida, una unión estrecha y una amistad sincera y constante entre... **Habrá igualmente olvido de todo lo pasado y todos los tratados y convenciones precedentes de paz, de amistad y de comercio concluidas entre las potencias contratantes respectivas, serán como en efecto lo son, renovados y confirmados en todos sus puntos (...) a los que no se deroga por el presente pacto (...)**” (el resaltado nos pertenece).

-Tratado de París definitivo de paz entre los reyes de España y Francia por una parte y la corona británica por la otra de 10 de febrero de **1763**²¹:

“Art. 1: Habrá una paz cristina, universal y perpetua así por mar como por tierra, entre... Sin excepción de lugares ni personas (...), **sin permitir de aquí en adelante que ni de una ni de otra parte se cometa género alguno de hostilidades por mar o por tierra (...)**”(el resaltado nos pertenece).

-Convención concluida entre España e Inglaterra sobre pesca y navegación y comercio en el Océano Pacífico y los mares del Sur, San Lorenzo el Real, 28 de octubre de **1790** (Nootka Sound)²²:

“Art. 6 (...) **Se ha convenido también por lo que hace a las costas tanto orientales como occidentales de la América Meridional y a las islas adyacentes, que los súbditos respectivos no formarán en lo venidero ningún establecimiento en las partes de esas costas, situadas al Sur de las partes de las mismas costas y de las islas adyacentes ya ocupadas por España. Bien entendido que los dichos súbditos respectivos conservarán la facultad de desembarcar en las costas e islas así situadas, para los objetos de su pesca, y de levantar cabañas y otras obras temporales que sirvan sólo a esos objetos**” (el resaltado nos pertenece).

En **1825** Gran Bretaña y las Provincias Unidas del Río de la Plata concluyeron un **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**²³. En el mismo, el Reino Unido reconoció la independencia del Río de la Plata, sin formular reserva alguna con relación al dominio de las Islas, a las que 8 años después ocuparía por la fuerza²⁴.

²⁰ El tratado de Sevilla se firmó tras la guerra angloespañola de 1727-1729, entre España, Francia y Gran Bretaña, al que adhirió posteriormente los Países Bajos. Se firmó en Sevilla debido a que entre 1729 y 1733 Felipe V inició un viaje prolongado por Andalucía que le llevó a establecer la Corte en Sevilla.

²¹ Pone fin a la guerra de los siete años.

²² Es de interés recordar que el *Convenio entre el rey de España y los Estados Unidos de América sobre indemnización de pérdidas, daños y perjuicios irrogados durante la última guerra* (sucesos ocurridos en Nootka Sound- Costa O de EE.UU.), es consecuencia de los excesos cometidos por individuos de ambas naciones contra el derecho de gentes o tratado existente (Madrid, 11 de agosto de 1802). Recién fue ratificado por ambos Estados en 1818.

²³ Treaty of Amity, Commerce and Navigation, Great Britain-Río de la Plata, Feb. 2, 1825, 75 Parry's T.S. 75.

²⁴ Lowell Gustafson entiende que al no haber reclamado Gran Bretaña las Islas en esa oportunidad -como tampoco frente a los actos de posesión de Jewitt o Vernet a nombre de la nueva república-, se debilitó su posición (GUSTAFSON, L.S., *The Sovereignty Dispute Over the Falkland (Malvinas) Islands*. Oxford University Press. 1988, p. 22). En igual sentido se pronuncia PINTO, M. “Argentina's Rights to the

Dado que entendemos que Gran Bretaña obró en las fechas clave de 1765,1766, 1833 en violación a un principio básico del derecho y la convivencia de la comunidad internacional, el *principio pacta sunt servanda* (PPSS), consideraremos en primer término los orígenes del PPSS en las grandes culturas y corrientes doctrinarias y luego el concepto jurídico y la naturaleza del PPSS como principio de validez universal, general, pilar de la comunidad internacional, para concluir con algunas reflexiones sobre las consecuencias de la violación del principio, si bien el tema, por su profundidad amerita un estudio por separado.

II.-Breve reseña del origen del PPSS en las grandes culturas y corrientes doctrinarias

El PPSS se encuentra en todas las épocas de la historia, en todos los sistemas jurídicos²⁵, en todas las religiones²⁶, en los dictámenes de soberanos y de tribunales²⁷.

Se recuerda *i.a.* que en el año 1292 a.J.C., el *Tratado de la paz y la convivencia mutua entre Ramsés II y Hatushill III* colocó a las deidades de los dos soberanos como garantes del cumplimiento del mismo²⁸.

Confucio, casi seis siglos antes de la era cristiana consideró a la obligación de cumplir de buena fe los acuerdos como “ley de la necesidad”, “ley de absoluta justicia”²⁹.

Se ha señalado que en el derecho romano, *Marcus Catón, el viejo* en el II a.J.C. llamó ante el senado a la destrucción de Cartago (“Delenda est Cartago”), por haber violado su obligación frente a Roma de no entablar guerra con otras naciones. Citamos el hecho a pesar de que esa indignación había sido fraudulenta en tanto Roma habría incitado a Numidia -su aliada- para que atacara a Cartago y desencadenara la guerra por la cual luego castigó a Cartago y la destruyó.

Falkland/Malvinas Islands”, *18 Tex. Int'l L. J.* 1983, p. 3. Pinto cit. a Schwarzenberger: "However weak a title may be, and irrespective of any other criterion, recognition stops the state which has recognized the title from contesting its validity at any future time" (SCHWARZENBERGER, *Title to Territory. Response to a Challenge*, *51 Am. J. Int'l L.* (1957), pp. 316-317).

²⁵ Se lo encuentra en las Decretales del Papa Gregorio IX (1234), en el Código Napoleónico (*i.a.* art. 1134), otros códigos civiles europeos, en el common law anglosajón, en la sharia, etc.

²⁶ Se halla en las religiones hinduista, budista, musulmana, confuciana, judeo-cristiana, e incluso en el sistema comunista y ateo.

²⁷ El árbitro Sobhi Mahmassani en su dictamen de 12 de abril de 1977, en el caso *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic* dictaminó que, "[e]l principio de la inviolabilidad de los contratos [...] siempre ha constituido una parte integral de la mayoría de los sistemas jurídicos. Estos incluyen aquellos sistemas que se basan [en] el derecho romano, el Código Napoleónico (por ejemplo, artículo 1134) y otros códigos civiles europeos, así como en el modelo anglosajón del Common Law, como en el islámico (...)" .V. http://www.bicil.org/files/3939_1977_liamco_v_libya.pdf (consulta de 5 de mayo de 2015).

²⁸ MAZZACANO, P.J. “Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2011-2, p. 6.

²⁹ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, *16 Int'l Conciliation*, 1934-1935, p. 395 y ss.

Cicerón, en el Libro tercero de *De legibus* (3.24.92) señalaba que los pactos y promesas siempre deben ser cumplidos cuando no hay fuerza ni dolo malo (*Pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo (...) facta sint*). En el Libro I.10.32 señaló que cuando el cumplimiento de un tratado se vuelve peligroso, la promesa no debe ser cumplida. No compartimos con Richard Hyland que, dado que Cicerón consideraba que la moralidad en ciertas circunstancias no exigía que las promesas siempre fueran cumplidas, el origen del PPSS debe ser buscado en otra parte³⁰. Ello, en base a las condiciones que se requieren para que un entendimiento sea un “pactum” conforme al derecho internacional³¹.

En general, el *Derecho romano* fue estricto y nunca reconoció un derecho general de rescisión en caso de incumplimiento, excluyendo la situación de imposibilidad de cumplimiento no atribuible al incumplidor.

De acuerdo a la teoría monista del *derecho greco-romano clásico y la tradición cristiana*, un compromiso, una vez dado, debía ser llevado a cabo de buena fe como una obligación sagrada, como ley de Dios. Del mismo modo, el resto de las religiones más importantes y sus sistemas legales han tenido una posición similar.

San Agustín en el Siglo IV -al igual que otros padres de la Iglesia- sostuvo que hay que mantener la palabra dada, incluso con los enemigos³².

En el *Derecho Islámico*, el PPSS tiene origen religioso. En el *Corán*, en varias partes, se encuentran expresiones tales como: “Los musulmanes deben cumplir sus compromisos”; “Debes ser justo con las obligaciones contraídas... Alá es tu testigo”.

La misma idea se encuentra en el *Decretum Gratiani (Concordantia discordantium canonum)* del siglo XII (Second section, Ch. 23, qu. 1, c. 3). Debe tenerse en cuenta que en la Edad Media, después de la disolución del imperio de Carlomagno, cuando se rompió la unidad de la voluntad del Estado, el sistema feudal implicó una cadena de contratos, celebrados voluntariamente entre señores y vasallos. Precisamente, la existencia de tales contratos (basados en la huella cristiana) y su convicción de cumplimiento obligatorio evitaron la anarquía. El derecho feudal consideró que un rey no puede cometer injusticias, ya que si lo hace (violar la norma), con este acto se convierte *ipso facto* en un tirano.

*Santo Tomás de Aquino*³³, en el siglo XIII, sostuvo (al igual que San Agustín) el principio de que los tratados y contratos deben cumplirse incluso con respecto a los enemigos, sin embargo, si las circunstancias existentes en referencia a personas u objetos en el momento de cumplir el contrato habían cambiado, el incumplimiento del mismo era justificable.

³⁰ HYLAND, R “Pacta Sunt Servanda: A Meditation”, *34 Va. J. Int'l L.*, 1993-1994, p 405 y ss.

³¹ V. *infra*.

³² WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, *53 Am. J. Int'l L.* 1959, p.775 y ss.

³³ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologicae*, 2, 2, q. 140.

El Renacimiento y la Reforma trajeron la idea de la “Razón de Estado”. Incluso *Maquivelo* expresaba: “Todo el mundo sabe cuán laudable es en un príncipe guardar la palabra prometida y vivir con integridad y no con astucia” (*Il principe*, cap.18)³⁴, sin embargo, recuerda Wehberg³⁵ que, si bien, en ese tiempo los pensadores adhirieron sin reservas al “valor general de la religión, la moral y la ley”, el pensamiento político fue influenciado por la idea de la necesidad. Así, Maquivelo afirmó que el príncipe podría ponerse por encima de la ley y la justicia, si fuera necesario para el Estado. El príncipe debía, si podía, seguir los caminos de Dios; pero le estaba justificado hacer el mal en casos de necesidad, con el fin de proteger los intereses del Estado. El Príncipe debía estar listo para actuar “en contra de la lealtad, la caridad, la humanidad y la religión”.

Junius Brutus en *Vindiciae contra Tyrannos*³⁶, considera que cuando Dios llamó a Moisés, Jehová contrajo una alianza con todo el pueblo, con toda la multitud, con todos los ancianos, con todos los hombres de Judea. La comunidad de Israel, precisa Brutus, lo ha considerado siempre así. El fundamento moral del *pactum* equivale al reconocimiento de su legitimidad³⁷.

Incluso *Jean Bodin*, opositor de Maquivelo, en *La República*, entendió que ninguna ley era tan sagrada que no pudiera cambiar bajo la presión de la necesidad, en interés y bien del Estado. Sin embargo, al referirse al plano internacional fue mucho más riguroso al señalar que el gobernante debe, sobre todo, cumplir su palabra, ya que la “fidelidad y la lealtad son las bases mismas de toda justicia”. Ello era válido, en tanto no sólo el Estado, sino toda la comunidad humana, se mantienen unidos por ellas. “Los ‘tratados’³⁸ celebrados con países extranjeros deben ser fielmente cumplidos. Ni siquiera el peligro de destrucción puede liberar al Estado de sus obligaciones contractuales”. Las únicas excepciones que admitía eran la imposibilidad de cumplimiento o la naturaleza abusiva del tratado³⁹.

Thomas Hobbes, en el *Leviatán*, en su capítulo XV, cuando se refirió a la tercera ley de la naturaleza, que ordena a los hombres cumplir los pactos que han celebrado, señaló que la expresión de este principio constituye la máxima voluntad ordenadora de la sociedad civil. Sin embargo, como exponente de la “razón de Estado” y filósofo utilitarista, al igual

³⁴ MAQUIAVELLO, N., *El príncipe* (edición crítica bilingüe de la Universidad de Puerto Rico, Madrid 1955), cap. XVIII, pp. 370 - 373. La primera edición de *El Príncipe* fue en 1532.

³⁵ WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, ob.cit, p. 776.

³⁶ Se duda sobre su autoría ya que lo único que se conoce con certeza es que fue una obra de los hugonotes publicada en 1579 en Basilea bajo ese seudónimo.

³⁷ BRUTUS, J. *Vindiciae contra Tyrannos* (n. 16), qu. III, p.159 y (n. 17), qu. I, p. 73. (V. <http://faculty.history.wisc.edu/sommerville/367/Vindiciae.htm>; <http://reformed.org/documents/vindiciae/index.html> (consulta de 2 de mayo de 2015).

³⁸ Usó el término “tratados” para los acuerdos entre Estados para distinguirlos de los contratos entre particulares.

³⁹ KUNSTEN, T.L. *History of International Relations Theory*, 2da. Ed. 1997, Manchester University press, New York, p. 74 y ss. (obtenible en <https://books.google.com.ar/books?id=XejIDV8S3TUC&pg=PA72&lpg=PA72&dq=BODIN+%2B+pacta+sunt+servanda&source=bl&ots=-QWLG-eSxg&sig=RjIxxoo6KTbH2WuPXDUjcG3ISHc&hl=es&sa=X&ei=H7J1VaaMK8XSgwSt6IDgCw&ved=0CCUQ6AEwAQ#v=onepage&q=BODIN%20%2B%20pacta%20sunt%20servanda&f=false> (consulta de 6 de junio de 2015).

que *Spinoza*, en su *Tractatits Theologicopoliticus*, señaló que ningún titular del poder del Estado puede adherirse a la inviolabilidad de los contratos en detrimento de su propio país, sin cometer un crimen⁴⁰.

Huesbe Llanos⁴¹ recuerda que los doctrinarios de la *Escuela de Salamanca*, cuyos principales representantes fueron entre otros Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Diego de Covarruvias y Leiva, y Fernando Vázquez de Menchaca, trasladaron a la condición de derecho de naturaleza, por medio del mandato de la razón, el cumplimiento de los contratos. Domingo de Soto desde la teología, fundamentó la obligación ineludible del cumplimiento de los contratos en que éstos se refieren a situaciones jurídicas y especialmente referidas al derecho de gentes. Hace presente que, posteriormente, a las propuestas de la Escuela de Salamanca las asumen destacados autores del siglo XVII como *Althusius* y *Grocio* entre otros representantes de la doctrina racionalista iusnaturalista. Sin embargo recordamos las críticas que se hicieron a la posición de Grocio por considerarla interesada. Así, John Parry⁴² recuerda que Grocio durante la tregua de los doce años -frente a la actitud de comerciantes ingleses que ofrecían mejores precios que los pactados con los holandeses- en su doble papel de funcionario del gobierno y abogado de la compañía Holandesa de las Indias Orientales (*Dutch East India Company*) apoyó la reclamación, intimidación, incluso el uso de la fuerza para forzar a los nativos al cumplimiento de los acuerdos que habían celebrado con carácter de exclusividad con los holandeses y que no eran simples contratos comerciales que podían ser regidos por normas locales. Acompañó esa tesitura la posición de que los nativos tenían capacidad para asumir derechos-deberes plenos iguales a los de los holandeses (tenían sus reyes, sus leyes y sus libertades) y la teoría de que “en ausencia de un juez independiente y eficaz, surgía el derecho a la guerra privada”. Es decir, la compañía podía tomar las armas contra los ingleses y los isleños para proteger y hacer cumplir los tratados celebrados con los holandeses. Hugo Grocio invocó al derecho natural, la inviolabilidad de los tratados, la legitimidad del uso de las armas para asegurar el cumplimiento de los tratados. Parry entiende que Grocio debió forzar sus posiciones académicas para cumplir su rol de abogado de los intereses de la empresa.

Los seguidores de Grocio -*Samuel Pufendorf*, *Cornelius van Bynkershoek*, *Emmerich de Vattel*- se inclinaron por la inviolabilidad de los tratados, entendiendo que sin el principio de buena fe y de la de la fuerza obligatoria de los tratados, el derecho internacional desaparecería⁴³.

⁴⁰ HOBBS, Th. *Leviatán o la materia, forma o poder de una república eclesiástica y civil* (1651, trad. cast. México, 1994), part. I, cap. 15. SPINOZA, B. *Tractatits Theologico Politicus* (1670). Cf. TAUBE, M. de. « L'inviolabilité des traités », *Rec. des Cours*, 1930, Vol. II, pp. 295-387. V. asimismo ARYNAUD, Ph. - RIALS, S. (Eds). *Diccionario Akal de Filosofía Jurídica*, Ediciones Akal, Madrid-España, 2001.

⁴¹ HUESBE LLANOS, M. A. “La irrevocabilidad del pacto (...)” ob. cit. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100015&script=sci_arttext#3

⁴² PARRY, J. T. “WHAT IS THE GROTIAN TRADITION IN INTERNATIONAL LAW?”, *35 U. Pa. J. Int'l L.* 2013-2014, p. 337 y ss. V. asimismo, SHARP, M. P. “PACTA SUNT SERVANDA”, *41 Colum. L. Rev.*, 1941, p. 783 y ss.

⁴³ PUFENDORF, S., *De jure naturae et gentium*, Book II, chap. III, § 23; Book III, chaps. III, IV, § 1, 2. BYNKERSHOEK, C. *Quaestionum juris publici*, Libri duo (1737), II, cap. 10; VATTEL, E., *Droit des Gens*, Book II, chap. XII, § 163. Cf. WEHBERG, H., “Pacta sunt servanda”, ob.cit, p. 778 y ss.

Johann Jakob Moser, fundador de la escuela positivista señaló que los tratados sólo podían ser cancelados con el consentimiento de todas las partes interesadas⁴⁴.

Georg W. F. Hegel ejerció una fuerte influencia en el pensamiento del derecho internacional del siglo XIX. Para él, la ley era un producto de la voluntad. La voluntad de la nación era la portadora de la ley. Con relación al PPSS señaló que los tratados vinculan las partes a él ya que son la base de la relación social. Distinguió las consecuencias diferenciadas según se trate de un tratado bilateral y multilateral. Sin embargo, entendía que una tribu nómada o de baja cultura, no podía ser reconocida como persona jurídica por carecer de la capacidad abstracta del derecho institucionalizado⁴⁵.

Georg Jellinek, que tuvo influencia en el Derecho internacional, hizo descansar la validez del derecho de los tratados en la obligación autoimpuesta y desvinculable. *Heinrich Triepel* rechazó la autolimitación y sostuvo la teoría de la “voluntad común” de las partes.

Dionisio Anzilotti describió el principio de la inviolabilidad de los tratados como una norma fundamental hipotética, que se puede suponer, pero no probar. Concibió al PPSS como norma básica de todo el derecho internacional. Como positivista, dualista, reconoció el principio *in non adimplenti non es adimplendum*⁴⁶.

Para *Hans Kelsen*, normativista, neopositivista, el sistema jurídico de normas encuentra su validez fuera de la voluntad de los Estados (PPSS, norma objetiva, no sometida al derecho subjetivo de los Estados). La norma del derecho internacional se analiza en sí misma, fuera de cualquier consideración meta-jurídica (política, moral, social) y dentro de una "teoría pura" del derecho. Concebido en un jerárquico sistema jurídico, las normas del derecho internacional ("orden jurídico internacional") tienen preeminencia⁴⁷.

Alfred Verdross ha argumentado que la fuerza vinculante de los acuerdos internacionales es lógicamente anterior a cualquier acuerdo particular y, por tanto, no puede ser en sí mismo el resultado de un tratado internacional. Por esta razón lo llamó *pacta máxima* de la *Grundnorm*, la norma básica de todo el derecho internacional. La fuerza del PSS es lógicamente superior a cualquier pretensión particular⁴⁸.

Luis E. Le Fur entendió que: "la ley natural, propiamente hablando, no es variable, ya que sólo contiene las aplicaciones inmediatas del sentido de la justicia, universal entre los hombres, y esto es precisamente lo que le da el nombre de naturales de conformidad con

⁴⁴ MOSER, J.J. *Grundsätze des jetzt üblichen Europäischen Völkerrechts in Friedenszeiten*, Raspe, Frankfurt am Main, 1763 (<http://digital.ub.uni-duesseldorf.de/urn:nbn:de:hbz:061:1-72731>) (consulta de 7 de mayo de 2015).

⁴⁵ CONKLIN, E. E. *Hegel's Law: The Legitimacy of the Legal Modern Order*, Sanford University Press, Stanford California, 2008, p. 285.

⁴⁶ ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*, Vol. I, Sirey, Paris, 1929, p.43-44.

⁴⁷ KELSEN, H., *La théorie pure du droit*, Paris, 1962, p. 425, 442 - 444; KELSEN, H. « Théorie du droit international Public », *RdeC*, I-1953, p. 7-14, 33; VERDROSS, A. « Le fondement du droit international », *RdeC*, 1927-1.

⁴⁸ VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1929, pp. 28-33.

su naturaleza”. Consideró entre las dos reglas básicas naturales que una era la obligación de respetar los tratados libremente concluidos en tanto de ella depende todo el orden jurídico⁴⁹.

Bien señala *John B. Whitton* que el hecho de que en los tratados se incluyan cláusulas para la revisión o el retiro son una muestra de la fortaleza del PPSS⁵⁰.

*Huge Thirlway*⁵¹ considera que los tratados generan obligaciones y que la única ley es el PPSS y recuerda la posición de *Gerald Fitzmaurice* en similar sentido (“Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, *Symbolae Verzijl*, Nijhoff, The Hague, 1958).

*Malgosia Fitzmaurice*⁵² llama la atención sobre la importancia que dio la Corte Internacional de Justicia al PPSS en el caso *Gabčíkovo Nagymaros Project* (Eslovaquia/Hungría) al llamar la atención a las partes por no haber dado cumplimiento al tratado de 1977, ni justificar su terminación (para 133, 142⁵³).

En resumen, y para resumir las grandes posiciones doctrinarias, podemos concluir que más allá de las obligaciones morales de la escuela del Derecho natural y sus principios, otras teorías, como las de la jurisprudencia (common law) han llegado a similar conclusión al entender que el PPSS es la norma más básica del derecho consuetudinario general.

Cada ordenamiento jurídico regula por sí mismo la creación de sus normas pero el PPSS es concebido como principio general del derecho o como norma consuetudinaria de derecho internacional general, norma constitucional internacional de rango superior, en la

⁴⁹ LE FUR, L. (« La forcé obligatoire des traités », 10 Archives de Philosophie de droit et de Sociologie Juridique 85 (1940), p.85. Cf. WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob. cit., p. 395 y ss. V asimismo, WHITTON, J. B., « La règle *pacta sunt servanda* », *RdeC*, 1934-Vol. II, pp. 151-276.

⁵⁰ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob.cit., p. 412.

⁵¹ THIRLWAY, H. « The sources of International law », en EVANS, M.D. *International Law*, 2da. Ed, Oxford, New York, 2006, p. 219.

⁵² FITZMAURICE, M. “The Practical Working of the Law of the Treaties”, en EVANS, M.D. *International Law*, 2da. Ed, Oxford, New York, 2006, pp. 196-197.

⁵³ ICJ Report 1997: “133. The Court, however, cannot disregard the fact that the Treaty has not been fully implemented by either party for years, and indeed that their acts of commission and omission have contributed to creating the factual situation that now exists. Nor can it overlook that factual situation - or the practical possibilities and impossibilities to which it gives rise - when deciding on the legal requirements for the future conduct of the Parties. This does not mean that facts - in this case facts which flow from wrongful conduct - determine the law. The principle *ex injuria jus non oritur* is sustained by the Court's finding that the legal relationship created by the 1977 Treaty is preserved and cannot in this case be treated as voided by unlawful conduct. What is essential, therefore, is that the factual situation as it has developed since 1989 shall be placed within the context of the preserved and developing treaty relationship, in order to achieve its object and purpose in so far as that is feasible. For it is only then that the irregular state of affairs which exists as the result of the failure of both Parties to comply with their treaty obligations can be remedied.” “142. What is required in the present case by the rule *pacta sunt servanda*, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty. Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” This latter element, in the Court's view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.”

que anida un complejo procedimiento especial relativo a la creación de los pactos como normas de derecho internacional, que incluyen el comportamiento de las partes, el procedimiento de creación y el contenido del tratado.

Según el positivismo y las percepciones dualistas, los gobiernos acatan las obligaciones que han asumido, simplemente, porque ese cumplimiento estricto “refleja su voluntad y sirve a sus propios intereses”, enfoque que se hace especialmente evidente cuando se consideran las organizaciones regionales y su pervivencia.

Jules L. Coleman afirma que lo que distingue a los positivistas de los Dworkinianos y los naturalistas es la afirmación de que todos los criterios de legalidad son convencionales. Sin embargo, no deja de reconocer que todos los positivistas se han visto forzados a admitir que, a veces, la moral puede ser una condición de la legalidad (los principios actuando como instrumentos correctivos al servicio de la justicia)⁵⁴.

Vinculada a la teoría jurídica pragmática se halla la sociológica -ya crítica frente al derecho o ajurídica-, la que debilita al PPSS en tanto lo relaciona a las cambiantes condiciones de los sucesos y hechos, a la relación de fuerza-debilidad entre las partes, a la intención de las mismas. Esta percepción "cambia el contenido" del pacto. Esta corriente busca dar sostén a las condiciones del mundo en desarrollo y, al reflejar sus estructuras político-económico-sociales, debilitar la validez de los pactos al tomar en consideración el significado del lenguaje, la comunicación entre los negociadores, la fuerza moral del pacto.

Los autores pragmáticos, empiristas, del common law⁵⁵, de las escuelas críticas⁵⁶ del derecho como *Pound, Kennedy, Koskenniemi*, señalan que todo derecho-obligación es relativo, conexo a la civilización a la que se aplica, al momento y al lugar donde opera, ya que no hay un cuerpo de instituciones y normas jurídicas para todas las civilizaciones (derecho universal de la civilización humana). Por otra parte, señalan que la costumbre no es algo estático sino algo que está en perpetuo cambio, reformulándose perpetuamente. Con relación al PPSS -en particular desde el área del derecho inglés- señalan que no existe obligación moral ni jurídica de cumplir con los compromisos asumidos. Como mucho

⁵⁴ COLEMAN, J.L. *The practice of principle*, paper, New York University, Oxford University Press.

⁵⁵ La expresión "derecho común", surge de la costumbre y la actividad judicial, en contraste con la ley estatutaria, los principios generales como la equidad, el derecho codificado en sus distintas ramas, de las abstracciones y generalizaciones jurídicas. Su principal construcción se centra en Inglaterra, si bien hunde sus raíces en la caída del Imperio Romano de occidente en 476, la debilitación de la unidad romana (*unam imperium unam jus*) y el influjo de los glosadores, los comentaristas, las modalidades locales, las costumbres, los usos de conducta, costumbres que fueron construyendo una ética externa, que reposaba en lo bueno y justo, consagrado por la práctica de los tribunales. Holmes señalaba que “los jueces no hacen la ley, la encuentran”; “La ley no se basa en la lógica, sino en la experiencia”. Se suele destacar que el derecho medieval británico se hallaba lleno de la denominada relatividad de derechos, en función de la búsqueda del mejor derecho para los contendientes. (V. el antiguo trabajo de FINCH, F. M. “The Common Law”, *4 Cornell L. Q.*, 1918-1919, p. 148 y ss.).

⁵⁶ Sourgens hace una crítica a los críticos, buscando demostrar que son inconsistentes, en tanto su deconstrucción (que sigue básicamente a Derrida, no puede ser sustentada por sus propios términos sino por elementos externos, es decir la misma crítica que ellos hacen al Derecho internacional. Su tesis sostiene que el Derecho internacional funciona como el common law, siguiendo un proceso inductivo para el establecimiento de normas (regularidad factual). SOURGENS, F. G. “Reconstructing international law as common law”, *47 Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2015, p. 1 y ss..

puede haber un deber de compensar por el daño emergente de una promesa⁵⁷ incumplida (razonable expectativa de que el tratado sea cumplido), deber sometido a la discreción de un juez conforme al caso⁵⁸.

*Marco Benatar*⁵⁹, con visión sociológica, en un trabajo reciente, señaló que para comprender un instituto de Derecho internacional, es necesario ingresar en el análisis de la cultura jurídica interna del Derecho Internacional, en el concepto de derecho, en los modos de razonamiento, en el lenguaje técnico que semánticamente difiere del lenguaje ordinario, en la teoría de las fuentes jurídicas, en el proceso de socialización y enculturación, en la metodología jurídica, en la teoría de la argumentación aceptable, en la teoría de la legitimación, en las ideologías básicas que se hallan detrás de las percepciones jurídicas, en las interpretaciones judiciales, incluso en los efectos sociales de las interpretaciones. Ese tipo de percepciones hace que principios como el PSS dejen de mostrar un molde claro, perdurable, al menos en su aproximación superficial y a la hora de su aplicación como instrumento de la política.

Como principio básico ha sido incluido en instrumentos de entidades internacionales. Así, *i.a.* el Pacto de la Sociedad de Naciones en el preámbulo hace referencia al “respeto escrupuloso de todas las obligaciones de los tratados”; la Carta de Naciones Unidas en el preámbulo habla del “respeto a las obligaciones emanadas de los tratados”, en el art. 2.2. dispone sobre el “cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas”; La resolución de la AGNU 2625 (XXV) consagra el principio de que los Estados “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas”. Es de observar que la Resolución precisa que esas obligaciones pueden surgir de la Carta, de los principios y normas del DI generalmente reconocidos y de acuerdos internacionales válidos con arreglo a esos principios.

III.-Concepto y Naturaleza del PPSS

Designado como “*pacta principum bona fides*”⁶⁰, al PPSS se lo ha relacionado (a veces, identificado) con la denominada “santidad de los tratados - inviolabilidad de los tratados”⁶¹, con el principio de buena fe en general⁶², con el principio de no abuso del

⁵⁷ Percibe al acuerdo como la suma de dos actos unilaterales (promesa-aceptación).

⁵⁸ GEBHARDT, J. H., “*Pacta sunt servanda*”, *10 Mod. L. Rev.*, 1947, p. 159 y ss.

⁵⁹ BENATAR, M. “International law, domestic lenses”, *3 Cambridge J. Int'l & Comp. L.*, 2014, p. 357y ss.

⁶⁰ ORENCH Y DEL MORAL, M.A. *El Derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo. Los principios generales del Derecho Internacional*, ICAI-ICADE Comillas, Madrid, 2004, p. 183.

⁶¹ El Tratado de Versalles, en su art. 227 consideró a las “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados” (crímenes contra la paz) como delitos gravísimos por ir contra los solemnes compromisos internacionales y la moral internacional.

⁶² El art. 18 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVT) de 1969 y 1986 – instrumentos fundados en normas consuetudinarias) pone en evidencia esa relación al establecer la obligación de los Estados de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, haya no manifestado su voluntad en obligarse. También es observable el estrecho lazo entre buena fe y PSS en el art. 69 de la CVT al distinguir las consecuencias de los tratados viciados según haya habido buena fe o no entre las partes. V. sobre el principio de buena fe, KOTZUR, Markus, “Good Faith (Bona Fide)” (2009), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* Oxford Public International Law, Oxford

derecho⁶³. Se ha señalado que la buena fe y el PSS son principios fundamentales para todo el sistema jurídico internacional⁶⁴. Sin ellos no sería imposible la existencia de una comunidad de Estados. Llevados al plano del derecho de los tratados, han sido calificados como base sobre la que se apoya todo el sistema del derecho de los tratados y más aún, parte del derecho universal, en tanto el PSS es un principio eje de la comunidad-sociedad internacional como tal. Ha sido llamado por Michael de Taube “positive norm of general international law”, axioma⁶⁵, postulado, imperativo categórico de la ciencia del derecho internacional⁶⁶. Ha sido considerado como un principio tan claro y simple que no requiere explicación⁶⁷, que es una norma de valor autoevidente⁶⁸.

Este principio, en apariencia sencillo, fundado en la naturaleza social del hombre, sin embargo, ha mostrado que sus interpretaciones tienen entidad para resultar controversiales. Algunos ponen el acento en la expresión “servanda”, es decir en que todos los tratados deben ser cumplidos; otro en “pacta” y los requisitos para que sean tales, es decir, las condiciones para su obligatoriedad o, dicho de otro modo, las excepciones a la obligatoriedad de su cumplimiento.

Daniela Popescu⁶⁹ señala que “el tratado celebrado de conformidad con el derecho internacional se vuelve después de su entrada en vigor, un instrumento jurídico internacional con valor obligatorio para las partes contratantes”.

University Press. V. asimismo, LACHS, M. “*Pacta sunt servanda*”, BERNHARDT, R. (Ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1997), p. 851. (<http://opil.oup.com>; http://campus.unibo.it/180450/7/EPIL_Good_Faith_Bona_fide.pdf). Consulta de 10 de abril de 2015).

⁶³ El principio de no abuso de derecho está relacionado con la conducta subjetiva de un sujeto internacional, el que si bien obra en concordancia formal con la norma vigente (por ejemplo, derecho de conquista de un territorio “nullius”, o el derecho de usurpación en ciertas épocas de la historia del DIP), lo hace contradiciendo la buena fe, la moral, pactos preestablecidos, los fines sociales o económicos de la comunidad internacional.

⁶⁴ NUSSBAUM, A. “Forms and Observance of Treaties in the Middle Ages and Early Sixteenth Century”, *Law and politics in the world community: Essays on Hans Kelsen's pure theory and related problems in International law*, G. LIPSKY ed, 1953, p. 196 cf. GORMLEY, W. P. “The codification of *pacta sunt servanda* by the International Law Commission: The preservation of classical norms of moral force and good faith”, *14 St. Louis U. L.J.*, 1969-1970, p. 367 y ss.

⁶⁵ Ernesto de la Guardia observa que la formulación del art. 26 de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 -en la que por primera vez es utilizada la expresión PSS en un documento positivo- el establecer “*Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, no tiene estructura normativa típica (condición-consecuencia), es axiomático, categórico. Es decir, es una proposición que se considera «evidente» y se acepta sin requerir demostración previa. En un sistema hipotético-deductivo es toda proposición no deducida (de otras), sino que constituye una regla general de pensamiento lógico por oposición a los postulados, que no son proposiciones evidentes pero que se aceptan en tanto no pueden ser deducidas de otra u otras (por ejemplo, la libertad según Kant entendida como capacidad de la conciencia) (DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados internacionales*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.p.193 y ss.

⁶⁶ TAUBE, M. de. « L'inviolabilité des traités », *RdC*, 1930-II, pp. 295 y ss.

⁶⁷ LACHS, M. "Pacta Sunt Servanda," in *Encyclopedia of Public International Law* (1984), p. 364.

⁶⁸ VERDROSS, A. "Le Fondement du droit international", *RdC*, 1927, pp 247, 286 (1928). Cf. HYLAND, R., “Pacta Sunt Servanda: A Meditation”, *34 Va. J. Int'l L.*, 1993-1994, p 405 y ss.

⁶⁹ POPESCU, D. N. “The principle *pacta sunt servanda*: Doctrine and practice”, *16 Lex ET Scientia Int'l J.*, 2009, pp 128 y ss.

Maurice Bourquin considera que el PPSS es una mera forma particular de un principio más vasto: las leyes deben ser obligatorias universal y continuamente⁷⁰. Ello, de alguna manera coincide con Herman Heller, quien ha considerado que el PPSS es tautológico ya que lo único que dice es que las leyes son válidas⁷¹.

Christina Binder⁷² a más de llamar al PPSS “pilar” de todo el derecho de los tratados, recordó la percepción de la PPSS de destacados doctrinarios, así hizo presente que Hans Kelsen vio al PPSS como *Grundnorm*, norma hipotética de las normas internacionales sobre la cual se construye toda la teoría jurídica (“the original hypothesis on international norms on which the whole structure of legal theory is built”) y sin la cual no sería posible imaginar el Derecho internacional⁷³. A su vez, Lauterpacht señaló que la norma PPSS se enfrentaba con los Estados como un principio objetivo independiente de su voluntad⁷⁴. McNair en su obra *The Law of Treaties* dedica un capítulo completo al PPSS y a la presunción generalmente aceptada de que el principio no admite la terminación unilateral de los tratados⁷⁵. Sinclair lo llamó “el más fundamental principio del derecho de los tratados”⁷⁶. Orench y del Moral lo ha considerado causa y origen de la sociedad internacional, razón por la cual tiene un carácter absoluto. No podría admitirse como legítimo un principio *pacta non sunt servanda*, de igual modo que ningún ordenamiento puede aceptar la mala fe⁷⁷.

El principio es importante en el derecho interno pero lo es más aún en el plano internacional atento al sistema horizontal de cooperación imperante en las relaciones internacionales al no haber instituciones centralizadas con capacidad de coacción.

⁷⁰ BOURQUIN, M. « Règles générales du droit de la paix », *RdeC*, 1931-I, p. 80.

⁷¹ HELLER, H. *Die Souveränität*, Verlag Clasik edition, 1927, 2010 e-book, p. 132. Dworkin al criticar al positivismo, señaló: “If we simply designate our rule of recognition by the phrase “the complete set of principles in force,” we achieve only the tautology that law is law.” DWORKIN, R.M. “The Model of Rules”, Faculty Scholarship Series. Paper 3609 (1967), p. 45 (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609) (Consulta de 6 de junio de 2015).

⁷² BINDER, Ch. “The *pacta sunt servanda* role in the Vienna Convention on the Law of the Treaties: A Pillar and its Safeguard”, *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Koninklijke Brill NV, Leiden 2008, p. 317 y ss.

<https://books.google.com.ar/books?id=knGwCQAAQBAJ&pg=PA319&lpg=PA319&dq=International+Law+Commission+%2B+pacta+sunt+servanda&source=bl&ots=g67PC7SmA4&sig=3EuVL2nw5RMIvgISCd8TCWNc1TA&hl=es&sa=X&ei=fD1wVbXCLseMNqniqAI&ved=0CDMQ6AEwBA#v=onepage&q=International%20Law%20Commission%20%2B%20pacta%20sunt%20servanda&f=false>

⁷³ KELSEN, H. *Principles of International Law*, 1966, p. 28. ; 564; KELSEN, H. “Théorie du Droit International Public”, *RdeC*, 1953-III, v. 84, P. 131. “Als Grundnorma wurde zunächst der Satz PSS angesehen” (Reine rechtslehrer p. 222. Cf. MENZEL, E.- IBSEN, K. *Völkerrecht*, C H Beck, Munich, 1979, p. 45.

⁷⁴ LAUTERPACHT, H. *The Nature of International Law and General Jurisprudence*, Economica, 1932, pp.314.

⁷⁵ McNAIR, A. *The Law of Treaties*, 1961, p.493. Lord McNair en esa obra señaló que ningún gobierno podría negarse a aceptar el principio *pacta sunt servanda*, y que el hecho de que los gobiernos [o sus representantes en las Conferencias de Viena] debieran gastar tanto esfuerzo en explicar en un caso particular que el *pactum* ha dejado de existir, o que el acto que se reclama no es una violación del mismo, ya sea por razón de una cláusula implícita o por alguna otra razón, es el mejor reconocimiento de la fortaleza del principio.

⁷⁶ SINCLAIR, J. *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, 1984, p. 2.

⁷⁷ ORENCH Y DEL MORAL, M. A. “El derecho internacional como (...)”, ob.cit. p. 183.

La importancia dada el PPSS se observó tanto en las labores de la Comisión de Derecho Internacional como en las propias Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y 1986. Fitzmaurice⁷⁸, en su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), aclaró que el principio PPSS y la buena fe se colocaron en la Sección I, Artículo 5⁷⁹, principalmente con el propósito de hacer presente la autoridad moral de la norma aplicable a la totalidad del proyecto. En 1965, Waldock declaró que creía que el *pacta sunt servanda* era el núcleo de todo el proyecto.

Los principios PPSS y buena fe, en conjunción con el *jus cogens*, reflejan los estándares clásicos de la fuerza moral desarrollada durante cinco milenios por todas las civilizaciones y religiones, a las que recepta el derecho internacional moderno. Ello se refleja en el hecho de que se incorporara al PSS en el Preámbulo de la CVDT y en el texto dispositivo.

Algunos doctrinarios -como Gromley- han entendido que las excepciones⁸⁰ al PPSS, que se reflejan en la Parte V de las convenciones internacionales sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, no invalidan la autoridad ni plenitud de la regla básica. Más aún, que el concepto de “tratado” (acuerdo, convenio), en sí, las contiene en su propia naturaleza, por lo que no puede decirse que el PPSS admita “excepciones”. Así por ejemplo, Verdross mantuvo su posición en las Conferencias de Viena de 1968 y 1969 en el sentido de que no debía expresarse “tratado en vigor” sino sólo “tratado”, ya que el agregado “en vigor” no aportaba nada. Si no estaba en vigor, no existía como tratado. Si se incluía la expresión llevaba a dudas sobre la existencia misma del principio.

Tal como lo veremos más adelante -y ya lo adelantáramos- su inclusión en el preámbulo de las Convenciones de 1969 y 1986 (junto con el principio de libre consentimiento y buena fe, denominando al PPSS “norma”) y al inicio de la Parte III, ponen en evidencia su jerarquía en el sistema de los textos de las convenciones.

Por otra parte, no puede minimizarse lo establecido en el art. 42 de los convenios de 1969 y 1986 con relación a las limitaciones al PPSS. Esa formulación reafirma al principio y resguarda el valor de los pactos:

42. Validez y continuación en vigor de los tratados. 1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. 2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no

⁷⁸ Los relatores en el Proyecto sobre Derecho de los Tratados, iniciado en 1949, fueron Brierly (50-52), Lauterpacht (52-54), Fitzmaurice (1955- 1960), Waldock (1961-1966).

⁷⁹ Tuvo distintas ubicaciones, así estuvo durante el desarrollo del proyecto por la CDI en el art. 55, en el 5, en el 23, en el 26 y en el preámbulo.

⁸⁰ Aún cuando no esté correctamente expresado ya que el “*pactum*” no reúne las condiciones de tal, se suele decir que el PSS no se aplica en los siguientes casos: *-error (art. 48); *-dolo (art. 49); *-corrupción (art. 50); *-coacción (art. 51-52); *jus cogens* (53, 64, 71); *-violación por una de las partes (art. 60); *- imposibilidad de cumplimiento (art. 61); *-*rebus sic stantibus* (art. 62); *-compromiso contrario a la Carta de Naciones Unidas (art 103 de la Carta). Cf. GORMLEY, W. P. “The codification of *pacta sunt servanda* by the International Law Commission: The preservation of classical norms of moral force and good faith”, *14 St. Louis U. L. L.*, 1969-1970, p. 367 y ss.

*podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado*⁸¹.

Lo mismo sucede con los recaudos procedimentales a seguir con respecto a la nulidad, terminación, retiro o suspensión de un tratado, establecidos en los arts. 65 a 68 de las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Estas llamadas excepciones son parte del PPSS, y actúan como elemento objetivo de estabilidad de los tratados, ya que el cambio de circunstancias, las deficiencias en el consentimiento, las causales de nulidad basadas en condiciones de justicia y orden público, hacen que obligaciones injustas⁸² o imposibles -que no pueden ser consideradas “pactos”- no puedan sostenerse en base a un excesivo formalismo. Es decir se trata de elementos correctivos que permiten consolidar el propio concepto de “*pactum*”.

Buena parte de la doctrina ha afirmado el valor universal absoluto del PPSS. Ello, en tanto, tal como lo señaláramos, las condiciones de su aplicabilidad están incorporadas a su propia naturaleza (“*pactum*”).

Omar Dajani recuerda -en el ámbito de las labores de la CDI, los argumentos de Lauterpacht a favor de la jurisdicción obligatoria ante la CIJ en el marco del derecho de los tratados⁸³, posición poco realista en el clima político del momento, especialmente tras la experiencia de las dificultades que encontró similar propuesta en la Conferencia de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar, especialmente, atento a la composición de la Corte y las dudas sobre su imparcialidad⁸⁴. Waldock, por su parte señaló que el sometimiento de los

⁸¹ Debe tenerse en cuenta que en el caso de suspensión de los tratados, la validez vinculante del tratado se mantiene incólume.

⁸² Varios doctrinarios han considerado, por ejemplo, que un tratado de paz impuesto no es un tratado sino un acto legislativo unilateral del vencedor. La firma de los vencidos no es más que el reconocimiento de la mayor fuerza del vencedor. Similar situación se da en los tratados desiguales, ambos injustos. Kant, por ejemplo, en *La Paz Perpetua* señaló: "No treaty of peace shall be esteemed valid, on which is tacitly reserved matter for future war." (V. KANT, I. *Perpetual Peace*, U.S. Library Association edition. Los Angeles, 1932, p. 14; SCHELLE, G. *RdeC*, 1933, Vol. IV, p. 675). Ya antes de la II GM Dalzell se refería a coacción por presión económica. (V. DALZELL, J., "Duress by economic pressure", in *N. C. Law Review*, Vol. X, No. 3 (April, 1942).

⁸³ El art. 66 de las CVT logró que en caso de violación de norma de *jus cogens* por un tratado (art. 53 y 64) cualquiera de las partes en una controversia, tras 12 meses de la formulación de la objeción según el procedimiento del 65 pudiera someter la controversia a la CIJ.

⁸⁴ También Edward MC WHINNEY en su trabajo *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law: The Paul Martin Lectures in International Relations and Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston, 1987, p. 67 hizo referencia a la “clientela establecida de la CIJ”: los países política y económicamente fuertes de Occidente, basados en los principios de la Pre Guerra y la inmediata Postguerra. Una corte que a fines de 1990 aún era considerada un tribunal europeo. Cabe preguntarse si aún lo sigue siendo. En este momento (mayo de 2015) es Presidente Ronny Abraham (Francia-nacido en Alejandría, Egipto 1951-estudios en ciencias política y relaciones internacionales) y Vicepresidente Abdulqawi Ahmed Yusuf (Eyl,Somalia 1948) y Miembros Hisashi Owada (Nigata, Japan 1932), Peter Tomka (Banská Bystrica, Slovakia 1956), Mohamed Bennouna (Morocco 1943), Antônio Augusto Cançado Trindade (Belo Horizonte,Brazil 1847), Christopher Greenwood (Wellingborough,United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 1955 abogado práctico), Xue Hanqin (Shangai, China, 1955, Lenguas, con post grado corto en DI), *Joan E. Donoghue (Yonkers NYUnited States of America 1956 de la Diplomacia), Giorgio Gaja (Giorgio Gaja (Lucerna-suiza nac. Italy 1939), *Julia Sebutinde (Entebbe,Uganda 1954), Dalveer Bhandari

diferendos en materia de tratados a la CIJ "sin duda sería la solución ideal" pero reconoció que "no parecía posible que la Comisión adoptara esta solución en el proyecto". Sin embargo, Waldock se mostró dispuesto a apoyar la anulación, la denuncia o el retiro de un tratado condicionado al consentimiento de las otras partes en el mismo, enfoque que implicaba subordinar los principios jurídicos que rigen el derecho de los tratados al principio *pacta sunt servanda*.

Durante las labores de la CDI -al igual que más tarde en las Conferencias de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968 y 1969- el aparentemente claro, largamente asentado, universalmente aceptado e indubitable PPSS ocupó una proporción inusitada de las sesiones y debates. Se recuerda⁸⁵ que el PPSS fue el principal campo de batalla de las Conferencias, tras más de dieciséis años de labor codificadora. Es así como el PPSS fue "amoldado" en la Convención, particularmente, en la Parte V.

En la CDI fueron remarcables los debates entre Verdross, Ruda, Lachs sobre si el PSS debía ir en el art. 55, en el preámbulo⁸⁶, en la primera parte⁸⁷ o al final y si debía hacer

(India 1947 familia de juristas), Patrick Lipton Robinson (Jamaica 1944, lenguas inglés, latín, juez, diplomático en NU), James Richard Crawford (Adelaida, Australia 1948), Kirill Gevorgian (Moscú, Russian Federation 1953 Diplomacia). Es decir, sobre 15 jueces, 9 pertenecen a Estados en desarrollo no occidentales.

⁸⁵ GORMLEY, W. P. "The codification of *pacta sunt servanda* (...), ob.cit., p. 369.

⁸⁶ En las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados adoptadas en 1969 (tratados entre Estado) y 1986 (tratados entre Estados y OI y OI entre sí), el párr. tercero del preámbulo expresan: "Advirtiendo que los principios de libre consentimiento y de buena fe y la norma *pacta sunt servanda*, están universalmente reconocidos". Obsérvese que el enunciado hace referencia a "norma" PSS frente a los "principios" de libre consentimiento y buena fe. La Convención de 1969 cuenta con 114 partes, y la de 1986 con 43. Tanto el Reino Unido de Gran Bretaña como Argentina son partes en las convenciones. Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis de la distinción entre principios y normas. Entiende que un principio es una pauta, estándar a ser observado, que describe derechos y deberes (no meras directrices que describen objetivos), que ha de observarse en tanto exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral ("nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos"); la norma operan de la manera todo o nada, es decir, en forma disyuntiva, binaria, se aplica o no se aplica, no habiendo una tercera posibilidad. Las normas son válidas o no válidas. Si es válida debe ser aceptada y aplicada. Dworkin se opone al positivismo y sustenta su teoría de los principios como base de la coherencia del sistema jurídico, un sistema sin lagunas, sin antinomias. Para Dworkin hay estándares que forman parte de los sistemas jurídicos por su moralidad y no por su origen. Así, recuerda el caso "Riggs v. Palmer" en el que la Corte Suprema del Estado de Nueva York decidió no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo para que éste no cambiara su testamento. La decisión se basó en el principio legal según el cual "uno no puede beneficiarse de su propio crimen". Este principio, según Dworkin, hace parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado y sin haber dado satisfacción a las condiciones de la "tesis del pedigree" de Hart. V. DWORKIN, R. M., "The Model of Rules", ob.cit.

⁸⁷ La Carta de las Naciones Unidas en el art. 2.2. establece "Los miembros de la Organización a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. Además, los arts. 102 y 103 de la Carta establecen: Art. 102 1.-Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2.-Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas. Art. 103. En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta. En las convenciones sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, el PSS fue incorporado en la Secc III de la parte primera en los arts. 26 y 27: Art. 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor

referencia a tratados “en vigor”⁸⁸. Ello hacía a la determinación de la naturaleza del principio.

En el período de sesiones de 1964 de la CDI, en la Parte III de proyecto, se incluyó el PSS en los siguientes términos: “*Art 55 Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, formulación que mantendría hasta su adopción en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En el comentario al artículo, se señaló que se trata de un principio fundamental del derecho de los tratados y que numerosa jurisprudencia de los tribunales internacionales ha entendido que el principio de buena fe es un principio legal que forma parte integrante de la norma PSS⁸⁹.

En la Conferencia de Viena de 1969, Lachs señaló que el PSS tanto en la teoría como en la práctica había sido discutido desde los inicios del derecho formal. Recordó que Vattel había dedicado un capítulo entero a ella en su *Droit des Gens*, y que el principio también había sido discutido por Maquiavelo y sus seguidores hasta nuestros tiempos. Entendió que cualquier enumeración limitativa del principio podría ser engañosa por falta de exhaustividad. Hizo presente que el artículo 12 del Tratado de Utrecht, que había dado lugar a la conocida situación de conflicto de interpretación entre Francia e Inglaterra -por lo revelador de los escritos de Vattel y Voltaire- permitía afirmar que las partes habían dejado deliberadamente el texto poco claro con el fin de dejar el camino abierto para el incumplimiento. Las advertidas partes indudablemente habían sido sorprendentemente

obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (se mantuvo igual tanto cuando era art. 23, como 55, como 5 del proyecto). Art. 27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

⁸⁸ V. *supra*.

⁸⁹ La jurisprudencia relativa al PPSS es sumamente rica. Si bien, en este trabajo, por razones de extensión, no podemos ocuparnos de ellas, sólo citamos algunos casos de interés por orden cronológico y con sus mínimas referencias: -*Pacific Fur Seal Arbitration (Great Britain and Canada v. USA)* (15 de agosto de 1893); -*The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)* (CPIJ) (7 de septiembre de 1910); - *Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)* Advisory Opinion of the PCIJ (21 de noviembre de 1925); - *Case concerning the factory at Chorzow (Claim for indemnity)* PCIJ (13 de septiembre de 1928); - *The diversion of water from the Meuse* PCIJ (28 de junio de 1937); -*Case of certain Norwegian Loans Case*, ICJ (6 de Julio de 1957); -*Austria Adm Cont (VerwGH) Interpretation o customs valuations statute Case* (28 de febrero de 1962); -*Case concerning the Northern Cameroon (Cameroon v. United Kingdom) Preliminary objections*, ICJ (2 de diciembre de 1963); -*BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic (Lagergren, sole arbitrator)* (10 de octubre de 1973) y *Ide agosto de 1974*); -*Nuclear Tests case (Australia v. France)*, ICJ (20 de diciembre de 1974); -*Texaco Overseas Petroleum Comp., California Atax Oil Comp v Libia, ad hoc Aword* (arb. Dupuy) (19 de enero de 1977); -*Arbitral award in the Case Libyan American Oil Company (LIAMCO) v The Libyan Arab Republic* (12 de abril de 1977); -*Amco Asia Corp, Pan American Development Ltd and PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, ICSID, Case N° ARB/81/1* (27 de septiembre de 1983); -*Case of Military and Paramilitary activities*, ICJ (27 de junio de 1986); -*Rainbow Warrior (New Zeland v France)* (30 de abril de 1990); -*Case of Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v Norway)* ICJ (14 de abril de 1993); -*A. Racke GmbH&Co.v Hauptzollamt Mainz*. Case C-162/96, ECJ (16 de junio de 1998); - *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* (17 de noviembre de 1999); -*Metalclad Corp. V. United Mexican States ICSID Case N° ARB (AF)/97/15* (Award of 30 de agosto de 2000); - *EC-Sardinas*, WTO Apellate Body Report (23 de octubre de 2002); - *US-Offset Act (Byrd Amendment)* WTO Apellate Body Report (16 de enero de 2003); -*Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en los Casos contra Venezuela de Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez* (4 de mayo de 2004).

negligentes. Por eso creía que convenía dejar el art. 55 como estaba, en enunciado simple, abierto⁹⁰.

En esa misma conferencia, la delegación china consideró que una formulación rígida del PSS podía impedir el progreso del derecho y llevar a situaciones incompatibles con la equidad. Sin embargo, señaló que la aplicación de excepciones a la cláusula PSS podía entrañar peligro atento a la ausencia de una autoridad imparcial a pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas. Consideró que no debía dejarse a la apreciación subjetiva de un Estado decidir si un cambio de circunstancias [u otra causal] justifica su liberación de las obligaciones del tratado. Por ello, la delegación abogaba por un estudio más profundo del tema fin de salvaguardar no se abuse del PPS⁹¹.

Josef Kunz⁹² mucho antes de que la CDI se ocupara de los tratados, recordó una frase de Michael de Taube⁹³ relativa a la naturaleza del PSS, largamente consolidada en el tiempo: “*pacta sunt servanda* (...) has constituted since times immemorial the axiom, postulate and categorical imperative of the science of law.” “*Pacta sunt servanda* is a genuine law of nations.”⁹⁴

IV. - Algunas reflexiones sobre la violación del PPSS en la ocupación de las Islas Malvinas por Gran Bretaña

Uno de los grandes debates doctrinarios en torno al PPSS se centra en la tensión existente entre la estabilidad y el cambio de los contenidos normativos, en tanto los tratados no son compromisos congelados en el tiempo, que deban y puedan mantenerse apegados estrictamente al texto y espíritu establecido al momento de su adopción⁹⁵.

Ello se hizo especialmente visible en momentos post-bélicos. Suele recordarse al respecto el art. 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones que establecía: “*La Asamblea puede, de tiempo en tiempo, invitar a los miembros de la sociedad a proceder a un nuevo examen de los tratados que hubieran llegado a ser inaplicables, así como de las situaciones internacionales cuyo mantenimiento podría poner en peligro la paz del mundo*”⁹⁶.

⁹⁰ ILC 1969 *Yearbook* Vol. 1 parte 2, pp.16-17.

⁹¹ ILC 1969 *Yearbook* Vol II p. 41, p. 15 y ss.

⁹² KUNZ, J. L. “The meaning and the range of the norm *pacta sunt servanda*”, 39 *Am. J. Int'l L.* 1945, p. 180.

⁹³ Cf. HUESBE LLANOS, M. A. “La irrevocabilidad del pacto en autores protestantes franceses del siglo XVI”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, 2005, pp.329-338 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

⁹⁴ Comments “Non-Recognition: A Reconsideration”, 22 *U. Chicago. L. Rev.*, 1954-1955, p. 275. Ello, independientemente, de que otros desconfiaran de su fuerza, como del Vecchio: “The old illusion that the maxim *pacta sunt servanda*, independently of any jurisdiction which ascertains the subjective and objective requisites of the validity of a contract, is sufficient to regulate the relations between states, is vanishing from the field of international law.” (DEL VECCHIO, G., *Pol. Sci. Quar.* Vol. L (1935), p. 529. Cf. KUNZ, J. L. “The meaning and the range (...), ob. cit., p. 196).

⁹⁵ V. BINDER, Ch. *The limits of pacta sunt servanda in international law*, Max Planck, <http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2452.pdf>

⁹⁶ V. asimismo el preámbulo y los arts. 10, 16, 18 del Pacto.

A modo de visión global, estimamos que la violación de un pacto -entendido el PPSS como principio basal del derecho internacional y de la paz de la sociedad mundial⁹⁷- implica consecuencias jurídicas de conformidad a las causas del incumplimiento.

En primer término nos referiremos, muy brevemente⁹⁸, a las causales pertinentes contempladas en la Parte V en las convenciones de Viena sobre Derecho de los tratados como bases de la nulidad, terminación o suspensión de un pacto y a algunas causales de exclusión de ilicitud, causales ambas que hunden sus raíces en el derecho consuetudinario general (a); luego nos referiremos al denominado “derecho de conquista” que podría haber existido en 1833 (b); para pasar a considerar el purgamiento de la violación del PPSS a través de la prescripción en el plano internacional (c); y cerraremos la secuencia con una reflexión sobre la responsabilidad que aún pervive para el Reino Unido por la violación de mala fe de los pactos territoriales con relación a las Islas Malvinas por carecer de fundamento jurídico su violación del PPSS (d).

a).- Todas las causales de nulidad, terminación y suspensión de los tratados contempladas en la Parte V de la CVSD (o su contenido, en calidad de norma consuetudinaria) deben ser desechadas, por su no pertinencia y, simplemente, por no haber sido jamás invocadas por el Reino Unido de Gran Bretaña.

En el marco de la responsabilidad de los Estados que podría emerger por el incumplimiento de un tratado, cabe considerar causas de exclusión de ilicitud tales como el estado de necesidad (art. 25 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos), la fuerza mayor (art. 23 del mismo proyecto), el surgimiento de normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*) (art. 26 del mismo proyecto). Ninguna de esas causales tuvo lugar, ni fue invocada por el Reino Unido de Gran Bretaña.

b).- Bien recuerda Sharon Korman, en su obra *The Right of Conquest: The Acquisition of Territory by Force in International Law and Practice*⁹⁹, que el Reino Unido jamás invocó como base de sus títulos sobre las Islas Malvinas al derecho de conquista. Considera que esa circunstancia es por demás significativa. Encuentra la causa de ello en el hecho de Gran Bretaña (GB) ocupó las islas cuatro años antes del incidente del *Caroline* en

⁹⁷ Recordemos que la agresión fue considerada “crimen contra la paz”, “ofensa a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados”, “ofensa a la sagrada potestad de los tratados”, norma consuetudinaria general de carácter superior (denominada más tarde *jus cogens*, caracterizada por su imprescriptibilidad y por su aplicabilidad en tal carácter al Estado y al individuo infractores) en el art. 227 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 y los principios del Comité de Responsabilidades y el Tribunal supremo de Leipzig. Este perfil ya fue percibido desde épocas remotas, tal como lo señaláramos precedentemente. V. nuestro trabajo “Jurisdicción Penal Internacional” en *Revista de la Facultad*, N° 4 Vol. 2 Año 1997, p. 157 y ss.

⁹⁸ Lo hacemos “brevemente” ya que cada tópico amerita un estudio en profundidad.

⁹⁹ Clarendon Press Oxford, 2003
(<https://books.google.com.ar/books?id=ueDO1dJyjrUC&pg=PA337&dq=Falkland+islands+%2B+pacta+sunt+servanda&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjdm77dr-vMAhWIFZAKHeaqDB4Q6AEIJDAB#v=onepage&q=Falkland%20islands&f=false>) (consulta 4 de abril de 2015), p. 104-105, 126, 232 y ss.

el que el tribunal estableció como condición para que se pueda invocar el derecho de conquista que el uso de la fuerza fuera legítimo en forma de guerra¹⁰⁰. Recuerda el autor que, la propia GB arguyó que no hubo uso de la fuerza en 1833 en el Caso de las Malvinas. Para Korman, la ocupación en 1833 fue ilegítima ya que no se dio en un contexto bélico. Los dos Estados estaban en paz y, Gran Bretaña, violó acuerdos en vigor que no admitían la anexión.

c).- En lo que hace a la prescripción -que invoca Gran Bretaña¹⁰¹-, la misma implica una posesión prolongada, ininterrumpida¹⁰², en la que el paso del tiempo tiene la capacidad de purgar la ilicitud originaria de la adquisición territorial. Sin embargo, la institución requiere además, indefectiblemente, que la posesión sea indiscutida, es decir, exige la aquiescencia del despojado. MacGibbon¹⁰³, expresamente, recuerda con relación a la prescripción adquisitiva: “Display of authority by the one party, acquiescence in that display by the other party-those are the *sine qua non* of acquisitive prescription.”

En el caso de Malvinas, Argentina siempre mantuvo su reclamación por la desposesión. Ni bien tuvo oportunidad, reclamó ante organismos internacionales adecuados. Debe darse un valor especialmente significativo al hecho de que el RU GB no votara en contra de la Res. 2065 (XX) de la Asamblea General de Naciones Unidas, con lo que daba su “aquiescencia” a la improcedencia de la prescripción al reconocer la existencia de una disputa territorial por la soberanía de las Malvinas, a la cual debía buscarse solución negociada por la vía pacífica.

Si se pretendiera, lisa y llanamente, de modo simplista, sostener derechos de Gran Bretaña en base a un presunto principio de efectividad, sin apoyo en la estructura jurídica de cualquier momento histórico, sería lo mismo que considerar que el uso de la fuerza (cualquiera fuera su tipo) por parte de un Estado poderoso para someter al débil es un

¹⁰⁰ Lowel S.Gustafson considera que la conquista no era bien vista ni siquiera en el siglo XIX. Ello es comprensible ya que en ese siglo regía el orden mundial del Congreso de Viena. (GUSTAFSON, L. S. *The Principle of Self-Determination and the Dispute about Sovereignty over the Falklands (Malvinas) Islands*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p.83.

¹⁰¹ Debe tenerse en cuenta que Gran Bretaña negó la existencia del instituto de la prescripción. Aún sin usar la expresión, lo hizo Lord Hannen, árbitro británico en el Caso *Fur Seal Arbitration 1893 (Great Britain and Canada v. USA)* (15 de agosto de 1893), expresiones que se reiteraron después en el Caso *Alaskan Boundary Dispute 1903 (EEUU v. GB/Canada)*. V. BLUM, Y. *Historic titles in International law*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1965, Notas 113 y 117 (<https://books.google.com.ar/books?id=n1j7AwAAQBAJ&pg=PT38&lpg=PT38&dq=International+law+%2B+prescription+%2B+bad+faith&source=bl&ots=ZQNGTfzwV7&sig=3t4tzL8lk2SuceKtISyxd7GDKS8&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEWjO7Y2c-oTLAhUJGZAKHQ9DDIIQ6AEIzAC#v=onepage&q=International%20law%20%2B%20prescription%20%2B%20bad%20faith&f=false>). (Consulta de 26 de mayo de 2015).

¹⁰² La única interrupción fue la ocupación argentina de 1982. Recuerda Korman que, al momento de la ocupación argentina de 1982, Rusia, China y la mayoría de los Estados del Tercer Mundo consideraban que la recuperación de las Islas por Argentina representaba el conflicto entre al imperativo deber de poner fin al colonialismo y la proscripción del uso de la fuerza, es decir una situación similar a la de Goa 20 años atrás, con la única diferencia, la relativa a la población. La “Doctrina Goa” afirmaba que el colonialismo constituye una “permanente agresión”. Korman recuerda las palabras de Costa Méndez, quien decía que no podía haber agresión ya que tampoco existía un derecho de Gran Bretaña a las islas (KORMAN, op cit., p.277).

¹⁰³ MACGIBBON, I.C. “The Scope of Acquiescence in International Law”, *31 Brit. Y.B. Int'l L.*, 1954, p. 153.

principio de justicia válido entre las naciones civilizadas, lo que sería la negación misma del Derecho en general y, en particular, del Derecho internacional.

d).- Tal como lo señalaran las potencias reunidas en Londres (Protocolo de Londres de 1871) para dar su respuesta a la circular Gortchakoff de 1870, por el que Rusia dio a conocer su intención de denunciar las cláusulas del Tratado de París de 1856 (relativo a la neutralización del Mar Negro) existe el “principio esencial de la ley de las naciones por el que ningún poder puede liberarse de la participación en un tratado, ni modificar las estipulaciones del mismo, a no ser con el consentimiento de las Potencias contratantes por medio de un arreglo amistoso”¹⁰⁴. Este principio fue reiterado en términos idénticos innumerables veces¹⁰⁵.

La violación unilateral de un tratado, en desconocimiento deliberado por interés particular del PPSS, perturba y ha perturbado el orden internacional del momento histórico en que se ha producido y, tanto antes como ahora, hace surgir la obligación de reparar/compensar los perjuicios causados a la víctima y de restaurar el orden interrumpido. Bien decía Vattel en 1916 “quien viola la fe de los tratados -fe que es sagrada- viola la ley de las naciones”¹⁰⁶, el PPSS es norma sagrada, inviolable y perdurable de la sociedad internacional¹⁰⁷.

¹⁰⁴ WHITTON, J. B. “The sanctity- of treaties (*pacta sunt servanda*)”, ob.cit., pp.411-412.

¹⁰⁵ V. i.a. la Resolución de 26 de septiembre de 1928 (League of Nations, *Official Journal*, 1928, p.1669) y la Convención en materia de Tratados adoptada el 20 de febrero de 1928 por la Sexta Conferencia Internacional americana (*American Journal of International Law*, Vol. 26, 1932, p. 343).

¹⁰⁶ Vattel, E. *The Law of Nations*, Carnegie Institution, Ed. J. Scott, Washington, 1916. P. 160.

¹⁰⁷ FIXICO, D. F. *Treaties with American Indians: An Encyclopedia of Rights, Conflicts, and Sovereignty*, ABC-CLIO, Oxford (England), 2007, p. 50.