







ISSN 2314-1905  
e-ISSN 2591-5231

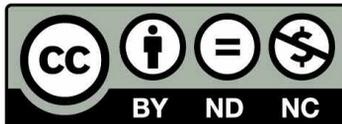
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración

**CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL**  
**NÚMERO XIII**  
**CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS**

DR. ERNESTO J. REY CARO  
DIRECTOR

CÓRDOBA - REPUBLICA ARGENTINA  
2019-2020

 **EDITORES**  
FONDO EDITORIAL



*Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la institución, el Director ni del Comité Editorial.*

**IJ International Legal Group**

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina  
CP: 1048  
TE: +54 011 5276-8001

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL  
PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

ERNESTO J. REY CARO  
**DIRECTOR**

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ  
**SECRETARIA**

**COMITÉ EDITORIAL**

Juan Carlos PALMERO  
Ernesto J. REY CARO  
Zlata DRNAS de CLÉMENT  
María Cristina RODRÍGUEZ

**COMITÉ ASESOR EXTERNO**

RAFAEL CASADO RAIGÓN (CORDOBA-ESPAÑA)  
HUGO LLANOS MANSILLA (SANTIAGO-CHILE)  
MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (MADRID-ESPAÑA)  
FRIDA ARMAS PFIRTER (BUENOS AIRES-ARGENTINA)

**MIEMBROS**

OSCAR BENÍTEZ  
JOSÉ A. CONSIGLI  
GUILLERMO COSTILLA  
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT  
SUSANA GALVÁN  
MAGDALENA GARCÍA ELORRIO

DIEGO GARCÍA MONTAÑO  
JUAN JUAREZ PEREDA  
MARÍA PILAR LLORENS  
ESTHER MATHIEU  
JOSÉ ANTONIO MUSSO  
PABLO MORTAROTTI  
ARTURO SANTIAGO PAGLIARI  
LUCIANO PEZZANO  
EDUARDO PINTORE  
GLORIA ROSENBERG  
GRACIELA ROSA SALAS  
SUSANA SARTORI  
CECILIA SILBERBERG  
CHRISTIAN SOMMER  
ALEJANDRA STICCA

### **MIEMBROS CORRESPONDIENTES**

FRIDA M. ARMAS PFIRTER (BUENOS AIRES)  
RAFAEL CASADO RAIGÓN (ESPAÑA)  
CARLOS FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ (ESPAÑA)  
HUGO LLANOS MANSILLA (CHILE)  
MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (ESPAÑA)  
MARÍA TERESA PONTE IGLESIAS (ESPAÑA)  
ANTONIO REMIRO BROTONS (ESPAÑA)

## Índice

### Palabras preliminares

#### El derecho de los tratados a cincuenta años de la adopción de la Convención de Viena de 1969

*Preliminary words*

*The law of treaties fifty years after the adoption of the 1969 Vienna Convention*

ERNESTO J. REY CARO.....9

### Aplicación provisional de los tratados

*Provisional application of treaties*

GRACIELA R. SALAS.....13

### El artículo 30 (tratados sucesivos) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

*The article 30 (successive treaties) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*

MARÍA ALEJANDRA STICCA.....37

### La evolución de los tratados en el tiempo. Interpretación

*The evolution of the treaties over time. Interpretation*

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI.....47

### La interpretación de los tratados en la CVDT: Declaraciones interpretativas

*The interpretation of treaties in the VCLT: Interpretive statements*

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ.....69

### Los efectos de los tratados internacionales con relación a terceros Estados

*The effects of international treaties in relation to third States*

GUILLERMO DANIEL COSTILLA.....79

### La agresión en el derecho de los tratados

*Aggression in the law of treaties*

LUCIANO PEZZANO.....95

**Justificación y determinación de la existencia del *jus cogens***  
*Justification and determination of the existence of jus cogens*  
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....131

**Implicancias de las consecuencias de la nulidad de los tratados**  
*Implications of the consequences of nullity of treaties*  
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....191

## Palabras preliminares

EL DERECHO DE LOS TRATADOS A CINCUENTA AÑOS  
DE LA ADOPCIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA DE 1969*Preliminary words**The law of treaties fifty years after the adoption of the 1969 Vienna Convention*

ERNESTO J. REY CARO\*

Tema axial del Derecho Internacional, fue tempranamente incorporado en la agenda de la Comisión de Derecho Internacional en su primer periodo de sesiones celebrado en 1949, como materia apropiada para ser codificada. Se designó como Relator al jurista inglés Brierly, el que luego, por diversas circunstancias, fue reemplazado por Lauterpacht y después por Fitzmaurice. Finalmente, en 1960, fue nombrado Humphrey Waldock. Siguiendo las directivas de la Comisión, todos los relatores produjeron varios informes que contribuyeron para la elaboración de un proyecto de artículos que pudiera servir de base para la adopción de una convención. Reiteradamente se destacaron las dificultades que debían sortearse para llevar a cabo esta tarea. El último de los relatores elaboró seis informes que abarcaron casi todos los aspectos de la temática. Los debates en el seno de la Comisión pusieron de manifiesto la disparidad de posturas que adoptaron los Estados frente a determinadas cuestiones. Salvadas algunas discrepancias, la

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesor Emérito de la UNC. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho (UNC). Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (ANDCS). Miembro de Número de la ANDCS. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Comisión avanzó en la elaboración de un proyecto definitivo, que se adoptó en 1966. Este proyecto fue acogido por la Asamblea General, órgano que -por Resolución 2166 (XXI)- dispuso convocar una conferencia internacional que se celebraría en Viena en dos periodos entre los años 1968 y 1969, actuando la Conferencia como Comisión Plenaria. En el primer tramo participaron 103 Estados y en el segundo 110. Eran casi todos los Estados existentes en la época, situación que ponía en evidencia la importancia de la cuestión y su universalidad.

La Convención fue adoptada el 22 de mayo de 1969 por votación que no fue unánime. Hubo diecinueve abstenciones y un voto en contra. No se logró que fuera por consenso, como se aspiraba. La Convención entró en vigor el 27 de enero de 1980, tras haberse alcanzado las treinta y cinco ratificaciones o adhesiones requeridas en el instrumento. Hoy el número de Partes supera el centenar (116). La República Argentina aprobó la Convención por Ley 19865 del 3 de octubre de 1972, con reservas a los arts. 45. inc. b y 62, efectuando asimismo una declaración interpretativa. Sobre estas reservas nos hemos ocupado en otra oportunidad.

Las actas de la Conferencia evidencian la complejidad de la materia y cómo fueron introduciéndose sucesivas modificaciones a los dispositivos que integran el instrumento adoptado en orden a que se alcanzara la mayor aceptación posible. No es este el momento para examinar la Convención, sobre la que se han elaborado numerosas y valiosas obras generales y abundantes trabajos sobre aspectos particulares.

La labor codificadora continuaría en los años subsiguientes. En 1978 se adoptó, también en Viena, la Convención sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados, y posteriormente en 1986, la Convención sobre Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Ello implicó una adaptación de la Convención de 1969 a nuevas realidades.

Cabe destacar que la CDI ha retornado sobre algunos puntos específicos contemplados en el instrumento ya referido, como es el caso de las “reservas”, comenzando a examinar la Ley y la Práctica en materia de reservas a los tratados. En 2004, la Comisión de Derecho Internacional incluyó en su programa de trabajo el tema “Efecto de los conflictos armados en los tratados”. En 2012, la Comisión incluyó el tema “Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en relación con la interpretación de los tratados”, el que tuvo su origen en la labor anterior del Grupo de Estudio de la Comisión sobre los Tratados en el Tiempo. La CDI,

seguramente, continuará con otros aspectos de los tratados. No se trata de un tema “cerrado”.

Resta añadir que -como lo hace habitualmente-, culminando las tareas desarrolladas durante el año académico, el Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, celebró en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de nuestra Universidad una Jornada dedicada especialmente a los estudiantes e integrantes de las cátedras de la disciplina, en la que los miembros del Instituto abordaron los temas tratados en el curso del año académico 2019. En éste, como se infiere de las reflexiones precedentes, se decidió examinar los debates y deliberaciones desarrollados en el seno de la CDI que condujeron a la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con motivo de cumplirse el 22 de mayo de 1969 el cincuentenario de la adopción de este instrumento.



## APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

### *Provisional application of treaties*

GRACIELA R. SALAS\*

**Resumen:** Al celebrarse la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados se incorporó el artículo 25 referido a la aplicación provisional de los tratados. Posteriormente, fue quedando de manifiesto la importancia de este artículo, razón por la cual se designó Relator Especial a J. M. Gómez Robledo en 2012, quien hasta la fecha presentó seis informes. A ello se agregó la tarea desempeñada por G. Gaja quien trabajó sobre las doce directrices que aprobó el Comité de Redacción en 2021, en base a los informes solicitados a la Secretaría General de la ONU. En la actualidad se ha avanzado en cuanto a la definición del concepto de aplicación provisional, que no había sido precisado en el art. 2 de dicha Convención, su aplicación provisional y la finalización de la aplicación provisional y sobre las condiciones que rodean a la aplicación provisional de un tratado, lo que se tradujo en la aprobación en 2021 de doce directrices. Finalmente, el trabajo precisa algunos principios sobre los que se apoya esta institución.

**Palabras-clave:** Tratados - Aplicación provisional – Directrices.

**Abstract:** When the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties was celebrated, article 25 was incorporated, referring to the provisional application of treaties. Subsequently, the importance of this article was recognized. For this reason, J. M. Gómez Robledo was appointed Special Rapporteur

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

in 2012, who to date presented six reports. To this was added the task performed by G. Gaja who worked on the twelve guidelines approved by the Drafting Committee in 2021, based on the reports requested from the UN General Secretariat. At present, progress has been made regarding the definition of the concept of provisional application, which had not been specified in art. 2 of the Vienna Convention, its provisional application, the termination of provisional application and on the conditions surrounding the provisional application of a treaty, which resulted in the approval in 2021 of twelve guidelines. Finally, the work specifies some principles on which this institution is based.

**Keywords:** Treaties - Provisional application - Guidelines.

**Sumario:** Introducción. I. El art. 25 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). a) Los antecedentes. b) La actualidad del tema. c) El concepto de aplicación provisional. d) Objeto de la aplicación provisional. e) Alcances de la aplicación provisional. f) La terminación de la aplicación provisional. II. El trabajo actual. III. La mecánica adoptada. IV. Conclusiones. V Bibliografía.

## Introducción

En 2012 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Aplicación provisional de los tratados*”, observando la importancia que la práctica estaba demostrando, para lo cual designó Relator Especial a Juan Manuel Gómez Robledo y se solicitó información a la Secretaría<sup>1</sup>.

Esta decisión fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 67/92 en razón del nuevo interés para la comunidad internacional, y que se estimaba ser apto para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional (DI), motivo por el cual se lo incluyó en el programa de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional.

---

<sup>1</sup> A/CN.4/707. Disponible en: [file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/A\\_CN.4\\_707\\_S.pdf](file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/A_CN.4_707_S.pdf)

A partir de esta decisión<sup>2</sup>, el Relator Especial presentó seis informes hasta el presente, en los que incluye cláusulas modelo y bibliografía que fueron examinados por la Comisión, trabajando sobre la base de proyectos de doce directrices propuestos por el Relator Especial. El texto fue aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura durante la primera parte del período de sesiones de 2021<sup>3</sup>.

Una de las cuestiones que quedaron planteadas es la posibilidad de aplicación tanto a los tratados celebrados entre Estados como entre éstos<sup>4</sup> y organizaciones internacionales o de éstas entre sí, en aplicación de lo establecido por las Convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre Derecho de los Tratados, respectivamente. Como veremos, la práctica ha demostrado que tanto unos como otros vienen planteando la necesidad de regulación de la aplicación provisoria de los tratados, que es lo que pasamos a desarrollar.

---

<sup>2</sup> Resolución 67/92, de 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/67/92>. También presentó en 2019 una Guía de aplicación provisional de tratados que facilita su estudio.

<sup>3</sup> A/CN.4/L.952. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/041/22/PDF/N2004122.pdf?OpenElement>

<sup>4</sup> Habitualmente se acuerda esta aplicación provisional de los tratados en acuerdos comerciales, financieros o también acuerdos de sede celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales como el Acuerdo entre el Reino de España y la Unión Europea sobre la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo; Acuerdo entre el Reino de España y la Organización Mundial del Turismo para la celebración de la 98ª Reunión del Consejo Ejecutivo; Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento para el establecimiento de una oficina satélite del programa A400M en territorio español, otras dos lo fueron en materia de inmigración o visados (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Granada sobre supresión recíproca de visados para titulares de pasaportes diplomáticos); Convenio entre el Reino de España y la República de Senegal sobre el traslado de personas condenadas y los dos restantes conciernen temas de movilidad de jóvenes (Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de Australia relativo al programa de movilidad para jóvenes) y coproducción cinematográfica (Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Popular China de coproducción cinematográfica de 2014), entre otros.

## I. El art. 25 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)

### a) *Los antecedentes*

Los fundamentos para que la CDI volviera nuevamente a estudiar este artículo, hace imperioso retomar las discusiones que se llevaron a cabo en las deliberaciones previas a la celebración de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

En aquellos momentos la discusión inicial fue establecer si el proyecto de convención debía partir del concepto de “entrada en vigor provisional” de un tratado, al que hacía referencia el relator especial Sr. Waldock desde su primer informe<sup>5</sup>, a lo que se opuso P. Reuter proponiendo que se utilizara la expresión “aplicación provisional”, todo lo cual generó una serie de discusiones a través de los siguientes períodos de reuniones de la CDI, no sólo entre posiciones doctrinarias sino también entre los representantes de los diferentes Estados que la integraban.

El fundamento de tales propuestas partió de la base que ya en aquella época existía una práctica respecto de la celebración de tratados que, por razones de urgencia, aconsejaban su aplicación aun antes de su entrada en vigor<sup>6</sup>. La práctica invocada eran acuerdos mercantiles, aduaneros urgentes o aquellos de los que se derivaban beneficios para los estados firmantes y podían en ocasiones colaborar con la rápida ratificación de esos tratados por parte de los respectivos Estados<sup>7</sup>.

Sin embargo, algunos Estados se opusieron a la aplicación provisional de los tratados mediante una manifestación puntual o también amparándose en normas internas de sus respectivos sistemas constitucionales<sup>8</sup>. En nuestro continente este último fue el caso de Colombia, ya que su Constitución de 1886 expresamente lo prohibía<sup>9</sup>, sin embargo, actualmente el artículo 224 de la Constitución

---

<sup>5</sup> A/CN.4/144 y Add.1

<sup>6</sup> A/CN.4/658 par. 36 a 41.

<sup>7</sup> Ver el caso del Acuerdo sobre la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Protocolo n° 14 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio. Consultado el 10.08.21. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-18786>

<sup>8</sup> A/CN.4/658 par. 42 y 43.

<sup>9</sup> Fue así que en ocasión de la celebración de la Convención de Viena de 1969 sobre De-

Política de 1991 expresamente lo acepta para el caso de los tratados en materia económica y comercial, mientras que para otros casos admite la formulación de reservas por parte del Presidente de la República<sup>10</sup>, aunque la jurisprudencia no es demasiado pacífica con esta posición<sup>11</sup>. Aunque también existen casos en los que el respectivo sistema constitucional admite la aplicación provisional, pero sometido a determinadas condiciones<sup>12</sup>.

Ya desde entonces quedaron evidenciadas algunas cuestiones que veremos reaparecer más recientemente, como es el comienzo y el fin de la aplicación provisional<sup>13</sup>, irretroactividad de los tratados, el grado de responsabilidad de los estados firmantes en tales condiciones, etc. También fue objeto de discusión si esa aplicación provisional alcanzaría a todo el tratado o si era posible que se hiciera respecto de una parte del tratado.

Otro punto objeto de discusión fue la necesidad o no de que hubiera un acuerdo expreso para la aplicación provisional de un tratado. En caso afirmativo

recho de los Tratados, Colombia introdujo una reserva precisamente al artículo 25 en virtud de que la Constitución Política de Colombia no admitía en ese momento la entrada en vigor provisional de los Tratados en razón de que de acuerdo al régimen constitucional de ese momento correspondía al Congreso hacer las leyes, y por medio de ellas ejercer la atribución de aprobar o no los tratados o convenios que el Gobierno de Colombia celebrara con otros Estados u otras entidades de derecho internacional, en general con sujetos de derecho internacional.

<sup>10</sup> Constitución Política de 1991, en su artículo 224 dice: "*Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso, tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado*". Consultada el 01.08.21. Disponible en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>

<sup>11</sup> ROJAS ARIAS, Juan Camilo. "Análisis jurídico en relación con la aplicación provisional de tratados en Colombia. Una perspectiva de derecho internacional y nacional", *Dikaion*, Vol. 24 no.1, Jan/June 2015. Consultado el 01.08.21. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.1.7>

<sup>12</sup> Ver las diferentes posibilidades en la Constitución del Reino de España en su artículo 94, inc. 1), de la que se pueden rescatar no sólo la práctica española sino también su vinculación con el sistema comunitario europeo. La ley parece consolidar una práctica parlamentaria asentada que mantiene el equilibrio entre las Cortes y el Gobierno en materia de autorización de aplicación provisional de tratados. Constitución consultada el 25.08.21. Disponible en: [file:///C:/Users/AsusEEE/AppData/Local/Temp/BOE-160\\_Constitucion\\_Espanola-La\\_Constitucion\\_Espagnole.pdf](file:///C:/Users/AsusEEE/AppData/Local/Temp/BOE-160_Constitucion_Espanola-La_Constitucion_Espagnole.pdf)

<sup>13</sup> Posición de Suecia, Países Bajos, A/CN.4/658 par. 45, a 48.

se trataría de la celebración de un nuevo acuerdo, paralelo al primero, que podría llegar a concretarse aún a través de notas reversales. Lo que lo hace particular a este acuerdo es que es mayor<sup>14</sup> su flexibilidad respecto de la terminación del tratado. De hecho, parecería que la aplicación provisional de un tratado sería un método utilizado por los estados, en virtud del cual se busca que los otros Estados parte en el instrumento de que se trate, hagan lo mismo. Es más, en esta situación los estados aún no están obligados a aplicar el tratado, sino que manifiestan su intención de hacerlo, en la medida que los demás hagan lo propio. También se llama la atención sobre la importancia de la aplicación provisional en tanto sería indicativa de la entrada en vigor del tratado y constituiría esa vigencia en retroactiva, que es una de las cuestiones que mereció algunas reflexiones.

Este último punto nos acerca al derecho interno de los estados en tanto es el que establece el procedimiento para la celebración de tratados, generalmente competencia del Poder Ejecutivo.

La última cuestión a resolver fue la de la finalización de la aplicación provisional de un tratado. El Relator Especial dejó plasmada la primera causal desde 1962 según la cual esta aplicación provisional del tratado *terminaría cuando se lo ratificara o aprobara debidamente de conformidad con sus disposiciones*<sup>15</sup>. Diríamos que esta era la forma más lógica de finalización de esa aplicación provisional. Sin embargo, es posible que se produzcan diversas situaciones que también fueron objeto de discusión en el seno de la CDI, como la terminación unilateral de esa aplicación provisional, o la terminación como consecuencia de una demora injustificada o de menores posibilidades de ratificación.

Respecto del primer punto en la Convención se incorporó el inc. 2 en el art. 25 que analizaremos más adelante, mientras que respecto del segundo punto se optó por no hacer consideración alguna en el artículo que nos ocupa.

Es de destacar aquí la importancia de la cooperación prestada por la Secretaría General de la ONU, al cumplir con la tarea impuesta por la CDI en su 68° período de sesiones, al preparar un memorándum en el que se analiza la práctica de los Estados con respecto a los tratados (bilaterales y multilaterales) depositados o registrados en poder del Secretario General en los últimos veinte

<sup>14</sup> GAJA, Giorgio. Aplicación provisional de los tratados.

<sup>15</sup> GAJA, Giorgio. "Aplicación provisional de los tratados", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Tomo II, Año 2011, p. 210. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/Reports/2011/spanish/annex.pdf>

años, en los que se prevé su aplicación provisional, incluidos los actos relacionados con ellos<sup>16</sup>, de la que se deriva también un análisis de los diversos cuestionamientos que venimos sintetizando en este trabajo. Aunque es de remarcar que de esos informes quedan excluidos los casos de aplicación provisional de aquellos tratados que no han sido registrados aún.

Por otra parte, habiendo expuesto sobre este tema en el año 2019, sucedió que en 2021 se publicaron las directrices propuestas por G. Giaja en relación a los temas abordados por la CDI y los informes presentados por el relator especial designado a tal efecto, J. M. Gómez Robledo, y las directrices aprobadas por el comité de redacción, de manera que este trabajo debió ajustarse a dichos avances.

Luego de esta apretadísima síntesis, pasamos a estudiar las razones por las que actualmente la Comisión de Derecho Internacional ha avanzado nuevamente sobre el estudio del artículo 25.

#### *b) La actualidad del tema*

En primer lugar, nos planteamos las razones por las que se incluyó originariamente este artículo y las razones para que se lo volviera a estudiar en nuestros días.

Como veremos a continuación, en ocasiones existen razones de urgencia que motivan la aplicación provisional de un tratado, como en el caso del cese de hostilidades, los desastres naturales o nucleares. Pero también por razones de flexibilidad particularmente de las convenciones multilaterales que por otra parte requieren de atención urgente por razones políticas, pero no es posible hacer lo mismo con los tratados celebrados en forma simplificada, precisamente porque éstos entran en vigor inmediatamente.

Por otro lado, se agregan otras razones como la de precaución, ante la importancia del tratado, a fin de evitar que los Estados firmantes cambien de opinión durante el proceso de ratificación, o en ocasiones constituye un atajo para saltar la intervención de determinados órganos internos respecto de dicho proyecto.

---

<sup>16</sup> A/71/10, párr. 302. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/184/28/PDF/G1618428.pdf?OpenElement>

Para comenzar a analizar este artículo es imprescindible prestar atención a lo establecido en el artículo 24 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que precisa cuándo un tratado entra en vigor en tanto, como veíamos, sólo será posible la aplicación provisional de aquel tratado que aún no haya entrado en vigor:

*“Artículo 24. Entrada en vigor*

*1.-Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores”<sup>17</sup>.*

Y le siguen las diferentes posibilidades.

Se trata entonces de la posibilidad de aplicación provisional de aquellos tratados que aún no han entrado en vigor, conforme a lo establecido en el artículo 24, es decir que se encuentran en una instancia previa, a pesar de lo cual existen ya derechos y obligaciones entre las partes, en virtud de lo establecido por el artículo 18 del mismo cuerpo legal, de manera que no sólo se trata de la aplicación lisa y llana de la norma sino también de su interpretación dentro del contexto en el que la misma se ha formulado y posteriormente quedó inserta.

El punto siguiente a precisar es que hablar de aplicación provisional no significa hablar de entrada en vigor<sup>18</sup>, tema éste profusamente discutido en las etapas previas a la celebración de la Convención de 1969. Sin embargo, las etapas que deben cumplirse a los efectos de la entrada en vigor de un tratado, incluidas en el artículo 24 inc. 4, ya son consideradas aplicación provisional del tratado en cuestión.

A continuación, el art. 25 establece que:

*“Art. 25. Aplicación provisional.*

*1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:*

*a) si el propio tratado así lo dispone: o*

*b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.*

*(...)”.*

---

<sup>17</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm>

<sup>18</sup> GAJA, Giorgio. “Aplicación provisional de los tratados”. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional”, cit., p. 219.

A partir del primer inciso surge con meridiana claridad que las partes en un tratado tienen la posibilidad de admitir su aplicación provisional, lo que muestra una vez más la flexibilidad que se fue introduciendo en materia de tratados, atento especialmente a la frecuencia de la celebración de convenciones multilaterales en el último siglo. Esto muestra la presencia de la voluntad de los estados y podríamos decir que implica cuanto menos una voluntad coincidente, si no la celebración de un nuevo acuerdo entre las mismas partes.

*c) El concepto de aplicación provisional*

G. Gaja pone en evidencia que la dificultad de precisar en qué consiste la aplicación provisional quedó planteada desde el artículo 2 en el que no se la define junto a los otros conceptos aplicados en la Convención, en consecuencia, se hace necesario interpretar los términos de la Convención, a la luz de este nuevo requerimiento que plantea el desarrollo del DI en los últimos tiempos.

Este autor<sup>19</sup> sostiene que hay diferentes puntos de vista sobre el significado del concepto de aplicación provisional. El primero de ellos parecería surgir del artículo 25 inc. 1. a) en tanto las partes acuerdan aplicarlo como si ya estuviera en vigor. En el lado opuesto estarían los Estados que sólo lo aceptan en tanto todos los demás hagan lo propio y si uno solo de ellos dejara de hacerlo, cesaría la aplicación provisional por parte de todos y dejaría de haber responsabilidad internacional. Entre ambas posiciones habría una tercera en virtud de la cual los Estados estarían habilitados a dejar de cumplir con las obligaciones que pudieran existir “*en sus relaciones recíprocas con arreglo al derecho internacional*”. La última posición mencionada por este autor indica que, acordada la aplicación provisional del tratado, una vez que éste entre en vigor, se considerará que éste lo hace en forma retroactiva y si hay incumplimiento respecto de la aplicación provisional podría entenderse “*que han incumplido el tratado*”.

Podríamos decir que el fundamento de estas discusiones estaría en el protagonismo de la voluntad de los estados y nos acercaría a las doctrinas voluntaristas que se han ocupado de la fundamentación del DI.

En definitiva, también se trataría de remarcar que para que se continúe con esta aplicación provisional hay una dinámica constante en la voluntad positiva de todas las partes en el tratado.

---

<sup>19</sup> Ibidem.

#### *d) Objeto de la aplicación provisional*

Como decíamos más arriba, los motivos de la aplicación provisional de un tratado pueden ser las razones de urgencia, como el cese de hostilidades, los desastres naturales o nucleares. También la apuntada mayor flexibilidad en las convenciones multilaterales en razón de la atención urgente aún por razones políticas, porque aún puede ser un sistema simplificado de modificación de un tratado, pero no se puede hacer con los tratados celebrados en forma simplificada porque entran en vigor inmediatamente. También por precaución ya que la importancia del tratado puede aconsejar evitar que durante el proceso de ratificación los estados puedan cambiar de opinión<sup>20</sup>. Asimismo, como una transición hacia una entrada en vigor inminente como la ya citada interpretación de la parte XI de la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar una vez que ya se habían reunido las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor.

Finalmente, algunos autores consideran que se puede utilizar la aplicación provisional como un método para evitar el tratamiento por los órganos internos del Estado y plantear conflictos con el derecho interno.

#### *e) Alcances de la aplicación provisional*

Aquí debemos precisar cuáles son los efectos jurídicos de la aplicación provisional de un tratado y vemos que pueden plantearse cuatro tipo de situaciones: a) por un lado que lo establezca el propio tratado; b) por otro que el tratado diga que será aplicado provisionalmente por los Estados *signatarios*<sup>21</sup>; c) una nueva opción es que haya una declaración unilateral o un acuerdo paralelo entre dos o más estados, y d) finalmente, cuando el tratado guarda silencio, la Convención de Viena guarda silencio, y al hablar de “negociadores” ¿se refiere a todos? Es un interrogante abierto aún.

Por otra parte, si no hay un acuerdo entre las partes, puede constituir un acto unilateral autónomo, en el sentido de la CIJ en el Caso de las Pruebas Nucleares<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Así ocurrió con el Acuerdo sobre aplicación provisional del Tratado de Delimitación Marítima entre Cuba y EEUU., renovado en varias oportunidades.

<sup>21</sup> Art. 10 b de la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar.

<sup>22</sup> Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/58/058-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>

A renglón seguido nos preguntamos cuáles son las obligaciones que surgen de esta aplicación provisional de un tratado, para lo cual habrá que estar a lo establecido por el propio tratado, sin alterar su alcance ni el contenido del compromiso asumido.

De todos modos, la aplicación provisional genera efectos hacia adentro de los Estados, de allí la importancia de la vinculación con el derecho interno, y hacia afuera, ya en el orden internacional. En consecuencia, es importante diferenciar la exigibilidad de las obligaciones contraídas, de la oponibilidad a terceros. Y sobre esto seguramente correrán ríos de tinta nuevamente.

A continuación, se plantea la discusión sobre cuáles serían las consecuencias de que una de las partes pudiera dejar de cumplir con ese mini acuerdo, respecto de lo cual se acuerda que no surgiría responsabilidad, dado que el tratado en verdad aún no se encuentra en vigor. Sin embargo, esta posición no es tan clara en tanto puede darse la circunstancia de que, una vez entrado en vigor el tratado, se considere que el Estado que hubiere acordado la aplicación provisional hubiere incurrido en responsabilidad internacional, conforme a lo establecido por el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969.

Las opciones planteadas en primer y tercer lugar parecerían ser las más aceptables, según G. Gaja, a estar por lo resuelto particularmente por tribunales arbitrales cuyos laudos cita<sup>23</sup>, y de lo que resalta la importancia de la vinculación con los respectivos sistemas jurídicos internos, particularmente en materia de competencias para celebrar tratados.

En este sentido es interesante constatar que existen sistemas constitucionales que no permiten la aplicación provisional de los tratados<sup>24</sup>, o que la someten a determinadas condiciones, como vimos más arriba, situación ésta entendible en tanto la celebración corresponde generalmente al Poder Ejecutivo, mientras que el proceso de ratificación le corresponde al Poder Legislativo, que ejerce un férreo control en muchos casos, y éste suele ser el motivo de la mayoría de las disputas entre ambos poderes estatales.

---

<sup>23</sup> GAJA, Giorgio. *Aplicación provisional de los tratados*, cit., p. 220.

<sup>24</sup> Así es en el caso de Colombia, Costa Rica, Guatemala y Perú en nuestro continente. A tales efectos ver: *Nations Unies, Recueil des Traités*, Vol. 1155, p. 331. Disponible en: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=\\_fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_fr)

*f) Terminación de la aplicación provisional*

El segundo inciso del artículo que nos ocupa dice:

*“Art. 25. Aplicación provisional. (...)*

*2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto”.*

Aparecen aquí las causales de terminación de la aplicación provisional, entre las que volvemos a ver el protagonismo de la voluntad de las partes en el tratado: por un lado, cuando un Estado parte en el acuerdo notifica a los restantes su voluntad de dejar de no llegar a ser parte en el tratado, aunque normalmente estas circunstancias no se producen.

G. Gaja plantea también la importancia de notificar a las otras partes en el tratado la voluntad de dejar de aplicar provisionalmente el tratado ya que esa notificación daría la posibilidad a las otras partes de salir al mismo tiempo.

Además, es claro que la aplicación provisional termina cuando el tratado en cuestión entra en vigor, en tanto se producirían las condiciones establecidas por el artículo 54:

*“SECCION TERCERA*

*Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación.*

*“Artículo 54. Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes.*

*La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:*

- a) conforme a las disposiciones del tratado, o*
- b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes”.*

Es evidente entonces la autonomía de los Estados para regular también en materia de terminación de los tratados, para lo cual reserva sólo dos puntos:

conforme lo hayan dispuesto las partes en el texto del propio tratado, o cuando todas las partes presten consentimiento, y es recién cuando el tratado dejará de tener efecto entre las partes.

Pero es importante la interpretación de este acuerdo en relación a lo establecido por el artículo 70 del mismo cuerpo legal:

*“70. Consecuencias de la terminación de un tratado.*

*1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:*

*a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado;*

*b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.*

*2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro”.*

Estos dos artículos, por su parte, dejan abiertas varias cuestiones sobre las que cabría reflexionar respecto del tema que nos ocupa: por un lado, si se está aplicando provisoriamente un tratado y una de las partes decide dejar de hacerlo, los actos que hubiere ejecutado como consecuencia de la aplicación provisoria tendrían plena validez jurídica, y por el otro, esa parte ya no estaría obligada a cumplir con lo establecido por el tratado. Es decir que ese Estado estaría saliendo del tratado lisa y llanamente.

De todos modos, habría dos situaciones distintas en el tema que nos ocupa: por un lado, que un Estado estuviere aplicando provisionalmente un tratado, conforme a lo establecido por los artículos 25 y 18, pero el tratado termina para las otras partes, en virtud de lo establecido por el artículo 70. Se desencadenan entonces todas las consecuencias de las situaciones apuntadas más arriba, no sólo para el Estado que venía aplicando provisionalmente el tratado, sino también de las demás partes y aún de los terceros estados, si llevamos la cuestión más allá.

Otra de las cuestiones planteadas originalmente es la terminación de la aplicación provisional, en torno a la cual giraron serias discusiones. El artículo 25 inciso 2 dice: “25.2. *La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto*”.

En ocasión de las deliberaciones de la CDI se discutió sobre las diversas posibilidades que se plantean al respecto, la primera de las cuales es que en ocasiones los Estados no notifican su intención de no entrar a ser parte del mismo, ya que esa situación puede ser simplemente dilatoria y hacerlo con posterioridad. Asimismo, en el caso que ese Estado diera un preaviso de tal situación posibilitaría que los restantes Estados compartieran su posición y finalizaran la aplicación provisional al mismo tiempo.

Por otra parte, y si bien la Convención de 1969 no lo dice expresamente, va de suyo que la aplicación provisional finaliza cuando el tratado entra en vigor y también se le aplican a este tratado todas las disposiciones del mismo. De allí que no podamos perder de vista lo establecido por el artículo 54 en virtud del cual, un tratado termina *por consentimiento de todas las partes*. Sin embargo, a estas causales podríamos agregar lo establecido en el artículo 60, en virtud del cual:

*“1. Una **violación grave** de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente” (...).*

A partir de lo cual le siguen una serie de condiciones particulares a los efectos de la aplicación de lo establecido en este artículo. Pero más allá encontramos también al artículo 70 ya citado, que se refiere directamente a las consecuencias de la terminación de un acuerdo, en nuestro caso en relación a la aplicación provisional de un tratado, en tanto diversos autores, entre ellos el relator Gómez Robledo, quien precisa como regla general que, conforme a lo establecido en el tratado o las partes lo convengan de otra forma, todo lo relativo a *la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la Convención*, será de aplicación al caso en que se estuviere aplicando provisionalmente un tratado.

A renglón seguido surge un nuevo cuestionamiento respecto del incumplimiento de normas de DI que surgen como consecuencia de la aplicación provisional de un tratado, acerca de si la terminación de un tratado libera a las partes de continuar cumpliéndolo, si afecta a las relaciones jurídicas creadas como consecuencia de la ejecución del tratado antes de su terminación o si el incumplimiento de obligaciones que surgieron como consecuencia de la aplicación del tratado acarrearán responsabilidad internacional una vez que dicha aplicación provisional finalice.

En consecuencia, la terminación de la aplicación provisional puede ser unilateral, es decir que un Estado puede notificar su voluntad en tal sentido, en cualquier momento; pero también puede ser por acuerdo entre las partes. En este caso podemos citar al Acuerdo sobre la Parte XI de la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar:

*“Artículo 7 Aplicación provisional (...)*

*1. La aplicación provisional terminará en la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo. En todo caso, la aplicación provisional terminará el 16 de noviembre de 1998 si en esa fecha no se ha cumplido el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 6 de que hayan consentido en obligarse por este Acuerdo al menos siete de los Estados mencionados en el apartado a) del párrafo 1 de la resolución II (de los cuales al menos cinco deberán ser Estados desarrollados)”.*

## **II. El trabajo actual**

Como decíamos más arriba, el tema fue incluido en el programa de trabajo de la CDI en 2011 y se encargó al relator Juan Manuel Gómez Robledo V., quien, como decíamos en la introducción, hasta la fecha presentó seis informes.

A su vez, en 2011 Giorgio Gaja presentó una nómina de problemas que suscita la aplicación provisional de los tratados. Este autor partió de lo establecido por el artículo 24 de la Convención en virtud del cual se acuerda cuándo entra en vigor un tratado, en el entendimiento que, en la medida en que no se dan esas circunstancias es que se pueden dar las condiciones que llevan a la aplicación del artículo 25, y es en esa tesitura que desarrollamos estas reflexiones.

En las deliberaciones de la CDI se planteó originariamente la utilización en el art. 25 la expresión “aplicación provisional” (Paul Reuter) o “entrada en vigor provisional” (Waldock), sin embargo, el Comité de Redacción de la Comisión optó por la primera expresión. Diversas delegaciones proponían que se hiciera una distinción entre ambas expresiones ya que podían prestarse a confusiones.

En este punto fueron importantes los aportes de Giorgio Gaja, que parte de la idea de que es posible aplicar un tratado antes de que éste entre en vigor, por razones de urgencia, que dependerán de las circunstancias de cada caso. En efecto, como decíamos, desde esa discusión planteada originariamente entre Paul Reuter y Waldock, hasta tanto no se cumplan los requisitos establecidos en cada tratado, éste no ha entrado aún en vigor, de manera que el tema que nos ocupa se ubica fuera de la vigencia de ese tratado. Además, el hecho de haber incorporado a un tratado los requisitos para su entrada en vigor, éstos aún no se hayan alcanzado y existiendo práctica internacional en cuanto a la aplicación provisional del mismo, puede darse que esta posibilidad se abra ante la urgencia planteada en diferentes oportunidades<sup>25</sup>. En consecuencia, no hablamos aún de entrada en vigor, ni siquiera en forma temporal, sino que, por diversas razones, se ha puesto en práctica la condición de que el tratado, efectivamente, no se encuentre surtiendo sus efectos. Es así que cobra un rol importantísimo la práctica de los Estados, y muy especialmente de las Organizaciones Internacionales<sup>26</sup>.

Sin embargo, la CDI, con la cooperación de la Secretaría General en sus sucesivos memoranda, resalta que los Estados suelen registrar los tratados aplicados provisionalmente cuando éstos entran en vigor, de manera que esa situación dificulta la tarea. Sin embargo, puede darse el caso que esa aplicación provisional sea acordada por medio de otro acuerdo que se ubique más allá del acuerdo originario, caso en el que sí podría haber una trazabilidad de esa aplicación provisional.

---

<sup>25</sup> GAJA, Giorgio. “Aplicación provisional de los tratados”, Ob. Cit. Allí cita la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares de 1986.

<sup>26</sup> Cita como ejemplos la Convención sobre la pronta notificación de accidentes nucleares, de 1986, que fue aprobada tras el accidente de Chernobyl. Preveía en su artículo 13 la aplicación provisional de la Convención. Otra razón para recurrir a la aplicación provisional es evitar el riesgo de que se demore injustificadamente la entrada en vigor de un tratado como en el artículo 7 del Protocolo N° 14 bis del Convenio europeo de derechos humanos. En cuanto a la segunda parte del artículo cita como ejemplo a un acuerdo cuya finalidad específica es determinar la aplicación provisional, como en el caso del Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.

Una cuestión adicional planteada es la de la posibilidad de que esa aplicación provisional se enfrente al derecho interno de un Estado, como en el caso comentado de la Constitución de Colombia antes de su reforma, y expresamente contemplado en un instrumento internacional como el artículo 45. 1, del Tratado sobre la Carta de la Energía:

*“Los signatarios convienen en aplicar el presente Tratado de manera provisional, a la espera de su entrada en vigor con arreglo al artículo 44, siempre y cuando dicha aplicación provisional no esté en contradicción con su constitución, leyes o reglamentos”.*

En apoyo de su posición G. Gaja cita jurisprudencia<sup>27</sup>, de la que podemos sintetizar las condiciones a partir de las cuales puede recurrirse a esta aplicación provisional: en primer lugar que el tratado prevea su aplicación provisional, aunque a menudo los tratados no establecen nada al respecto; a continuación puede haber una manifestación de voluntad unilateral de un Estado, pero también puede ser de varios estados; puede haber actos de aceptación de la aplicación provisional al comprometer la voluntad del Estado en obligarse por el tratado.

Pero de todos modos siempre debe existir una manifestación de voluntad clara por parte del Estado que hará la aplicación provisional y siempre se entenderá a esta como un mecanismo transitorio, hasta tanto ese tratado entre en vigor en forma definitiva para ese Estado. Aunque en este punto es importante

---

<sup>27</sup> “Cuatro recientes laudos arbitrales relativos al Tratado sobre la Carta de la Energía se pronuncian sobre el significado de la aplicación provisional en el artículo 45, párrafo 1, de ese Tratado<sup>2</sup>. En el caso *Kardassopoulos v. Georgia*, el tribunal arbitral entendió que la aplicación provisional “no es lo mismo que la entrada en vigor. No obstante, la aplicación provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía es un proceso en el que todos los signatarios ‘convienen’ en el artículo 45, párrafo 1: por tanto, se trata (con sujeción a otras disposiciones del párrafo), de una cuestión de obligación jurídica” (párr. 209). Según el tribunal, “con arreglo a los términos empleados en el artículo 45, párrafo 1, debe interpretarse que todos los Estados signatarios están obligados, aún antes de que el Tratado sobre la Carta de la Energía haya entrado formalmente en vigor, a aplicar la totalidad del Tratado como si ya lo hubiese hecho» (párr. 211). A juicio del tribunal existía ‘una práctica de aplicación provisional de los tratados lo suficientemente bien establecida para dar lugar a un entendimiento aceptado de manera general de lo que esa noción quiere decir’ (párr. 219)”. *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, laudo sobre jurisdicción de 6 de julio de 2007, caso CIADI n.º ARB/05/18, <http://italaw.com/documents/Kardassopoulos-jurisdiction.pdf>. También está disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>. Y cita también otros casos.

acordar que esta aplicación provisional por parte de un Estado no necesariamente terminará con la entrada en vigor del tratado, dado que ese Estado puede mantener su posición y no completar el proceso de ratificación del mismo, para lo cual el tratado tendrá vigor para las otras partes, pero no para él.

### III. La mecánica adoptada

La mecánica adoptada fue la redacción de directrices por parte de un comité de redacción, a partir de la tarea desarrollada por la CDI de manera que se vayan concretando los avances alcanzados, más allá de los informes presentados por el relator especial y de la práctica tanto de los estados cuanto de las organizaciones internacionales. Eso se va logrando paulatinamente con las directrices 1 a 12 aprobadas por el Comité de Redacción en segunda lectura durante la primera parte del período de sesiones de este año 2021<sup>28</sup>, que pasamos a analizar sintéticamente.

La *primera directriz* delimita el objeto de la aplicación del proyecto a la aplicación provisional de los tratados, sean celebrados entre Estados, entre Organizaciones Internacionales<sup>29</sup> o entre ambos tipos de sujetos internacionales.

La segunda directriz fija el objeto del proyecto en “*proporcionar orientación sobre el derecho y la práctica relativos a la aplicación provisional de los tratados, tomando como base el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas de derecho internacional pertinentes*”. En este caso algunos Estados, como República Checa y Eslovaquia vienen proponiendo que estas dos primeras directrices deben fundirse en una sola por considerar que la división es superflua.

En la tercera directriz se superan algunas de las discusiones planteadas y que estudiamos anteriormente, en tanto como regla general sostiene que: “*Un tratado o una parte de un tratado se aplicará provisionalmente, antes de su entrada en vigor entre los Estados o las organizaciones internacionales de que se*

---

<sup>28</sup> A/CN.4/L.952. Consultada el 30.06.21. Disponible en: <file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/Directrices-2021.pdf>

<sup>29</sup> Se admite la posibilidad de aplicar provisionalmente los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales, como en el caso la Comisión Interina de la Organización Mundial de la Salud, la Comisión Preparatoria de la Organización Internacional de Refugiados o del Organismo Internacional de la Energía Atómica, del Convenio Internacional sobre el Azúcar o la Convención Europea sobre Pesquerías, entre otros.

*trate, si el propio tratado así lo dispone o si se ha convenido en ello de otro modo*”. Como puede observarse, el texto propuesto no exige la aceptación por parte de los restantes Estados parte del acuerdo, lo que si estaba incluido en el Proyecto de cláusula modelo 3 en el informe presentado por el relator especial en 2020<sup>30</sup>.

En la cuarta directiva se ocupa de la *forma del acuerdo*, que en síntesis deja a la libertad de las partes en un tratado, fueran Estados u Organizaciones Internacionales, resolver de qué forma establecerán esa aplicación provisional, siempre que la misma sea aceptada por las otras partes, sin precisar si se requerirá que todas presten consentimiento o puede ser que sólo algunas. Algo novedoso en este caso es la inclusión de resoluciones, decisiones u otros actos aprobados por organizaciones internacionales o conferencias intergubernamentales.

En la siguiente directriz indica cuándo comenzará la aplicación provisional de un tratado, siguiendo las dos posibilidades apuntadas a lo largo de este trabajo: conforme a lo establecido en el tratado o se acuerde entre las partes de otra forma.

En la sexta directriz se introduce algo que se presume porque es la base de todo el sistema jurídico, como es el principio de buena fe, cuando sostiene que el tratado que se aplique en forma provisional deberá hacerse de buena fe, y creemos que hay un orden inverso en su enunciación, ya que en la primera parte dice que la aplicación provisional crea *una obligación jurídicamente vinculante* y no puede entenderse que pueda cumplimentarse con esta obligación sino en base de uno de los principios fundamentales del orden jurídico internacional.

Otra cuestión no demasiado citada es la introducida por la séptima directriz, que deja a salvo todo lo relativo a las reservas que se vinculen a la aplicación provisional de un tratado o de parte de un tratado.

Es una ocasión en la que la CDI toma una posición definida al respecto, al igual que en la siguiente, la octava, respecto de la responsabilidad internacional que surge de una obligación emanada de un tratado como el que nos ocupa, por donde se vincula con el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por hechos ilícitos entre Estados, aprobado ya por la misma Comisión<sup>31</sup>, como así también el proyecto de artículos aprobado en 2011 respecto de la responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A/CN.4/L.952 Consultada el 30.08.21. Disponible en: <file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/Directrices-2021.pdf>

<sup>31</sup> Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados, aprobado por la Resolución A/RES/56/83 <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/56/83>

<sup>32</sup> Así ocurrió mediante la A/RES/66/100 de 2012. Disponible en: <https://undocs.org/>

En cuanto a la *terminación de la aplicación provisional*, la novena directriz es bastante más detallada que las anteriores ya que en primer lugar coloca como causal de terminación la entrada en vigor del tratado en cuestión, mientras que en el segundo inciso se apoya en lo establecido en el tratado en primer lugar y a continuación otorga una mayor importancia a la notificación por parte de un Estado de no entrar a formar parte del tratado. Otra posibilidad surge del inciso tercero para el caso en que existan otros motivos para dar por terminada la aplicación provisional por parte de un Estado, lo que debe ser notificado a las otras partes en el acuerdo. Finalmente, precisa que esta terminación de la aplicación del tratado no afectará derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas hasta ese momento, con lo que fue zanjando acaloradas discusiones en el seno de la Comisión, que sucintamente mencionamos con anterioridad.

Mientras tanto la *décima directriz* centra la atención en el derecho interno de los Estados y en las reglas de las organizaciones internacionales, en virtud de lo cual sostiene que tanto un Estado como una Organización Internacional estarán impedidos de dejar de cumplir con una aplicación provisional de un tratado invocando las disposiciones de su derecho interno como justificación de ese incumplimiento. Y esto es plenamente aceptable, en tanto ya la Convención de Viena de 1969 consideró esa cuestión en su artículo 18, en el mismo sentido.

A continuación, hace su aparición una cuestión que ya dejamos mencionada cuanto menos más arriba en cuanto a la competencia para convenir en la aplicación provisional de los tratados. Se trata de casos en los que el Estado no puede alegar como vicio de su consentimiento una disposición de derecho interno respecto de su competencia para convenir esa aplicación provisional, *a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de su derecho interno de importancia fundamental*. Y lo mismo ocurre respecto de las Organizaciones Internacionales.

La última directriz aprobada se refiere al *Acuerdo relativo a la aplicación provisional con las limitaciones derivadas del derecho interno de los Estados o de*

---

es/A/RES/66/100. En este proyecto relacionado con la responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales fue designado relator Giorgio Gaja. También podríamos citar regímenes especiales como AIEA, Resolución adoptada por la Conferencia Internacional sobre responsabilidad civil en materia de daños nucleares (Viena, abril-mayo de 1963), recomendando a la Agencia Internacional de la Energía Atómica la creación de un Comité permanente para la consideración de las posibles responsabilidades de las Organizaciones internacionales en este ámbito (AIEA, Doc. CN-12/48), entre otros.

*las reglas de las Organizaciones Internacionales*, en cuyo caso deja a salvo el derecho de los Estado o de las Organizaciones Internacionales de convenir, en el momento de prestar consentimiento para la aplicación provisional de ese tratado, de hacerlo con las limitaciones que derivan de su derecho interno.

#### IV. Conclusiones

De lo expuesto podríamos extraer que, de la tarea llevada adelante por el Relator Especial, J. M. Gómez Robledo en sus seis informes y en sus cláusulas modelo, como así también de las directivas propuestas por G. Gaja y aprobadas por el comité de redacción, surge que la tarea se organizó en torno a principios que de alguna forma fueron perfilados a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, el *libre consentimiento* de las partes, sean éstos Estados u Organizaciones Internacionales, y esto se traduce en la libertad de elección de medios y métodos para acordar la aplicación provisional de un tratado, como apuntáramos más arriba.

A continuación, se apoya también en la *flexibilidad* para superar situaciones especiales, característica ésta insoslayable especialmente en las convenciones multilaterales. En materia de flexibilidad política puede redundar en importantes acuerdos como los tratados de alianzas políticas, de paz, etc.

En tercer lugar, la *operatividad*, como quedó dicho conforme a las necesidades de las partes, lo que lo acerca al punto anterior.

También el *principio de legalidad*, ya que todas estas actividades se desarrollan dentro del marco establecido por el Derecho Internacional.

Podemos agregar también el *principio de precaución*, con el objeto de sedimentar la aplicación del tratado, como ocurrió con la CONVEMAR.

Por otra parte, cabe remarcar que quien decide aplicar provisionalmente un tratado ejecuta un acto jurídico unilateral, que crea efectos jurídicos para el Estado que lo ejecuta y adquiere valor como si ya estuviera vigente. Ahora bien, en ocasiones este consentimiento puede transformarse en otro tipo de acto si es correspondido por los otros integrantes de ese tratado.

Además, a lo largo de este proyecto de artículos surge con meridiana claridad que estamos hablando de un tratado que aún no entró en vigor y en consecuencia se aplica a Estados que aún no son parte del mismo. También vemos

que ese acto genera derechos y obligaciones entre los que lo acepten, al margen de que luego lleguen a ser parte o no.

Las razones de los Estados y de las Organizaciones Internacionales para ejercer este tipo de actividades generalmente se producen por razones de urgencia, catástrofes naturales, aún en una pandemia (necesidad de proveer medicamentos, etc.).

En estas condiciones los Estados están unidos como si hubiera entrado en vigor, salvo quienes no hayan prestado consentimiento a esa aplicación provisional.

Respecto de las Organizaciones Internacionales se suele utilizar esta institución para ponerla en funcionamiento, a partir de su creación.

También conviene precisar que quien no desee entrar definitivamente en el tratado debe notificarlo. Esta posición, a nuestro modo de ver, tendría el objeto de evitar que se aplique el *estoppel* y alguna parte en el acuerdo se vea involucrada en una controversia.

Finalmente puede darse el caso en que varios Estados hayan acordado la aplicación provisional de un tratado y éste dejara de tener vigencia para todos en su conjunto<sup>33</sup>, situación en la que creemos que todo lo que se haya cumplido durante la aplicación provisional producirá sus efectos jurídicos hasta el momento en que efectivamente termine la vigencia del tratado para todos los estados parte.

## V. Bibliografía

GAJA, G. "Aplicación provisional de los tratados", *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*, Vol. II, 2011. Disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/annex.pdf>

GÓMEZ ROBLEDO, J. M. *La aplicación provisional de los tratados*. En <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4731-centenario-de-la-constitucion-de-1917-reflexiones-del-derecho-internacional-publico>

MARTÍN LÓPEZ, M. A. *La terminación y la suspensión de los tratados in-*

<sup>33</sup> Memorandum Argentina-Irán: es inconstitucional pero además no entró en vigor en virtud del art. 7. Ya que si bien se remitieron las notificaciones a Interpol, luego no se completó el trámite por parte de Irán y después de la última nota no se ratificó en definitiva.

*ternacionales a título de contramedida*. Disponible en: <file:///C:/Users/AsusEEE/Downloads/28495-Texto%20del%20art%C3%ADculo-84083-1-10-20180628.pdf>

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar*. Disponible en: [file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/estudios\\_martin\\_perez\\_nanclares\\_ley\\_tratados\\_otros\\_acuerdos\\_internacionales.pdf](file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/estudios_martin_perez_nanclares_ley_tratados_otros_acuerdos_internacionales.pdf)

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar*. Revista Española de Derecho Internacional. Sección ESTUDIOS. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.1.01>

PELLET, A. *Las reservas a los tratados*. DOCUMENTO A/CN.4/647 y Add.1 Decimoséptimo informe sobre las reservas a los tratados, del Sr. Alain Pellet, Relator Especial. Disponible en: <file:///D:/01%20mis%20documentos/ACADER/2019/IDIP/Alain%20Pellet.pdf>

ROJAS ARIAS, J. C. “Análisis jurídico en relación con la aplicación provisional de tratados en Colombia. Una perspectiva de derecho internacional y nacional”, *Dikaion*, Vol.24 no.1, Jan. / June 2015. Disponible <http://dx.doi.org/10.5294/DIKA.2015.24.1.7>

SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. *La Unión Europea y el derecho de los tratados: una relación compleja*. Disponible en: <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1535/la-union-europea-y-el-derecho-de-los-tratados-una-relacion-compleja.html/>

VIGNES, D. “Une notion ambiguë: la mise en application provisoire des traités”, *Anuaire Francais de Droit International*, N° 18, T 1. 1972.

### Documentos

A/CN.4/718 Quinto informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial, 2018.

A/CN.4/738 Sexto informe sobre la aplicación provisional de los tratados, del Sr. Juan Manuel Gómez Robledo, Relator Especial, 2020.

A/CN.4/L.952 Aplicación provisional de los tratados. Texto y título de los proyectos de directriz 1 a 12 aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura durante la primera parte del período de sesiones.

A/73/10 Capítulo VII Aplicación provisional de los tratados.

A/CN.4/707 Aplicación provisional de los tratados Memorando de la Secretaría.

A/67/92 Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los trabajos sus 63° y 64° períodos de sesión.

A/CN.4/L.952 Aplicación provisional de los tratados. Proyecto de directivas aprobado por el Comité de redacción en segunda lectura en la primera parte de la sesión.

A/CN.4/144 y Add.1 Primer informe sobre el derecho de los tratados, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial. 1962.

A/CN.4/658 Aplicación provisional de los tratados, Memorando de la Secretaría, 2013.

A/71/10 Naciones Unidas Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 68° período de sesiones (2 de mayo a 10 de junio y 4 de julio. a 12 de agosto de 2016).

A/RES/66/100 Resolución aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 2011 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/66/473)] 66/100. Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales.

## EL ARTÍCULO 30 (TRATADOS SUCESIVOS) DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

*The article 30 (successive treaties) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*

MARÍA ALEJANDRA STICCA\*

**Resumen:** En este artículo analizamos el artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, referido a la aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia.

**Palabras claves:** Tratados sucesivos - Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados - Artículo 30.

**Abstract:** In this paper we analyze the article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties refers to the successive treaties relating to the same subject matter.

**Keywords:** Successive treaties - Vienna Convention on the Law of Treaties - Article 30.

**Sumario:** I. Introducción. II. Análisis del artículo 30. III. Conclusión.

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Mg. en Cooperación Internacional al Desarrollo y Acción Humanitaria. Abogada (UNC). Lic. en Relaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Profesora Titular por concurso Cát. "A" de *Derecho Internacional Público* en la Facultad de Derecho (UNC). Secretaria del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Miembro Titular de la AADI. Miembro asociada IHLADI.

## I. Introducción

La Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969 (en adelante, CVDT69) codificó las normas consuetudinarias relativas a los tratados internacionales que regulan la celebración, aplicación, validez y vigencia de los tratados internacionales. Dentro de ese conjunto de normas codificadas, una de las que ha generado diversas interpretaciones es la contenida en el artículo 30 referido a los tratados sucesivos. Por ello, en este trabajo nos abocaremos a reflexionar sobre algunos supuestos prácticos de aplicación de dicho artículo.

Como sabemos, el derecho internacional público rige en una comunidad internacional compleja, dinámica, heterogénea y fundamentalmente descentralizada. Consecuencia de ello, los sujetos internacionales celebran muy diversos tratados internacionales, en los que rige la autonomía de la voluntad, por tanto, califican como normas dispositivas con el límite de las normas de *jus cogens*.

En este contexto, los tratados internacionales que regulan la misma materia pueden entrar en colisión, ser incompatibles entre sí. El conflicto entre tratados no es un fenómeno nuevo, pero el incremento del número de tratados, posterior a la Segunda Guerra Mundial, complejizó la situación. Por otra parte, el objeto principal de un tratado, puede aparecer en otro como objeto secundario o puede ocurrir que se celebre un convenio multilateral sobre una materia y entre partes de ese convenio se celebre uno bilateral sobre la misma materia.

El conflicto entre normas es un problema complejo de resolver, porque en el derecho internacional no hay jerarquía de fuentes. Además, no existe un órgano judicial que aplique las reglas generales ley posterior y ley especial de manera vinculante, ya que no hay un tribunal competente para resolver todas las controversias, pues los sujetos internacionales gozan del derecho a la libre elección de medios de solución pacífica de controversias.

Los mayores conflictos se presentan cuando las normas provienen de dos fuentes distintas y deben aplicarse a distintos sujetos.

Se deben establecer reglas que resuelvan los conflictos entre tratados, porque ello trae certeza y además contribuye a la observancia de los tratados. El conflicto entre normas fue analizado en el ámbito de la CDI bajo el tema “Fragmentación del Derecho Internacional”, en su informe del año 2006, y adopta una

noción amplia de conflicto entendido como “situación en la que dos normas o principios indican maneras diferentes de tratar un problema”<sup>1</sup>.

Hay reglas y principios que son teóricamente aplicables. Los más importantes de estos principios jerárquicos son *ley posterior*, *ley anterior* y *ley especial*, pero la CVDT69 no incorporó a todas ellas, ley anterior y ley especial no fueron codificadas, por lo que en el caso concreto se aplican en tanto principios generales del derecho enumerados en el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

La aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia se encuentra legislada por el artículo 30, disposición que resulta de necesario análisis, teniendo en cuenta que involucra materias importantes como responsabilidad, interpretación e incluso modificación o enmiendas a los tratados que se encuentran contemplados en otros artículos de la Convención<sup>2</sup>. Al momento de aplicar el art. 30 nos enfrentamos con un tratado anterior (TA) y un tratado posterior (TP)<sup>3</sup> que regula la “misma materia”.

La estructura de este artículo sigue un patrón lógico, ya que afirma en primer lugar la primacía del artículo 103<sup>4</sup> de la Carta de Naciones Unidas.

---

<sup>1</sup> A/CN.4/L.682, p. 21 párr. 25.

<sup>2</sup> Sobre este tema se pueden consultar *i.a.* DÖRR, O. - SCHMALENBACH, K. *Vienna Convention on the Law of the treaties. A Commentary*, Second Edition, 2018, pp. 541-555; LÓPEZ MARTIN, A.G. “Conflicto entre tratados. ¿Tempestad o calma en el Derecho del Mar?”, en *Foro Nueva Época*, núm. 3/2006, 241-278; LÓPEZ MARTIN, A.G. “Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Análisis del artículo 30 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (ACDI), 2017-10, pp. 51-84; DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Edit. Abaco de R. Depalma, 1997, pp. 206-216; REUTER, P. *Introducción al derecho de los tratados*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pp. 157-159; ROUSSEAU, C. 'De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international', 39 RGDIP (1932) pp. 133-192; JENKS, W. "El conflicto de los tratados legislativos", 30 BYIL (1953) pp. 401-453; LECA, J. *Las técnicas de revisión de convenciones internacionales*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1961); DAHL, K.N. “La aplicación de tratados sucesivos que tratan el mismo tema”, 17 *Indian Yearbook of International Affairs* (1974), pp.279-318; VIERDAG, E.W. 'El momento de la conclusión de un tratado multilateral: artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y disposiciones conexas', 59 BYIL (1988) pp. 92-111; CZAPLINSKI, W. - DANILENKO, G.M. 'Conflicto de normas en derecho internacional', 21 NYIL.

<sup>3</sup> *Posterior = later = subséquent.*

<sup>4</sup> “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”.

El artículo 30 está vinculado a varias disposiciones de la CVDT69. La principal decisión a tomar frente a un conflicto entre tratados es si puede conducir a la terminación o nulidad de los tratados. Cabe señalar que, este artículo se ubica en la Parte III, Sección 2 Aplicación de los tratados, de la CVDT69<sup>5</sup>.

## II. Análisis del artículo 30<sup>6</sup>

Este artículo refiere exclusivamente a los tratados sucesivos, dejando inconcluso el tema de los tratados paralelos, esto es aquellos tratados celebrados de manera simultánea o al mismo tiempo y sobre la misma materia<sup>7</sup>.

La expresión “tratados sucesivos” implica que hay un tratado anterior (TA) y otro posterior (TP) siempre que obliguen a las mismas partes, sobre misma materia, concluidos en distintos tiempos y se encuentren en vigor.

<sup>5</sup> Los antecedentes del artículo 30 de CVDT pueden ser consultados en STICCA, M.A. “Tratados sucesivos sobre una misma materia - soluciones brindadas por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Vol. XIX, Edit. Advocatus, Córdoba, pp. 455-466.

<sup>6</sup> Artículo 30. *Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia*. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados Partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes. 2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. 4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3; b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes. 5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

<sup>7</sup> Sobre este punto se puede consultar BOUGOUNAS, E. “Engagements parallèles et contradictoires”, *RCADIH* 206, 1987- VI, pp. 9-287.

Cabe señalar que este artículo 30 guarda relación con los artículos 54 y 59 de la CVDT69, ambos referidos a la terminación de los tratados, el primero relativo a la terminación en virtud sus disposiciones por consentimiento de las partes y el segundo relativo a la terminación de un tratado en virtud de un tratado posterior.

El TP puede poner fin o suspender al TA, de manera expresa por voluntad de todas las partes conforme al art. 54 o puede hacerlo de forma implícita cuando la incompatibilidad entre TA y TP es tal que en el TP se presume la intención de abrogarlo.

Tal como señala De la Guardia, el sistema de la CVDT69 resulta del siguiente modo: \*frente a la existencia de dos tratados sucesivos sobre la misma materia ha de comprobarse si el TP pone fin expresamente al TA; \*en caso negativo, debe aplicarse el art. 59 en sus dos hipótesis, que se desprenda del TP que la intención de las partes es que la materia se rija por el TP, que el TP sea tan incompatible con el TA que ambos no puedan aplicarse simultáneamente; \*si no se llega a esta conclusión, habrá que ver si entre TA y TP existe alguna cláusula que disponga las relaciones entre ambos tratados; \*si no existe tal cláusula, prevalece el TP, subsistiendo el TA en la medida que sea compatible; \*si las partes no son las mismas se aplica el párrafo 4 del art. 30<sup>8</sup>.

El párrafo 1. del referido artículo 30 consagra el *principio de jerarquía* al establecer la primacía de lo dispuesto por el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas con relación a cualquier otro tratado: “*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*”, ratificando en este sentido que el derecho internacional otorga a las normas y obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas primacía sobre otras normas<sup>9</sup>. Este principio de jerarquía también lo encontramos en el art. 53 y 64 de la CVDT 69, ambos referidos a normas de *jus cogens*.

La distinción entre TA y TP es central para las reglas de los párrafos 3 y 4. Pero hay que determinar cuál es el tratado anterior y cuál el posterior en base a

---

<sup>8</sup> DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados internacionales*, Edit. Abaco, Buenos Aires, 1997, pp. 215-217.

<sup>9</sup> La primacía de las normas de la Carta obliga a reflexionar sobre el tema de jerarquía de normas, y especialmente, la jerarquía existente entre las normas de la Carta y las normas *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

alguno de estos criterios: fecha de adopción; fecha de entrada en vigor; fecha de entrada en vigor provisional; fecha de ratificación de cada Parte. De acuerdo con la CDI, la fecha decisiva es la de la adopción del tratado, fecha que coincide cuando las partes son las mismas y ambas han participado en su celebración. El problema se complejiza cuando una de las partes no participó en su celebración, por lo tanto, adhiere al TP, o las partes no son las mismas. En la práctica, también se pueden presentar conflictos entre tratados multilaterales y tratados bilaterales, la tendencia es considerar a estos últimos como ley especial y muchas veces posterior, pero los tribunales, tal como ocurrió en el asunto del Atún de Aleta Azul del Sur (2000). En el caso, Japón arguyó entre otras cosas que la Convención sobre la Conservación del *Atún de Aleta Azul del Sur* (CCSBT) de 1993 se aplicaba al caso tanto como *lex specialis* y como *lex posterior*, y excluía la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. El Tribunal de Arbitraje, sin embargo, declaró que tanto el instrumento de 1982 como el de 1993 eran aplicables<sup>10</sup>.

Los tratados según el art. 30 deben versar sobre la misma materia<sup>11</sup>. No se requiere una superposición total y completa entre los tratados, sino una incompatibilidad entre las obligaciones que ambos establecen.

La CDI ha señalado que basta con que la aplicación de un tratado dificulte o afecte la aplicación del otro tratado. Por tanto, la expresión “tratados relativos a la misma materia” queda sujeta a la interpretación del operador jurídico, a quien corresponde determinar si existe un solapamiento material entre los tratados, susceptible de generar problemas de compatibilidad<sup>12-13</sup>.

---

<sup>10</sup> Asunto *Southern Bluefin Tuna (Australia y Nueva Zelanda/Japón)* laudo de 4 de agosto de 2000 (Competencia y admisibilidad) U.N.R.I.A.A., Vol. XXIII (2004), p. 23, párr. 38 c).

<sup>11</sup> Sobre este punto también se puede consultar A/CN.4/L.682.

<sup>12</sup> PASCUAL VIVES, F.J. “Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea”, *REDE 40* / Octubre-Diciembre (2011).

<sup>13</sup> Señala la CDI que “(...) la cuestión que si dos tratados versan sobre “la misma materia” se resuelve determinando si el cumplimiento de las obligaciones en virtud de un tratado tiene un efecto en el cumplimiento de las obligaciones en virtud de otro (...)” (A/CN.4/L.682, de 13.4.2006, párr. 254). Por ejemplo, en el ámbito de la UE, el noveno considerando del Reglamento (UE) 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.7.2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (DOUE, nº L 200, de 31.7.2009, p. 25) establece que “dos acuerdos tratan sobre la misma materia cuando regulen en cuanto al fondo las mismas cuestiones jurídicas concretas. No debe

Los Relatores Especiales (Lauterpacht, Fitzmaurice y Waldock) referían a disposiciones de tratados contradictorias o en conflicto o tratados que tienen disposiciones incompatibles. La expresión elegida en 1966 es más amplia, ello encontró oposición en la postura del representante del Reino Unido (Zuleeg). Finalmente, dicha incompatibilidad o conflicto fue eliminada del título del artículo, pero se mantiene el uso del término “incompatible” en los párrafos 2 a 5. Dos tratados son incompatibles cuando sus obligaciones no pueden cumplirse simultáneamente. Muchos conflictos pueden resolverse vía interpretación.

Debemos recordar que la aplicación de la CVDT69 es subsidiaria, por lo tanto, las reglas del art. 30 son residuales. Si un tratado contiene cláusulas especiales que regulan su relación con otro/os tratados no se aplica el art. 30. Ejemplo de lo señalado, lo encontramos en los art. 73 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*; art. 311.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*; art. 8 del *Tratado del Atlántico Norte*.

Remiro Brotons identificó cinco tipos de cláusulas de concurrencia, a saber: \*de exclusión de las disposiciones de otros tratados; \*de prioridad o prevalencia de sus disposiciones sobre las divergentes de otros tratados; \*de recepción de otros tratados; \*de subordinación a otro tratado y de compatibilidad con otros tratados<sup>14</sup>.

Las cláusulas de conflicto pueden referirse a un tratado específico o a cualquier tratado (anterior o posterior). Debido al incremento en el número de tratados y en consecuencia posibles contradicciones, estas cláusulas (de subordinación o de prioridad) pueden ser el mejor mecanismo para prevenir o resolver contradicciones entre tratados. Con estas cláusulas de conflicto no hay problema si las partes en ambos tratados son idénticas, el problema se presenta cuando ello no ocurre. Si el tratado posterior tiene algunas partes distintas al anterior, la prioridad o subordinación contenida en la cláusula de conflicto sólo será relevante para las partes en ambos tratados.

Los párrafos 3 y 4 se refieren a los tratados sin cláusula de conflicto. El párrafo 3 se aplica a situaciones en las cuales los Estados Partes de ambos tratados son idénticos.

---

considerarse que abordan una misma materia aquellas disposiciones que se limiten a una declaración general de intenciones de cooperar respecto a dichas cuestiones”.

<sup>14</sup> REMIRO BROTONS, A. *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987, p. 326.

El principio de la *lex posterior* está confirmado para los supuestos contemplados en el párrafo 3 y el apartado a) del párrafo 4 del artículo 30. El párrafo 3 establece que, cuando todas las partes en un tratado anterior sean las mismas que en un tratado posterior, sólo se aplicarán las disposiciones del tratado anterior en cuanto no sean incompatibles con las del tratado posterior. El apartado a) del párrafo 4 instituye que en el caso de dos tratados sucesivos en que las partes no sean las mismas, las relaciones entre los Estados Partes que lo sean en ambos tratados, se regirán por lo dispuesto por el tratado posterior, aplicándose las normas del tratado anterior sólo en el supuesto que no sean incompatibles con el posterior.

Tanto en el supuesto del párrafo 3 como 4, prevalece el principio de *lex posterior*, en consecuencia, prima el último tratado.

El problema más grave en la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia se manifiesta en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que lo sea en sólo uno de ellos. El apartado b) del párrafo 4, establece en este caso, que los derechos y obligaciones recíprocos entre ambos Estados en ese supuesto, se regirá por el tratado en el que los Estados sean Partes.

Sin perjuicio de las consideraciones precedentes, la disposición del art.30 debe ser necesariamente relacionada con lo dispuesto por los arts. 41 y 31 de la CVDT69. El primero de tales dispositivos, regula los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. El art. 31 establece la regla general de interpretación de los tratados.

Por último, el párrafo 5 establece que el párrafo 4 se aplicará sin perjuicio del art. 41, 60 y las normas sobre responsabilidad internacional.

### III. Conclusión

Consecuencia de la inflación convencional de la que somos testigos, es cada vez más frecuente que una misma materia sea regulada por diversos tratados, lo cual puede generar problemas de compatibilidad en los casos que los tratados no prevén soluciones al respecto. En este marco, el artículo 30 de la CVDT69 se propone resolver los conflictos derivados de tratados sucesivos, es decir, un tratado anterior y uno posterior, ambos vigentes sobre una misma materia. Pero debemos recordar que es una disposición de aplicación residual, que debe in-

terpretarse a la luz de los art. 54 y 59 relativos a supuestos de terminación de los tratados, y que adquiere particular relevancia en los casos de tratados sucesivos entre distintas partes y que no contienen cláusula de solución. Si bien, el abordaje que hace es amplio, deja varias preguntas sin responder, por ejemplo, ¿qué significa que ambos tratados regulan la misma materia?, ¿es adecuado tomar la fecha de adopción de los tratados para determinar cuál es el TA y cuál el TP, o debiera seguirse otro criterio de identificación? Por otra parte, tampoco brinda solución a los conflictos que se pueden presentar entre tratados simultáneos sobre igual materia.

En suma, el artículo 30 de la CVDT69 es complejo en su redacción y no logra dar solución a los conflictos de normas que pueden surgir entre tratados sucesivos referidos a una misma materia.



## LA EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS EN EL TIEMPO. INTERPRETACIÓN

*The evolution of the treaties over time. Interpretation*

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI\*

**Resumen.** El presente artículo analiza los medios de interpretación de los tratados y su relación en el tiempo, ya sea en cuanto al momento de su celebración como a el de su entrada en vigor. Valora los acuerdos posteriores en tanto práctica, como medios auténticos de interpretación, referenciando las doctrinas existentes sobre el particular y su recepción en la jurisprudencia.

**Palabras-claves:** Tratados - Interpretación - Doctrinas - Acuerdos posteriores - Práctica posterior.

**Abstract:** This article analyzes the means of interpretation of the treaties and their relationship in time, both in terms of the moment of their conclusion and that of their entry into force. It values subsequent agreements as practice, as authentic means of interpretation, referencing existing doctrines on the subject and their reception in jurisprudence.

**Keywords:** Treaties - Interpretation - Doctrines -. Ulterior agreement -. Ulterior practice.

**Sumario:** I. Introducción. II. Distinción entre los acuerdos e instrumentos a que hace referencia el artículo 31 2) y los acuerdos posteriores o práctica

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

ulterior en virtud del artículo 31 3). II.1. Acuerdos e instrumentos referidos en el art.31 2). II.3. Acuerdos ulteriores o práctica ulterior en virtud del artículo 31 3). II.4. Distinción entre acuerdo ulterior y práctica ulterior. III. Los apartados a) y b) del párrafo 3. del artículo 31 como medios auténticos de interpretación. III.1. Acuerdo ulterior. III.2. Práctica ulterior. IV. Los tratados en el tiempo. IV.1. Interpretación "contemporánea" o "estática". IV.2. Interpretación "evolutiva" o "dinámica". IV.3. Jurisprudencia. IV.4. La práctica ulterior como medio de interpretación complementaria.

## I. Introducción

La interpretación de los tratados es fundamental para determinar el sentido, alcance y aplicación de las normas convencionales, ya que la función esencial de todo tratado es la de crear derecho, ya sea a través de una norma general o particular.

Los principios de interpretación de los tratados internacionales que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CV69) son considerados como los principios del derecho internacional consuetudinario de interpretación de los tratados. En efecto, los artículos 31 y 32 de la CV69 tomados en su conjunto, reflejan el derecho internacional consuetudinario<sup>1</sup>.

La CV69 dedica la Sección Tercera a la Interpretación de los Tratados internacionales determinando las reglas generales de interpretación (art.31) y los medios de interpretación complementarios (art.32). El artículo 31, como obligación convencional y como reflejo del derecho internacional consuetudinario, enuncia la regla general sobre la interpretación de los tratados.

Aunque el artículo 31 establece la regla general y el artículo 32 se refiere a los medios de interpretación complementarios, ambas disposiciones deben examinarse juntas, ya que constituyen un marco integrado para la interpretación

---

<sup>1</sup> Los tribunales judiciales y arbitrales internacionales han reconocido el carácter consuetudinario de esas reglas. La Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), los arbitrajes entre Estados del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los tribunales del CIADI.

de los tratados. El proceso de interpretación constituye una unidad. Todos los medios de interpretación del artículo 31 forman parte de una regla única integrada. En efecto, la interpretación de un tratado consiste en una sola operación combinada, que preste la debida atención a los diversos medios de interpretación indicados, respectivamente, en los artículos 31 y 32. Cada uno de esos medios tiene una función en el proceso de interpretación, que es una sola operación y al mismo tiempo una operación combinada.

La interpretación de un tratado en un caso concreto podrá hacer que se dé una preferencia distinta a los diversos medios de interpretación que figuran en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, especialmente al texto del tratado o a su objeto y fin, dependiendo del tratado o de las disposiciones convencionales en cuestión. El artículo 31 tomado en su conjunto, es la “regla general” de interpretación de los tratados. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena enumeran varios “medios de interpretación” que deberán (art. 31) o podrán (art. 32) tenerse en cuenta en la interpretación de los tratados. Este último artículo distingue entre los medios de interpretación fundamentales previstos en el artículo 31 (todos los cuales deberán tenerse en cuenta en el proceso de interpretación), y los medios de interpretación complementarios, a los que se podrá acudir cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Los métodos más generalizados a los fines de interpretación de una norma jurídica y particularmente de los tratados internacionales, son: a) el método objetivo, textual o gramatical; b) el teleológico (consideración del objeto o fin del tratado) y, c) el subjetivo (verificar la verdadera intención de las partes). Todos estos métodos se encuentran reflejados en el articulado de la CV69 en materia de interpretación. Si bien tiene primacía la interpretación gramatical (términos del tratado), esta debe estar íntimamente relacionada con el objeto y fin del tratado (interpretación teleológica). La interpretación subjetiva (reflejada en los trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración), ha sido receptada como medio de interpretación complementario. A los fines de la interpretación de un tratado se debe comenzar su razonamiento considerando los términos del tratado, para luego analizar, en un proceso interactivo, esos términos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

El artículo 31 establece la Regla General de Interpretación de los tratados:

*Art. 31. 1. El tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

*2. Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

*a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*

*b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*

*3. Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:*

*a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;*

*b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

*c) Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

*Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31:*

*a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o*

*b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

El artículo 31 1) es el punto de partida de cualquier proceso de interpretación de los tratados. El propósito es contribuir a garantizar que en el proceso de interpretación haya un equilibrio entre la evaluación de los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin, por una parte, y los acuerdos ulteriores y la práctica ulteriormente seguida, por otra.

Del párrafo 1 se destacan las siguientes pautas de interpretación: a) El principio de la Buena fe<sup>2</sup>; b) El sentido corriente de los términos<sup>3</sup>; c) Los términos del tratado en el contexto de éstos<sup>4</sup>; d) Teniendo presente el objeto y fin<sup>5</sup>.

## II. Distinción entre los acuerdos e instrumentos a que hace referencia el artículo 31 2) los y acuerdos ulteriores o práctica ulterior en virtud del artículo 31 3)

Artículo 31, párrafo 2 - ap. a) y b):

*2. Para los efectos de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

*a) **todo acuerdo** que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la **celebración** del tratado;*

*b) **todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la **celebración** del tratado y **aceptado** por las demás como instrumento referente al tratado***

Artículo 31, párrafo 3 - ap. a) y b)

*3. Juntamente con **el contexto** habrá de tenerse en cuenta:*

*a) **Todo acuerdo ulterior** entre las partes acerca de la **interpretación o de la aplicación** de sus disposiciones;*

---

<sup>2</sup> La buena fe en derecho internacional es un principio general del derecho y un principio general de derecho internacional, que es aceptado como tal por la comunidad internacional en su conjunto, y que ha sido receptado en numerosos textos convencionales. Impregna toda la CV69 tanto en materia de cumplimiento (*pacta sunt servanda*), como de interpretación, indispensable para una correcta aplicación.

<sup>3</sup> Esta expresión hace referencia a que los términos de un tratado deben interpretarse con el significado usual, normal, natural y espontáneo que poseen en el lenguaje corriente relacionados en el contexto en que se encuentran utilizados. La parte que alega una excepción a la utilización del sentido natural de los términos, debe soportar la carga de la prueba.

<sup>4</sup> Los términos de las disposiciones de un tratado no deben ser interpretados en forma separada sino considerando al tratado como un todo.

<sup>5</sup> El objeto y fin del tratado son los elementos esenciales que las partes han tenido en cuenta para celebrarlo.

b) Toda **práctica ulteriormente** seguida en la **aplicación del tratado** por la cual conste el acuerdo de las partes **acerca de la interpretación del tratado**;

c) Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

### II.1. Acuerdos e instrumentos referidos en el art.31 2)

El artículo 31 2) de la Convención de Viena dispone que el contexto del tratado comprende ciertos acuerdos e instrumentos que han sido concertados o formulados “*con motivo de la celebración del tratado*”. La expresión “con motivo de la celebración del tratado” debe entenderse que abarca los acuerdos e instrumentos que se conciertan o formulan en estrecha relación temporal y contextual con la celebración del tratado.

Varias disposiciones de la CV69 (por ejemplo, el artículo 18) muestran que un tratado puede haber quedado celebrado antes de su efectiva entrada en vigor. Se entiende por “celebración” cuando el texto del tratado ha quedado establecido como definitivo. Si se crean después de ese plazo, tales “acuerdos” y los “instrumentos” constituyen “acuerdos ulteriores” o “práctica ulterior” en virtud del artículo 31 3).

Existen tres diferentes medios “ulteriores” en materia de interpretación de los tratados: a) todo “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a); b) la “práctica ulterior” que se desprende de lo establecido en artículo 31 3) b) y, c) la otra “práctica ulterior” en virtud del artículo 32.

En los tres casos, el término “ulterior” (acuerdos y prácticas) se refiere a actos que tienen lugar después de la celebración del tratado y no solo después de su entrada en vigor (art.24 CV69). En efecto, la interpretación del tratado en cuanto acuerdo práctica es factible desde el momento en que el texto de un tratado ha quedado establecido como definitivo.

### II.2. Acuerdos ulteriores o práctica ulterior en virtud del artículo 31 3)

El artículo 31 3) a) de la CV69 emplea el término “acuerdo ulterior” y no el de “tratado ulterior”. El término “acuerdo”, tanto en la CV69 como en el derecho consuetudinario, no implica un grado de formalidad determinado. De igual

modo, la Convención de Viena no prevé ningún requisito formal particular para los acuerdos y la práctica en virtud del artículo 31 3) a) y b)<sup>6</sup>.

No obstante, un “acuerdo ulterior” no es necesariamente menos formal que un “tratado”. Aunque un tratado en el sentido de la CV69 debe celebrarse por escrito (art. 2 1) a)), el derecho internacional consuetudinario sobre los tratados no impone tal requisito. Aunque todo tratado es un acuerdo, no todo acuerdo es un tratado. En efecto, todo “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a) solo “*habrá de tenerse en cuenta*” en la interpretación de un tratado. Por consiguiente, no es necesariamente vinculante.

### II.3. *Distinción entre acuerdo ulterior y práctica ulterior*

La CV69 distingue entre un “acuerdo ulterior” en virtud del artículo 31 3) a) y “*toda práctica ulteriormente seguida (...) por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*” de conformidad al artículo 31 3) b). Esta distinción no es siempre clara y la jurisprudencia de los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales muestra cierta renuencia a invocarla<sup>7</sup>.

Por ello, consideramos importante precisar ambos términos: a) Por “acuerdo ulterior” como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) a) se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado; b) Por “práctica ulterior” como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31 3) b) se entiende el comportamiento observado en la

---

<sup>6</sup> El proyecto de artículo 27, párrafo 3) b), que se convirtió después en el artículo 31, párrafo 3 b) de la Convención de Viena, incluía en su versión inglesa el término “*understanding*”, que se sustituyó por “*agreement*” en la Conferencia de Viena. Esta modificación era “una mera cuestión de redacción”, véase *Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, primer periodo de sesiones, Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria*, Viena, 26 de marzo a 24 de mayo de 1968.

<sup>7</sup> En la causa *Libia c. el Chad*, la Corte Internacional de Justicia empleó la expresión “actitudes ulteriores” para calificar a lo que posteriormente denominó “acuerdos ulteriores”, y “actitudes” unilaterales ulteriores (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, I.C.J. Reports 1994). En la causa *Indonesia v. Malasia*, la Corte Internacional de Justicia dejó abierta la cuestión de si la utilización de un mapa concreto podía constituir un acuerdo ulterior o una práctica ulterior; en la causa *Gabčíkovo-Nagyymaros*, la Corte habla de “posiciones ulteriores” para constatar que “los términos expresos del propio tratado eran, por consiguiente, reconocidos en la práctica como negociables por las partes”).

aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado, c) Por otra “práctica ulterior” como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32 se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración.

### **III. Los apartados a) y b) del párrafo 3. del artículo 31 como medios auténticos de interpretación**

El apartado 3, párrafos a) y b) del artículo 31 establece:

*3. Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:*

*a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones;*

*b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*

*c) Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

Los medios consignados en los párrafos a) y b) son considerados útiles para una interpretación “auténtica” del tratado, es decir aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su aplicación.

La distinción entre un “acuerdo ulterior” y una “práctica ulterior” en virtud del artículo 31 3) radica en las diferentes formas que incorporan la manifestación “auténtica” de la voluntad de las partes. La diferencia entre los dos conceptos estriba más bien en el hecho de que todo “acuerdo ulterior entre las partes” produce *ipso facto* el efecto de constituir una interpretación auténtica del tratado, en tanto que una “práctica ulterior” únicamente produce ese efecto si sus diferentes elementos, tomados en conjunto, ponen de manifiesto el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos. Así pues, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) se diferencian en función de que pueda determinarse un acuerdo de las partes, en un acto común, o de que

sea necesario determinar la existencia de un acuerdo por medio de actos individuales que en conjunto demuestran una posición común.

### *III.1. Acuerdo ulterior*

Para una mayor claridad, la expresión “acuerdo ulterior” en el sentido del artículo 31 3) a) debería circunscribirse a un solo acuerdo entre todas las partes. Así pues, el empleo de la expresión “acuerdo ulterior” se limita a los acuerdos entre todas las partes en un tratado que se manifiestan en un solo acuerdo, o en un acto común cualquiera que sea la forma en que este refleje el acuerdo entre todas las partes.

Un acuerdo ulterior en virtud del artículo 31 3) a) debe ser un acuerdo manifestado entre las partes después de la celebración de un tratado acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones. En tal sentido en determinados casos podría determinarse mediante alguna referencia que relacione el “acuerdo ulterior” con el tratado a que se refiere. Esa referencia también puede incluirse en un tratado posterior.

Los diferentes acuerdos entre un número reducido de partes (no de todas) acerca de la interpretación del tratado, pueden tener un valor interpretativo como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32. Sin embargo, si tales acuerdos considerados conjuntamente, manifiestan un acuerdo entre todas las partes acerca de la interpretación de un tratado, pueden llegar a significar práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b).

### *III.2. Práctica ulterior*

La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) debe ser un comportamiento observado por las partes en la aplicación del tratado.

A los efectos de la interpretación de un tratado, una “práctica ulterior” consiste en el comportamiento, incluidos los pronunciamientos, de una o más de las partes en el tratado después de su celebración en relación con su interpretación o aplicación.

La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación.

El comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, siempre que pueda ser atribuible al Estado, puede consistir en una aplicación directa del tratado, o bien en una declaración o en un pronunciamiento judicial sobre la interpretación o aplicación del tratado. También puede considerarse como “comportamiento” las declaraciones oficiales sobre el sentido del tratado, protestas por su no ejecución o una aceptación tácita de las declaraciones o actos de otras partes.

El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse tácitamente, ya que sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes.

La práctica ulterior en virtud del artículo 31 3) b) puede consistir en cualquier “comportamiento”. El término “comportamiento” se utiliza en el sentido del artículo 2 de los artículos de la Comisión sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Puede comprender así, no solo los actos, sino también las omisiones, incluido el silencio pertinente<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> El hecho internacionalmente ilícito existe cuando hay un comportamiento, por acción u omisión, atribuible al Estado, que constituya una violación de una obligación internacional. De esta primera afirmación, se desprenden los componentes de la responsabilidad internacional: Uno subjetivo, la atribución de un comportamiento al Estado, y el otro objetivo, la efectiva violación de una obligación internacional vigente, cualquiera sea su naturaleza. El hecho internacionalmente ilícito, existe cuando hay un comportamiento, por acción u omisión, atribuible al Estado, que constituya una violación de una obligación internacional. La calificación como hecho ilícito, ha sido utilizada para despejar las dudas sobre la clase de conducta reprochable que engendra la responsabilidad. En efecto, hecho, conducta, comportamiento, son utilizados como sinónimos, que comprenden tanto hechos que constituyen una acción, como conductas que comporten una omisión. Ambos comportamientos ilícitos, acción u omisión, se pueden dar en la conducta de todos los órganos del estado, y en otros supuestos, dando origen a la responsabilidad del Estado. Las conductas o comportamientos antijurídicos del Estado que originan su responsabilidad internacional se denominan, genéricamente, hechos del Estado, y engloban a la totalidad de las conductas de sus órganos, representantes, o actos de otras entidades, estados, órganos o personas, que, de una manera u otra, puedan atribuirse a dicho Estado. También se considera hecho del Estado, el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado, pero que esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, dicha persona o entidad actúe en esa calidad. En este supuesto, el requisito previsto para atribuir una conducta ilícita al Estado, es que la persona o entidad haya ejercido o tenga atribuciones para ejercer facultades del poder público.

La práctica ulterior en la aplicación de un tratado” está dirigida a quienes han de aplicar el tratado, que en general son los propios Estados partes que son los responsables de su aplicación. El artículo 31 3) b) no requiere explícitamente que la práctica deba ser un comportamiento de las propias partes en el tratado. No obstante, son las partes mismas, actuando por medio de sus órganos, o en virtud de un comportamiento que sea atribuible a ellos, quienes realizan la práctica en la aplicación del tratado por la que puede constar su acuerdo. El “otro comportamiento”, puede ser el de diferentes actores.

Por ello se hace necesario evaluar la dimensión cualitativa y cuantitativa de la expresión “práctica ulterior”. Generalmente se la entendido en un sentido amplio, tanto en lo referente la constatación de su existencia, como a la determinación de su importancia jurídica. Las declaraciones o el comportamiento de otros actores, como las organizaciones internacionales o los actores no estatales, pueden reflejar o iniciar una práctica ulterior pertinente de las partes en un tratado<sup>9</sup>.

La “práctica social” como ejemplo de “otro comportamiento”, puede ser pertinente al evaluar la práctica ulterior de las partes en un tratado”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en algunas ocasiones que el “aumento de la aceptación social” y “los cambios sociales importantes” son pertinentes a los efectos de la interpretación de los tratados. Sin embargo, la invocación de los “cambios sociales” o la “aceptación social” por el Tribunal sigue estando vinculada, en última instancia, a la práctica de los Estados<sup>10</sup>. El Tribunal

---

<sup>9</sup> Los actores no estatales pueden proporcionar valiosos elementos de prueba de la práctica ulterior de las partes, contribuir a la evaluación de esos elementos de prueba e incluso solicitar la aparición de esa práctica. Sin embargo, los actores no estatales también pueden perseguir sus propios objetivos, que pueden ser diferentes de los objetivos de los que persiguen los Estados partes. Por lo tanto, sus evaluaciones deben ser examinadas críticamente.

<sup>10</sup> En particular, ello se aplica a asuntos importantes como *Dudgeon c. el Reino Unido* y *Christine Goodwin c. el Reino Unido*. En *Dudgeon c. el Reino Unido*, el Tribunal consideró que había “una mayor tolerancia de la conducta homosexual” y señaló que “en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa ya no se considera necesario ni apropiado tratar este tipo de prácticas homosexuales en sí como una cuestión a la que deban aplicarse las sanciones del derecho penal” y que, por lo tanto, no podía “pasar por alto los cambios notables que se han producido a este respecto en el derecho interno de los Estados miembros”. Además, el Tribunal señaló que “en la propia Irlanda del Norte, en los últimos años, las autoridades se han abstenido de ejercitar la acción penal”. En el asunto *Christine Goodwin c. el Reino Unido*, el Tribunal concedió importancia a la existencia de “pruebas claras e indiscutibles de una tendencia internacional continuada no

Europeo de Derechos Humanos comprueba si los avances sociales se reflejan efectivamente en la práctica de los Estados<sup>11</sup>. Se puede llegar a la conclusión de que una mera práctica social (ulterior), como tal, no basta para constituir una práctica ulterior pertinente en la aplicación de un tratado.

En definitiva, la práctica ulterior de agentes no estatales, incluida la práctica social, puede tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación del tratado en la medida en que se recoja en la práctica estatal ulterior o sea adoptada por ella o como prueba de esa práctica estatal.

A menudo puede ser difícil distinguir entre la práctica ulterior que específica y resultantemente se refiere a un tratado, es decir, es una práctica “acerca de la interpretación del tratado”, y otra práctica “en la aplicación del tratado”. Esa distinción es importante porque solo el comportamiento observado por las partes “acerca de la interpretación del tratado” puede contribuir a una interpretación auténtica, mientras que ese requisito no existe para otra práctica ulterior en virtud del artículo 32.

La “otra” práctica ulterior, desde la adopción de la CV69, ha sido reconocida y aplicada por los tribunales y otros órganos jurisdiccionales internacionales como un medio de interpretación. En efecto, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, y en definitiva incluso la del propio órgano de solución de diferencias de la OMC<sup>12</sup>, demuestra que la práctica ulterior que reúne todas las condiciones del artículo 31 3) b) de la CV69 no es la única forma de práctica anteriormente seguida por las partes en la aplicación del tratado que puede ser pertinente a los efectos de la interpretación del tratado. Los tribunales del CIADI también han

---

solo a una mayor aceptación social de los transexuales sino también al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados”.

<sup>11</sup> Así sucedió, por ejemplo, en los casos relativos a la situación de los niños nacidos fuera del matrimonio y en los casos relacionados con el supuesto derecho de ciertos romaníes (los “gitanos”) a disponer de un lugar de residencia temporal asignado por los municipios para poder mantener su modo de vida itinerante.

<sup>12</sup> Los órganos de solución de diferencias de la OMC también han distinguido a veces entre la “práctica ulterior” que se ajusta a las condiciones del artículo 31 3) b) y otras formas de práctica anteriormente seguida en la aplicación del tratado, que esos órganos también reconocen como pertinente a los efectos de la interpretación de los tratados. señaló: “[...] recordamos que en el párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena se prescribe que, juntamente con el texto habrán de tenerse en cuenta para los efectos de interpretación a) todo acuerdo ulterior, b) toda práctica ulterior o c) toda norma pertinente internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

recurrido a la práctica ulterior seguida por los Estados como medio de interpretación en sentido amplio<sup>13</sup>. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que su interpretación resultaba “confirmada por la práctica ulterior de las partes contratantes”<sup>14</sup>. Se ha basado en la práctica, no necesariamente uniforme, ulteriormente seguida por los Estados al remitirse a la legislación nacional y a la práctica administrativa interna como medios de interpretación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido en cuenta la práctica ulteriormente seguida por las partes, no ha limitado su uso a los casos en que por la práctica constaba el acuerdo de las partes. Así, en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*<sup>15</sup>, sostuvo que la imposición obligatoria de la pena de muerte por cada forma de comportamiento con resultado de muerte de otra persona era incompatible con el artículo 4 2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (imposición de la pena de muerte solo por los delitos más graves). El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está abierto a los argumentos basados en la práctica ulterior en un sentido amplio cuando se trata de examinar la justificación de injerencias en los derechos establecidos en el Pacto<sup>16</sup>. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar se ha referido en algunas ocasiones a la práctica ulteriormente seguida por las partes sin verificar si por esa práctica constaba realmente el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. En la sentencia dictada en el asunto *Jelisić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló, remitiéndose a la Convención sobre el Genocidio, que “*la Sala de Primera Instancia [...] interpreta los términos de la Convención de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el De-*

<sup>13</sup> Por ejemplo, al abordar la cuestión de si los accionistas minoritarios podían adquirir derechos sobre la base de tratados de protección de las inversiones y estaban legitimados para intervenir en el procedimiento del CIADI, el Tribunal que conocía del asunto *CMS Gas c. la Argentina* estimó que: La práctica de los Estados también apoya el significado de este cambiante escenario. [...] Participaciones minoritarias y no controladoras han sido incluidas por consiguiente en la protección acordada o han sido autorizadas a reclamar en su propio derecho”.

<sup>14</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Serie A, N° 310.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad y Tabago*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 21 de junio de 2002, Serie C, N° 94.

<sup>16</sup> *Jong-Cheol v. The Republic of Korea*, dictamen, 27 de julio de 2005, comunicación N° 968/2001.

recho de los Tratados. [...] La Sala de Primera Instancia ha tenido en cuenta también la práctica ulterior basada en la Convención. Se ha atribuido especial importancia a las sentencias dictadas por el Tribunal para Ruanda. [...] También se han tenido en cuenta la práctica de los Estados, particularmente por medio de sus órganos jurisdiccionales internos y la labor en esa esfera realizada por los órganos internacionales<sup>17</sup>.

Por otra parte, la “práctica ulterior” en virtud del artículo 31 3) b) abarca todas las (otras) formas pertinentes de comportamiento ulterior de las partes en un tratado que contribuyen a la determinación de un acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Es posible que “práctica” y “acuerdo” coincidan en determinados casos y no puedan distinguirse. Esto explica por qué la expresión “práctica ulterior” se utiliza a veces en un sentido más general que abarca los dos medios de interpretación a que se refiere el artículo 31 3) a) y b).

Por último, lo expresado en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 “*Toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*” fija una regla de interpretación esencial a la hora de promover la armonización y otorgar garantías para la unidad del orden jurídico internacional.

La interpretación textual de esta disposición permite extraer las siguientes conclusiones: a) No circunscribe las normas de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes a las convencionales. En efecto, cuando la disposición se refiere a *toda norma pertinente de derecho internacional*, no descarta la aplicación de otras fuentes del derecho internacional, como el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho; b) En consecuencia, la interpretación de un tratado debe tomar en cuenta todas las normas pertinentes de derecho internacional (no solo las convencionales sino también las generales) vigentes entre las partes en el momento en que haya que interpretarse el tratado; c) No está limitado en lo temporal. La aplicación de la disposición es intemporal en su relación con la determinación del momento en que puede proceder a aplicar otras normas de derecho internacional; d) También puede interpretarse esta disposición en el sentido que las partes no han querido celebrar un convenio contrario al derecho internacional; es decir, que el criterio de esta regla es que debe interpretarse el texto de un tratado en el sentido de que busca producir efectos de conformidad con el derecho existente y no violándolo.

---

<sup>17</sup> *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 14 de diciembre de 1999; análogamente *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 2 de agosto de 2001.

#### IV. Los tratados en el tiempo

De los medios de interpretación establecidos en la CV69 los que tienen una importancia fundamental para analizar la evolución de los tratados en el tiempo, son los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior después de la celebración de un tratado a los fines de su aplicación al caso concreto. En efecto, tales acuerdos y prácticas ulteriores (a que se refiere el artículo 31 3) a) y b)) son “medios auténticos de interpretación” porque son expresiones del sentido atribuido al tratado por los propios Estados partes. La autenticidad está dada porque tales acuerdos o prácticas constituyen diferentes formas de “prueba objetiva” o “prueba del comportamiento” de las partes, que refleja la “coincidencia entre las partes” en cuanto al sentido del tratado. La autenticidad no solo consiste en una prueba objetiva (fáctica), sino también comprende un elemento jurídico constituido por el concepto de “acuerdo de las partes” porque expresa la voluntad común de ellas, y, en consecuencia, posee una autoridad específica en relación con la determinación del sentido del tratado después de la celebración de este. La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo interpretativo ulterior de carácter vinculante está particularmente clara en los casos en que el propio tratado así lo prevé.

Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, como cualquier otro medio de interpretación de los tratados, pueden apoyar tanto una interpretación contemporánea como una evolutiva, según proceda. La diferencia entre un “acuerdo ulterior entre las partes” y una “práctica ulteriormente seguida [...] por la cual conste el acuerdo de las partes” reside en la forma de constatar el acuerdo de las partes acerca de la interpretación de un tratado, consistiendo la diferencia en la mayor facilidad para constatar la existencia de un acuerdo. Sin embargo, evidentemente, son un medio eficaz para evaluar y definir una interpretación evolutiva de un tratado. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior a que se refieren los artículos 31 y 32 contribuyen a determinar si la intención presunta de las partes al celebrar un tratado era atribuir a un término utilizado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. En consecuencia, ayudan a determinar si una interpretación evolutiva es o no adecuada en relación con un término concreto de un tratado.

En el caso de los tratados, la cuestión del denominado derecho intertemporal se ha planteado tradicionalmente en base a dos teorías: a) La interpreta-

ción “contemporánea” o “estática”, que sostiene que un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su celebración y, b) La interpretación “evolutiva” o “dinámica”, que opina que un tratado debe interpretarse a la luz de las circunstancias y el derecho existentes en el momento de su aplicación.

La Corte Internacional de Justicia, ha seguido las dos tendencias en su jurisprudencia, una a favor de una interpretación más “contemporánea” y la otra a favor de una interpretación más “evolutiva”.

#### *IV.1. Interpretación “contemporánea” o “estática”*

La observación incidental del árbitro Max Huber en el asunto de la Isla de Palmas, según la cual “un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época”, condujo a muchos tribunales judiciales y arbitrales internacionales, así como a muchos tratadistas, a favorecer de manera general la interpretación contemporánea.

Las resoluciones que favorecen un enfoque más contemporáneo conciernen principalmente a términos específicos de los tratados (“repartición de las aguas”; “canal principal o Thalweg”; nombres de lugares; “desembocadura” de un río).

#### *IV.2. Interpretación “evolutiva” o “dinámica”*

Los casos en los que se apoya una interpretación evolutiva parecen estar relacionados con términos más generales. Así ocurre, en particular, con los términos que son “por definición evolutivos”, como las expresiones “las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno” o “el bienestar y desarrollo de esos pueblos” que figuraban en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones. El carácter “genérico” de un término concreto en un tratado y el hecho de que el tratado esté concebido para que tenga una duración continuada también pueden dar lugar a un sentido evolutivo. La Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre *Namibia*, dio a esos términos un sentido evolutivo haciendo referencia a la evolución del derecho de los pueblos a la libre determinación después de la Segunda Guerra Mundial. Al mismo tiempo, el Tribunal que conoció del asunto *Rin de Hierro* constató que “una interpretación evolutiva de los tratados obtiene el apoyo general de los principales tratadistas”. En efecto,

La jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales confirma este planteamiento. Los diversos tribunales judiciales y arbitrales internacionales que han utilizado la interpretación evolutiva, aunque en distinto grado, parecen haber seguido un enfoque caso por caso para determinar, mediante el recurso a los diversos medios de interpretación de los tratados a los que se hace referencia en los artículos 31 y 32, si conviene o no atribuir a un término de un tratado un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo.

Hay que entender, sin embargo, que requiere que se haga muestra de cierta prudencia antes de concluir a favor de un enfoque evolutivo en un caso concreto. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medio de interpretación pueden ofrecer indicaciones útiles al intérprete para evaluar, como parte del proceso ordinario de interpretación de los tratados, si el sentido de un término es susceptible de evolucionar con el tiempo.

Por lo tanto, toda interpretación evolutiva del sentido de un término a lo largo del tiempo debe estar justificada como consecuencia del proceso ordinario de interpretación de los tratados.

La Corte Internacional de Justicia ha establecido que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto.

Sin embargo, los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación de los tratados no se deben confundir con la interpretación de los tratados por los tribunales judiciales y arbitrales internacionales o los órganos creados en virtud de tratados en casos específicos. La autoridad de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados procede más bien de otras fuentes, la mayoría de las veces del tratado que se debe interpretar. Sin embargo, las sentencias y demás resoluciones de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y los órganos creados en virtud de tratados pueden ser indirectamente pertinentes para la determinación de los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior como medios auténticos de interpretación si reflejan tales acuerdos ulteriores y práctica ulterior de las partes mismas o los inspiran.

Las resoluciones en las que la Corte Internacional de Justicia ha adoptado una interpretación evolutiva no se han desviado del posible sentido del texto ni de la intención presunta de las partes en el tratado, como se habían expresado también en los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior.

### IV.3. Jurisprudencia

La jurisprudencia de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y otros órganos creados en virtud de tratados, confirma que los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 pueden ayudar a determinar si un término tiene un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. La palabra “término” no se limita a expresiones específicas, sino que también puede abarcar conceptos más interrelacionados o transversales o “necesarias”, tal como existen, por ejemplo, en los tratados de derechos humanos.

Ese planteamiento se basa en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales judiciales y arbitrales internacionales, que abundan en el mismo sentido. En su opinión consultiva sobre *Namibia* la Corte Internacional de Justicia se refirió a la práctica de los órganos de las Naciones Unidas y de los Estados para formular las conclusiones que derivaba de la naturaleza intrínsecamente evolutiva del derecho a la libre determinación<sup>18</sup>.

La Corte Internacional de *Justicia en la Controversia sobre derechos de navegación y derechos conexos* es otro ejemplo de la manera como los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes ayuda a determinar si se ha de dar a un término un sentido susceptible de evolucionar con el tiempo. Al interpretar el término “comercio” en un tratado de 1858, la Corte sostuvo: Por un lado, la práctica ulterior de las partes, en el sentido del artículo 31 3) b) de la Convención de Viena, puede dar lugar a una desviación de la intención original sobre la base de un acuerdo tácito entre las partes. Por otro lado, hay situaciones en que la intención de las partes al celebrar el tratado era [...] dar a los términos utilizados [...] un sentido o un contenido susceptible de evolucionar, no establecido de una vez por todas, para tener en cuenta, entre otras cosas, la evolución del derecho internacional.<sup>19</sup> La Corte señaló que el término “comercio” era un “término genérico”, cuyo sentido las partes no podían ignorar que era susceptible de evolucionar con el tiempo” y que “el tratado había sido celebrado para un período muy largo”, lo que la llevó a concluir que “las partes presuntamente [...] [habían] tenido la intención de atribuir” a ese término “un sentido evolutivo”.

---

<sup>18</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971.

<sup>19</sup> *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2009.

Otros órganos judiciales internacionales también utilizan en ocasiones un enfoque evolutivo de la interpretación, aunque muestran diferentes grados de apertura a esa interpretación. La OMC ha recurrido solo ocasionalmente a la interpretación evolutiva.

La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha sostenido que el sentido atribuido a ciertas “obligaciones de velar”<sup>20</sup> puede cambiar con el tiempo<sup>21</sup> y ha hecho hincapié en que las normas sobre la responsabilidad de los Estados de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar pueden seguir la evolución del derecho y “no se consideran estáticas”.

El Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia a veces ha tenido en cuenta la evolución de la legislación de los Estados. En el asunto *Furundžija*, examinó los principios de derecho penal comunes a los principales sistemas jurídicos del mundo y sostuvo: “que se puede discernir en la legislación nacional de varios Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos tipificados previamente como delitos comparativamente menos graves. Esa tendencia muestra que en el plano nacional los Estados tienden a adoptar una actitud más estricta con respecto a las formas graves de agresión sexual”<sup>22</sup>.

Los Tribunales que entienden en Derechos Humanos cuando adhieren a la teoría evolutiva en materia de interpretación de tratados, denominan a estos como “Instrumentos Vivos”, para resaltar su pertenencia a esta teoría. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido de forma más general que “el Convenio es un instrumento vivo que se debe interpretar [...] a la luz de las condiciones de vida actuales”<sup>23</sup>. El enfoque del “instrumento vivo” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se basa en diferentes formas de práctica ulterior. Las resoluciones en las que adopta un enfoque evolutivo suelen estar apoyadas por una relación detallada de práctica posterior (estatal, social y jurídica internacional). La Corte Interamericana de Derechos Humanos también de forma más general sigue un enfoque evolutivo en materia de interpretación,

---

<sup>20</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982.

<sup>21</sup> *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, opinión consultiva, *ITLOS Reports 2011*.

<sup>22</sup> *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Primera Instancia, sentencia, 10 de diciembre de 1998, ICTY-95-17/1; asimismo *The Prosecutor v. Alfred Musema*, Sala de Primera Instancia I, sentencia, 27 de enero de 2000, ICTR-96-13-A.

<sup>23</sup> *Tyrer v. the United Kingdom* (1978), sentencia, demanda N° 5856/72, Serie A, N° 26.

en particular en el marco de su aplicación del principio denominado *pro homine*. Tiene en cuenta a menudo evoluciones más generales en el ámbito internacional, enfoque que se sitúa en algún lugar entre la práctica ulterior y “toda norma pertinente” a tenor del artículo 31 3) c). En el caso de la Comunidad *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, por ejemplo, la Corte señaló que: “dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>24</sup>.

El Comité de Derechos Humanos también adoptó en ocasiones un enfoque evolutivo que se basa en los cambios ocurridos en la práctica de los Estados. Así, en *Judge c. el Canadá*, el Comité abandonó el precedente *Kindler*<sup>25</sup>, explicando lo siguiente: “El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla”<sup>26</sup>. También subrayó que el sentido de cualquier derecho contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos evolucionaba con el tiempo. Los tribunales del CIADI han hecho hincapié en que la práctica ulterior puede ser un medio particularmente importante de interpretación de las disposiciones que las partes en el tratado tenían la intención de desarrollar a la luz de la práctica ulterior. En el caso *Mihaly International Corporation c. la República Socialista Democrática de Sri Lanka*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que: “Ninguna de las partes afirmó que el Convenio del CIADI contuviera ninguna definición precisa *a priori* de ‘inversión’. Por el contrario, la definición se dejó para la práctica ulterior de los Estados, preservando así su integridad y flexibilidad y permitiendo el futuro desarrollo progresivo del derecho internacional sobre el tema de la inversión”<sup>27</sup>.

En definitiva, la mayoría de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales no han reconocido la interpretación evolutiva como una forma distinta

---

<sup>24</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, sentencia (fondo, reparaciones y costas), 31 de agosto de 2001, Serie C.

<sup>25</sup> *Kindler c. Canadá*, dictamen, 30 de julio de 1993, comunicación N° 470/1991.

<sup>26</sup> *Judge c. Canadá*, dictamen, 5 de agosto de 2002, comunicación N° 829/1998.

<sup>27</sup> *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (United States/Sri Lanka BIT)*, laudo y voto particular concurrente, 15 de marzo de 2002, caso N° ARB/00/2 del CIADI, *ICSID Reports*, Vol. 6 (2004).

de interpretación, sino que han llegado a esa interpretación evolutiva en aplicación de los diversos medios de interpretación que se mencionan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, considerando ciertos criterios caso por caso.

#### *IV.4. La práctica ulterior como medio de interpretación complementaria*

Consigna el artículo 32 en lo referente a medios de interpretación complementarios. “**Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad al artículo 31: a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.**

Los medios de interpretación establecidos en este artículo, como lo dice expresamente su título, son además de complementarios, condicionados a que se compruebe la imposibilidad de conciliar los términos del tratado dentro de su contexto, ya sea por oscuridad de sus expresiones, ya porque la aplicación textual de las mismas conduzca a resultados irrazonables o absurdos. También cabe precisar que los medios complementarios citados -trabajos preparatorios<sup>28</sup> y circunstancias de su celebración<sup>29</sup>- no son taxativos, ya que la propia redacción de la disposición “(...) medios de interpretación complementarios en particular (...)”, refleja que existen otros medios aparte de los expresamente señalados, fijando que quizás los más apropiados son los consignados. Las condiciones determinadas para utilizar estos medios complementarios, significa que no pueden utilizarse para interpretar texto de un tratado que es suficientemente claro. Únicamente se podrá acudir a estos medios si después de interpretar los términos de un tratado de conformidad a las pautas del artículo 31, todavía persistieran

---

<sup>28</sup> El término “trabajos preparatorios” constituye una expresión global que hace referencia a todos los documentos que sirvieron de base para la redacción del tratado, tales como acta de las sesiones o reuniones, memorandos, proyectos del tratado, declaraciones oficiales de los Estados, etc.

<sup>29</sup> Las circunstancias históricas de la celebración de un tratado aluden a las circunstancias, condiciones y marco histórico en que los Estados celebraron el tratado. Algunos denominan este medio como “interpretación histórica”, ya que hace referencia al momento histórico en que el tratado se celebró resaltando el significado que los términos tenían en esa oportunidad, aunque la doctrina sostiene que la expresión es amplia y abarca no sólo los antecedentes históricos sino también las circunstancias contemporáneas.

dudas ciertas sobre su sentido y alcance. Los medios complementarios constituyen una excepción a las reglas de interpretación de los tratados y, por ende, deben ser de utilización restrictiva.

Al no ser los medios establecidos en el artículo 32 (trabajos preparatorios y circunstancias de su celebración) taxativos, nada obsta para que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado que no cumple todos los criterios del artículo 31 3) b) quede englobada en el ámbito de aplicación del artículo 32. En particular, la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual no conste el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino solo de una o varias partes, puede utilizarse como medio de interpretación complementario. En cualquier caso, la distinción entre la práctica ulteriormente seguida en el sentido del artículo 31 3) b), como medio auténtico de interpretación, y otra práctica ulterior (en sentido amplio) en que podría encuadrar en el artículo 32, implica que se atribuya un mayor valor interpretativo a la primera<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Se debe distinguir entre la “práctica ulterior” por la que consta el acuerdo de las partes en el sentido del artículo 31 3) b), por un lado, y otra práctica ulterior (en un sentido amplio) de una o varias partes en el tratado, pero no todas, que pueda ser pertinente como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32. Esa “otra” práctica interpretativa ulterior por la cual no conste el acuerdo de todas las partes no puede constituir una interpretación “auténtica” de un tratado por todas sus partes y por lo tanto no tendrá el mismo peso a los efectos de la interpretación.

## LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS EN LA CVDT: DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

*The interpretation of treaties in the VCLT: Interpretive statements*

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ \*

**Resumen:** En este trabajo nos acercamos al complejo tema de la interpretación de los tratados, atendiendo en particular a las declaraciones interpretativas. Observamos al art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) a la luz de las disposiciones complementarias y reflexionamos sobre las dimensiones que se abren sobre el tema.

**Palabras-clave:** Tratados – Interpretación - Declaraciones interpretativas.

**Abstract:** In this paper we approach the complex issue of treaties interpretation, paying particular attention to interpretative declarations. We observe art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the light of the complementary provisions and we reflect on the dimensions that are opened on the subject.

**Keywords:** Treaties - Interpretation - Interpretative declarations.

**Sumario:** I. Interpretación de los tratados. II. Declaraciones interpretativas. III. Consideración final.

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Ex Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional y de la Integración de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

## I. Interpretación de los tratados

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha entendido que por interpretación se ha de entender la indicación precisa del sentido y del alcance de un instrumento internacional jurídicamente obligatorio, que puede tratarse de un tratado u otra norma jurídica internacional (p.ej. una costumbre, una resolución de una Organización Internacional).

Tal como lo refiere Ernesto De La Guardia<sup>1</sup>, en un esquema de *derecho clásico*, la interpretación es “la operación intelectual consistente en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y aclarar los puntos oscuros o ambiguos”<sup>2</sup>; es “una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior”<sup>3</sup>. De La Guardia señala que “la naturaleza misma de la interpretación, ya sea desentrañar el sentido de un texto, aplicarlo o comprender una conducta humana, exige optar entre algunas de las significaciones posibles emergentes de dicho texto o de la conducta humana”<sup>4</sup>.

Desde un *esquema postmoderno*, Janne E. Nijman<sup>5</sup> recuerda que Martti Koskenniemi al preguntarse qué podemos aprender de Grocio sobre la “tendencia [de los humanos] a subordinarse a la ley”, lleva a considerar los límites de esa tendencia, partiendo desde Grocio que tomó en consideración la necesidad de “recuperar el control” ante la “indignación” por las injusticias (sociales) y la desigualdad global que las instituciones internacionales (re) producen y como un grito por instituciones internacionales justas. Ello lleva a la necesidad de una interpretación crítica por parte de los jueces al “distribuir justicia” (activismo judicial). Así, debido al carácter ilimitado del derecho internacional, producir interpretaciones autorizadas y eventualmente resoluciones sustantivas de conflictos depende -en última instancia- de las decisiones políticas tomadas en la práctica diaria<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1970, pp. 216-217.

<sup>2</sup> ROUSSEAU, Ch. *Droit International Public*, 3ra. Ed. Ariel, Barcelona, 1966, p. 631.

<sup>3</sup> KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, p.165.

<sup>4</sup> DE LA GUARDIA. Cit. p. 218.

<sup>5</sup> NIJMAN, J.E. “Grotius’ ‘Rule of Law’ and the Human Sense of Justice: An Afterword to Martti Koskenniemi’s Foreword”, *EJIL* (2019), Vol. 30 No. 4, pp. 1105 y ss.

<sup>6</sup> KOSKENNIEMI, M. “The Politics of International Law: Twenty Years Later”, *EJIL* (2009), Vol. 20, p. 7.

En sentido amplio, la interpretación puede ser realizada por órganos jurisdiccionales internacionales o internos, por órganos creados por tratados (*verbigracia*, comisiones creadas por tratados relativos a los derechos humanos), por la doctrina, por los mismos Estados en su conjunto (interpretación auténtica) o por un Estado (interpretación unilateral) sea en la declaración referida a un tratado o a través de sus órganos.

En sentido estricto rigen las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT). En este caso las reglas pueden dividirse en principales y complementarias y es factible clasificar en tres los métodos de interpretación: el método textual (vocabulario, sentido ordinario de los términos), el método subjetivo (voluntad de las partes en el texto y fuera del mismo) y el método funcional o teleológico (determinando el fin y objeto del tratado).

Así, el artículo 31 de la CVDT estipula:

*“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al **sentido corriente** que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta **su objeto y fin**”<sup>7</sup>.*

En principio, el “sentido corriente” es el natural u ordinario de las palabras utilizadas, pero además deben tenerse en cuenta los tecnicismos u otros elementos de juicio. Por ejemplo, la palabra “propiedad” para los pueblos indígenas no existe o ha sido adquirida en su relación con el mundo no indígena. Asimismo, la sintaxis y la semántica resultan valiosos elementos de interpretación (véase el tema del Memorándum de entendimiento de 2013 entre Argentina e Irán que constituye una Comisión de la Verdad conformada por 5 comisionados, 2 miembros por cada Estado del entendimiento).

La regla del efecto útil ha sido considerada como una regla general de interpretación ya consolidada y anterior a este artículo, que aplica en caso de dos interpretaciones contrapuestas, la primera que tiene en cuenta el objeto y fin del

---

<sup>7</sup> CIJ Recueil 2018 *Affaire obligation de négocier un accès à l’océan pacifique (Bolivie c. Chili)* arrêt du 1er octobre 2018: « 91 (...) *En particulier, pour qu’il y ait obligation de négocier en vertu d’un accord, il faut que les termes employés par les parties, l’objet, ainsi que les conditions de la négociation, démontrent une intention des parties d’être juridiquement liées. Cette intention, à défaut de termes exprès indiquant l’existence d’un engagement juridique, peut être établie sur la base d’un examen objectif de tous les éléments de preuve.*».

tratado y la otra no, prevaleciendo aquella pertinente con la realización del cometido dispuesto por el instrumento jurídico.

El párrafo 2 de este artículo precisa: “*Para los efectos de la interpretación de un tratado, el **contexto** comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos; a. Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b. Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado por las demás como instrumento referente al tratado*”<sup>8</sup>.

El párrafo 3 establece: “*Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*

*a. Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b. Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado (interpretación auténtica). Aquí tiene importancia la práctica a través de los órganos internos o externos de los Estados, pero ¿qué sucede con las opiniones de los órganos creados para controlar el cumplimiento del tratado? c. Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes (aunque no siempre el órgano jurisdiccional lo realiza, como en el caso de las Pasteras sobre el río Uruguay).*

Johanna Fournier<sup>9</sup>, basándose en los artículos que acabamos de citar, señaló que la lista de “lugares” donde se pueden encontrar indicaciones para determinar el objeto y fin de un tratado (preámbulo, apéndice, acuerdos e instrumentos relacionados con la celebración del tratado, acuerdos o prácticas posteriores en la aplicación) requiere un estudio completo de esos “lugares” para dar respuesta al art. 31.

Por último, el párrafo 4 fija “*Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes*”.

Por otro lado, el art. Artículo 32 dispone:

*“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación*

---

<sup>8</sup> V. *infra*.

<sup>9</sup> FOURNIER, J. “Reservations and the Effective Protection of Human Rights”, *Goettingen Journal of International Law* 2 (2010) 2, 444-445.

*dada de conformidad con el artículo 31: a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.*

Sobre este punto surgen dos problemáticas: la situación de aquellos Estados que no han intervenido en la celebración del tratado y la que finalmente disponga un órgano jurisdiccional. En el primer caso, el hecho que un Estado que no participara de los trabajos preparatorios no implica que recurrir a esta fuente no le sea oponible a dicho Estado. En el segundo, será el tribunal interviniente quien de la lectura de las discusiones arribe a una interpretación objetiva. Al respecto, en el asunto sobre «destrucción de un grupo» (Croacia c. Serbia, 2005) la CIJ señaló que los trabajos preparatorios de la Convención revelan que los redactores habían diferenciado dos tipos de genocidio, el genocidio físico o biológico y el cultural, pero que este último concepto fue abandonado<sup>10</sup>.

Finalmente, el art. 33 fija:

1. *“Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.*
2. *Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.*
3. *Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.*
4. *Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme*

---

<sup>10</sup> «344. La Cour constate que les travaux préparatoires de la Convention révèlent que les rédacteurs ont envisagé à l'origine deux types de génocide, le génocide physique ou biologique, et le génocide culturel, mais que ce dernier concept a finalement été abandonné dans ce contexte » (Rapport du comité spécial sur le génocide, 5 avril au 10 mai 1948, Nations Unies, *Procès-verbaux officiels du Conseil économique et social, septième session, supplément no 6*, doc. E/794, et Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, première partie, troisième session, Sixième Commission, comptes rendus analytiques de la 83e séance*, p. 193-207, doc. A/C.6/SR.83) « Il a été décidé, en conséquence, de limiter le champ d'application de la Convention à la destruction physique ou biologique du groupe » (Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Annuaire de la CDI*, 1996, Vol. II, deuxième partie, p. 48, par. 12, cité par la Cour dans son arrêt de 2007, C.I.J. *Recueil 2007 (I)*, p. 186, párr. 344).

*a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado”.*

Existen otras reglas no mencionadas como, por ejemplo, las reglas de la época en que el tratado ha sido celebrado, incluidos los conceptos y conocimiento y ciertos principios como el principio *pro homine*. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos los tratados de este tipo son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (casos *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular*, párrafos 113 a 115; 113/115; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15-9-2005, Serie C N° 134, párr. 106).

## II. Declaraciones interpretativas

Según el Informe de la Comisión de Derecho Internacional (63° período de sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011<sup>11</sup>), se entiende por “declaración interpretativa” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones<sup>12</sup>.

Si bien la existencia de estas declaraciones es bastante usual no fueron incluidas en el texto de la CVDI. Ya en 1956 el relator especial Fitzmaurice las definió de manera negativa frente al concepto de reserva<sup>13</sup>. Más adelante, en 1965, varios Estados llamaron la atención del Relator Especial Waldock sobre su falta de tratamiento durante la redacción de la Convención, pero éste simplemente afirmó que las declaraciones interpretativas seguían constituyendo un problema, como también las declaraciones de principios o de política formuladas en relación con un tratado<sup>14</sup>. Desde su punto de vista la dificultad era saber qué efectos

<sup>11</sup> A/66/10/Add.1- Guía práctica sobre las reservas a los tratados. CDI.

<sup>12</sup> A/66/10/Add.1, p. 2.

<sup>13</sup> Documento A/CN.4/101; *Anuario...*, 1956, Vol. II, pág. 112.

<sup>14</sup> DE LA GUARDIA, E. Ob. Cit. p.189.

producen estas declaraciones. Al respecto, el fallo de la CIJ en el asunto *Delimitación marítima en el Mar del Norte* (Rumania c. Ucrania), emitido en 2009 respecto de la declaración interpretativa de Rumania al art. 121 sobre la Convención sobre el Derecho del Mar, le restó valor a los efectos de la interpretación del tratado que debía realizar.

Aunque es un tópico poco estudiado, la diversidad de opiniones no se agota en determinar los efectos sino también en establecer cuándo son válidas estas manifestaciones. Así, Heymann, citado por el Relator Especial Pellet en su Informe sobre las reservas a los tratados (2009), expresa que “el derecho internacional no conoce límites para la formulación de una declaración interpretativa simple, ya que los tratados, con independencia del lugar jerárquico que ocupen sus disposiciones en el derecho internacional, se interpretan en principio de forma descentralizada y deben ser aplicados y, por consiguiente, interpretados mientras dure su existencia. Por tanto, los límites a la admisibilidad de las declaraciones interpretativas solo pueden proceder del propio tratado”<sup>15</sup>.

A veces estas declaraciones son utilizadas por los Estados para disfrazar una reserva, ya que su contenido no difiere del interés de producir efectos jurídicos modificatorios o excluyentes de disposiciones de un tratado, o bien cuando el tratado no permite la formulación de reservas<sup>16</sup>. Otras veces son meras declaraciones políticas o bien limitan el alcance a la competencia del órgano jurisdiccional en la aplicación e interpretación del tratado. Así, al examinar la declaración interpretativa formulada por México al momento de la ratificación de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” con el objeto de limitar su alcance temporal la Corte Interamericana se expidió reconociendo su validez internacional. Fue en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>17</sup>, resuelto en 2009, donde explicó: “La ‘declaración’ realizada

<sup>15</sup> DOCUMENTO A/CN.4/614 y Add.1 y 2, p. 31

<sup>16</sup> “In the *Temeltasch*, *Belilos* and *Loizidou* cases, the offending Interpretative Declarations resulted in their severance as invalid from the consent to be bound of Switzerland and Turkey. It must be noted that the ECtHR ruled in the above cases on the character of the Interpretative Declarations and then found out that they were in fact reservation”. FITZMAURICE, M. “On the protection of human rights, the Rome Statute and reservations to multilateral treaties”, *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, p. 150.

<sup>17</sup> “Al respecto, el Tribunal advierte que el artículo 14 de la Constitución Política mexicana, al que hace referencia la declaración interpretativa dispone, *inter alia*, que “[a] ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Con base en lo anterior, el Estado adujo que “[l]a limitación temporal de México a la CIDFP es admisible [...] ya que la [...] Corte sí puede conocer sobre desapariciones forzadas ejecutadas con postero-

por México permite aclarar el sentido o alcance temporal respecto a la aplicación de la CIDFP". Otro tanto ocurrió con la declaración interpretativa de Argentina respecto de la misma Convención en el asunto *Grande vs. Argentina* en 2011<sup>18</sup>. De estas sentencias se desprende que las declaraciones interpretativas no producen efectos autónomos ni crean derechos por fuera del tratado para su autor, pero cabría la posibilidad que limite una interpretación opuesta en el futuro mientras no la modifique, porque iría contra el principio de buena fe<sup>19</sup>. Además, deberá tenerse presente la aprobación u oposición por las demás partes en el tratado, pero si la interpretación es aprobada unánimemente se convierte en una interpretación auténtica.

A la hora de percibir el "contexto" de un tratado, observa Ulf Linderfalk<sup>20</sup> que, por lo general, se considera que uno de los fenómenos que suelen estar comprendidos en las disposiciones del artículo 31.2.b) (*todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*) son las reservas y declaraciones interpretativas hechas a un tratado, ya que los Estados pueden haber expresado su consentimiento en obligarse por un tratado -uno antes de la "celebración del tratado", el otro después- y ambos serían partes en el tratado, el uno no más que el otro. Sin embargo, suponiendo que ambos Estados hayan formulado, concomitantemente con su consentimiento, reservas al tratado o declaraciones interpretativas, solo la reserva o declaración de uno de los Estados estará sujeta a las disposiciones del artículo 31.2.b) de la CVDT. Esto difícilmente puede ser lo que pretendían las partes en la Convención de Viena. Dado que lo dispuesto en el artículo 31.2. b) se entenderá en el sentido de que con la aplicación del artículo no se logra un resultado que no esté entre los objetos y propósitos del tratado. La "celebración del tratado" tendría entonces que ser sinónimo del intervalo de tiempo desde

---

ridad al 9 de abril de 2002. [...] Toda vez que la limitación del Estado mexicano al instrumento [...] se refiere a hechos que se ejecuten con anterioridad al 9 de abril de 2002, la [...] Corte se encuentra impedida para conocer sobre hechos o actos que se cometieron o se ejecutaron antes del 9 de abril de 2002, y cuyos efectos se consumaron en ese acto". Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 29.

<sup>18</sup> Caso *Grande vs. Argentina. Excepciones preliminares y Fondo*. Corte IDH, sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 37.

<sup>19</sup> Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 2011, Doc. A/66/10/Add.1, p. 566.

<sup>20</sup> LINDERFALK, U. *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention in the Law of the Treaties*, Springer, Dordrecht, 2007 pp. 149-150

que comenzaron las negociaciones sobre el tratado interpretado hasta que el tratado entró en vigor para el último Estado que se convirtió en parte.

Por último, existen declaraciones unilaterales bajo el formato de reserva que buscan subordinar la interpretación general de tratado a determinada ideología religiosa o nacionalista. A modo de ejemplo, las reservas de los países árabes a los tratados de derechos humanos buscan priorizar la *sharia* islámica en la interpretación y aplicación del tratado<sup>21</sup>.

### III. Consideración final

La interpretación de un tratado es un trabajo complejo pues los Estados suelen formular declaraciones al momento de la firma, adhesión, ratificación o aprobación haciendo saber qué interpretación dan a una o más disposiciones o a todo el acuerdo. Pese a su nuevo tratamiento por la CDI y la diferencia con las reservas en cuanto al objetivo perseguido por los Estados, aún no queda del todo claro cuáles son los efectos jurídicos en relación al Estado que la realiza y a los otros Estados Partes en el tratado.

---

<sup>21</sup> “En 14 países árabo-islámicos (Siria, Bahréin, Qatar, Emiratos Árabes, Omán, Argelia, Egipto, Iraq, Marruecos, Kuwait, Líbano, Libia, Jordania y Mauritania) se mantienen las reservas específicas al artículo 16 de la CEDAW. Arabia Saudí, al mantener una reserva general en base a la sharía, también limita de forma significativa la implementación de este artículo” STRZELECKA, E. *Derechos humanos de las mujeres en el mundo árabo-islámico: Universalismo versus relativismo*, p. 172.

(<https://DOI.ORG/10.35295/OSLS.II SL/0000-0000-0 000-1086>).



## LOS EFECTOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON RELACIÓN A TERCEROS ESTADOS

*The effects of international treaties in relation to third States*

GUILLERMO DANIEL COSTILLA \*

**Resumen:** Para el Derecho internacional, los tratados tienen un efecto relativo como fuente generadora de normas, ello es así porque en principio se consideran obligatorios solo para aquellos Estados que han prestado su consentimiento en obligarse por el mismo. Sin embargo, existe la posibilidad de que un tratado tenga efectos -como el de crear obligaciones o derechos- para Estados que no son parte del tratado. A estos Estados ajenos al tratado, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 los ha denominado “Terceros Estados”. La mencionada convención ha recogido la práctica estadual como la jurisprudencia internacional, regulando en su Parte III Sección 4 “Los tratados y terceros Estados” (Artículos 34 a 38) las condiciones por las cuales un tratado puede devenir obligatorio o generar derecho para terceros Estados.

**Palabras-clave:** Tratados internacionales - Convención de Viena de 1969 - Efectos de los tratados - Tercer Estado - Obligaciones y derechos.

---

\* Doctorando en Política y Gobierno (Universidad Católica de Córdoba). Máster en Estudios Internacionales (Universidad Autónoma de Barcelona). Abogado. Lic. en Ciencia Política, Lic. en Relaciones Internacionales. Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba). Profesor de Organizaciones Internacionales (Universidad Católica de Córdoba). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**Abstract:** For international law, treaties have a relative effect as a source of norms. This is so because in principle they are considered mandatory only for those States that have given their consent to be bound by it. However, there is the possibility that a treaty has effects - such as creating obligations or rights - for states that are not parties to the treaty. These non-treaty states have been called "Third States" by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The aforementioned convention has included state practice as well as international jurisprudence, regulating in its Part III Section 4 "Treaties and third States" (Articles 34 to 38) the conditions by which a treaty can become binding or generate rights for third States.

**Keywords:** International treaties - Vienna Convention of 1969 - Effects of treaties - Third State - Obligations and rights.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los terceros Estados. III. Tratados que establecen obligaciones para terceros Estados. IV. Tratados que establecen derechos para terceros Estados. V. Supuestos especiales. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

En derecho internacional, referirnos a "efectos de los tratados" implica indagar sobre las repercusiones de éstos en relación al tiempo, al ámbito espacial de su aplicación o de validez, como respecto de otros tratados del mismo objeto y partes, y también en relación a terceros Estados. En cuanto a los efectos de los tratados en relación al tiempo, la regla general es que los tratados rigen a partir de su entrada en vigencia, salvo expresa disposición sobre su retroactividad. Los efectos se relacionan también con el espacio es decir el ámbito de aplicación del tratado, el principio general es que el tratado, obliga al Estado como un todo y tiene sus efectos en la totalidad del territorio del Estado, dejando a salvo excepciones expresamente pactadas.

Consideraremos los efectos de los tratados en relación a otros tratados, asunto que trata de dilucidar la validez de los tratados celebrados en distintos momentos por las mismas partes y con el mismo objeto. Finalmente nos referiremos a los efectos de los tratados en relación a terceros Estados, es decir con aquellos Estados, que no son parte del tratado.

En este trabajo analizaremos la posibilidad de que un tratado genere obligaciones como derechos a Estados que no son partes del mismo. A estos últimos se los conoce como “Terceros Estados”. Vamos a presentar el tema desde la práctica de los Estados, la jurisprudencia previa a la sanción de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y los trabajos preparatorios para esa Convención, como también el modo en que el tópico es regulado en la Convención. Se analizarán también otros supuestos especiales que suelen confundirse con la generación de derechos y obligaciones a terceros Estados como son los casos de que un tratado resulte obligatorio para un tercer Estado como consecuencia de una costumbre internacional, o el principio de autoridad de las Naciones Unidas, la denominada cláusula de nación más favorecida y, finalmente el establecimiento de regímenes convencionales objetivos.

## II. Los terceros Estados

En materia de tratados internacionales se considera tercer Estado a aquel Estado que no ha prestado su consentimiento en obligarse por un tratado celebrado por otros. El artículo 2.g) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CV69) entiende por “parte de un tratado” *a un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor*. Seguidamente el artículo 2. h) entiende por “tercer Estado” *a un Estado que no es parte del tratado*.

Entonces un “Tercer Estado” es aquel que no es realmente parte del tratado internacional, prescindiendo de la posibilidad de que ese Estado pueda o no llegar a ser parte del tratado en un futuro. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) en los trabajos preparatorios a la CV69, expresó: *“Cualquier tercer Estado puede siempre convertirse en parte del mismo si así lo desea dando los pasos necesarios, siempre y cuando ese Estado pertenezca a la clase de Estados que pueden adherirse al tratado en virtud de las disposiciones de éste, si es que figura alguna disposición expresa o implícita que restrinja esa clase (ADI 1960)”*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ADI)* del año 1960, informe del relator especial Sir Gerald Fitzmaurice.

Al referirnos a tercer Estado, podemos distinguir entre aquellos Estados ajenos al tratado y los que no son totalmente ajenos al mismo por haber estado involucrados en el proceso de conclusión. En este último caso, nos referimos a aquellos Estados que han participado en el proceso de negociación para la elaboración y adopción del texto del tratado, pero que aún no lo han firmado o, a los Estados que lo han firmado, pero aún no lo han ratificado o prestado el consentimiento de otro modo, con la salvedad que, siempre un Estado totalmente ajeno puede llegar a ser parte por medio de la adhesión. Con un similar criterio la Convención de Viena sobre derecho de los tratados entre Estados con Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre sí de 1986 (CV86)<sup>2</sup> expresa que una tercera organización es aquella organización internacional que no es parte en el tratado (artículo 2 inc h. ii).

La regla general para la extensión de derecho y obligaciones a un tercer Estado, resulta contemplada en el artículo 34 de la CV69, que enuncia “*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*”. De un modo similar, el artículo 34 de la CV86 dispone que “*Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado o tercera organización internacional, sin el consentimiento de ese Estado o de esa organización internacional*”.

El criterio sustentado por ambos convenios de Viena, de 1969 y 1986, responde a la máxima latina “*pacta tertiis nec nocent nec prosunt (res inter alios acta)*”, de aquí en adelante *pacta tertiis*). Este principio que tiene origen en el derecho romano y que puede entenderse como “lo celebrado entre otros no puede dañar ni ayudar” ha sido incorporado al Derecho internacional. Este principio implica reconocer que la autonomía de la voluntad en materia convencional tiene como consecuencia que los Estados o las organizaciones internacionales que no han brindado su consentimiento en la conclusión del tratado no se encuentran obligados ni vinculados a él, esto prueba el alcance relativo de los mismos. El principio *pacta tertiis* en materia de tratados encuentra su fundamento en la igualdad jurídica de los Estados, en la soberanía e independencia de los mismos. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la Controversia territorial y delimitación marítima de *Nicaragua c. Colombia*<sup>3</sup> establece que, es un principio

---

<sup>2</sup> La Convención de Viena sobre derecho de los tratados entre Estados con Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre sí, celebrada en el año 1986, no se encuentra en vigor por no reunir el número de ratificaciones necesarias para ello (art. 85 de la Convención).

<sup>3</sup> *Controversia territorial y delimitación marítima (Nicaragua c. Colombia)*. CIJ Fallo del

fundamental del derecho internacional que un tratado entre dos Estados, por sí mismo, no puede afectar a los derechos de un tercer Estado.

La recepción del principio de *pacta tertiis* en los convenios de Viena de 1969 como en el de 1986 es la evidencia del efecto relativo de los tratados, pues solo vinculan a los Estados u organizaciones internacionales partes, con la salvedad de que -mediando el consentimiento del tercer Estado u organización internacional (O.I.)- el tratado pueden crear obligaciones y derechos para estos últimos. Por el contrario, entre los Estados que son partes del tratado, éste produce efectos entre los mismos y, sólo las partes pueden limitar los efectos, ya sea mediante una estipulación expresa en el Tratado o a través del mecanismo de reservas (Artículo 21 CV69).

La regla enunciada y luego receptada en la CV69, fue contemplada en los trabajos preparatorios de la misma. En el quinto informe del Relator Especial Sir Gerald Fitzmaurice obrante en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (ADI) del año 1960, en la parte II del capítulo II estudia los efectos de los tratados en relación con terceros Estados. En ellas se enuncia a la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* y establece que “*para el Estado A, un tratado concluido entre los Estados B y C, es res inter alios acta, con arreglo al cual o en virtud del cual [...], el Estado A no puede tener derechos ni obligaciones*”. El artículo 3.1 del mismo informe establece lo siguiente: “*En virtud de los principios pacta tertiis nec nocent nec prosunt y res inter alios acta, así como en virtud del principio de la igualdad jurídica de todos los Estados soberanos e independientes [...] un Estado no puede, respecto a un tratado en que no es parte: a) Contraer obligaciones o gozar de derechos en virtud del tratado; b) Contraer responsabilidades o sufrir inhabilitaciones o perjuicios, o menoscabo o privación de derechos, ni tener título a reivindicar de pleno derecho ninguna facultad, interés, beneficio ni ventaja en virtud de dicho tratado*”.

Es posible que no haya una verdadera excepción al principio del *pacta tertiis* ya que las excepciones pueden explicarse con algún fundamento jurídico sin que el tercer Estado adquiera o llegue a adquirir obligaciones y derechos en virtud del tratado, más bien estaríamos ante limitaciones o cuasi excepciones. Las limitaciones a la máxima *pactan tertiis* se nos presenta en los casos en que los tratados tienen efectos sobre terceros Estados. Los tratados tienen efectos jurídicos sobre terceros Estados, o para terceros Estados o en relación con terceros

---

19 de noviembre de 2012.

Estados, aun cuando entre esos efectos no figure el de crear directamente obligaciones o derechos para el tercero en virtud del tratado propiamente dicho, y aun cuando esto último siga siendo en principio uno de los efectos que el tratado no puede tener con respecto a un tercer Estado.

Las denominadas excepciones, se refieren a tratados que establecen obligaciones para terceros Estados y aquellas que establecen derechos para terceros Estados. La parte II del capítulo segundo del ADI (1960) en su tercera sección desarrolló la situación de los terceros Estados en relación a los tratados. Trató en primer lugar las presunciones y métodos de clasificación, luego tratados *in detrimentum e in favorem tertiis* y las condiciones para que ello ocurra.

Finalmente, la cuestión de los efectos para terceros Estados queda receptada en la CV69 en la Sección 4 de la parte 3 en los art. 34 a 37. Como lo expresamos el artículo 34, dispone que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento y en los artículos subsiguientes se regulan las “excepciones” que se analizaremos.

### III. Tratados que establecen obligaciones para terceros Estados

El efecto de crear obligaciones para terceros Estados (efectos *in detrimentum tertiis*) no es posible salvo que se presenten determinadas condiciones. La doctrina fue variando de opinión al respecto hasta admitir la posibilidad de que un tratado genere obligaciones para terceros Estados pero en forma condicionada. Fueron relevantes para contemplar esta situación los fallos de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en las causas *Ciertos Intereses alemanes en la Alta Silesia* y *en Zonas Francas de la Alta Saboya*.

En el caso *Zonas Francas de la Alta Saboya y del Distrito de Gex* entre Francia y Suiza<sup>4</sup>, el antiguo tribunal internacional debió resolver si el Tratado de Versalles (1919) podía establecer obligaciones para Suiza que no era parte del mismo. La cuestión se remonta a marzo de 1815 en que las potencias Aliadas en el Congreso de Viena (1815), expresaron en declaración su deseo consolidar la independencia del Estado Suizo, y en función ello Francia aceptó en noviembre de 1815 retirar un cordón aduanero en su frontera política con Suiza, que-

---

<sup>4</sup> *Zonas Francas de Alta Saboya y del Distrito de Gex (Francia c. Suiza)*. CPJI Sentencia del 7 de junio de 1932. CPJI Serie A/B N° 46 (1932).

dando establecida una zona franca. La Declaración del mes de marzo fue aceptada por Suiza no así la declaración del mes de noviembre. El régimen de zonas francas entre ambos Estados tuvo vigencia durante el S. XIX y hasta la 1ª Guerra Mundial. Luego, en el Tratado de Versalles, Francia logró introducir una cláusula en la que se establece que las zonas francas no se corresponden con la situación del momento, debiendo llegarse a un acuerdo al respecto con Suiza. Pero al no lograr acuerdo, Francia modificó unilateralmente la frontera aduanera. El caso fue llevado a la Corte Permanente donde Francia sostuvo que se trataba de un beneficio en tanto que para Suiza el acuerdo de 1815 le confería un verdadero derecho. La cuestión litigiosa consistió en resolver si Suiza se encontraba obligada por el artículo 435 del Tratado de Versalles a pesar de no ser parte en él, ello porque Suiza había dirigido una nota a Francia (que sí era parte) dando su aquiescencia a dicha norma (art. 435) bajo ciertas condiciones, aclarando que no aceptaba el régimen de zonas francas. Sobre ello la CPJI (1932) declaró: “*Considerando que en todo caso el art. 435 del Tratado de Versalles no es oponible a Suiza que no es Parte de dicho Tratado, más en la medida en que la misma lo ha aceptado*”. Sostuvo que Suiza solo había dado su aquiescencia a las disposiciones referidas en dicha nota, por lo que la Corte reconoció que no se había derogado el régimen de zonas francas entre Suiza y Francia dado que Suiza tenía un verdadero derecho. Como se puede observar, la tarea de la Corte en este caso consistió en conocer cuál era la intención de los Estados.

El artículo 35 del CV69 establece una doble condición para que un tratado genere obligaciones para un tercer Estado y es que las partes del Tratado tengan la intención de que tal disposición sea el medio de crear una obligación para un tercer Estado y que el tercer Estado acepte en forma expresa y escrita dicha obligación.

La CV69 ha tomado cautelas al respecto -pues requiere manifestación expresa y por escrito para evitar cualquier incertidumbre, excluyendo la aceptación tácita o verbal- pero no hace referencia a las formas en que debe expresarse la intención de las partes, por lo que entendemos queda librado a éstas. Cuando se cumplen estas dos condiciones previstas en el artículo 35 de la CV69, se conforma un acuerdo colateral entre los Estados partes del tratado y el tercer Estado. Ese acuerdo colateral constituye la fuente jurídica de la obligación que asume el tercer Estado, a su vez ese acuerdo colateral representa el límite de las obligaciones del tercero, no encontrándose vinculado a las disposiciones del tratado para el cual siempre será un tercero.

El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia<sup>5</sup> ha considerado que los Estados no miembros de Naciones Unidas pueden -conforme al artículo 35 CV69- comprometerse a respetar la obligación contenida en el artículo 29 del Estatuto del TP para la ex Yugoslavia, aceptándolo expresamente por escrito y considerando como tal la adopción en 1995 de una ley de ejecución del Estatuto del Tribunal Internacional lo que implica claramente una aceptación del artículo 29.

Creada una obligación de esta clase, su revocación o modificación necesita la conformidad de los Estados partes del tratado y del tercer Estado. El artículo 37 Inc. 1 (CV69), dispone que una vez que se ha generado la obligación para el tercer Estado en el modo analizado, para la revocación o modificación de tal obligación se requiere el consentimiento expreso tanto de las Partes del tratado como del tercer Estado al menos que conste que se había convenido otra cosa al respecto, pudiendo partir la iniciativa para revocar o modificar la obligación tanto de las partes del Tratado como del tercer Estado. De este modo, debiendo exigirse el consentimiento de todos los implicados, queda confirmado que la fuente de la obligación es el acuerdo colateral.

#### IV. Tratados que establecen derechos para terceros Estados

Tratándose de generación de derechos a favor de un tercer Estado (efectos *in favorem tertius*), la CPJI en *Ciertos Intereses alemanes en Alta Silesia (Alemania c. Polonia)*, 23/05/1926<sup>6</sup>, sostuvo que un tratado solo crea derechos entre Estados que son partes en él, en el caso de duda, no puede deducirse de él derecho alguno en favor de terceros Estados. La posibilidad de que un tratado internacional genere derecho para terceros Estados ha sido receptada en artículo 36 de la CV69, estableciendo condiciones para el nacimiento de ese derecho. Esas condiciones son: a) Que exista la disposición del Tratado, b) que los Estados partes tengan la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o grupo de ellos, c) que el o los terceros Estados asientan el beneficio concedido (el mismo se presume mientras no haya manifestación en contrario) y, d) que el tercer Estado cumpla

---

<sup>5</sup> El Tribunal Penal para la ex Yugoslavia fue creado por Resolución 837 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el año 1993 para juzgar los graves crímenes ocurridos en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1° de enero de 1991.

<sup>6</sup> *Ciertos intereses alemanes en Alta Silesia (Alemania c. Polonia)*. CPJI. Sentencia del 23 de mayo de 1926 CPJI Serie A N° 7 (1926).

las condiciones que para el ejercicio del derecho se estipulan en el Tratado o por acuerdo posterior. En igual sentido la CV86 se refiere a la posibilidad de que se origine un derecho para una tercera O.I. o grupo de O.I. a la cual pertenezcan, o bien a todas las O.I.

El artículo 36 de la CV69 da recepción normativa a la solución dada por la CPJI en la cuestión *Zonas Francas en Alta Saboya y del Distrito de Gex*, donde la CPJI manifestó: *“No cabe presumir a la ligera que las estipulaciones favorables a un tercer Estado se han adoptado con el objeto de crear a su favor un verdadero derecho. Nada impide, sin embargo, que la voluntad de los Estados soberanos tenga ese objeto y ese efecto. La existencia de un derecho adquirido en virtud de un instrumento concertado entre otros Estados, es pues una cuestión que ha de decidirse en el caso particular: habrá de determinarse si los Estados que han estipulado en favor de un tercer Estado se han propuesto crear en su favor un verdadero derecho, que este último ha aceptado como tal”*.

A diferencia de los tratados que generan una obligación para el tercer Estado, el asentimiento de un derecho por un tercer Estado (o una tercera organización internacional) no necesita ser expreso o por escrito, sino que se presume, mientras no haya manifestación en contrario. Además, la fuente jurídica del derecho del tercer Estado no emana del acuerdo colateral como en el caso de las obligaciones, sino del tratado del que deriva. Se advierte entonces que el derecho existe desde que el tratado se lo concede y el tercer Estado tiene la opción de hacer uso de ese derecho o renunciar al mismo.

Existen ejemplos de tratados que crean derechos para terceros Estados, como el caso del artículo 35 de la Carta de Naciones Unidas, el que estipula que quienes no son miembros de las N.U. podrán llevar cualquier controversia a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General bajo dos condiciones: a) que sea parte de la controversia, y b) que acepte de antemano en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en la Carta. Del mismo modo, la Corte Internacional de Justicia, otorga el derecho a los Estados no miembros de N.U. o que no forman parte del Estatuto de la Corte a llevar una cuestión a la misma, siempre que se dispongan a aceptar el fallo y colaboren con los costos del proceso<sup>7</sup>.

El artículo 7 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (Uruguay y Argentina), otorga el derecho de libertad de navegación a perpetuidad para

---

<sup>7</sup> Ver. Art. 35 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

los buques de bandera de las Partes y el artículo 11 del mismo le concede ese derecho a todos los buques de países integrantes de la Cuenca del Plata como buques de terceras banderas<sup>8</sup>. Similar derecho genera para terceros Estados el Tratado de Límites entre la República Argentina y la República de Chile de 1881, cuyo artículo 5 dispone que “*El Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada la libre navegación para las banderas de todas las Naciones*”.

El párrafo 2 del art. 36 (CV69) dispone que un Estado beneficiario de un derecho debe, al ejercer el derecho, cumplir con las condiciones que para el ejercicio de ese derecho estén prescritas en el Tratado o se establezcan conforme a éste. Situación esta que fue desarrollada en el Tercer Informe sobre derecho de los tratados en Anuario de la CDI del año 1964 (Informe del Relator Especial Sir H. Waldock), en cuanto que para exigir el goce de un derecho es necesario cumplir con las obligaciones relacionadas que impone su ejercicio.

Para el tercer Estado que ejerce un derecho conferido por un tratado, el hecho de cumplir las condiciones establecidas para su ejercicio no lo coloca en la misma posición que una parte del tratado con respecto al tratado, pues continúa siendo un tercer Estado. La base jurídica del derecho previsto en un tratado respecto de un tercero no está en principio en un acuerdo colateral, sino en el tratado del cual deriva (Rafael Casado Raigón, 2017)<sup>9</sup>.

El artículo 36. inc.2 (CV69) no solo dispone que el tercer Estado beneficiario debe cumplir con las condiciones que se establezcan para el ejercicio del derecho, sino que también las condiciones que “*se establezcan conforme a este*”. Con esta última frase, la norma se está refiriendo a que las condiciones de ejercicio del derecho pueden también establecerse en instrumentos complementarios (protocolos, reglamentos) o unilateralmente por una de las partes. Esto último es muy común en los casos que se reconoce a terceros el derecho de libre navegación de un río o estrecho, atribuciones propias del estado territorial, el fijar las condiciones para el ejercicio de ese derecho, siempre que estén de conformidad a las obligaciones que le corresponden en virtud del tratado<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 11. “*En las aguas de uso común se permitirá la navegación de buques públicos y privados de los países de la Cuenca del Plata y de mercantes, públicos y privados de terceras banderas, sin perjuicio de los derechos ya otorgados por las Partes en virtud de Tratados vigentes. ...*” (Tratado del Río de La Plata y su frente marítimo, Montevideo 1973).

<sup>9</sup> Ver: CASADO RAIGÓN, Rafael. *Derecho Internacional*, 3º Edición, Tecnos, Madrid, 2017, p.189.

<sup>10</sup> Ver GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Errepar SA., Buenos Aires, 2015, p.183.

La Convención de Viena de 1969 decide brindar protección al derecho adquirido por el tercer Estado en virtud de un tratado, y lo hace poniendo condiciones a posibles decisiones unilaterales de las partes del mismo. El artículo 37 inc. 2 de la CV69, establece la posibilidad de revocación y modificación de ese derecho concedido a un Tercer Estado, pero disponiendo que ese derecho no puede ser revocado o modificado libremente por las partes sin el consentimiento del tercer Estado al menos que conste que se tuvo la intención de que ese derecho no fuera revocable o modificable sin el consentimiento del tercero.

Es decir, se requerirá como regla el consentimiento del tercer Estado para revocar o modificar un derecho en favor de éste, salvo que conste que la intención de las partes fuera revocarlo o modificarlo sin necesidad de ese consentimiento. La regla permite establecer que en caso de silencio o falta de prueba de la intención de las partes sobre la necesidad del consentimiento del tercer Estado, el derecho sería revocable unilateralmente por las partes del tratado.

## V. Supuestos especiales

Presentaremos ahora algunos de los denominados supuestos especiales, no incluidos en los presupuestos de los artículos 35 y 36 de la CV69, como es el caso de un tratado llegar ser obligatorio para terceros Estados por ser el origen de una costumbre internacional, o el principio de autoridad expresamente reconocido en la Carta de las Naciones Unidas, la cláusula de la nación más favorecida y finalmente el establecimiento de regímenes objetivos.

### a) *Tratados como origen de una costumbre*

El artículo 38 de CV69 bajo el título *Tratados como origen de una costumbre*, establece: “*Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal*”.

En este caso no nos encontramos frente a un tratado que tenga efectos en relación a terceros, pues la fuente de obligación para éste será siempre la costumbre internacional. En igual sentido, si un tratado codifica una costumbre ya existente, puede llegar a considerarse como la formulación generalmente acep-

tada de la norma consuetudinaria en cuestión, incluso para los Estados que no sean partes del Tratado.

Este tema fue abordado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Plataforma Continental del Mar del Norte*<sup>11</sup>, donde analizó el método de la equidistancia que contenía el artículo 8 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental, que al mismo tiempo consistía en una norma consuetudinaria. Alemania no era parte de la Convención de Ginebra, por lo que consideró que no le resultaba aplicable el artículo 6 como norma convencional. La Corte contempló el supuesto de que la norma puede estar consagrada en un tratado pero que también esa misma norma podía ser consuetudinaria, sea porque el tratado había “codificado” la costumbre o logrado que la misma se “cristalizara” o porque había influenciado en su posterior adopción, es decir en su “generación”<sup>12</sup>. En el caso, la Corte entendió que la identidad de contenido entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario no existía en el caso del artículo 6 de la Convención de Ginebra pues el principio de la equidistancia no había sido en sus orígenes declaratorio de una norma consuetudinaria ni constitutivo de una norma de ese tipo. Sin embargo, consideró que otros artículos del tratado en cuestión “habían sido considerados como artículos que reflejaban o cristalizaban normas de derecho internacional consuetudinario existentes o a menos emergentes. En este caso, la norma convencional y la consuetudinaria con igual contenido mantienen cada una existencia independiente.

También fue contemplado en el caso de *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*<sup>13</sup>, donde se consideró que la reserva a los tratados multilaterales contenida en la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte hecha por Estados Unidos excluía la aplicabilidad a los tratados multilaterales invocados por Nicaragua, pero no afectaba a las normas de derecho internacional consuetudinario que continuaban siendo aplicables. El hecho de que las normas consuetudinarias invocadas por Nicaragua estuvieran codificadas o

---

<sup>11</sup> *Plataforma Continental del Mar del Norte (RFA c Dinamarca- RFA c/ Países Bajos)*. Sentencia del 20 de febrero de 1969. *CIJ Reports 1969*.

<sup>12</sup> La codificación de la costumbre ocurre cuando un tratado refleja o recepta una norma consuetudinaria de derecho internacional. La cristalización se presenta cuando se consolida una norma consuetudinaria en formación al ser regulada en un tratado. El proceso de generación se da cuando una norma de un tratado se convierte en una norma consuetudinaria. Este último es el contemplado en el Artículo 38 de la CV69.

<sup>13</sup> *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. CIJ Fallo (Fondo) del 27 de junio de 1986.

reflejadas en tratados multilaterales no significa que aquellas dejaran de existir y de ser aplicables como normas consuetudinarias, principios tales como el uso de la fuerza, no intervención, respeto a la independencia e integridad territorial, y libertad de navegación que continuaban siendo obligatorios como partes del derecho internacional consuetudinario.

En síntesis, el artículo 38 del CV69 constituye una cláusula de salvaguardia, la cual solo se refiere a los supuestos en que una norma de un tratado se convierte con posterioridad a su vigencia en una norma consuetudinaria para un tercer Estado.

#### *b) Principio de autoridad de las Naciones Unidas*

El principio de autoridad consiste en un supuesto especial que establece que ciertas disposiciones de la Carta de Naciones Unidas, bajo determinadas circunstancias, resultan obligatorias para Estados no miembros. Tal es el precepto enunciado en el artículo 2.6 de la Carta: “La Organización hará que los Estados que no son Miembros de Naciones Unidas, se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Esta disposición más que una obligación para terceros Estados, constituye un mandato expreso para la propia organización, la cual debe asegurarse que los Estados no miembros actúen de conformidad con los principios de las N.U., cuando ello sea necesario para el mantenimiento de paz y la seguridad internacionales. Se refiere la norma a la extensibilidad de los principios fundamentales del derecho internacional receptado en el artículo 2 de la Carta, y ello opera en determinada circunstancia, prevista en este caso para cuando están en riesgo la paz y la seguridad.

#### *c) La cláusula de nación más favorecida*

La cláusula de nación más favorecida (CNMF), consiste también en uno de supuestos especiales analizados bajo este título, que no constituye una excepción al principio de efecto relativo de los tratados.

Remiro Brotóns<sup>14</sup> conceptualiza este instituto como aquel consistente en una disposición convencional, en virtud de la cual una parte – la concedente – contrae la obligación de otorgar a la otra -la beneficiaria- o a las personas o cosas que guardan con ella una relación, un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación. La fuente de la obligación de otorgar un trato más favorable suelen ser los tratados suscritos por el concedente con terceros Estados, pero el derecho del beneficiario para invocar la CNMF por el tratado del cual es parte y contempla dicha cláusula.

La CIJ en caso *Anglo Iranian Oil Company* (1952)<sup>15</sup> reconoció que, para que el Reino Unido pueda beneficiarse de otro tratado concluido por Irán con un tercer Estado en virtud de la una cláusula de nación más favorecida en un tratado concluido por el Reino Unido con Irán, el Reino Unido debe estar en condiciones de invocar este último tratado. Esa condición surge del tratado que contiene la CNMF y del cual el Reino Unido es parte. Es este tratado el que establece el vínculo entre el Reino Unido y el tratado que Irán celebró con un tercero. Un tratado con un tercero, independientemente y aisladamente del tratado básico no puede producir efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán, *es res inter alios acta*”.

La CNMF no fue incluida en la CV69 pese a que en la misma se han desarrollado ampliamente los efectos en relación a los terceros Estados. La propia CDI en su sesión de 1964 decidió no incluirla por considerar que la misma no estaba madura para su codificación. Cláusulas de esta naturaleza suelen encontrarse en los tratados de comercio, de integración económica, de protección de inversiones entre otros. La CNMF resulta prioritaria en los instrumentos constitutivos de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el sentido que, si se concede a un país una ventaja especial, por ejemplo, reducción de aranceles a la importación o beneficios con igual efecto, de debe hacer extensivo con todos los demás miembros de la OMC, dejando a salvo las excepciones establecidas<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional. Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 366.

<sup>15</sup> *Anglo - Iranian Oil Company* (excepción preliminar) sentencia de 22 de julio de 1952. *CIJ Reports 1952*.

<sup>16</sup> Tanto el GATT como los acuerdos OMC, reconocen que excepciones al principio de la CNMF, en cuanto los beneficios concedidos por un Estado miembro a otro, no resultaran extensibles cuando los mismos se conceden dentro de un proceso de integración (zona de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes).

En definitiva, el mecanismo contenido en el artículo 36 de la CV69 no debe ser confundido con la CNMF. La diferencia consiste en que mientras la norma de la CV69 contempla las condiciones bajo las cuales un tercer Estado puede beneficiarse de derechos conferidos a él por las partes de un tratado, en la CNMF las partes del tratado se benefician de derechos que una de ellas ha conferido a un tercer estado.

*d) El establecimiento de regímenes objetivos*

Esta situación especial se refiere a tratados que establecen “regímenes objetivos”, para determinadas zonas o territorios y por lo general tienen como objeto declarar la neutralización de una zona, la desmilitarización de determinados territorios, e incluimos aquí, aquellos que establecen la libertad de navegación. Los terceros Estados, deberán someterse a los “regímenes objetivos” cuando se encuentren bajo situación regulada por esos tratados, no pudiendo objetar los mismos porque fueron previamente acordados por los Estados partes y con facultades para establecer dicho régimen.

Un ejemplo del establecimiento de este tipo de régimen lo constituye el artículo 1 del Tratado Antártico que dispone: “*La Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos. Se prohíbe entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares, así como ensayo de toda clase de armas*” Los Estados partes del tratado, ya por haber sido reclamantes de soberanía en el territorio o por contar con presencia en el mismo, se encontraban al momento de su celebración facultados para establecer este régimen objetivo en el continente antártico y por ello no puede ser impugnado por un tercer Estado.

La CDI no incluyó esta situación en el proyecto de artículos sobre derecho de los tratados, porque estimó que las normas de los artículos 35 y 36 de la CV69 como el artículo 38 sobre normas tratados que llegan a ser obligatorios a terceros en virtud de una norma consuetudinaria, eran suficientes para fundamentar la existencia de un régimen objetivo. A la vez que los regímenes objetivos solo pueden afectar a terceros con la aceptación expresa o el asentimiento.

## VI. Conclusiones

La Convención de Viena de 1969 ha normado las condiciones para que un tercer Estado pueda asumir obligaciones o gozar de un derecho establecido en un tratado. Dado que los Estados partes de un tratado no pueden crear una obligación para un tercero sin que este se pronuncie, es requisito el consentimiento expreso y escrito de ese tercer Estado en virtud del principio de respeto a la soberanía. Este consentimiento para asumir obligaciones no se presume, debe ser expreso y como consecuencia, el tercer Estado se verá obligado a hacer o no hacer algo para facilitar el cumplimiento de lo estipulado en el tratado.

Distinto es el caso de la generación de derechos en que el consentimiento del tercer Estado puede ser tácito, si de su comportamiento no se deduce que se oponga al disfrute de ese derecho. De todas maneras, el derecho existe porque las partes del tratado así lo han establecido independientemente de que el tercer Estado lo haya aceptado expresa o tácitamente.

Por otra parte, el tercer Estado se verá obligado a cumplir con determinadas condiciones establecidas en el tratado que le permitan disfrutar de ese derecho. Puede ocurrir que, para el disfrute de ese derecho, el tercer Estado deba colaborar al cumplimiento con alguno de los fines de tratado o simplemente no entorpecer el funcionamiento del tratado.

En cuanto a la modificación o revocación de la obligación es necesario el consentimiento de las partes del tratado como del tercer Estado. Recordemos que el tercer Estado no es parte del tratado. Puede darse el caso de que el tercer Estado no esté conforme con la modificación de la obligación establecida originalmente, y por lo tanto debe prestar su consentimiento o no para saber si está dispuesto a obligarse nuevamente después de la modificación. Interpretamos que, si no acepta la obligación modificada, ya no estará obligado a cumplir con la obligación previamente asumida.

Por su parte, la modificación o revocación de un derecho, cuenta con una regulación diferente en el CV69. El derecho no puede ser modificado o revocado si las partes tuvieron la intención de que ese derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado. Es decir, si el derecho se creó con la intención de que no sea revocable ni modificable se requiere el consentimiento del tercer Estado para que esto ocurra. La CV69 no contempla la situación en que la revocación o modificación del derecho resulte consagrada en el texto del tratado, por lo que no puede ser revocado o modificado sin el consentimiento del tercer Estado.

## LA AGRESIÓN EN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

*Aggression in the law of treaties*

LUCIANO PEZZANO\*

**Resumen:** El propósito de este artículo es analizar las disposiciones específicas para el caso de la agresión contenidas en el Art. 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y en el Art. 15 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Efectos de los Conflictos Armados en los Tratados, su interpretación y posible aplicación. Asimismo, y teniendo en cuenta que la agresión es el único crimen internacional que tiene sus consecuencias propias en este contexto, el análisis nos permitirá algunas reflexiones sobre el carácter singular de la agresión y su prohibición en el derecho internacional.

**Palabras-clave:** Agresión - Derecho de los tratados - Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados - Proyecto de artículos sobre Efectos de los conflictos armados en los tratados.

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the specific provisions for the case of aggression contained in Article 75 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Article 15 of the Draft Articles of the International Law Commission on the Effects of Armed Conflicts in the Treaties, their interpretation and possible application. Likewise, and considering that aggression is

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Becario postdoctoral CONICET/CIJS-UNC. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales/UCES San Francisco). Profesor Ayudante "A" de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

the only international crime that has its own consequences in this context, the analysis will allow some reflections on the unique nature of aggression and its prohibition in international law.

**Keywords:** Aggression - Law of treaties - Vienna Convention on the Law of Treaties - Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts in the Treaties.

**Sumario:** I. Introducción. II. El Art. 75 de la Convención de Viena; 1. Historia de la norma; 2. Interpretación de la norma; 2.1. La agresión cometida por un Estado; 2.2. La adopción de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a esa agresión; 2.3. La existencia de una obligación “con relación” a un tratado como consecuencia de esas medidas; 2.4. Consecuencias jurídicas; 3. Fundamento de la norma; 4. La norma en la práctica. III. El Art. 15 del Proyecto de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados; 1. Historia de la disposición; 2. Interpretación de la disposición; 2.1. El acto de agresión; 2.2. El conflicto armado resultante de esa agresión; 2.3. Consecuencias jurídicas; 3. Fundamento de la disposición. IV. Consideraciones finales: la singularidad de la agresión en el derecho de los tratados.

## I. Introducción

La agresión es tan grave que produce efectos sobre la totalidad del ordenamiento jurídico internacional. Aunque sus consecuencias jurídicas más directas puedan apreciarse en las normas sobre responsabilidad internacional -tanto respecto de los Estados como de los individuos, en un fenómeno que la Corte Internacional de Justicia ha denominado “dualidad de responsabilidades”<sup>1</sup> y en la activación del sistema de seguridad colectiva en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, otras áreas del derecho internacional también revelan consecuencias específicas en caso de agresión<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CIJ: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 173.

<sup>2</sup> Por ejemplo, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho económico internacional.

El derecho de los tratados no es la excepción, dado que tanto las Convenciones de Viena como el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre Efectos de los Conflictos Armados en los Tratados (en adelante, “el Proyecto de 2011”) contienen disposiciones específicas para el caso de la agresión. El propósito de este artículo es, entonces, analizar dichas disposiciones, su interpretación y posible aplicación. Asimismo, y teniendo en cuenta que la agresión es el único crimen internacional<sup>3</sup> que tiene su propio tratamiento en este contexto, el análisis nos permitirá algunas reflexiones sobre el carácter singular de la agresión y su prohibición en el derecho internacional.

## II. El Art.75 de la Convención de Viena

El Art. 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, titulado “Caso de un Estado agresor”, establece: *“Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado”*<sup>4</sup>.

Esta disposición es de compleja historia, difícil interpretación y casi nula aplicación, pero las tres cuestiones resultan muy ricas para el análisis. Indagar sobre su fundamento permitirá nuestras reflexiones acerca de la singularidad de la agresión

---

<sup>3</sup> Usamos la expresión “crimen internacional” en un sentido amplio, comprensivo tanto del acto estatal, entendido como violación grave una obligación emanada de una norma imperativa, como de la conducta individual, un crimen según el derecho internacional, en virtud de los Arts. 5 y 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>4</sup> En un texto casi idéntico, el Art. 76 de la Convención de Viena de 1986 dispone: *“Las disposiciones de la presente convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse con relación a un tratado entre uno o más Estados y una o más organizaciones internacionales para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión cometida por ese Estado”*. Aunque nuestro análisis se centrará en la Convención de 1969, nuestras consideraciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, a ambas.

## II.1. Historia de la norma

Los Relatores Especiales de la CDI no habían planteado la necesidad de ninguna disposición específica con relación a la agresión, pero la cuestión surgió en 1964 durante la discusión del tercer informe del Relator Waldock<sup>5</sup>, con relación al por entonces proyecto de Art.62 (Tratados que prevén obligaciones o derechos de terceros Estados). En esa oportunidad, Lachs consideró que los intereses de la paz y la seguridad internacional pueden exigir la adopción de ciertas medidas contra un Estado agresor, a fin de prevenir la agresión. Ese resultado podía lograrse, sostuvo, imponiendo ciertas obligaciones a un Estado culpable de guerra de agresión y estableciendo principios para salvaguardar la paz en el futuro. Así, recordó que al final de la segunda guerra mundial se impusieron ciertas medidas a los Estados agresores y no se solicitó que diesen su consentimiento<sup>6</sup>. Tunkin estuvo de acuerdo con la opinión, y expresó que, por ejemplo, los acuerdos sobre Alemania firmados por las Potencias Aliadas al final de la segunda guerra mundial obligaban indudablemente a los dos Estados sucesores que existían por entonces en Alemania, y que esa obligación se basaba en la responsabilidad de los Estados: los tratados relativos a Alemania eran obligatorios debido a la responsabilidad internacional en que incurrió este país por haber hecho una guerra de agresión. se le impusieron estos tratados como sanción por la agresión<sup>7</sup>.

Waldock, por su parte, consideró que el problema del Estado agresor podía plantearse en relación con otras cuestiones y tal vez fuera preferible dejarlo aparte, para examinarlo separadamente<sup>8</sup>, pero Lachs y Tunkin insistieron en que debía incluirse en el Art. 62<sup>9</sup>. Ello dio lugar a un intercambio en el que participó el Presidente Ago, quien sostuvo que un tratado impuesto a un Estado agresor es un tratado concertado con ese Estado, que no es un tercer Estado. Es cierto que el consentimiento del Estado agresor es forzado y quizá también los términos del tratado hayan sido negociados de antemano entre las demás partes; sin embargo, es un hecho que el tratado se concluye con el Estado agresor. Agregó

<sup>5</sup> *Cuarto informe sobre el derecho de los tratados*, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, documento A/CN.4/167, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1964*, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1965, p. 3 y ss.

<sup>6</sup> CDI: *Acta resumida de la 734ª sesión*, párr. 46, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1964*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York, 1965, p. 74.

<sup>7</sup> *Ibidem*, párr. 53.

<sup>8</sup> CDI. *Acta resumida de la 735ª sesión*, párr. 45, en CDI: *Anuario... 1964*, Vol. I cit., p. 81.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 60 y 62.

que sería un error que la CDI prejuzgara la cuestión de la responsabilidad del Estado<sup>10</sup>. Tanto Lachs como Tunkin replicaron señalando que no se habían referido a un tratado de paz impuesto al agresor, sino a un instrumento en el cual, por el motivo que fuera, el Estado agresor no hubiera sido invitado a ser parte, pero que igualmente se le aplicaba<sup>11</sup>. Waldock consideró que la situación descrita por el presidente estaba prevista en el Art. 36 del proyecto<sup>12</sup>, que disponía la nulidad de todo tratado obtenido “por la amenaza o el uso de la fuerza con violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”; un tratado impuesto a un Estado agresor no constituiría tal violación<sup>13</sup>. Jiménez de Aréchaga propuso continuar la discusión por fuera del Art. 62, lo que fue aprobado, pero al retomarla, consideró que la inclusión de un artículo especial relativo a los tratados impuestos a los Estados agresores plantearía más problemas de los que pudiera resolver, porque no puede separarse de otros problemas de derecho internacional, como la responsabilidad de los Estados y la de los límites de la acción legítima contra la agresión, tanto en forma de aplicación de sanciones por una organización internacional como en la de la legítima defensa. Consideró también que lo ocurrido al final de la segunda guerra mundial, que fue legítimo entonces, pudiera no constituir una acción apropiada contra futuras agresiones con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas<sup>14</sup>. Waldock, por su parte, también tuvo un enfoque cauto al considerar que la CDI se adentraría en un terreno bastante delicado si emprendiese el estudio de esa cuestión, que complicaría innecesariamente el proyecto<sup>15</sup>, pero Lachs y Tunkin insistieron, proponiendo este último que el tema continuara discutiéndose, lo que se aprobó<sup>16</sup>.

La discusión se retomó en 1966. Comentando el texto del por entonces Art. 59 (Tratados que prevén obligaciones para terceros Estados), Waldock se refirió al planteo que hicieron los gobiernos de Hungría, la Unión Soviética, los Estados Unidos y Ucrania<sup>17</sup>, de que se insertara en el texto del artículo una reserva res-

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr. 64.

<sup>11</sup> *Ibidem*, párr. 65 y 70.

<sup>12</sup> Disposición que luego daría lugar al Art. 52 de la Convención.

<sup>13</sup> CDI: *Acta resumida de la 735ª sesión*, párr. 67, en CDI: *Anuario...* 1964, Vol. I cit., p. 83.

<sup>14</sup> CDI: *Acta resumida de la 740ª sesión*, párr. 21-22, en CDI: *Anuario...* 1964, Vol. I cit., p. 112.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párr. 36.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 37.

<sup>17</sup> *Sexto informe sobre el derecho de los tratados*, por Sir Humphrey Waldock, Relator Especial, documento A/CN.4/186, en CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Interna-*

pecto de la imposición de una obligación a un agresor, y redactó un nuevo párrafo al efecto: “Lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 58 no impedirá que una disposición de un tratado obligue a un Estado agresor que no sea parte en él sin el consentimiento de tal Estado, si esa disposición le ha sido impuesta de conformidad con el derecho de la responsabilidad de los Estados y con los principios de la Carta de las Naciones Unidas”. Consideró, por apartarse de un principio importantísimo, indispensable expresar la cláusula en términos muy estrictos a fin de limitar su aplicación a los casos en que la imposición de obligaciones a un Estado agresor se efectúe de conformidad con la Carta<sup>18</sup>.

Varios miembros se opusieron a la inclusión del párrafo por considerar que era ajeno al derecho de los tratados, y que trataba sobre una cuestión de responsabilidad. Así lo plantearon Paredes<sup>19</sup>, Castrén<sup>20</sup> y De Luna, quien además consideró que la situación se funda no en el tratado mismo sino en otras normas de derecho internacional como la Carta de las Naciones Unidas o el principio *pax est servanda*, que es una norma de *jus cogens*<sup>21</sup>.

Tunkin, por su parte, estuvo de acuerdo con que la cuestión se basaba en las normas sobre responsabilidad, pero consideró que tenía una repercusión directa sobre el derecho de los tratados e imponía una excepción a la regla del Art.59, que podría ser utilizada por un Estado agresor para rechazar sus obligaciones pretendiendo que son *res inter alios acta*, y comentó que tratadistas y el gobierno de Alemania occidental ya afirmaban que los tratados concertados por los Aliados al final de la segunda guerra mundial no surtían efecto para Alemania, que no fue parte en ellos<sup>22</sup>.

Compartiendo este argumento, Lachs distinguió tres clases de acuerdos internacionales sobre la situación que sigue a una guerra: la primera comprende los acuerdos en los que las Potencias victoriosas obran como vencedores y en el ejercicio de la autoridad suprema en el territorio del Estado agresor por falta de un gobierno en dicho Estado (acuerdo de Potsdam); la segunda es el instrumento concertado por las Potencias victoriosas en el que el agresor derrotado

---

*cional* 1966, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1967, p. 74.

<sup>18</sup> CDI: *Acta resumida de la 852ª sesión*, párr. 57-58, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, Vol. I (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York, 1967, p. 61.

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 33.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párr. 63.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párr. 59.

<sup>22</sup> *Ibidem*, párr. 69.

no es parte (acuerdo de Londres de 1945 sobre el castigo de los criminales de guerra), y la tercera son los instrumentos en cuya preparación participa el Estado agresor, que además lo firma y lo ratifica, pero cuya entrada en vigor es independiente de su voluntad (tratados de paz de París de 1947). Concluyó que los tratados de estas tres clases son acuerdos internacionales válidos que fueron y siguen siendo obligatorios para el Estado agresor<sup>23</sup>.

Rosenne, a favor de la cláusula, propuso que se suprimiera la referencia a la responsabilidad internacional, porque no estaba convencido de ese fundamento, dejando la referencia a la Carta de las Naciones Unidas<sup>24</sup>.

También a favor, el presidente Yasseen, consideró que, si bien el origen de la obligación del agresor no es el tratado, la cuestión había sido planteada por varios gobiernos, y, además, la agresión es uno de los problemas más graves de la vida internacional y las Naciones Unidas, una de cuyas funciones es garantizar la seguridad de los países, no deben escatimar esfuerzos para prevenir los actos de agresión<sup>25</sup>.

Bartoš opinó que la cuestión era ajena al derecho de los tratados, porque la finalidad de las medidas adoptadas por la colectividad internacional es poner término a la agresión y obligar al agresor a reparar los daños; estas medidas no tienen carácter de tratado ni imponen obligaciones contractuales. Los acuerdos posteriores a la segunda guerra mundial no crearon obligaciones contractuales para los Estados que habían sido enemigos y el Art. 107 de la Carta los considera no como tratados sino como “acción ejercida o autorizada”<sup>26</sup>.

En similar línea se manifestó Jiménez de Aréchaga, al indicar que en caso de agresión corresponde actuar a las Naciones Unidas en virtud de la Carta, y el problema ya no corresponde al derecho de los tratados sino al de las organizaciones internacionales. Los efectos jurídicos de la acción contra el agresor estarían cubiertos por el Art. 103 de la Carta, y no habría necesidad de incluirlos en el proyecto. Agregó que la fórmula propuesta podía dar la impresión de que el agresor, al cometer un acto de agresión, quedaría privado de toda protección jurídica y se convertiría en una especie de *alien juris* al que podrá imponerse cualquier obligación o deber sin que para ello sea necesario su consentimiento. Además, opinó que el texto sugerido era vago respecto del Estado beneficiario

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 72-73.

<sup>24</sup> *Ibidem*, párr. 81.

<sup>25</sup> *Ibidem*, párr. 85-86.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 92-93.

autorizado para imponer obligaciones a un agresor sin su consentimiento: cabe concebir que las Naciones Unidas impongan condiciones a un agresor conforme a las disposiciones de la Carta durante la fase inicial de restablecimiento de la paz, pero esto es muy distinto de conceder ese derecho en el caso de coaliciones rivales de Estados, y los resultados del conflicto determinarían las condiciones que habían de imponer los vencedores<sup>27</sup>.

Esto último fue compartido por De Castrén, quien no negó que pudieran imponerse determinadas disposiciones contractuales a un agresor, pero todo dependía del contenido y del alcance de esas disposiciones, puesto que no podía darse carta blanca a un Estado víctima de una agresión para que tratara con el Estado agresor y mucho menos, a otros Estados<sup>28</sup>.

Por su parte, El-Erian consideró que la propuesta daba la oportunidad de regular un aspecto de las consecuencias jurídicas de la agresión<sup>29</sup>.

Respondiendo a algunos argumentos, Tunkin consideró que el problema era crucial porque en el derecho internacional moderno un Estado agresor no se encuentra en la misma posición que en otros tiempos y la consecuencia de ello en el derecho de los tratados es que los instrumentos impuestos a un Estado agresor, que constituyen una excepción al principio establecido en el Art. 59, no requieren el consentimiento de dicho Estado para ser válidos. Los tratados relativos a un Estado agresor pueden imponer a éste sanciones y afectar a sus derechos y obligaciones, pero con todo serán válidos, puesto que el derecho internacional moderno es cada vez más riguroso contra toda violación de la paz, y ello debe reflejarse en el proyecto. Sostuvo que, en el derecho internacional contemporáneo, el agresor no se encuentra en el mismo plano que su víctima: el Estado culpable de iniciar una guerra realiza actos ilícitos mientras que la víctima recurre a la fuerza legítimamente. Al terminar la guerra, los Estados que han participado en la resistencia a la agresión están facultados para imponer condiciones al agresor, y éste es el elemento que pertenece al derecho de los tratados<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> CDI: *Acta resumida de la 853ª sesión*, párr. 6-12, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), pp. 65-66.

<sup>28</sup> CDI: *Acta resumida de la 854ª sesión*, párr. 3, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 73.

<sup>29</sup> CDI: *Acta resumida de la 853ª sesión*, párr. 22-23, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 66.

<sup>30</sup> *Ibidem*, párr. 26-30.

Jiménez de Aréchaga replicó que el antiguo sistema de imponer un tratado de paz en una mesa de conferencias ha sido sustituido por los métodos de la Carta de las Naciones Unidas. En el período de lucha contra la agresión, el Consejo de Seguridad puede recurrir a tratados, pero la fuerza obligatoria de tales acuerdos no proviene de ninguna norma del derecho de los tratados sino de lo dispuesto en la Carta<sup>31</sup>.

Ago compartió que en el derecho internacional contemporáneo no puede seguir considerándose al Estado agresor en pie de igualdad con los demás Estados. Del Art.36 del proyecto se desprende que la coacción invalida el consentimiento únicamente en el caso de que el Estado que la haya sufrido no sea el agresor, y que todo tratado impuesto al agresor es perfectamente válido, aunque en él se prescindiera de la voluntad del Estado al cual ha sido impuesto. Puede ocurrir que el Estado agresor que haya perdido la guerra ya no tenga un gobierno capaz de comprometerse o incluso que se niegue a firmar el tratado, pero sería erróneo pensar que el tratado impondría entonces obligaciones al Estado vencido en tanto que tercer Estado. En ese caso no se restablecería la paz y podrían imponerse obligaciones al Estado recalcitrante basándose en la responsabilidad o en la coacción de la guerra, pero no basándose en el tratado. Sólo cuando el Estado vencido dé su consentimiento podrá el tratado como tal imponer obligaciones al Estado agresor en tanto que parte y no como tercer Estado, por lo que rechazó la cláusula<sup>32</sup>.

En vista del debate, se remitió la cláusula al Comité de Redacción, que resolvió no incluir esa cláusula en el Art. 59, sino preparar el texto de un artículo general que tratara por separado del problema de los tratados impuestos a un Estado agresor<sup>33</sup>: “*Lo dispuesto en los presentes artículos no podrá ser alegado por ningún Estado agresor como causa que le impida obligarse por un tratado o por una disposición de un tratado que de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas esté obligado a aceptar como consecuencia de su agresión*”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, párr. 39.

<sup>32</sup> *Ibidem*, párr. 42-46.

<sup>33</sup> CDI: *Acta resumida de la 867ª sesión*, párr. 27, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 173.

<sup>34</sup> CDI: *Acta resumida de la 869ª sesión*, párr. 3, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 182.

De Castrén consideró que la disposición era excesiva y desmesurada, incluso en el caso de un Estado agresor<sup>35</sup>. Fue la misma opinión de Jiménez de Aréchaga, quien consideró demasiado riguroso declarar fuera de la ley permanentemente a esos Estados y negarles toda la protección que siempre se ha reconocido en virtud del derecho consuetudinario con respecto a los tratados de paz<sup>36</sup>.

Yasseen, por su parte, expresó que la inclusión de dicha reserva en el proyecto puede contribuir a fortalecer aún más las medidas adoptadas contra los Estados agresores<sup>37</sup>.

Ante la falta de acuerdo, se remitió nuevamente al Comité de Redacción<sup>38</sup>, que preparó el nuevo artículo Z: “*Reserva relativa al caso de un Estado agresor. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de ninguna obligación que en relación con un tratado pueda originarse para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de ese Estado*”. Al presentarlo, Briggs aclaró que la disposición es general y no precisa si el Estado agresor es o no parte en el tratado por el que se crea la obligación<sup>39</sup>.

Jiménez de Aréchaga consideró que el texto tenía en cuenta que la imposición de un tratado puede ser una de las medidas que se adopten contra la agresión y exigía que esas medidas sean conforme a la Carta<sup>40</sup>.

Ruda criticó el uso de la palabra “reserva” y consideró que sería preferible suprimir ese término y reducir el título a “Caso de un Estado agresor”<sup>41</sup>.

Tunkin consideró que el texto resolvía el problema de que el Estado agresor podría invocar algunas disposiciones del proyecto para sostener que las obligaciones que se le impusieran violaban sus disposiciones. Las obligaciones impuestas por un tratado, en el que un Estado agresor puede ser parte o no, serán válidas porque estarán en conformidad con la Carta, y en el proyecto no hay nada que permita a un Estado negarse a cumplirlas<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, párr. 10-11.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, párr. 15.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, párr. 38-39.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, párr. 51.

<sup>39</sup> CDI: *Acta resumida de la 876ª sesión*, párr. 65-66, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 226.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, párr. 68.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, párr. 72.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, párr. 78.

Waldock sostuvo que la finalidad del artículo era evitar la interpretación de mala fe de las disposiciones del proyecto por un Estado agresor que trate de eludir las obligaciones que legítimamente se le hayan impuesto de conformidad con la Carta<sup>43</sup>.

Finalmente, por 10 votos contra 2 y 2 abstenciones, quedó aprobado el artículo<sup>44</sup> –que luego se numeraría como 70–, pero se siguió discutiendo en qué parte del proyecto se lo incluiría. Tunkin propuso incluirlo como único artículo de la parte VI, cuyo título sería “Caso de un Estado agresor” y el del artículo “Aplicación de los presentes artículos con respecto a un Estado agresor”, y sostuvo que no se podía exagerar la importancia de un artículo relativo al caso de un Estado agresor, dadas las graves consecuencias del problema en general<sup>45</sup>.

Waldock opinó que esa fórmula no era admisible porque algunos miembros estimaban muy importante que no se considerara a un Estado agresor como totalmente fuera de la ley por lo que se refiere al derecho de los tratados<sup>46</sup>. La discusión se terminó zanjando al agregarse otro artículo, el actual Art. 73, que llevó a renombrar la parte VI como “Disposiciones diversas” y al Art. 70 como “caso de un estado agresor”<sup>47</sup>.

De los debates de la CDI surge que la oposición al artículo radicaba en la convicción de varios miembros de que jurídicamente pertenecía al ámbito de la responsabilidad estatal o a la Carta de las Naciones Unidas, y no al derecho de los tratados<sup>48</sup>, pero no había mayores desacuerdos sobre la cuestión de principio. La crítica que nos parece acertada, y sobre la que volveremos, es la que señaló que no podría interpretarse la disposición en el sentido de dar carta blanca a la víctima de la agresión o sus aliados para imponer cualquier tratado al agresor, sino que ello debe ser consecuencia de las medidas tomadas de conformidad con la Carta. Por otro lado, la posición más favorable a la adopción de la cláusula y, no obstante, la necesidad de legitimar lo actuado tras la segunda guerra mundial –a lo que de todos modos la Convención no es aplicable–, evidencia que la

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, párr. 79.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>45</sup> CDI: *Acta resumida de la 887ª sesión*, párr. 95, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 292.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párr. 96.

<sup>47</sup> CDI: *Acta resumida de la 893ª sesión*, en CDI: *Anuario... 1966*, Vol. I (segunda parte), p. 341.

<sup>48</sup> FITZMAURICE, Malgosia. “Third Parties and the Law of Treaties”, *Max Planck United Nations Juridical Yearbook*, Vol. 6 (2002), pp. 37-137, p. 63.

idea central subyacente es la gravedad de la agresión, sobre lo cual también volveremos.

En la Conferencia de Viena, el Comité Plenario tuvo ante sí dos enmiendas al Art. 70, presentadas por Japón y Tailandia. Al presentarla, el representante de Japón consideró que el alcance del artículo era simultáneamente muy estrecho, puesto que trataba solamente con casos de agresión y no con otras violaciones graves de la Carta, y muy amplio, porque las “medidas tomadas de conformidad con la Carta”, podían ser interpretadas como incluyendo medidas unilaterales de un Estado. Por eso, la enmienda proponía que el artículo tratara con las obligaciones que surgieran para los Estados en general, y no solamente para un Estado agresor, como consecuencia de una decisión vinculante del Consejo de Seguridad<sup>49</sup>. Por su parte, el representante de Tailandia proponía, eliminar las referencias a la agresión del artículo, en aras de la dificultad para definirla<sup>50</sup>.

Ambas enmiendas encontraron mucha oposición. El representante de Ucrania las consideró carentes de justificación política, jurídica y moral, y las consideró una defensa de la agresión<sup>51</sup>. El representante del Congo, además, manifestó que la enmienda japonesa podría infringir el derecho de legítima defensa, reconocido en la Carta<sup>52</sup>. El representante soviético, apelando a la condición de su país como víctima de la agresión, consideró que las enmiendas transformaban la cuestión de las medidas tomadas contra un agresor en una bien diferente, que podía no tener ninguna relación con la agresión; así, sostuvo, que las enmiendas reducirían el alcance del artículo a la nada. Pero, agregó, el artículo estaba íntimamente ligado con las disposiciones relativas a los terceros Estados y la coacción, que ya se había adoptado, y que el Art.31 –actual Art.35– no se aplicaría a un agresor, y que el Art. 49 –actual Art. 52– no cubría el recurso legítimo a la fuerza contra un agresor; de otra manera, sostuvo, se estaría poniendo en pie de igualdad un tratado de paz impuesto por un agresor a la víctima de la agresión que un tratado impuesto al agresor luego de su derrota. Expresó que la guerra de agresión era el crimen internacional más grave y que el artículo era

---

<sup>49</sup> UNCLOT: *Summary record of the 76th meeting of the Committee of the Whole*, documento A/CONF.39/C.1/SR.76, párr. 34, en *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole)*, Vol. I, p. 453.

<sup>50</sup> *Ibidem*, párr. 35.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 36-40.

<sup>52</sup> *Ibidem*, párr. 43.

completamente consistente con los principios fundamentales de la Carta y del derecho internacional contemporáneo<sup>53</sup>. En la misma línea, el representante de Polonia sostuvo que la agresión era el mayor crimen internacional y el artículo era necesario para asegurar las medidas que previnieran que el agresor continuara representando un peligro. Agregó que las enmiendas reiteraban cuestiones resueltas por la Carta y no subrayaban el caso de un Estado agresor, para quien podrían surgir ciertas obligaciones posteriores a que su agresión fuera terminada<sup>54</sup>. El representante del Iraq expresó que, en virtud del sistema jurídico internacional vigente, la agresión constituye el crimen supremo y que, en consecuencia, debía estar expresamente mencionada en la convención<sup>55</sup>.

También se opusieron los representantes de Cuba<sup>56</sup>, la República Democrática del Congo<sup>57</sup>, Bulgaria<sup>58</sup>, Siria<sup>59</sup>, Rumania<sup>60</sup>, Egipto<sup>61</sup> y Kenia<sup>62</sup>.

El representante de Alemania Occidental opinó que no había necesidad de incluir una disposición como el Art.70, pero tampoco nada impedía que se mantuviera, si su sentido quedaba absolutamente claro. Consideró que el texto no era satisfactorio, y que era peligroso el uso de términos como “agresor” y “agresión”, pero dado que el artículo se refería a la Carta, opinaba que tenían que interpretarse a la luz del Capítulo VII, relativo a decisiones vinculantes del Consejo de Seguridad. En ese sentido, consideró que las enmiendas eran más claras que el proyecto de artículo, pero no objetaría que el texto se mantuviera, sujeto a la interpretación que proponía<sup>63</sup>.

El representante del Reino Unido manifestó sus dudas acerca de la necesidad de la disposición, puesto que entendía cubierta la cuestión por el Art. 103 de la Carta, pero en todo caso, las palabras “agresión” y “agresor” debían ser interpretadas a la luz del Art. 39 de la Carta, que faculta al Consejo de Seguridad a determinar la existencia de todo acto de agresión, hacer recomendaciones y

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, párr. 54-59.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 62-63.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 76.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 41.

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 51-52.

<sup>58</sup> *Ibidem*, párr. 53.

<sup>59</sup> *Ibidem*, párr. 65.

<sup>60</sup> *Ibidem*, párr. 66.

<sup>61</sup> *Ibidem*, párr. 67.

<sup>62</sup> *Ibidem*, párr. 74-75.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 44-46.

decidir qué medidas deben ser tomadas. Aunque notó con interés las enmiendas, anunció que se abstendría de votar<sup>64</sup>, posición que también siguió el representante de Canadá<sup>65</sup>.

El representante de Suiza consideró que el artículo parecía fuera de lugar en una convención sobre derecho de los tratados, y que las consecuencias de las medidas tomadas en virtud de la Carta en caso de agresión afectaban muchas otras esferas. Además, la redacción era ambigua, porque tales medidas podían incluir tanto las decisiones del Consejo de Seguridad como la legítima defensa individual o colectiva, y esto último podía implicar un peligro. Por eso estuvo a favor de suprimir el artículo o cambiar su redacción, apoyando la enmienda japonesa<sup>66</sup>. El representante de Australia ejemplificó esta misma posición distinguiendo entre dos casos: en el primero, un Estado había cometido una agresión contra otro y el Consejo de Seguridad había tomado una decisión vinculante de aplicar medidas contra el agresor; un tratado de paz podría seguirse y en tal caso el Art. 70 correctamente dispondría que la convención no contendría nada perjudicial para cualquier obligación emergente de tal tratado; en el segundo, un Estado realizaba un ataque armado contra otro y este último, fuera solo o en acuerdo con otros, adoptaba medidas de conformidad con la Carta. ¿Se aplicaría en este caso el artículo? Su redacción, opinó, confundía ambas situaciones, y debía mejorarse, teniendo en cuenta la enmienda japonesa, que limitaba el alcance al primer caso<sup>67</sup>.

El representante de Japón respondió a las críticas diciendo que el alcance de su enmienda había sido malinterpretado y que esta tenía por objeto no solamente condenar a los agresores, sino también extender la aplicación del artículo a todos los casos -incluyendo la agresión- en que se hubiera tomado una decisión vinculante del Consejo de Seguridad<sup>68</sup>. Los mismos argumentos esgrimió el representante de los Estados Unidos, quien apoyó la enmienda<sup>69</sup>.

Similar fue la posición del representante de Tailandia, quien subrayó estar de acuerdo con el principio que surgía del artículo, y que su enmienda proponía ampliar su alcance<sup>70</sup>.

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 47-48.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 68-70.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr. 49-50.

<sup>67</sup> *Ibidem*, párr. 73.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 60.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 64.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 71.

Sometidas a votación, ambas enmiendas fueron rechazadas<sup>71</sup> y el artículo fue remitido al Comité de Redacción, que solo cambió la primera parte por “Las disposiciones de la presente convención...”, manteniendo el resto del texto, lo que fue aprobado por el Comité Plenario<sup>72</sup> y, finalmente, por la Conferencia, por 100 votos contra ninguno y 4 abstenciones, entre las que se contaron la de Japón<sup>73</sup>, cuyo representante hizo referencia a su enmienda, y la de Alemania Occidental<sup>74</sup>. En favor del artículo solamente hizo uso de la palabra el representante de Polonia, quien consideró que un Estado agresor no debería poder, a través del derecho de los tratados, obtener alguna ventaja de la agresión que hubiera cometido; agregó que la agresión era un crimen extremadamente grave y que la regla cubría dos tipos de tratados: aquellos que pudieran ser impuestos a un Estado agresor, y aquellos previamente concluidos por un Estado agresor, que podrían ser terminados, suspendidos o modificados no obstante la voluntad del agresor<sup>75</sup>. Esta última cuestión, que no se había discutido en la CDI, volvería a plantearse con motivo del Proyecto de 2011, como veremos.

Sobre la discusión en la conferencia, creemos que caben dos lecturas. La primera es política y en clave de Guerra Fría: el artículo fue apoyado por los Estados del bloque socialista y los No Alineados, mientras que las críticas vinieron del lado de Occidente. En una lectura jurídica, aunque una vez más no se puso en duda la cuestión de principio que subyace al artículo, sí hubo algunas críticas respecto de su alcance, como puntualizaron Suiza y Australia, que consideramos pertinentes para la interpretación de la norma, como veremos más adelante. Por otra parte, el rechazo de las enmiendas de Japón y Tailandia tiene, pensamos, un efecto muy importante en nuestro análisis sobre el fundamento de la norma, como también señalaremos.

---

<sup>71</sup> La enmienda japonesa fue rechazada por 58 votos a 7, con 27 abstenciones, mientras que la tailandesa fue rechazada por 54 votos a 4, con 30 abstenciones (Ibidem, párr. 79).

<sup>72</sup> UNCLOT: *Summary record of the 82th meeting of the Committee of the Whole*, documento A/CONF.39/C.1/SR.82, párr. 30, en *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole)*, Vol. I, p. 484.

<sup>73</sup> UNCLOT: *Summary record of the 23th plenary meeting*, documento A/CONF.39/SR.23, párr. 19, en *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, Second Session (Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole)*, Vol. II, p. 127.

<sup>74</sup> Ibidem, párr. 21.

<sup>75</sup> Ibidem, párr. 20.

## II.2. Interpretación de la norma

El Art. 75 ha sido considerado de difícil interpretación<sup>76</sup>, y requiere para su aplicación de tres presupuestos: a) la agresión cometida por un Estado; b) la adopción de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a esa agresión; y c) una obligación con relación a un tratado como consecuencia de esas medidas. Cada uno de estos supuestos es en sí mismo problemático: ¿qué es “agresión” en el sentido de la norma y qué órgano es competente para determinarla?; ¿cuáles son las “medidas conforme a la Carta”?; y ¿a qué tipo de tratado se aplica y cuándo existe una obligación “con relación” a un tratado “como consecuencia” de dichas medidas? Procuraremos analizar cada uno de estos problemas a continuación, antes de ingresar a la delicada cuestión de las consecuencias jurídicas de la norma.

### II.2.1. La agresión cometida por un Estado

Toda vez que la disposición no la define, ¿qué debemos entender por “agresión” en el sentido del Art. 75? Parte de la doctrina sostiene que, a los efectos del Art. 75, la agresión cubre cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado en el sentido del Art. 2.4 de la Carta<sup>77</sup>. No podemos compartir esa opinión, dado que no se ajusta a la definición de agresión que entendemos vigente en el derecho internacional. El solo hecho de que se mencione a la Carta en el Art. 75 sirve de indicación que la agresión a la que se refiere no puede ser otra que la de los Art. 1.1 y 39, que ha sido definida en la resolución 3314 (XXIX). Debe tratarse, por lo tanto, de un uso grave de la fuerza armada en contravención de la Carta. Como sostiene Krieger, parece apropiado condicionar la aplicabilidad del Art. 75 a la gravedad del acto que equivalga a agresión<sup>78</sup>. Asimismo, y siendo también relevantes las medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas, debe entenderse

<sup>76</sup> TOMUSCHAT, Christian. “Article 75”, en CORTEN, Olivier - KLEIN, Pierre (Eds.) *The Vienna Conventions on the Law of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. II, p. 1686; KRIEGER, Heike. “Article 75”, en DÖRR, Oliver - SCHMALENBACH, Kirsten (Eds.) *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 1279.

<sup>77</sup> VILLIGER, Mark E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 915.

<sup>78</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1287.

que la disposición también presume la previa determinación de la existencia de un acto de agresión por el Consejo de Seguridad, de acuerdo al Art. 39 de la Carta<sup>79</sup>, aunque el Art. 75 no lo disponga expresamente<sup>80</sup>.

## II.2.2. La adopción de medidas conforme a la Carta de las Naciones Unidas con respecto a esa agresión

¿Cuáles son las “medidas conforme a la Carta”? No hay dudas respecto de las decididas por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta, en ejercicio de su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales<sup>81</sup>, a las que podemos sumar las recomendadas por la Asamblea General en virtud del procedimiento establecido por la resolución 377 (V), y las adoptadas por los organismos regionales con autorización del Consejo de Seguridad de conformidad al Art. 53 de la Carta<sup>82</sup>. ¿Y qué ocurre con las medidas tomadas en legítima defensa, de conformidad al Art.51? Difícilmente pueda negarse que sean medidas conforme a la Carta, y su posibilidad fue insinuada en la Conferencia de Viena, como vimos, por las delegaciones suiza y australiana - aunque ambas con un marcado sentido crítico-, así como por un sector doctrinario<sup>83</sup>. Sin embargo, compartimos con la mayoría de la doctrina que la legítima defensa está excluida de la disposición, toda vez que ello podría habilitar una acción arbitraria por los Estados<sup>84</sup>, y sería ampliar demasiado las consecuencias del derecho de legítima defensa si se incluyera el derecho de la víctima de la agresión a determinar unilateralmente las condiciones de un tratado de paz en contra de las disposiciones de la Convención de Viena<sup>85</sup>. Es por eso que nos alineamos con la postura que, ya en la CDI, señalaba que el artículo no implicaba dar carta blanca a la víctima de la agresión o a sus aliados actuando en legítima defensa colectiva, a imponer tratados al agresor por fuera de lo decidido por el Consejo de Seguridad.

---

<sup>79</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1692.

<sup>80</sup> KRIEGER, Heike, Op. cit., p. 1288.

<sup>81</sup> TOMUSCHAT, Christian, Op. cit., p. 1694; KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1291.

<sup>82</sup> Ídem.

<sup>83</sup> VILLIGER, Mark E. Op. cit., p. 915.

<sup>84</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1291.

<sup>85</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1694.

Además, una interpretación tan amplia implicaría ignorar el carácter subsidiario de la legítima defensa<sup>86</sup>, dado que, según el Art. 51, se ejerce “*hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales*”. Es decir, su función no es más que repeler la agresión<sup>87</sup>, y no imponer condiciones al agresor, lo cual cae bajo la competencia del Consejo de Seguridad. En definitiva, admitir la posibilidad de incluir las medidas tomadas en legítima defensa dentro del ámbito del Art. 75 implicaría una afectación del sistema de seguridad colectiva, al invadir las competencias de los órganos destinados a cumplir con el mandato del Art. 1.1 de la Carta de mantener la paz y la seguridad internacionales tomando medidas colectivas eficaces para, entre otras cosas, “*suprimir actos de agresión*”.

II.2.2.1.1. La existencia de una obligación “con relación” a un tratado como consecuencia de esas medidas.

Ahora bien, ¿a qué tipo de tratado celebrado como consecuencia de las medidas adoptadas por la Carta se aplica la disposición? En general, la doctrina distingue dos casos: un tratado celebrado con el agresor, por ejemplo, un tratado de paz, que, como resultado de las medidas de conformidad con la Carta pueda haber sido logrado mediante el ejercicio de alguna forma de coerción; o un tratado que imponga obligaciones al agresor sin que este sea parte de él<sup>88</sup>. En la CDI, como vimos, Lachs agregó una tercera categoría, en la que incluyó al acuerdo de Potsdam, que se refiere a la situación en que no existe un gobierno capaz de obligar al agresor vencido y los vencedores celebran un tratado en ejercicio de la autoridad sobre el territorio de este.

Otro problema de interpretación es cuándo se origina una obligación “con relación a un tratado” como consecuencia de las medidas adoptadas de conformidad con la Carta. Descartada como hemos hecho la posibilidad de la acción unilateral, pareciera que la decisión del Consejo de Seguridad en la materia de-

---

<sup>86</sup> PINTORE, Eduardo José. *La Legítima Defensa en el Derecho Internacional*, Ciencia Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Córdoba, 2012, pp. 70-72.

<sup>87</sup> CIJ: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, párr. 176.

<sup>88</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1284; TOMUSCHAT, Christian: op. cit., pp. 1689-1691.

bería ser crucial. Es decir, la celebración del tratado debería ser decidida o recomendada por el Consejo de Seguridad para “restablecer la paz y la seguridad internacionales” (arg. Art. 39, *in fine*, de la Carta). Así, el Consejo de Seguridad podría, o bien autorizar a la víctima de la agresión a regular todas las cuestiones pertinentes sobre la base de un tratado y ordenar al agresor a celebrar este tratado o autorizar a las víctimas de la agresión a concluir un tratado pertinente entre ellos sin ninguna participación del agresor<sup>89</sup>. Sin embargo, y atento a la ausencia de práctica al respecto –como veremos–, la doctrina opina que el entendimiento subyacente es que el Consejo de Seguridad, habiendo ejercido sus poderes de determinación y de adopción de medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta, podría dejar la cuestión en manos de las partes<sup>90</sup>. Esta interpretación, pensamos, debe ajustarse a lo que señalamos *supra*, en el sentido de que no podría entenderse como dando carta blanca a los Estados a imponer al agresor vencido condiciones más allá de lo decidido o recomendado por el Consejo de Seguridad. Del mismo modo, no vemos que el silencio del Consejo de Seguridad pudiera ser interpretado como una autorización tácita para la celebración de tratados con el agresor vencido que violaran las disposiciones de la Convención de Viena y pretendieran ser justificados en el Art. 75.

Por otra parte, podríamos preguntarnos si en efecto es el tratado el que debe celebrarse como consecuencia de las medidas tomadas conforme a la carta, o solamente basta con que nazca una obligación de estas medidas pero que tenga relación con un tratado preexistente. El texto de la norma parece abonar esta última interpretación y ese sería el caso planteado por la delegación de Polonia en la Conferencia de Viena, respecto de las facultades de la víctima de la agresión de suspender o terminar los tratados con el agresor. El supuesto no ha sido discutido en profundidad por la doctrina<sup>91</sup> pero no parecería existir, en principio, obstáculo alguno para su procedencia, dado el efecto general que tiene la norma, según analizaremos a continuación. Sin embargo, y considerando que para la cuestión particular resulta de aplicación el Proyecto de 2011 de la CDI, pensamos que el Art. 75 se ajustaría más a aquellos tratados celebrados con posterioridad y como consecuencia de las medidas tomadas respecto de la agresión.

---

<sup>89</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1292.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 1285.

<sup>91</sup> VILLIGER, Mark. Op. cit., p. 916.

#### II.2.4. Consecuencias jurídicas

Discutidos los principales problemas que surgen de la interpretación del artículo, podemos centrarnos en la cuestión principal, esto es, sus efectos.

En su comentario al artículo –que, como vimos, llevaba el número 70–, la CDI consideró que se trataba de una “*una reserva concebida en términos absolutamente generales*”<sup>92</sup>. Sin perjuicio de la utilización del término “reserva” -adecuadamente criticado por Ruda, como vimos-, sí resulta claro que para la CDI el alcance del artículo es general, por cuanto cubre a todas las disposiciones de la Convención. La CDI hizo referencia específicamente a los Arts. 31 -actual Art. 35- y 49 -actual Art. 52-, señalando lo siguiente: “*En su comentario al artículo 31, según el cual una disposición de un tratado sólo dará origen a una obligación para un tercer Estado si éste la acepta, la Comisión señaló que la hipótesis de un Estado agresor quedaba fuera del ámbito de aplicación del principio enunciado en el artículo. Asimismo, observó que el artículo 49 prescribe la nulidad de los tratados cuya celebración se haya obtenido coaccionando a un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza “con violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”, y que por ello las disposiciones de un tratado impuestas a un Estado agresor no constituirían una infracción del artículo 49*”<sup>93</sup>.

Al respecto, pensamos que se impone alguna consideración: en rigor de verdad, y como lo reconoce la propia CDI, la norma no constituye una excepción al principio del Art. 52<sup>94</sup>, toda vez que este ya excluye el uso de la fuerza que no sea contrario a la Carta de las Naciones Unidas, como sería el necesario para suprimir un acto de agresión, siempre que, como lo ha destacado la doctrina, la víctima de la agresión no busque obtener ventajas injustificadas<sup>95</sup>.

La discusión en la CDI muestra que había un consenso en que dicha cuestión ya estaba resuelta por las disposiciones relativas a los vicios del consentimiento y que el principal fin que buscaban los propulsores del artículo era justificar la aplicación a los agresores vencidos de tratados en los que no fueran

<sup>92</sup> Comentario al Art. 70, párr. 5, en CDI: *Anuario...* 1966, Vol. II, p. 293.

<sup>93</sup> *Ibidem*, párr. 1.

<sup>94</sup> “*Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas*”.

<sup>95</sup> BOTHE, Michael. “Consequences of the Prohibition of the Use of Force. Comments on Arts. 49 and 70 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 27 (1967), pp. 507-519, p. 516.

parte, es decir, que funcionara como una excepción a los actuales Arts. 34<sup>96</sup> y 35<sup>97</sup> de la Convención<sup>98</sup>. Bothe critica esta excepción, por argumentos similares a los planteados en la CDI: si las obligaciones son impuestas sobre un agresor por el órgano competente de las Naciones Unidas, tales obligaciones no son obligaciones convencionales y los artículos no resultan de aplicación; pero si no hay una fuente de obligación como una decisión de un órgano competente, un tratado concluido por las víctimas de la agresión victoriosas no obliga al agresor a menos que lo haya consentido<sup>99</sup>. Lo que Bothe no plantea es el caso, que señaláramos más arriba, que el órgano competente, por caso, el Consejo de Seguridad, determinara la celebración de un tratado entre las víctimas de la agresión: en tal caso, el tratado podría resultar obligatorio para el agresor vencido aun cuando no fuera parte en él, y si bien la fuente de esa obligación no es el tratado mismo, sino la decisión del Consejo de Seguridad -como se aceptó en la CDI-, ello no excluye *per se* al tratado del ámbito de aplicación del Art. 75.

No obstante, la CDI también agregó en su comentario: “*La Comisión estimó que podría haber otros artículos, por ejemplo, los concernientes a la terminación de un tratado y a la suspensión de su aplicación, respecto de los cuales quizás tuvieran consecuencias las medidas adoptadas contra un Estado agresor*”<sup>100</sup>. El comentario es interesante, puesto que refleja la misma posición que plantearía Polonia en la Conferencia de Viena y que, como adelantamos, prefigura algunas cuestiones que aparecerán en el Proyecto de 2011.

Bothe también considera que la CDI aporta como ejemplo, aunque no lo incluya en el comentario al Art.70, sino al Art. 36 -actual Art. 40-, la posibilidad de excluir al Estado agresor del derecho de participar en el proceso de enmienda de un tratado multilateral<sup>101</sup>. Dice la CDI: “*Cabe que existan circunstancias especiales en que sea justificable no consultar a una parte determinada, por ejemplo, en el caso de un agresor*”<sup>102</sup>.

---

<sup>96</sup> “Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

<sup>97</sup> “Tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados. Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”.

<sup>98</sup> FITZMAURICE, Malgosia. Op. cit., p. 45.

<sup>99</sup> BOTHE, Michael. Op. cit., p. 516.

<sup>100</sup> Comentario al Art. 70, párr. 1, en CDI: *Anuario...* 1966, Vol. II, p. 292.

<sup>101</sup> BOTHE, Michael. Op. cit., p. 516.

<sup>102</sup> Comentario al Art. 36, párr. 9, en CDI: *Anuario...* 1966, Vol. II, p. 256.

Resumiendo, el alcance de la disposición se refiere a *cualquier obligación* que pueda originarse con relación a un tratado como consecuencia de medidas adoptadas de conformidad con la Carta contra un Estado agresor, y su efecto parece claro: tal obligación no estará sujeta a las restricciones y limitaciones generales establecidas por la Convención de Viena<sup>103</sup>. Aunque su efecto es general, la norma se piensa habitualmente como una excepción a la regla del Art. 52, en cuanto el tratado puede involucrar alguna forma de coacción sobre el agresor vencido; y como una excepción a la regla de los Arts. 34 y 35<sup>104</sup>, por cuanto el agresor podría encontrarse vinculado por un tratado para el que no haya prestado su consentimiento. Respecto de la primera, como hemos dicho, y en cuanto la situación ya estaba resuelta por el propio Art. 52, el Art. 75 opera en realidad como una *confirmación*<sup>105</sup> de ese principio, al dejar en claro que la coacción sobre el agresor no está “*en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas*”.

Respecto de la segunda, y no obstante cierto rechazo doctrinario<sup>106</sup>, fundado en argumentos similares a los esgrimidos en su momento por algunos miembros de la CDI, insistimos en que se trata del principal efecto buscado por los propulsores de la norma, y los términos generales en los que está redactado el artículo no permiten descartarlo. Así, y por constituir una excepción a un principio tan importante del derecho de los tratados, debe ser de interpretación restrictiva<sup>107</sup>, y en modo alguno, como señalamos y advertieron algunos miembros de la CDI, conceder carta blanca a los Estados para imponer cualquier tipo de obligación al agresor vencido<sup>108</sup>. Como expresa la CDI en su comentario, es “*esencial no dar la impresión de que ha de considerarse que el Estado agresor se encuentra absolutamente ex lex con respecto al derecho de los tratados. De lo contrario, se podría impedir el proceso de restablecimiento de la normalidad en las relaciones de ese Estado con el resto de la comunidad internacional*”<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1690.

<sup>104</sup> VILLIGER, Mark E. Op. cit., p. 915.

<sup>105</sup> FORLATI, Serena. “Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties”, en CANNIZZARO, Enzo (Ed.) *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 320-332, p. 327.

<sup>106</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., pp. 1284-1285.

<sup>107</sup> Ídem.

<sup>108</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1696.

<sup>109</sup> Comentario al Art. 70, párr. 2, en CDI: *Anuario...* 1966, Vol. II, p. 293.

En definitiva, y en línea con la finalidad que en la CDI plantearan Tunkin y Waldock, el Art. 75 está concebido como una salvaguardia contra los Estados agresores que injustificadamente traten de terminar un régimen instalado por un tratado de paz, y también con miras a impedir una interpretación de mala fe de las disposiciones de la Convención por parte de un Estado agresor que busque escapar de las obligaciones legítimamente impuestas sobre él de conformidad con la Carta<sup>110</sup>.

Se ha considerado que el artículo no refleja una norma consuetudinaria; la práctica anterior a la Carta es irrelevante considerando que no estaba prohibido el uso de la fuerza, y la práctica posterior -como veremos- es extremadamente limitada, lo que ha llevado a la doctrina a considerar dudoso que pueda convertirse en derecho consuetudinario<sup>111</sup>. No obstante, si aceptamos que -como veremos- su fundamento reside en la gravedad de la agresión y la importancia que su prohibición tiene en el ordenamiento jurídico internacional, bien podría considerarse que existe<sup>112</sup> una norma consuetudinaria destinada a impedir que el agresor pudiera valerse de las disposiciones de la Convención de Viena para eludir el cumplimiento de obligaciones derivadas de las consecuencias de su propio acto de agresión.

### *II.3. Fundamento de la norma*

Un interrogante muy interesante y poco abordado es cuál es el fundamento de la disposición el Art. 75. En general, la doctrina discute las razones históricas que apoyaron su redacción<sup>113</sup>, principalmente los acuerdos con los que finalizaron las dos guerras mundiales, que pueden verse como ejemplos de tratados impuestos por los vencedores a los vencidos<sup>114</sup> (el Tratado de Versalles) o de tratados celebrados por los vencedores pero aplicables a los vencidos (el Acuerdo de Potsdam, cuya gravitación fue fundamental en la decisión de incorporar el artículo), los que, no obstante, no resultan precedentes válidos atento a que no

<sup>110</sup> KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1281.

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> O, al menos, se está cristalizando, v. VILLIGER, Mark E. Op. cit., p. 918.

<sup>113</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1689-1690.

<sup>114</sup> En línea con lo que se planteó en la CDI, Fitzmaurice también agrega la posición de Italia, Bulgaria, Hungría y Rumania, a quienes los tratados de paz fueron impuestos, al disponer que entrarían en vigor exclusivamente con la ratificación de las potencias victoriosas (FITZMAURICE, Malgosia. Op. cit., p. 62).

fueron celebrados bajo las reglas de la Carta de las Naciones Unidas<sup>115</sup>. Como se dijo en la CDI, los acuerdos posteriores a la segunda guerra mundial quedaron cubiertos por el Art. 107 de la Carta y están, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la norma, además de la irretroactividad de la propia Convención. Los trabajos preparatorios tampoco abundan en referencias al respecto, pero sí, como señalamos, parece subyacer la idea central de la gravedad de la agresión, como plantearon Yaseen y Tunkin en la CDI, o las delegaciones de la Unión Soviética, Polonia y el Iraq en la Conferencia e Viena.

Tal vez lo más significativo sea el pasaje del comentario de la CDI respecto de no dar la impresión de que consideraba que el Estado agresor se encontraría absolutamente *ex lex*. Vemos en el pasaje un esfuerzo de la CDI de aclarar que el efecto de la disposición no debe interpretarse de manera tal de considerar al agresor como “fuera de la ley”, por lo que sus efectos no pueden ser indiscriminados. A ese fin, entonces, es que se debe, por un lado, interpretar el alcance y efecto de la norma de manera restrictiva y, por el otro, aplicarla solamente en los casos de medidas decididas por los órganos competentes de las Naciones Unidas, previa determinación de la existencia de un acto de agresión. Ello nos lleva, sin embargo, a discutir si la inescindible conexión del Art. 75 con la Carta de las Naciones Unidas conduce a encontrar allí su fundamento o, si por otra parte, dicho fundamento se encuentra en el derecho internacional general.

Así, al estar sujeta la aplicación de la disposición a la previa determinación de la existencia de un acto de agresión y la adopción de medidas conforme a la Carta, ambas por un órgano competente de las Naciones Unidas, su fundamento se hallaría en la Carta misma, y sus efectos, por tanto, constituirían una posibilidad particular dentro de las consecuencias generales de la activación del sistema de seguridad colectiva que la agresión puede suscitar, y no una consecuencia específica de la agresión que podamos clasificar de forma separada.

Sin perjuicio de la evidente interconexión entre todas las consecuencias de la agresión, en el sentido de que no pueden ser del todo separadas entre sí, pensamos que no se pueden identificar los efectos del Ar. 75 de la Convención de Viena como una consecuencia más de la activación del sistema de seguridad colectiva. Aunque se requiera la determinación de la existencia de un acto de agresión y la adopción de medidas de la Carta por un órgano competente, es la comisión de la agresión lo que fundamenta la disposición. De otra forma, cual-

---

<sup>115</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1694.

quier otro Estado infractor sujeto a medidas del Capítulo VII de la Carta podría ser afectado por el artículo, y ello no es lo que surge de su texto. El rechazo en la Conferencia de las enmiendas japonesa y tailandesa, que tenían por objeto ampliar el alcance de la disposición a todas las categorías del Art. 39 de la Carta abonan esta afirmación.

El fundamento de la norma, entonces, no se encuentra en la Carta, aunque esta la sujeta a determinadas precondiciones sustanciales y procedimentales, sino en la comisión misma de la agresión, es decir, en la violación de una norma imperativa de derecho internacional general. Lachs lo ilustró con meridiana claridad en la CDI, al sostener que se trata de una obligación que proviene para el Estado agresor de las medidas adoptadas como consecuencia del acto de agresión, de conformidad con el derecho internacional y en particular con la Carta<sup>116</sup>.

Se ha sostenido también que el principio que podría subyacer al Art. 75 es que un agresor no puede obtener un beneficio -en este caso en la forma de las disposiciones de la Convención- de la agresión que ha cometido<sup>117</sup>. Es decir, se trataría de un caso de aplicación del principio *ex iniuria jus non oritur*, que luego también comentaremos, aunque no nos convence la argumentación. Aunque efectivamente se trata de una excepción al régimen general de la Convención, su finalidad directa no es impedir al agresor valerse de derechos reconocidos por esta -aunque en el fondo, sí lo implique-, sino justificar la adopción de tratados como consecuencia de medidas tomadas con motivo de la agresión.

Ningún otro ilícito internacional da lugar a un régimen excepcional como este, ni siquiera los demás “crímenes internacionales”. Así, su fundamento no es otro que la gravedad de la agresión, y sus graves consecuencias sobre la estructura misma de la comunidad internacional<sup>118</sup>.

#### II.4. La norma en la práctica

Como adelantábamos, la práctica respecto del Art. 75 es nula<sup>119</sup>. El único caso claro donde el Consejo de Seguridad adoptó las medidas del Capítulo VII frente

---

<sup>116</sup> CDI: *Acta resumida de la 853ª sesión*, párr. 62, en CDI: *Anuario...* 1966, Vol. I (segunda parte), p. 70.

<sup>117</sup> VILLIGER, Mark E. Op. cit., p. 918.

<sup>118</sup> PEZZANO, Luciano. *La relación entre el acto de agresión y el crimen de agresión en el derecho internacional*, en prensa.

<sup>119</sup> TOMUSCHAT, Christian. Op. cit., p. 1696; KRIEGER, Heike. Op. cit., p. 1292.

a una agresión -aunque no la calificó como tal- fue en la invasión de Iraq a Kuwait en 1990. Sin embargo, no se celebró un tratado como consecuencia de dichas medidas, sino que fue el propio Consejo de Seguridad quien dictó los términos finales, a través de la resolución 687 (1991), que la doctrina considera en esencia un tratado de paz impuesto al Iraq, aunque con valoraciones muy diferentes<sup>120</sup>. Iraq, muy crítico con los términos de la resolución, los aceptó<sup>121</sup>. ¿Puede considerarse esa aceptación como un tratado internacional al que le resulte aplicable el Art. 75? No creemos que así sea; la resolución fue adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta y constituye una decisión obligatoria en el sentido del Art. 25, no requiriéndose el consentimiento de los Estados para tener efectos jurídicos. También debe destacarse que Iraq no era -ni es- parte en la Convención de Viena, y ante las dudas que subsisten acerca del carácter consuetudinario de la norma<sup>122</sup>, no parece ser ciertamente un caso de aplicación del artículo.

La doctrina<sup>123</sup> recoge otros casos en que el Consejo de Seguridad ha impuesto medidas del Capítulo VII a Estados y otras partes en orden de que acepten un plan de paz o firmen un tratado<sup>124</sup>, ha expresado su disposición a reconsiderar medidas si los arreglos propuestos son aceptados plena e incondicionalmente<sup>125</sup> o se ha firmado un acuerdo<sup>126</sup>, y ha mantenido su intención de reimponer medidas si una de las partes no lo hace<sup>127</sup>. Sin embargo, ninguno de estos casos puede ser considerado como una aplicación del Art. 75, toda vez que en ninguno de ellos existió una determinación de la existencia de un acto de

<sup>120</sup> Para una visión crítica de la resolución, v. LAVALLE, R. "The Law of the United Nations and the Use of Force, under the Relevant Security Council Resolutions of 1990 and 1991, to Resolve the Persian Gulf Crisis", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. XXIII (1992), pp. 3-65, p. 59; para una visión más positiva, v. SCHACHTER, Oscar. "United Nations Law in the Gulf Conflict", *The American Journal of International Law*, Vol. 85, N°3 (1991), pp. 452-573, p. 457.

<sup>121</sup> CS: *Cartas idénticas de fecha 6 de abril de 1991, dirigidas, respectivamente, al Secretario General y al Presidente del Consejo de Seguridad por el representante del Iraq ante las Naciones Unidas*, documento S/22456, Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

<sup>122</sup> LAVALLE, R. Op. cit., nota 106.

<sup>123</sup> WELLENS, Karel. "The Practice of the (UN) Security Council with regard to Treaties and (Other) Agreements Governed by International Law", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N°3 (2003), pp. 11-72, p. 31.

<sup>124</sup> V. resolución 820 (1993), sobre la situación en Bosnia y Herzegovina, párr. 10.

<sup>125</sup> V. resolución 942 (1994), sobre la situación en Bosnia y Herzegovina, párr. 1.

<sup>126</sup> V. resolución 1021 (1993), sobre la situación en la ex-Yugoslavia, párr. 1.

<sup>127</sup> V. resolución 1022 (1993), sobre la situación en la ex-Yugoslavia, párr. 1.

agresión ni la identificación de un Estado agresor. Su validez, en todo caso, debe ser juzgada a partir de la Carta de las Naciones Unidas.

Tomuschat considera que esta ausencia de práctica puede deberse a que, conociendo las dificultades jurídicas que deberían superarse no obstante el Art. 75, el Consejo de Seguridad prefirió, como en el caso del Iraq, regular los problemas relevantes en virtud de su propia autoridad<sup>128</sup>. Por nuestra parte, creemos que hay dos razones principales para este fenómeno: por un lado, lo que había adelantado en la CDI Jiménez de Aréchaga, en cuanto a que la regulación de las consecuencias de una agresión, derrotado el agresor, ya no se resuelve en la mesa de negociaciones mediante un tratado, sino que es decidida por el órgano competente de la comunidad internacional, el Consejo de Seguridad; y, por el otro, la reticencia del Consejo de Seguridad a determinar la existencia de actos de agresión, prefiriendo recurrir a las otras categorías del Art. 39, lo que, evidentemente, impide el presupuesto inicial de aplicación de la norma.

### III. El Art. 15 del Proyecto de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados

Las consecuencias de la agresión en materia de tratados volvieron a ser discutidas en la CDI en el marco de los debates del tema “Efectos de los conflictos armados en los tratados”<sup>129</sup>. En dicho contexto, la CDI aprobó su proyecto en 2011, cuyo Art. 15 dispone: “*Prohibición de beneficio para un Estado que cometa un acto de agresión. El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado resultante del acto de agresión, si ello redundase en beneficio de ese Estado*”.

Al igual que hicimos con el Art. 75 de la Convención de Viena, repasaremos la historia, las cuestiones de interpretación y los fundamentos de la disposición.

---

<sup>128</sup> TOMUSCHAT, Christian: op. cit., pp. 1696-1697.

<sup>129</sup> Sobre el tema y el Proyecto, v. CAFLISCH, Lucjus. “The Effect of Armed Conflict on Treaties: A Stocktaking”, en BOSCHIERO, N. et al. (eds.): *International Courts and the Development of International Law*, Asser Press, La Haya, 2013, pp. 32-54.

### III.1. Historia de la disposición

En 1985, el *Institut de Droit International* (IDI) había aprobado una resolución sobre la cuestión con una expresa mención a la agresión<sup>130</sup> en su Art. 9<sup>131</sup>. Sin embargo, habiéndose incluido el tema en el programa de trabajo de la CDI, el primer Relator Especial, Ian Brownlie, no incluyó una disposición similar en su proyecto “*para evitar zanjar cuestiones relativas a la legalidad del empleo o la amenaza del empleo de la fuerza y la aplicación de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas*”<sup>132</sup>. Su criterio no fue compartido por varios miembros de la CDI ni por los Estados en la Sexta Comisión de la Asamblea General, y en su tercer informe presentó un proyecto de Art. 10, similar al que luego se aprobaría como Art. 14, que tenía por objeto “*reflejar la preocupación, expresada tanto en la CDI como en la Sexta Comisión, por el hecho de que la versión anterior del proyecto de artículo dejase abierta la posibilidad de que no hubiera diferencias en cuanto a los efectos jurídicos de las relaciones convencionales entre un Estado agresor y otro que actúa en legítima defensa*”<sup>133</sup>. Sí propuso desde el principio un proyecto de Art. 11, similar al Art. 16 luego aprobado<sup>134</sup>, en cuyo comentario citó el Art. 75 de la Convención de Viena<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> V. KAMTO, Maurice. *L'agression en droit international*, A. Pedone, Paris, 2010, pp. 246-249.

<sup>131</sup> Que dispone: “*El Estado que cometa una agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado ni suspender su aplicación si ello redundase en beneficio de ese Estado*”.

<sup>132</sup> *Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Ian Brownlie, Relator Especial*, documento A/CN.4/552, párr. 123, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2005*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 248.

<sup>133</sup> *Tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Ian Brownlie, Relator Especial*, documento A/CN.4/578, párr. 59, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2007*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2013, p. 66.

<sup>134</sup> “*Decisiones del Consejo de Seguridad. El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de las decisiones pertinentes adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*”. El artículo está inspirado en el Art. 8 de la resolución del IDI.

<sup>135</sup> *Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial*, documento A/CN.4/627 y Add.1, párr. 124, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2010*, Vol. II (primera parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, p. 249.

Por sugerencia del Grupo de Trabajo de la CDI sobre el tema, el Comité de Redacción decidió incluir un proyecto de Art. 15, basado en el Art. 9 de la resolución del IDI, en la primera lectura del proyecto en 2008<sup>136</sup>, el que se aprobó sin mayor discusión al respecto: “*El Estado que cometa una agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado si ello redundase en beneficio de ese Estado*”.

Ya encarada la segunda lectura, el nuevo Relator Especial, Lucjus Cafilich comentó el artículo en su informe. Señaló que se basaba en la resolución del IDI, con algunas diferencias, y que tenía como finalidad “*impedir que un Estado agresor se beneficie de un conflicto armado provocado por él, a pesar de la prohibición del uso de la fuerza, para abstenerse de cumplir obligaciones convencionales que le resulten molestas*”<sup>137</sup>. Hizo hincapié en la determinación de la agresión por el Consejo de Seguridad<sup>138</sup> y señaló: “*Este acto es el que determina el curso de los acontecimientos*”<sup>139</sup>. Comentando las opiniones de los Estados, entre otras cosas, se refirió a la propuesta de suprimir la referencia a la resolución 3314 (XXIX), la que no compartió por no encontrar ninguna razón para hacerlo: consideró que había sido aprobada por consenso y que parecía que el IDI, al remitir a ella en su resolución<sup>140</sup>, pensó que se trataba de un texto generalmente aceptado<sup>141</sup>. Tanto Israel<sup>142</sup> como Colombia<sup>143</sup> indicaron que debía precisarse que el “conflicto armado” al que alude el artículo fuera el producto de la agresión, lo que el Relator Especial propuso que se lograría agregando al final del artículo:

<sup>136</sup> CDI: *Acta resumida de la 2973ª sesión*, párr. 78-79, en CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2008*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2015, p. 118.

<sup>137</sup> CDI: op. cit. en nota 135, párr. 128

<sup>138</sup> *Ibidem*, párr. 129.

<sup>139</sup> *Ibidem*, párr. 130.

<sup>140</sup> No deja de ser interesante comentar que el relator del tema en el IDI fue Bengt Broms, quien la década anterior había tenido la tarea de presidir el Comité Especial encargado de elaborar la Definición de la Agresión y fue, por tanto, uno de los artífices de la aprobación de la resolución 3314 (XXIX).

<sup>141</sup> CDI: op. cit. en nota 135, párr. 132-133.

<sup>142</sup> ASAMBLEA GENERAL: Sexta Comisión. Sexagésimo tercer período de sesiones, Acta resumida de la 18ª sesión, documento A/C.6/63/SR.18, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, párr. 34.

<sup>143</sup> Observaciones e información recibidas de los gobiernos, documento A/CN.4/622 y Add.1, en CDI: *Anuario...* 2010, Vol. II (primera parte) cit., p. 144.

“como consecuencia de un conflicto armado derivado del acto de agresión”<sup>144</sup>. También se sugirió ampliar el ámbito de aplicación del artículo para incluir el uso de la fuerza contrario al Art.2.4 de la Carta, lo que el Relator Especial consideró posible, pero prefirió que se mantuviera el texto en primera lectura, por estar “limitado a los mismos comportamientos prohibidos en los textos relativos a los crímenes internacionales y que casi seguramente serán examinados y calificados en cuanto a su naturaleza por el Consejo de Seguridad”<sup>145</sup>. No obstante, incorporó esta posibilidad como una alternativa entre corchetes en su propuesta de modificación del artículo: “El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas [El Estado que recurra al uso de la fuerza en violación del Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas] no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado derivado del acto de agresión [del recurso ilícito a la fuerza] si ello redundase en beneficio de ese Estado”<sup>146</sup>.

En la CDI, algunos miembros cuestionaron el empleo del término “agresión” por los problemas para su definición y determinación, mientras que otros dudaron sobre la pertinencia de la referencia a la resolución 3314 (XXIX), pero no fue el criterio compartido por la mayoría, que se inclinó por mantener tanto el término como la referencia. Con relación a la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación del artículo a todas las violaciones del Art. 2.4 de la Carta, la mayoría de la CDI optó por mantener la redacción propuesta por tener un alcance más específico. No hubo, sin embargo, demasiados fundamentos para justificar esta opción. Tal vez lo más cercano sea lo que planteó el Relator Especial al resumir el debate, cuando indicó que el objetivo de la disposición “es evitar que un Estado que realice «un ataque armado» [en francés *agression armée*] (Artículo 51 de la Carta) o cometa «un acto de agresión» (Artículo 39 de la Carta) aproveche un conflicto provocado por él para liberarse de las obligaciones convencionales que le resulten molestas, como ha ocurrido frecuentemente en el pasado. Esas consideraciones suponen que la Comisión debe adoptar el concepto específico de agresión, incluida la definición contenida en la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En su lugar, podría haber aceptado una referencia

---

<sup>144</sup> CDI: op. cit. en nota 135, párr. 135.

<sup>145</sup> Ibidem, párr. 139.

<sup>146</sup> Ibidem, párr. 139.

*al Artículo 2, párrafo 4, de la Carta [...]. Sin embargo, debe reconocerse que tal solución supondría una considerable ampliación del ámbito de aplicación del proyecto de artículo 15, con el resultado de que el Estado en cuestión podría liberarse más fácilmente -o demasiado fácilmente- de sus obligaciones convencionales”<sup>147</sup>. Aunque no haya sido explicitada, no deja de subyacer a esta decisión de la CDI, pensamos, la idea de que la gravedad de la agresión la distingue de otras formas de violación del principio de prohibición del uso de la fuerza<sup>148</sup>.*

Siguiendo estos principios, en 2011 el Comité de Redacción propuso el texto recomendado por el Relator Especial -eliminando las alternativas entre corchetes- para la segunda lectura del proyecto y fue aprobado por la CDI como Art. 15<sup>149</sup>, que recomendó a la Asamblea General que tomara nota del proyecto y que estudiara, más adelante, la posibilidad de elaborar una convención basada en él. Por resolución 66/99, la Asamblea General tomó nota del proyecto y lo incorporó como anexo, a la vez que siguió examinando el tema. Sin embargo, tras seis años, aprobó en 2017 la resolución 72/121, por la que decidió que se volvería a ocupar de la cuestión “en el momento oportuno”.

### *III.2. Interpretación de la disposición*

Al momento de interpretar la norma, dos cuestiones nos resultan de particular interés: el artículo es aplicable al “acto de agresión” que cometa un Estado, y debe resultar un conflicto armado de ese acto de agresión. Analizaremos ambas cuestiones antes de pasar a la discusión sobre los efectos jurídicos de la disposición.

#### III.2.1. El acto de agresión

El ámbito de aplicación del artículo está ceñido a la comisión de un acto de agresión por un Estado, y es el mismo acto de agresión al que se refiere la Carta de las Naciones Unidas, en sus Arts. 1 y 39, y definido en la resolución 3314 (XXIX).

---

<sup>147</sup> CDI: *Acta resumida de la 3061ª sesión*, párr. 19, en CDI: *Anuario... 2010*, Vol. I, 2016, p. 204

<sup>148</sup> PEZZANO, Luciano. “El principio de la abstención del uso de la fuerza y la agresión”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII (2013), pp. 105-134.

<sup>149</sup> CDI: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011*, Vol. I, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2017, p. 89.

De esa forma, pensamos, la CDI convalida la Definición de la Agresión y su vinculación con la Carta. Es decir, reconoce que el acto de agresión definido en la resolución 3314 (XXIX) es el mismo de la Carta, a la vez que produce efectos jurídicos más allá del sistema de seguridad colectiva. No es este un dato menor, toda vez que confirma nuestra afirmación en otro lugar<sup>150</sup> de que la Definición enuncia el significado de la agresión para el derecho internacional, y no se limita solamente a “servir de guía” al Consejo de Seguridad en el ejercicio de su competencia de determinación de la existencia de un acto de agresión. De hecho, en el comentario al artículo, la CDI confirma la interpretación que aportó el Relator Especial acerca del papel decisivo que la determinación por el Consejo de Seguridad cumple para los efectos de la disposición<sup>151</sup>. Por otra parte, no deja de ser significativo que la CDI excluyera la posibilidad, planteada por algunos Estados, de ampliar los efectos de la norma a otras violaciones a la prohibición del uso de la fuerza, subrayando así, en nuestra opinión, la gravedad y singularidad de la agresión.

### III.2.2. El conflicto armado resultante de esa agresión

A diferencia de lo que sucedía con el Art. 9 de la resolución del IDI, y el artículo aprobado en primera lectura, el Art. 15, a solicitud de algunos Estados, como vimos, precisa que la aplicación se limita al conflicto armado resultante del acto de agresión cometido por un Estado. La CDI explica en el comentario que la disposición “*tiene por objeto limitar la calificación como Estado agresor en el conflicto en cuestión, evitando de ese modo que ese Estado quede calificado como tal, incluso en el contexto de conflictos completamente diferentes con el mismo Estado antagonista o incluso con otro Estado*”<sup>152</sup>. Del mismo modo que lo aclaró en 1966, la CDI se esfuerza por demostrar que la norma no pretende dejar al agresor *ex lex*, no obstante, la gravedad de su infracción.

### III.2.3. Consecuencias jurídicas

Los efectos de la disposición son muy claros: el agresor no podrá dar por terminado, retirarse ni suspender un tratado si ello redundaría en su beneficio. En la

<sup>150</sup> PEZZANO, Luciano. Op. cit. en nota 118, Capítulo I, Sección 4.1.

<sup>151</sup> Comentario al Art. 15, párr. 2-3, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. II (segunda parte), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2016. p. 130.

<sup>152</sup> *Ibidem*, párr. 4.

práctica, supone una excepción a dichas facultades de las partes en un tratado como consecuencia de un conflicto armado conforme a los Arts. 4 y siguientes del Proyecto. Así, si un Estado es calificado como agresor por el Consejo de Seguridad, ese Estado ya no podrá ejercer esa facultad en la medida en que se beneficie de ello, pero el Consejo de Seguridad -o, en su caso, un juez o árbitro- podrá apreciar ese aspecto<sup>153</sup>. En el comentario, la CDI especifica que, a partir de la agresión, el agresor ya no podrá ejercer el derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, a menos que no se beneficie en modo alguno de ello. La CDI reconoce que el agresor, de todos modos, lo hará, alegando que no hay agresión o que el agresor es su adversario. Es por eso que considera que la calificación por parte del Consejo de Seguridad es determinante: si el Estado no es el agresor o no se ha beneficiado de la agresión, se aplicarán los criterios ordinarios del Proyecto y la notificación de retiro, terminación o suspensión del Art. 9 será válida; pero si se confirma que es el agresor y que, al dejar de lado sus obligaciones convencionales, ha obtenido un beneficio, tales criterios no le serán aplicables. Así lo concluye la CDI: “*En otras palabras, cuando un Estado notifica que da por terminado un tratado, que se retira de él o que suspende su aplicación y posteriormente es calificado como agresor, habrá que determinar si ello lo beneficia. Si es así, la notificación carecerá de efectos, a menos que el tratado en cuestión prevea disposiciones particulares al respecto*”<sup>154</sup>. La última salvedad de la CDI no fue discutida, ni estaba en el informe del Relator Especial, pero pensamos que solamente puede implicar algún tipo de consecuencia procesal respecto de la notificación que esté prevista en el tratado, y no constituye una excepción a la regla del artículo, pues de otra manera, iría en contra tanto de su letra como de su espíritu. Es decir, no nos parece posible que un tratado pueda válidamente permitir el retiro, suspensión o terminación por un Estado agresor en caso de conflicto iniciado por su propia agresión, si esto lo beneficia.

### III.3. Fundamento de la disposición

¿Cuál es el fundamento de esta disposición? El comentario de la CDI no aporta mayores elementos, pero sí refuerza que el artículo “*prohíbe a un Estado agresor*

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, párr. 2.

<sup>154</sup> *Ibidem*, párr. 3.

*beneficiarse de la posibilidad de terminación, retiro o suspensión de un tratado a raíz del surgimiento de un conflicto armado que ha provocado*<sup>155</sup>, al mismo tiempo que sostiene que “*El título del artículo subraya que la disposición no se refiere tanto a la cuestión de la comisión de una agresión como de los posibles beneficios que pudiera obtener un Estado agresor del conflicto armado de que se trate mediante la terminación de un tratado, el retiro de él o la suspensión de su aplicación*”<sup>156</sup>. La insistencia de la CDI demuestra que se trata de una aplicación del principio *ex iniuria jus non oritur*, en el sentido de que el agresor no puede beneficiarse de su propia agresión para eludir la aplicación de un tratado mediante la terminación, denuncia o suspensión.

Cuando se debatió la necesidad de una referencia concreta a la agresión en el proyecto, con motivo del primer enfoque del Relator Especial Brownlie, fue Maurice Kamto quien mejor expresó el fundamento de esa inclusión: “*Es preciso establecer una distinción fundamental entre las guerras de agresión y otros tipos de conflictos armados que puedan tener efectos en el principio de continuidad de los tratados. La distinción entre ambas formas de conflicto debería acompañarse también de una distinción entre la terminación y la suspensión de la aplicación del tratado. Tal vez una guerra de agresión, la forma más grave de conflicto armado, entrañe automáticamente la suspensión de la aplicación -a no ser que el Estado víctima de la agresión decida que el tratado sigue aplicándose-, pero ello no se traduce necesariamente en la terminación del tratado. La terminación sólo ocurriría si el Estado víctima tomara la iniciativa de notificarla al Estado agresor. Como han observado varios miembros, el proyecto debería comprender una disposición que refleje el artículo 9 de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1985, relativa a los Estados que cometen una agresión*”<sup>157</sup>. Kamto nos aporta una idea sobre el fundamento de esta disposición, y es la diferencia entre la agresión y otras formas de conflicto armado, que no es otra que su gravedad, al considerar a la guerra de agresión como la “forma más grave de conflicto armado”.

La posición en la que se encuentra el agresor se ve reafirmada por el derecho del Estado víctima de la agresión a “*suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado en el que sea parte, en la medida en que esa aplicación sea incom-*

<sup>155</sup> CDI: op. cit. en nota 151, párr. 1.

<sup>156</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>157</sup> CDI: *Acta resumida de la 2929ª sesión*, párr. 24, en CDI: *Anuario... 2007*, Vol. I. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 106.

*patible con el ejercicio” del derecho “inherente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, en virtud del Art. 14 del Proyecto<sup>158</sup>. La CDI, en su comentario, considera que la disposición refleja “la necesidad de reconocer claramente que el proyecto de artículos no crea ventajas para un Estado agresor”<sup>159</sup>, puesto que se trata “de evitar la impunidad del agresor y cualquier desequilibrio entre los antagonistas, que sin duda existiría en el caso de que el agresor, tras haber ignorado la prohibición de recurrir al uso de la fuerza establecida en el Artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, pudiera exigir al mismo tiempo la estricta aplicación del derecho existente y privar así total o parcialmente al Estado agredido del derecho a defenderse”<sup>160</sup>.*

Ambas disposiciones son las dos caras de la misma moneda, dado que buscan evitar que el agresor obtenga alguna ventaja jurídica derivada de su propia agresión. Eso nos confirma que el agresor, si bien no queda por su agresión *ex lex*, como había aclarado la CDI en 1966, sí comete un hecho de tal gravedad que asume mayores consecuencias en el derecho de los tratados.

#### **IV. Consideraciones finales: la singularidad de la agresión en el derecho de los tratados**

Las dos disposiciones que hemos analizado, no obstante, las discusiones que plantean y la inexistente práctica a su respecto, son ilustrativas del fenómeno que venimos señalando desde el comienzo: la agresión es tan grave, y su prohibición tan central en el ordenamiento jurídico internacional, que su comisión es susceptible de generar efectos en el derecho de los tratados que implican excepciones a normas y principios bien establecidos.

Pero el análisis no revela solamente que es la gravedad de la agresión lo que funda la adopción, tanto del Art. 75 de la Convención de Viena como del Art. 15 del Proyecto de 2011 y sus particulares consecuencias. También nos permite advertir que es solamente la agresión la que genera esas consecuencias y supuestos excepcionales: ningún otro ilícito internacional, ni siquiera otro tipo de violación grave de normas imperativas, ni otras de las situaciones descritas en el Art. 39 de la Carta de las Naciones Unidas, pueden generar en el derecho inter-

<sup>158</sup> Que a su vez está basado en el Art. 7 de la resolución del IDI.

<sup>159</sup> Comentario al Art. 14, párr. 1, en CDI: *Anuario... 2011*, Vol. II (segunda parte) cit., p. 129.

<sup>160</sup> *Ibidem*, párr. 2.

nacional contemporáneo los mismos efectos jurídicos que la agresión. Tanto el rechazo de las enmiendas al Art. 75 en la Conferencia de Viena como la decisión de no ampliar el alcance del Art. 15 a otras violaciones al principio de la prohibición del uso de la fuerza ratifican este entendimiento.

El derecho de los tratados, entonces, contribuye a comprender que la agresión, como el más grave uso de la fuerza armada en contravención de la Carta de las Naciones Unidas<sup>161</sup>, es *singular*, por cuanto se diferencia de todo otro hecho ilícito internacional, no solo por su gravedad inherente, sino por la magnitud y extensión de sus consecuencias en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>161</sup> V. Arts. 1 y 2, así como el quinto párrafo del Preámbulo, de la Definición de la Agresión, aprobada por resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General.

## JUSTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL *JUS COGENS*

*Justification and determination of the existence of jus cogens*

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT \*

**Resumen:** El presente trabajo se refiere a la “justificación” del *jus cogens*, pretendiendo hallar el origen y la fundamentación de la convicción de que la existencia de la norma de *jus cogens*, perentoria, coactiva, inderogable, inalienable es un *jus necessarium omnium*. Busca las razones/argumentaciones que se han brindado para incorporar en el derecho positivo (convencional o consuetudinario) ese tipo de normas. Al ocuparse de la “determinación” del *jus cogens* indaga sobre las condiciones bajo las cuales se llega a probar su existencia y se admite su aplicación.

**Palabras-clave:** *Jus cogens* - Justificación - Determinación.

**Abstract:** This work refers to the "justification" of *jus cogens*, trying to find the origin and foundation of the conviction that the existence of a rule of *jus cogens*, peremptory, coercive, non-derogable, inalienable is a *jus necessarium omnium*. It also looks for the reasons / arguments that have been given to incorporate these types of norms into positive law (conventional or customary). When dealing with the "determination" of *jus cogens*, it investigates the conditions under which the existence of *jus cogens* is proven and its application is admitted.

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

**Keywords:** *Jus cogens* - Justification - Determination.

**Sumario:** I.- Introducción. II. Justificación del *jus cogens*. II.1. Doctrina. II.2. Práctica internacional. II.2.1 Responsabilidad internacional. II.2.2. Tratados. II.3. Reflexión final.

## I. Introducción

Humphrey Waldock, Consultor Técnico de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, expresó en oportunidad de la Conferencia que: “Si (la CDI) se decidió a redactar el Art. 50 fue por estar convencida de que (...) existen una serie de principios de derecho internacional que tienen carácter imperativo”<sup>1</sup>.

Cuando nos referimos a “justificación” del *jus cogens* pretendemos encontrar el origen y el fundamento de la convicción de que la existencia de una norma de *jus cogens*, perentoria, coactiva, inderogable, inalienable, es un imperativo, una exigencia internacional, un *jus necessarium omnium*. La propia etimología de “justificación” pone a la vista esa condición: *justus-justo, facere-hacer, tio-acción* y efecto<sup>2</sup>. Es decir, la justificación es la acción y efecto de hacer que algo sea justo. Es decir, pretendemos buscar las razones/argumentaciones que se brindaron para incorporar en el derecho positivo (convencional o consuetudinario) la existencia de ese tipo de normas. La construcción de argumentaciones no sólo se ha dado en el Derecho de los Tratados sin también -y muy especialmente- en el denominado Derecho de la Responsabilidad internacional.

Al decir “determinación” del *jus cogens* pensamos en la posibilidad de indagar sobre las condiciones bajo las cuales se llega a probar su existencia y se admite su aplicación.

La expresión *jus cogens* apareció de modo expreso por primera vez en el ámbito de las labores de la CDI sobre Derecho de los tratados en el tercer in-

<sup>1</sup> Conferencia de las NU sobre el Derecho de los Tratados. Primer período de sesiones (Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968). Doc. Oficiales. Actas resumidas de las sesiones plenarias y de las sesiones de la Comisión Plenaria, p. 362 (7 de mayo).

<sup>2</sup> Este sufijo forma sustantivos femeninos a partir de verbos con el supino en -tum para denotar la acción del verbo (GLARE, P. G. W. (editor,) *Oxford Latin Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1983).

forme de Sir Gerald Fitzmaurice (octavo informe sobre el derecho de los tratados en general)<sup>3</sup>. En ese informe, el relator entendió que para la validez de un tratado “es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios (...) de derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique una infracción de tales principios”<sup>4</sup>. Sin embargo, tácitamente ya estaba presente en el primer informe de Hirsch Lauterpacht<sup>5</sup> quien consideraba nulo todo tratado cuando supusiera la ejecución de un “acto considerado ilícito en el derecho internacional” y cuando así lo afirmara la Corte Internacional de Justicia.

## II. Justificación del *jus cogens*

### II.1. Doctrina

La mayoría de los doctrinarios buscan la justificación del *jus cogens* en el tipo superior y esencial de los valores y de las funciones/propósitos que ese tipo de normas consagra, que se consideran esenciales, fundamentales para la supervivencia de la sociedad<sup>6</sup>, concentrados en general y básicamente, en la noción de víctima o en el tipo de daño y la necesidad de no dejar impunes ese tipo de hechos<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Tercer informe sobre el derecho de los tratados de G. Fitzmaurice, Relator Especial, A/CN.4/115 y Corr.1, bajo el título “Licitud del objeto” (CDI. Anuario 1958, Vol. II, p. 28).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Informe sobre el derecho de los tratados de H. Lauterpacht, Relator Especial, A/CN.4/63 (CDI. Anuario 1953, Vol. II, p. 154).

<sup>6</sup> TERAYA, Koji. “Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights”, EJIL 2001-5, pp. 917-941. El autor considera que el *jus cogens* tiene un “noyau flottant” (núcleo flotante), como lo es la propia comunidad internacional en su conjunto. V. asimismo nuestro trabajo “Las normas imperativas de Derecho internacional general (*jus cogens*). Dimensión sustancial”, en DRNAS-LERNER. *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Prof. Ernesto J. Rey Caro*, Lerner Editora, Córdoba, 2002, pp. 647-680, al que seguimos en buena parte de este trabajo.

<sup>7</sup> ROBERTS, Christopher. “On the definitions on crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations”, 20 *U. Pa.J. L & Social Change*, 2017, pp. 1-27.

Numerosos juristas propusieron la creación de algún tipo de jurisdicción criminal internacional para juzgar las violaciones más graves a los compromisos entre Estados, entre ellos, en particular, Antonio Marini (1461), Jeremías Bentham (1789), Gustavo Moynier (1872), si bien, los dos primeros pensaron en sanción interestatal, el último propuso una jurisdicción supragubernamental para juzgar “los crímenes más graves”. Moynier hizo la propuesta al Comité Internacional de la Cruz Roja en reunión de 3 de enero de 1872. Así surgió el “Proyecto de convenio de establecimiento de un tribunal judicial para la prevención y represión de la violación del Convenio de Ginebra”, publicado el 28 de enero de 1872<sup>8</sup>.

Truyol ha entendido que, en el *jus inter gentes* de Vitoria y Grocio, la concepción de la existencia de normas imperativas de derecho internacional -al menos en forma parcial-, se halla en el *jus naturale* y en el *jus necessarium* por contraposición al *dispositivum*<sup>9</sup>. Son de destacar en la materia las tesis grocianas: a) los soberanos tienen el derecho a exigir castigo no sólo con relación a los perjuicios sufridos por ellos o sus súbditos, sino también en base a los perjuicios que no los afectan directamente pero que violan en exceso las leyes de la naturaleza o de las naciones con relación a cualquier persona en cualquier lugar; y b) los súbditos tienen el deber de obedecer a su soberano, pero ello cesa cuando se trata de actos manifiestamente injustos y repugnantes a la ley de Dios<sup>10</sup>.

Corneljus van Bynkershoek en su obra *Questionum juris publici (Libro segundo)* de 1737 ha señalado que “aucune autorité ne peut se prévaloir contre la raison (...)”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> HALL, Christopher K. “La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente”, Revista ICRC, 31 de marzo de 1998, N° 145, pp. 63-82 ([www.icrc.org](http://www.icrc.org)); FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional: Soberanía vs. Justicia universal*, Ed. Temis, Zavallia, Buenos Aires, 2008, pp. 30-31.

<sup>9</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público*, Versión española de Paloma García Picazo, Madrid, 1998, pp. 59 y 66.

<sup>10</sup> GROCIO, H. *On the Law of War and Peace*, 1625 traducción al inglés, de *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, por A.C. Campbell, Batoche Books, Ontario-Canadá, Libro II, Cap. 2, 40 y Cap. 3, 9 (“IX. (...) (T)he people are bound to obey the king, as long as he governs well; but his government is subject to their inspection and control. If they were to say that his duty to the sovereign does not oblige any one to do an act manifestly unjust and repugnant to the law of God; they would say nothing but what is true and universally admitted (...)”).

<sup>11</sup> BYNKERSHOEK, Corneljus van. Cf. VERDROSS, Alfred. “Le Fondement du Droit International”, en *RCADIH*, 16, 1927-I, p. 251.

De Vattel sostenía que la igualdad soberana de los Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). Es decir, sólo las violaciones a un verdadero derecho subjetivo eran reclamables de Estado a Estado<sup>12</sup>, sin embargo, hizo referencia a un “*derecho de gentes necesario*”, definiéndolo como aquél del que no puede prescindirse, que no puede ser modificado unilateralmente, el que invalida toda convención voluntaria contraria a sus prescripciones<sup>13</sup>.

La distinción entre delitos y crímenes encuentra sus orígenes en la obra de Johann Caspar Bluntschli (1868)<sup>14</sup>, quien diferenciaba las violaciones ordinarias del Derecho internacional (DI) de aquellas que socavan los cimientos del orden jurídico, “atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”<sup>15</sup>. Ello llevó mucho más tarde al reconocimiento de obligaciones *erga omnes* y de *jus cogens*.

El positivismo, predominante desde finales del siglo XVIII hasta inicios del XX, no admitió normas superiores a la voluntad de los Estados (convenios internacionales y subsidiariamente costumbre internacional) y negó el elemento moral como formador del derecho.

Franz Ritter von Liszt, a pesar de haber sido un causalista naturalista en el ámbito del derecho penal, ha afirmado que “el Derecho internacional es derecho dispositivo”, voluntario, pero con exclusión de toda norma superior imperativa o necesariamente obligatoria<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> DE VATTEL, E. de *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués a la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains*, 1758, Vol. I, p. 348 (<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k865729/f1.item.r=Le+droit+des+gens,+ou+Principes+de+la+loi+naturelle.langES>).

<sup>13</sup> “*Es necesario porque las naciones están absolutamente obligadas a observarlo (...); este derecho es inmutable y la obligación que impone, necesaria e indispensable; las naciones no pueden modificarlo en sus convenciones, ni dispensarse a sí mismas de él o recíprocamente una a la otra*”. DE VATTEL, E. cit. párrs. 7-9 y Vol. II, párr. 16. Cf. DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 75.

<sup>14</sup> BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Wörfdingen, 1868, p. 53 y ss. (<https://archive.org/stream/dasmodernevölkerrechtgoog/page/n10/mode/2up>).

<sup>15</sup> BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, versión francesa titulada *Le Droit International Codifié*, 2da. edición, Guillaumin et Cie., París, 1874. En particular, expresa: “serán nulos los tratados atentatorios a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”.

<sup>16</sup> LISZT, Franz von. *Das Völkerrecht: Systematisch dargestellt*, Haering, 1898. V. asimismo

El positivismo se vio obligado a recurrir a fuentes extrapositivas. Así, debió exceptuar de tal rigor al menos al principio *pacta sunt servanda*, básicamente, por razones teórico racionales como es la imposibilidad lógica de su derogación. Así, la Grundnorm, norma hipotética lógicamente necesaria kelseniana fue colocada en la cima de la pirámide normativa<sup>17</sup>.

Además, algunos positivistas del XIX, sostuvieron, de una manera u otra, una limitación de la voluntad de los Estados basada en la necesidad de “licitud” del objeto del acuerdo<sup>18</sup>. Así, Dionisio Anzilotti reconoció que un tratado internacional puede ser nulo por la ilicitud moral de su objeto<sup>19</sup>. Marcel Sibert se pronunció por un “orden público internacional” de bases positivas, entendiendo por orden público al conjunto de reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos<sup>20-21</sup>.

DE LA GUARDIA, Ernesto. “Derecho de los (...)”, Op. Cit., p. 75.

<sup>17</sup> Es de tener presente que el profesor checo, positivista que abandonó el voluntarismo puro, expresó: “El poder del Estado para concluir tratados según el derecho internacional general es, en principio, ilimitado. Los Estados son competentes para celebrar tratados sobre cualquier materia que deseen, pero el contenido del tratado no debe estar en conflicto con una norma del derecho internacional general que tenga el carácter de *jus cogens* (...)” (traducción libre). KELSEN, Hans. *Principles of International Law*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2003 (Primera edición 1952), pp. 322-323.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

<sup>19</sup> ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International Public*, trad. francesa de la 3ª edición italiana, Sirey, París, 1929, t. 1, p. 89. Cf. GÓMEZ-ROBLEDO, Antonio. “Jus Cogens y Jus Naturale”, en *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, N° 81, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1984, p. 21 y ss., p. 24.

<sup>20</sup> SIBERT, Marcel. *Traité de Droit International Public*, Dalloz, Paris, 1951, T. I, pp. 16 y 17; T. II, pp. 212 y 213. Cf. DE LA GUARDIA, Ernesto. Cit., p. 80.

<sup>21</sup> Hasta la actualidad numerosos doctrinarios, especialmente los positivistas, identifican el *jus cogens* con el orden público. Por ejemplo: el diccionario de Jean Salmon ha definido al orden público internacional como el conjunto de “*reglas fundamentales para la comunidad internacional en su conjunto a las que los Estados no podrían, so pena de nulidad, derogar por convenciones que le sean contrarias*” (traducción de ABELLO-GALVIS, Ricardo. “Introducción al estudio de las normas de *jus cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI”, *Vniversitas*, N° 123, julio-diciembre de 2011, p. 85 (SALMON, Jean (ed.). *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, AUF, Bruselas, 2001, p.789. Igual posición identificatoria sostiene Antonio Gómez Robledo (GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El Jus cogens internacional. Estudio histórico crítico*, UNAM, México, 2003, p. 41). Según Forde, el orden público (“ordre public”, “public policy”) en el “common law” implica que los tribunales no aplican los acuerdos particulares que contravienen principios morales fundamentales o dañan algún interés público superior. En el derecho continental codificado indica normas legislativas, de autoridad que enuncian

normas perentorias. Así recuerda que, en Francia, el complejo normativo de protección laboral es de orden público y no puede ser recortado por voluntad particular. Hace presente que el término “orden público internacional” posee dos tintes diferenciados: uno negativo y otro positivo. Por un lado, abarca la excepción de “orden público” del análisis post-savignyano al “conflicto de intereses”, de conformidad al cual una ley extranjera que en un caso particular sería aplicable, no se aplicará en virtud de los principios generales del derecho internacional por ofender a normas fundamentales del foro. Sobre esta base, por ejemplo, los tribunales ingleses se han negado a hacer valer las pretensiones de propiedad sobre esclavos, los tribunales franceses han denegado la ejecución de contratos vinculados a golpes de Estado o a venta de armamentos de guerra entre entidades privadas. En esos casos, el orden público internacional desempeña un papel esencialmente defensivo o negativo. En el derecho internacional privado de algunos países europeos continentales el orden público internacional también realiza una función positiva o asertiva, ya que, en algunas circunstancias, transacciones o acontecimientos de carácter transnacional, que en virtud de las normas tradicionales de elección de foro se regirían por una legislación extranjera, se consideran sujetos a las normas del foro local (FORDE, M. “The ‘Ordre Public’ Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 2/3 (Apr. - Jul. 1980), pp. 259-273. Bewes recuerda que el artículo 6 del Código Civil Francés disponía: “*On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*” (BEWES, Wyndham A. “Public order (Ordre Public)”, *Law Quarterly Review*, 1921, Vol. 37, Issue 3, pp. 315-322. Gerhart Husserl ya en 1939 habló de “*jus cogens*”, usando ese término: “*jus cogens, i.e. compulsory laws which impose a restriction upon the autonomy of will of individuals and cannot be derogated from by agreements of private persons*”. Efectuó distinciones con el orden público en el ámbito del derecho interno (HUSSERL, Gerhart. “Public policy and *ordre public*”, *Virginia Law Review*, 1938-1939, Vol. 25, Issue 1, pp. 37-67, p.38). El orden público ha sido receptado con distintos matices en el derecho francés con la designación de *ordre public*. Esa misma concepción, en el sistema jurídico italiano fue llamada *ordine pubblico*, en el alemán: *Vorbehaltsklausel*, en el angloamericano: *public policy* (FERRER SANCHÍS, Pedro Antonio. “Los Conceptos *Jus Cogens* y *Jus Dispositivum* y la Labor de la Comisión de Derecho Internacional”, REDI, N° 21, 1968, pp.778-779). La CDI ha puesto poco acento en la diferenciación entre *jus cogens* y orden público, tendiendo a equipararlos (CDI Anuario, 1963-I, p. 67). Para nosotros el *jus cogens* es siempre una norma consuetudinaria general aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto en el carácter de tal (esencial para la salvaguarda de los valores e intereses esenciales de la comunidad internacional, es decir, los que hacen a su subsistencia), en cambio, el orden público es una norma positiva que forma parte del ordenamiento explícito de un sistema jurídico, expresando los principios constitucionales del orden internacional, obligatorios, no derogables por la voluntad de las partes, siguiendo el orden establecido *erga omnes* o *erga omnes* partes, tal el caso del orden público que se expresa en el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en parte de las normas del DIH, en parte del derecho del mar, del derecho diplomático, del derecho de los tratados, etc. Todas las normas de *jus cogens* son de orden público, pero no todas las normas de orden público son normas de *jus cogens*. Los positivistas admiten al *jus cogens* sólo en calidad de norma receptada en el derecho positivo escrito del orden público.

Tras la primera Guerra Mundial renació el convencimiento de que el derecho positivo no puede constituir el único cuerpo normativo de la sociedad. En Versalles se señaló que el Alto Tribunal actuaría “de conformidad al derecho de gentes tal como resulta de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”<sup>22</sup>.

Saldaña en el curso de 1925 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya señaló que “es la conciencia internacional de daño criminal internacional la que lleva, en el plano universal, a regular la criminalidad internacional”, agregando que “desde el punto de vista filosófico el crimen internacional es un ‘delito natural universal’”<sup>23</sup>.

Verdross, inicialmente positivista, reconoció que al menos existe una norma que escapa a la voluntad de los Estados: “pacta sunt servanda”, que pertenece a la esfera de los valores absolutos, ya que, a más de ser una norma jurídica incorporada al derecho positivo, también es una regla ética<sup>24</sup>. Verdross ha titulado al primer capítulo de su curso de la Academia de La Haya de 1927 “La Morale universelle comme base du Droit des Gens positif”. En sus primeras expresiones recuerda al barón Serge A. Kroff, quien en el primer curso de la Academia (1923-I, p. 5) entendió que el Derecho internacional es una *conciencia necesaria e inevitable de toda civilización*<sup>25</sup>. Truyol y Serra hace presente que Verdross se remitió a una filosofía de los valores que concilia el carácter absoluto de los valores con la relatividad de su aprehensión por parte del hombre, representando el derecho positivo un valor relativo, que varía con el desarrollo de la civilización, pero que se funda en el valor absoluto de la idea de justicia<sup>26</sup>. El profesor vienés criticó la “revolución” causada por el positivismo ilimitado, señalando la incapacidad del mismo para responder en último término al problema filosófico final del derecho: su fundamento, el deber de los Estados en sus relaciones recíprocas. Además, observó que la afirmación de la soberanía absoluta de los Estados implica como tal la negación misma del Derecho de Gentes<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> *La Paix de Versailles*, p. 400 a 403. GRAVEN, J. “Les crimes contre l’humanité”, *RCADIH*, Vol. 76 (1950), pp. 427-608, p. 451.

<sup>23</sup> SALDAÑA, Quintiliano. “La Justice Pénale Internationale”, *RCADIH*, Vol. 10, 1925-V, p. 288.

<sup>24</sup> VERDROSS, Alfred. Op. Cit., “Le fondement (...)”, pp. 257 y ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>26</sup> TRUYOL y SERRA, Antonio. Op. Cit., “*Historia (...)*”, p.143.

<sup>27</sup> VERDROSS, Alfred. Op. Cit., “*Le fondement (...)*”, pp. 261 y 311.

Brierly, en el curso de 1928 de la Academia de La Haya, expresó al término de su exposición: “*Nous sommes tous contraints d’agir comme si nous étions convaincus de la réalité d’un ordre objectif, à la fois physique et moral, si nous voulons continuer à vivre et à agir. Ceci est sans doute croire au droit naturel, mais, je le confesse, la résurrection moderne des théoriciens d’un droit naturel réformé me semble ouvrir une perspective pleine d’espoir à la science juridique*”<sup>28</sup>.

Como señalara Virally<sup>29</sup> esas normas están destinadas a proteger intereses que trascienden el interés individual de los Estados, que deben ser respetados en toda circunstancia y cuya violación repugna a toda la sociedad internacional, exigiendo que no queden impunes. Poseen un valor ético que torna moralmente inaceptable su desconocimiento (“*jus sacrum*”), limitando así la soberanía de los Estados. Se trata de normas cuya violación entraña la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales, de la comunidad internacional. Según Hansbury<sup>30</sup> las normas de *jus cogens* son el centro de cohesión de la sociedad internacional, trascendiendo la mera cooperación y poniendo en evidencia un interés superior común de la humanidad.

Abi Saab las llama “*jus necessarium omnium*”, indisponible<sup>31</sup>. Carrillo Salcedo<sup>32</sup>, por su parte, ha señalado que la cohesión del derecho internacional, en cuando conjunto normativo exige el reconocimiento por parte de sus sujetos de un *mínimum* de reglas imperativas, es decir reglas que no se pueden derogar sin poner en peligro la supervivencia misma del orden internacional. Por ello son principios comunes a todos los órdenes jurídicos, jerárquicamente superiores, que responden a necesidades propias de la sociedad internacional. Esa necesidad se consolida en una sociedad que ha alcanzado un cierto desarrollo y se ha alejado del estado primitivo de naturaleza. Robert Kolb, como muchos otros, recuerda expresiones de los Jueces Eyssinga y Schücking en el caso Oscar

---

<sup>28</sup> BRIERLY, J.-L. “Le fondement du caractère obligatoire du droit international”, *RCADIH*, Vol. 25, 1928-III, pp. 463-552.

<sup>29</sup> VIRALLY, Michel. “Réflexions sur le ‘*jus cogens*’”, *Annuaire français de droit international (AFDI)*, volume 12, 1966, pp. 5-29.

<sup>30</sup> HANSBURY, Elise. “Le juge interaméricain et le ‘*jus cogens*’”, *Cahiers de l’Institut, Graduate Institut Genève*, 2011 (obtenible en <http://books.openedition.org/iheid/380>).

<sup>31</sup> ABI-SAAB, Georges “Prefacio”, en KOLB, Robert. *Théorie du jus cogens international*. Graduate Institut, Genève, 2001 (<https://books.openedition.org/iheid/4834?lang=en>).

<sup>32</sup> CARRILLO SALCEDO, José Antonio. “Droit international et souveraineté des Etats”, *RCADIH* 1996, V. 257, pp. 135-136.

Chinn<sup>33</sup>, posiciones de McNair, Miaja de la Muela, Barberis, entre otros, que señalan que no es posible imaginar una sociedad de individuos o de Estados cuyo orden normativo no imponga ciertos límites a la libertad de obrar o pactar<sup>34</sup>. Derecho intransgredible, socialmente indispensable o lógicamente imperativo, señala Alain Pellet; elementales consideraciones de humanidad, intereses centrales de la comunidad en su conjunto, invoca Thierry<sup>35</sup>.

Entre los críticos del *jus cogens*, Prosper Weil señalaba que se pretendía lograr una “buena sociedad ya”, pero no se sabía cómo empezar con eso<sup>36</sup>. Umut Özsu<sup>37</sup> funda el rechazo de los positivistas y criticistas al *jus cogens* en tanto lo consideraban una vuelta al derecho natural, una caja vacía, una manifestación infantil y vulgar dirigida a alcanzar por arte de magia una sociedad más humana y más justa<sup>38</sup>. Michael Glennon<sup>39</sup>, otro crítico, estima que es poco posible determinar objetivos comunes de la comunidad internacional, además, señala lo absurdo que es pensar que el mismo sujeto que determina la norma es el que debe obedecerla y, al mismo tiempo tiene facultades para modificarla. Antony D’Amato<sup>40</sup> señala que el “El *jus cogens* no tiene contenido sustantivo; es simplemente una imagen insustancial de una norma, que carece de carne y hueso”.

<sup>33</sup> CPJI-Asunto Oscar Chinn (*Reino Unido c. Bélgica*), sentencia de 12 de diciembre de 1934: “(...) No es posible imaginar que la Sociedad de Naciones haya comenzado los trabajos de codificación del Derecho internacional, si hoy mismo no fuera posible crear en esa materia un *jus cogens* (...)”. “Jamás la Corte aplicaría una convención cuyo contenido fuera contrario a las buenas costumbres”. CPJI, Serie A/B, N° 63, pp. 149-150.

<sup>34</sup> KOLB, Robert, *Peremptory International Law - Jus cogens: A general inventory*, Hart Publishing, Oxford-UK and Portland-USA, 2015.

<sup>35</sup> THIERRY, Hubert. “Cours Général de Droit International Public”, *RCADIH*, 222, 1990-III, p. 67.

<sup>36</sup> WEIL, Prosper. “Towards Relative Normativity in International Law”, *77 AJIL*, 1983, p. 413 y ss.

<sup>37</sup> ÖZSU, Umut. “An Anti - Imperialist Univeraslism? *Jus cogens* an the Politic of International Law”, en KOSKENNIEMI, M.- RECH, W. -JIMÉNEZ FONSECA, M. (Eds.). *International Law and Empire. Historical explorations*, Oxford University Press, Oxford UK, 2017, p. 295 y ss.

<sup>38</sup> V. asimismo, KOSKENNIEMI, Martti, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *16 EJIL*, p. 113 y ss.

<sup>39</sup> GLENNON, Michael J. “De l’absurdité du droit impératif (*jus cogens*)”, *110 Revue Générale de Droit International Public* (2006), p. 529.

<sup>40</sup> D’AMATO, Anthony. “it’s a bird, it’s a plane, it’s *jus cogens*!” (2010). Faculty Working Papers, Northwestern University School of Law, Paper 61, (<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>)

Olivier Deleau, representante francés en la Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), recuerda<sup>41</sup> que la CVDT fue adoptada con un solo voto en contra, el de Francia (país que a septiembre de 2021 no adhirió a la Convención)<sup>42</sup>. La CVDT cuenta con 45 suscripciones, alcanzadas en tiempos en que las Naciones Unidas tenían 126 miembros. Deleau considera que aceptar el *jus cogens* es dar un cheque en blanco a un fantasma y se pregunta, ¿cómo podría una norma concreta ser de *jus cogens* si la propia existencia del *jus cogens* no ha alcanzado la aceptación general? La CVDT cuenta a septiembre de 2021 con 116 Estados Parte (EP), y las reservas a los artículos 53, 64 y 66 (que consagran el carácter del compromiso y la posibilidad de la determinación del *jus cogens*) superan los 35 Estados. Entre los países que efectuaron reservas al art. 53 y al art. 64 figuran Bélgica, URSS, Alemania, Hungría, Mongolia, etc. A título ejemplificativo, EE.UU. sólo ha suscripto la CVDT, India no ha suscripto, ni es parte. La China que ha ratificado en 1997 es la que participó de la Conferencia de Viena en 1968-1969, República China (Taiwan), lo que fue observado por la URSS y la República Popular de China.

Por su parte, Andrea BIANCHI<sup>43</sup> recuerda que Abi Saab en su artículo “The Third World and the Future of the International Legal Order” (29 *Revue Egyptienne de Droit International* (1973) 27, p.53) señalaba que, aun cuando el *jus cogens* fuera una caja vacía, sería útil, ya que se podría llenar. De no haber caja no se podría poner nada adentro.

## II.2. Práctica internacional

Si bien se suele decir que el *jus cogens* es un instituto nuevo, la idea de un derecho “necesario” hunde sus raíces en el derecho romano y sus nociones de derecho público, derecho no derogable por la voluntad de las partes y la concepción del “*jus necessarium*” en contraposición al “*jus dispositivum*”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> DELEAU, Olivier. “Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités”, 14 *AFDI* (1969), pp. 7, 14-20.

<sup>42</sup> Otros países del sistema europeo son partes en el Convenio, v.g. RU, Italia, España, Rusia.

<sup>43</sup> BIANCHI, Andrea. “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, *EJIL* (2008), Vol. 19 No. 3, 491-508.

<sup>44</sup> Debe recordarse que la compilación conocida como *Pandectae* o *Digesto* (designación dada por Justiniano a la vasta compilación de fragmentos de la jurisprudencia clásica que realizó una comisión presidida por Triboniano en cincuenta libros), parte integrante

Deberíamos tratar la justificación del *jus cogens* en la práctica dentro del sistema del derecho de los tratados en primer término, ya que, en la secuencia real de los hechos, la existencia de una norma (tratado, costumbre, principio general del derecho de conformidad al art. 38 del Estatuto de la CIJ) antecede al nacimiento de la responsabilidad por su violación. Sin embargo, trataremos primero la justificación del *jus cogens* en el sistema de la responsabilidad internacional ya que el peso de las consecuencias que la violación de una norma de *jus cogens* conlleva un tipo de responsabilidad especial que permite percibir el peso propio de la norma con más visibilidad que el texto desnudo de la norma misma. Además, recordamos que Thierry hace presente que la aplicación del *jus cogens* en materia de derecho de los tratados tiene más importancia teórica que práctica, ya que aparece como poco probable que los Estados concluyan tratados de agresión o genocidio<sup>45</sup>.

### II.2.1. Responsabilidad Internacional

En el plano de la responsabilidad internacional en la relación entre entes soberanos, ya en la Edad Media encontramos esporádicos juzgamientos internacionales a causa del desencadenamiento de una guerra injusta (agresión)<sup>46</sup> o por graves actos inhumanos en tiempo de guerra calificados como “*violaciones al derecho de Dios y de los hombres*”<sup>47</sup>.

---

del *Corpus Juris Civilis* romano, se aplicó hasta inicios de la Edad Media.

<sup>45</sup> Thierry cita a Gaja (GAJA, Giorgio. “*Jus cogens beyond the Viena Convention*”, *RCA-DIH*, 172, p. 288), quien recuerda la reclamación del representante de Chipre ante el Consejo de Seguridad en relación al Tratado de Garantía de 16 de agosto de 1960, en caso de querer ser interpretado como otorgando a Turquía un derecho de intervención militar. También hace presente que sólo dos casos de denuncia por derecho de intervención se dieron durante las interguerras mundiales (Irán contra Rusia por el Tratado de 1921 y el de Etiopía contra Italia por el Tratado de 1928).

<sup>46</sup> En Nápoles (1268), un tribunal internacional juzgó a Conradin von Hohenstaufen - duque de Suabia, rey de Sicilia y rey nominal de Jerusalén- por haber iniciado una guerra injusta y lo condenó a ser decapitado (BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, p. 1047-1048). Sin embargo, llama la atención el hecho de que el duque al momento de su ejecución contara con 16 años de edad y la presunta “guerra de agresión” sólo era un intento de recuperar el reino de Sicilia usurpado por Carlos de Anjou.

<sup>47</sup> En 1474, en Breisach-Alemania, un tribunal de veintiséis elegidos en el ámbito jurisdiccional de cuatro ciudades libres del Sacro Imperio Romano Germánico, juzgó y condenó a muerte a Peter von Hagenbach por los atroces actos cometidos al servicio del

La “*Cláusula Martens*”, contenida en el preámbulo de la Segunda Convención de La Haya de 1899, sobre Leyes y Costumbres de Guerra, expresa -tal como ya lo señaláramos-: “*Esperando, pues, que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser proclamado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno constatar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y bajo el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como ellos resultan de las costumbres establecidas entre naciones civilizadas, así como de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”. Esta norma, primer documento internacional vinculante que aparece en la comunidad internacional relativo a la idea de sanciones especiales para violaciones extremadamente graves del derecho internacional y de establecimiento de una jurisdicción penal internacional<sup>48</sup>, se reiteró en la Cuarta Convención de La Haya de 1907 y fue incorporada en términos equivalentes en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, disponiéndose que la denuncia de los Convenios “*no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes habrán de cumplir en virtud de los principios del derecho de gentes, tales y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”<sup>49</sup>.

En 1914 una Comisión holandesa presentó al gobierno una propuesta dirigida al establecimiento de un juez criminal internacional en La Haya, con competencia para conocer de las “*injusticias y crímenes de los Estados*”<sup>50</sup>. El

---

Duque franco de Burgundia-Alsacia en calidad de conductor de mercenarios (*condottiere*) de origen alemán durante la ocupación de la ciudad de Breisach (1469-1474). Bassiouni resalta que Peter pretendió invocar a su favor en el juicio las órdenes escritas del Duque franco de Burgundia, pero no se le permitió por entenderse que no debió haber ejecutado “órdenes manifiestamente contrarias a la ley de Dios y de los hombres” (BAS-SIOUNI, M. Cherif. *Introducción to International Criminal Law*, Ob. Cit., p. 1048). V. asimismo, GORDON; Gregory S. “The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law”, *The Chinese University of Hong Kong* (CUHK), Faculty of Law, 2012 (<http://ssrn.com/abstract=2006370>).

<sup>48</sup> THUAN, Cao-Huy - FENET, Alain. *Mutations Internationales et Évolution des Normes*, Presses Universitaires de France, 1994, p. 138.

<sup>49</sup> V. Arts. 63, 62, 142 y 158 de los Convenios de Ginebra de 1949 I, II, III y IV, respectivamente.

<sup>50</sup> VOLLENHOVEN, Cornelis van. *Les trois phases*, M. Nijhoff, La Haye, 1919, p. 79. Cf. SALDAÑA, Quintiliano. “La Justice Pénale Internationale”, *RCADIH*, 10, 1925-V. V. asimismo, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties”, *American Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr.,

Presidente de la *Comisión de los Quince*, encargada de examinar la cuestión relativa a las responsabilidades de los “autores” de la Primera Guerra Mundial (André Tardieu), en la sesión inaugural de las labores de la Comisión señaló la dificultad de la tarea que le fuera encargada, la que podía ser considerada como *la puesta en vigor de los principios de justicia y de paz que los pueblos pretenden realizar en la búsqueda de un nuevo equilibrio*. En base a la recomendación de la Comisión de los Quince, la *Comisión de Responsabilidades y Sanciones* señaló que los vencidos debían rendir cuentas de los métodos bárbaros o ilegítimos, en violación de las leyes y costumbres de guerra y de los principios elementales de humanidad<sup>51</sup>. La Conferencia de Paz señaló que el Tribunal internacional actuaría “d’après les principes du droit des gens, tel qu’il résulte des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité, et des exigences de la conscience publique”<sup>52</sup>. El Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, en su Art. 227 establecía la constitución de un tribunal internacional, el que debía guiarse por los más altos principios de la política internacional, con miras a defender las obligaciones solemnes que entrañan los compromisos internacionales y la moral internacional. Si bien el tribunal versallense no llegó a constituirse por varias causas<sup>53</sup>, el establecimiento de una institución permanente de ese tipo fue considerado en la Sociedad de Naciones, basándose en las definiciones de Versalles y la idea de tres tipos de violaciones: “ofensas a la moralidad internacional” (conocidas más tarde como “crímenes contra la humanidad”); “ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados” (posteriormente, en el tribunal de Nuremberg, en los tribunales para la ex Yugoslavia, para Ruanda, en el Estatuto de Roma han sido designadas “crímenes contra la paz” o “agresión”) y “acciones contrarias a los derechos y a las costumbres de guerra” (más adelante conocidas como “crímenes de guerra”).

También se ocuparon más tarde de las responsabilidades especiales que correspondían a esos tipos de violaciones, *i.a.*, el *Sub-Comité del Comité de Expertos para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional de la Sociedad de Naciones* (Informe del salvadoreño José Gustavo Guerrero); la *Tercera Comisión*

---

1920), pp. 95-154 (<http://www.jstor.org/stable/2187841>).

<sup>51</sup> GRAVEN, J. “Les crimes contre l’humanité”, *RCADIH*, 76, 1950-I, 446-447.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 451.

<sup>53</sup> V. nuestro trabajo “Jurisdicción Internacional Penal”, en *Revista de la Facultad*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Argentina, Nueva Serie, Vol. 2, N° 4, 1997, p. 157.

de la Sociedad de Naciones (Proyecto de Tribunal Criminal Internacional, 1920); la Conferencia de la Sociedad de Naciones sobre el Terrorismo para la creación de una Corte Penal internacional (1937); las Potencias Aliadas en documentos previos a la creación de las Naciones Unidas<sup>54</sup>, en particular, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 entre los gobiernos de EE.UU., RU, URSS y el Gobierno Provisional de la República Francesa (suscripto además, por Australia, Bélgica, China, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Holanda, Honduras, India, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, Uruguay y Venezuela), que aprobó el *Estatuto del Tribunal Militar Internacional*<sup>55</sup>. Este Tribunal juzgó y castigó a los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en conexión con cualquiera de los primeros<sup>56</sup>. El Estatuto se elaboró sobre la base de la *Declaración de Moscú* de 30 de octubre de 1943. Uno de los redactores fue Robert H. Jackson (Juez de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.) quien, en oportu-

---

<sup>54</sup> Entre esos documentos figuran: Declaración de Londres de 13 de enero de 1942 que hacía referencia a “castigo” a través de una justicia organizada; Declaración de Naciones Unidas de 1 de enero de 1942 (necesidad de punición por los actos de pillaje en territorios ocupados); Declaración Conjunta de los gobierno de Bélgica, EE.UU. Grecia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Reino Unido, URSS, Yugoslavia y Comité Nacional Francés de 18 de diciembre de 1942 relativa a la sanción al exterminio de la población judía en Europa; Declaración de Londres de 20 de octubre de 1943 que constituyó la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de Guerra, la que a su vez creó las Oficinas Nacionales y estableció el Registro Central de Criminales de Guerra y personas sospechadas; Declaración sobre Responsabilidad de los Hitlerianos por los Crímenes Perpetrados de 30 de octubre de 1943 que reitera la necesidad de castigo y enuncia la preparación de listas de criminales en territorios ocupados (los crímenes vinculados a un territorio serían juzgados en ese país, los no relacionados a un punto geográfico definido, sería castigados por decisión conjunta de los Aliados y, en 1944, EE.UU. obtuvo de parte de los países neutrales, como Argentina, España, Islandia, Portugal, Suecia Suiza y Turquía garantías de no concesión de asilo a los criminales escapados); Declaración de Yalta de 11 de febrero de 1945, Declaración de Potsdam de 2 de agosto de 1945.

<sup>55</sup> Es de observar la preferencia -afirmada en el tiempo- de designarlo como Tribunal de Nuremberg para evitar las limitaciones y parcialidades que podrían ser percibidas en la expresión “Tribunal Militar”.

<sup>56</sup> También se ocuparon de la responsabilidad penal internacional en 1951 (Ginebra) y 1953 (Nueva York) los Comités sobre Jurisdicción Criminal Internacional de la AG NU. (AG NU 7mo. Período de Sesiones. Supp. N° 11 (A/2136, para. 91) y AG NU 9no. Período de Sesiones. Supp. N° 12 (A/2645, para. 88) respectivamente) Véase GARCÍA AMADOR, F.V. “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 408, nota 1. V. ALAIN PELLET. “Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des États”, *AFDI*, 1996, p. 7.

nidad de la suscripción, expresó: “Por primera vez<sup>57</sup> las cuatro Potencias se han puesto de acuerdo no sólo en relación al principio de castigar los crímenes de guerra, sino también sobre el principio de responsabilidad individual en el atentado criminal a la paz internacional (...). Si podemos difundir en el mundo la idea de que los preparativos bélicos con fines agresivos constituyen un camino a la prisión y no a la gloria habremos hecho algo en pro de asegurar la paz”. El Estatuto ha sido una de las principales bases para la construcción por parte de las NU de los distintos sistemas de jurisdicción penal internacional que habrían de sucederle, v.g. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998).

La Asamblea General de Naciones Unidas (AG UN) en su primer período de sesiones, Res. 95 (I) “confirmó” los principios de Derecho Internacional del Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias del Tribunal, encomendando a la CDI la codificación de *los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad o de un Código Criminal Internacional* que contenga esos principios. Por su parte, la Res. 96 (I) del mismo órgano de las NU afirmó que el crimen de genocidio es una *negación del derecho a la existencia a grupos humanos enteros que conmueve la conciencia humana y es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas*. Agrega que el castigo es un *asunto de preocupación internacional* y que los autores y cómplices deben ser castigados sean individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y cualquiera haya sido el motivo. La Res. 177/II de 21 de noviembre de 1947 solicitó a la CDI que: *\*formulara los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de agosto de 1945 y las sentencias del Tribunal de Nuremberg<sup>58</sup> y \* preparara un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la*

<sup>57</sup> El Derecho Internacional clásico no admitía la responsabilidad penal de los Estados por ilícitos internacionales ni reconocía subjetividad internacional alguna al individuo. Con ello (salvo contadísimas excepciones), violaciones graves que conmovieron a la humanidad y crearon la conciencia de imposibilidad de tolerar pasivamente esos actos, hoy conocidas por la comunidad internacional como crímenes, quedaban impunes.

<sup>58</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 1946 en *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal* (Núremberg, 14 de noviembre de 1945 a 1 de octubre de 1946), Vol. 22 (1948), pp. 466 y ss. Es de destacar que sólo se consideran “principios de derecho internacional” los contenidos en la parte sustancial del Estatuto del Tribunal Militar (Arts. 6 a 8 incl.) y los contenidos en la sentencia de 30 de septiembre de 1946, no así las sentencias de los doce procesos seguidos también en Nuremberg entre el 18 de octubre de 1946 y el 17 de febrero de 1947. V. nuestro trabajo “Algunas Consideraciones

*Humanidad*. Al año siguiente, por Res. 260-B/III de la AG NU de 9 de diciembre de 1948<sup>59</sup>, pidió a la CDI que estudiara la posibilidad de creación de un *Tribunal penal internacional para juzgar delitos contra la humanidad determinados en convenciones internacionales*. La CDI, designó como Relator especial a Jean Spiropoulos, quien elaboró un *Proyecto de Principios y Delitos en 1950*, sin alejarse de los “principios de Nuremberg” y en 1954 el *Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad*. Debe tenerse presente que los comportamientos que Spiropoulos denominó “delitos”, se consideran hoy “crímenes” y conforman el núcleo duro de las violaciones a normas imperativas de derecho internacional general. La AG por Res. 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, decidió aplazar el examen del Proyecto de Código, por considerar que estaba íntimamente vinculado a la definición de agresión, cuestión que había encomendado a una Comisión Especial. El tema, en el marco de este enfoque de la CDI, recién fue retomado en 1981<sup>60</sup>, año en que la AG invitó a la CDI a ocuparse nuevamente de la cuestión. La CDI designó Relator a D. Thiam, quien presentó entre 1983 y 1991, nueve informes. El Proyecto fue aprobado en primera lectura en 1991. Durante 1992 y 1993 D. Thiam, de conformidad a lo encomendado por la AG en su Res. 45/41 de 28 de noviembre de 1990, produjo dos informes sobre el Proyecto de Establecimiento de Tribunal Penal Internacional, culminando su labor en 1994 con la aprobación por la CDI del Proyecto y la recomendación a la AG de convocar a una conferencia internacional para su adopción como convención. En su 48° Período de sesiones (1996), la CDI aprobó, parte en primera y parte en segunda lectura un Proyecto de veinte artículos, designado Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad<sup>61</sup>. El Estatuto de Tribunal Penal Internacional

---

sobre Jurisdicción Nacional e Internacional en Caso de Violación de los Derechos Humanos”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. X, 2000, pp. 177 y ss.

<sup>59</sup> Ese mismo día, la AG adoptó por Res. 260/A(III) el Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

<sup>60</sup> A pesar de que la Res. 3314 (XXIX) Definición de la Agresión fue adoptada el 4 de diciembre de 1974.

<sup>61</sup> Es de observar que este Proyecto, a diferencia del de Spiropoulos, incluyó un alto número de “crímenes”, colocando en un idéntico nivel de tratamiento a violaciones de distinta gravedad. V. nuestros trabajos: “Jurisdicción Penal Internacional”, en INFANTE, María Teresa - CAVE, Rose. *Nuevos Estudios de Derecho Internacional Humanitario*. Instituto de Estudios Internacionales (Universidad de Chile). Comité Internacional de la Cruz Roja, Chile, 1998, pp. 26 y ss. y “La Comisión de Derecho Internacional de la ONU”, en *La Política Internacional, el Derecho y el Territorio Nacional. Homenaje a Enrique Ferrer Vieyra*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1997, p. 379.

con importantes modificaciones, fue adoptado en la Conferencia de Roma de 17 de julio de 1998 con el nombre de Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En una línea de trabajo con características conexas pero diferentes a la tarea referida en el párrafo anterior, en su primer período de sesiones (1949), la CDI seleccionó el tema *Responsabilidad de los Estados*, como tópico idóneo para la codificación. La AG NU por Res. 799 (VIII), de 7 de diciembre de 1953, solicitó a la CDI que procediera a la codificación de los *principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad de los Estados*. La CDI comenzó en 1955 sus labores en el tema, designando a través de varias décadas de trabajo diversos relatores<sup>62</sup>. En los debates de la AG NU de los años 1960 a 1962, en oportunidad

---

<sup>62</sup> Francisco V. García Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz y James Crawford. La CDI en 1955 inició las labores para la elaboración del *Proyecto* y designó Relator al cubano García Amador, quien trabajó sobre la base del proyecto preparado en el ámbito de la Sociedad de Naciones sobre Responsabilidad por daños a personas y bienes de extranjeros. Presentó seis informes entre 1956 y 1961, de los cuales sólo uno fue considerado y mal recibido por la Comisión. Gutiérrez Espada lo apodó "El Inatendido" (GUTIÉRREZ ESPADA, C. "¿Quo vadis responsabilidad? (La revisión del Proyecto de la CDI)", *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho Internacional*, Vol. V, 2001, 396 y ss.). Una sub-comisión presidida por Roberto Ago, en 1962, recomendó a la Comisión que se centrara en la definición de las reglas generales de la responsabilidad internacional. En 1963 fue designado Relator Ago ("El Revolucionario", según el Prof. Gutiérrez Espada en el referido trabajo), quien hizo desaparecer del tradicional enfoque de la responsabilidad internacional al daño y a la relación de causalidad, centrando la responsabilidad en el ilícito. Sus ocho informes fructificaron en la aprobación por la CDI de la Primera Parte del Proyecto, relativo a Principios Generales (43 artículos, que contenían una importante división de los ilícitos por su naturaleza: delitos y crímenes). En 1980 se designó Relator al holandés Riphagen, apelado por Gutiérrez Espada en el citado trabajo como "El Oscuro", por su enfoque abstracto, su parquedad y la ausencia de comentarios al articulado propuesto. A lo largo de los seis años de labor Riphagen sólo logró la adopción de cinco artículos de la segunda parte del proyecto. De ellos, sólo uno subsiste en el proyecto aprobado en 2001. En 1987, la CDI designó como relator a Arangio Ruiz ("El Idealista", según Gutiérrez Espada por su vigorosa argumentación institucional y por su confianza en la aceptación por parte de los Estados de una solución jurisdiccional arbitral). Su propuesta de articulado contemplaba el derecho de recurrir al arbitraje que tenía el Estado contra el cual se adoptaran contramedidas. El proyecto de Arangio Ruiz fue aprobado con sus tres partes en 1996. Es de observar que la Primera Parte del proyecto, tal como fuera dibujada por Ago, se mantuvo intacta en el Proyecto aprobado por la CDI en 1996. En 1997 fue designado Relator el australiano Crawford ("El Pragmático"), quien trató de conciliar a objetivistas y subjetivistas. Su principal meta fue suprimir la distinción entre delitos y crímenes. Sin embargo, la diferencia se mantiene ya que, al hacer referencia a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*), hay una coincidencia sustantiva de hecho con los "crímenes" ejemplificados en el proyecto de Ago. Crawford vació de contenido a las regulaciones en materia de normas

de considerarse los informes de la CDI, particularmente el relativo a la responsabilidad de los Estados, la URSS y otros países socialistas y del Tercer Mundo observaron al Proyecto de García Amador la falta de previsiones especiales para violaciones graves que impactaban sobre los fundamentos mismos del derecho de gentes, como la agresión. Recogiendo esa crítica. El Relator Roberto Ago consideró viable un tratamiento dual que distinguiera las violaciones que afectaban a la comunidad en su conjunto de otras violaciones (CDI Anuario, 1969, Vol. 1, p. 257)<sup>63</sup>. En 1976, la CDI incorporó la distinción entre delitos de crímenes internacionales en el Art. 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados<sup>64</sup>.

---

imperativas y, como consecuencia de ello y su rechazo a la posición objetivista, aparecieron incoherencias en el proyecto, en particular a la hora de consagrar las consecuencias especiales que debieran conllevar para EL Estado al que se le atribuye una violación al *jus cogens*. (V. nuestro trabajo “Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de derecho internacional general”, obtenible en [www.acadarc.org.ar](http://www.acadarc.org.ar)).

<sup>63</sup> JULIO BARBOZA. *Derecho Internacional Público*, Zavallá, Buenos Aires, 2001, p. 364. Es de observar que el hecho de que García Amador no incluyera la distinción en sus Informes no significa que no haya tenido presente la conveniencia de contemplar un régimen diferenciado para las violaciones más graves al Derecho internacional. Así, en el Curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya ha señalado: “Particularly since the Second World War, the idea of international criminal responsibility has become so well defined and so widely acknowledged that it must be admitted as one of the consequences of the breach or non-observance of certain international obligations”. GARCÍA AMADOR, F.V. “State Responsibility. Some New Problems”, *RCADIH*, 94, 1958-II, p. 397.

<sup>64</sup> Art. 19. *Crímenes y delitos internacionales* “1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada. 2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional. 3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular: a)-de una violación grave de una norma internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; b)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; c)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid; d)-de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares. 4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye delito internacional”.

En los Comentarios al Art. 19 (28º Período de sesiones-1976)<sup>65</sup>, el Relator hizo presente, en el punto 15, que “(l)a necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir (...) más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial (...)”. En el punto 16, ha señalado que “(t)res circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción, consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) *el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado (...)*; c) el hecho de que la Carta de las NU atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (...)”. En el punto 59 del Comentario explica que ha optado por la denominación “crimen internacional” por haberse convertido en una expresión de uso corriente en la práctica de los Estados, en las obras científicas contemporáneas, en resoluciones de la Sociedad de Naciones y de las NU, como así también en instrumentos internacionales relevantes. En ese mismo punto subraya que no debe confundirse “crimen internacional” (atribuible al Estado) con “crimen de derecho internacional” (imputable al individuo que cometió el hecho). La primera parte del proyecto (origen de la responsabilidad internacional) fue aprobada en primera lectura en 1980. La segunda parte (contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional) y la tercera (solución de controversias y modalidades de hacer efectiva la responsabilidad), fueron aprobadas en 1996, permaneciendo la “distinción entre delitos y crímenes internacionales”. El proyecto aprobado en segunda lectura en el 53º período de sesiones de la CDI (2001), con su titulación renovada: Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, se ocupa \*en la primera parte, del hecho internacionalmente ilícito del Estado; \*en la segunda parte, del contenido de la responsabilidad internacional de Estado; \*en la tercera parte, de los modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado; \*en la cuarta parte, de las disposiciones generales. En este Proyecto desapareció la distinción entre “delitos y crímenes”, no obstante, el Art. 26 hace referencia a las normas impe-

<sup>65</sup> CDI. *Anuario*, 1976-II, p. 94 y ss.

rativas de derecho internacional general, estableciendo que: “Ninguna disposición (...) excluirá la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general”. La Comisión elevó el Proyecto de 2001 a la AG recomendándole tome nota del Proyecto y lo incorpore como Anexo a la resolución. También recomendó a la AG viera la posibilidad de convocar a una conferencia de plenipotenciarios con miras a la adopción de una convención sobre el tema.

Los crímenes internacionales -en el plano de la responsabilidad internacional- implican consecuencias sustanciales y procesales particulares tanto para el infractor como para la comunidad internacional, *i.a.*: \*la obligación de prohibir, prevenir, juzgar y castigar ese tipo de crímenes independientemente de las prescripciones de su derecho interno y aplicar la jurisdicción universal de presentarse el caso; \*el deber de extraditar al inculcado haya o no acuerdo de extradición con el Estado solicitante; \* la imposibilidad de invocar el carácter político del acto como causa de denegación de la extradición solicitada; \*la imprescriptibilidad del crimen; \*la imposibilidad de invocar inmunidad alguna en razón de función pública; \*la posibilidad de juzgamiento del criminal por tribunales internacionales.

La CDI en su 67° período de sesiones (2015) nombró Relator Especial a Dire Tladi en el tópico *Jus cogens*, quien en su primer informe se preguntaba si la Comisión debía elaborar una *lista* ilustrativa de normas que ya hubieran alcanzado el estatus de normas de *jus cogens*. Algunos Estados respaldaron esa idea. Otros en cambio, manifestaron serias dudas al respecto por el temor que la lista pudiera ser considerada *numerus clausus* al menos al momento de su proposición<sup>66,67</sup>.

---

<sup>66</sup> El Relator Especial presentó tres informes entre 2016 y 2018, que la Comisión examinó en sus períodos de sesiones 68° a 70° (2016 a 2018) respectivamente. Tras los debates sobre esos informes, la Comisión decidió remitir al Comité de Redacción los proyectos de conclusión contenidos en ellos. La CDI examinó el cuarto informe del Relator en 2019 y aprobó en primera lectura el *proyecto de conclusiones sobre las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens)*. En la Conclusión 3 relativa a Naturaleza general de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) estableció: *Las normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens) reflejan y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional, son jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional y son universalmente aplicables*. En la Segunda parte relativa a la Identificación de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) fijó: *“Para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens), es necesario establecer que la norma en cuestión cumple los siguientes criterios: a)*

La gravedad de la violación de una norma de *jus cogens*, que no admite limitaciones o debilitamientos de la responsabilidad *ratione personae*, se observa en el art. 26 del proyecto de responsabilidad de la CDI de 2001 sobre hechos ilícitos: *Cumplimiento de normas imperativas Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general*. Si esas normas imperativas de *jus cogens* sólo requirieran la responsabilidad del individuo se estaría premiando al Estado en lugar de aplicarle una sanción calificada por la gravedad del hecho. Algunos han pensado que hay suficientes precedentes para pensar en incluir entre las sanciones, las económicas reparatorias

---

*es una norma de derecho internacional general; y b) es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*". Al ocuparse de las bases de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) recordó que el derecho internacional consuetudinario es la base más común de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) pero que las disposiciones de los tratados y los principios generales del derecho también pueden servir de base de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Destacó que el requisito de "la aceptación y el reconocimiento" como criterio para identificar una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) es distinto de la aceptación y el reconocimiento como norma de derecho internacional general. Sin embargo, recordamos que, al momento de la adopción de la CVDT se entendió que las expresiones "aceptación" y "reconocimiento" se habían incorporado para dar satisfacción -respectivamente- a los positivistas y a los naturalistas. El proyecto de la CDI al referirse a la prueba de la aceptación y el reconocimiento de que una norma de derecho internacional general es una norma imperativa (*ius cogens*) señaló una variedad de formas, *i.a.*: declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; publicaciones oficiales; dictámenes jurídicos gubernamentales; correspondencia diplomática; actos legislativos y administrativos; decisiones de las cortes y tribunales nacionales; disposiciones de los tratados; resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental). Como medios auxiliares de determinación del carácter imperativo de las normas de derecho internacional general señaló las decisiones de las cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, y la labor de los órganos de expertos establecidos por Estados o por organizaciones internacionales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas (v. <https://legal.un.org/ilc/Reports/2019/spanish/chp5.pdf>; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_13\\_2018.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_13_2018.pdf)). El tratamiento del tema poco agregó a lo ya construido y establecido por la propia CDI en la primera etapa de sus labores setenta años atrás. Al respecto, véase en particular: "Las vías y medios para hacer evidente al Derecho internacional consuetudinario", que la propia Comisión en respuesta al mandato de la AG inició ya en 1949 (CDI. *Anuario* 1950, Vol. II, p. 31 y ss.; [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1950\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf)).

<sup>67</sup> V. *infra* "Determinación".

(incluyentes de los daños psicológicos sufridos por las víctimas), la administración del Estado por un tiempo adecuado por la comunidad internacional a través del sistema de Naciones Unidas u otra modalidad (ejemplos post primera y segunda Guerras Mundiales, post ocupación de Irak y otros).

En resumen, lo expuesto pone en evidencia cómo a través de los tratamientos de la responsabilidad internacional en distintos proyectos de la CDI se fue aportando a la justificación y al contenido sustantivo particular del *jus cogens*, abonando la percepción de la CVDT.

## II.2.2. Tratados

La CDI inició la codificación del derecho de los tratados en 1949 designando primer relator a James L. Brierly. Hersch Lauterpacht, el segundo relator en el *Proyecto sobre Derecho de los Tratados* abordó en 1953 la cuestión relativa a la existencia de normas imperativas. El Art. 15 de su proyecto de artículos establecía: “Un tratado será nulo cuando su ejecución suponga un acto que el Derecho internacional reputa ilícito”<sup>68</sup>. Para Lauterpacht, la ilicitud se fundaba en el hecho de que esos tratados infringen normas que han adquirido “la naturaleza de normas de derecho internacional generalmente aceptadas y, como tales, consuetudinarias”<sup>69</sup>.

La CDI al considerar el tema tratados no ha construido una verdadera justificación del *jus cogens*, no se basó en argumentaciones históricas ni en fundamentos jusnaturalistas. Más bien un derecho positivo en base a la producción de la norma y no por el contenido de ella.

El Tercer informe del tercer Relator, Gerald Fitzmaurice, trató el tema del *jus cogens* en los Arts. 16 a 20 del Proyecto, sin definirlo<sup>70</sup>. El cuarto Relator,

<sup>68</sup> *Yearbook of the ILC*, 1953-II, p. 123.

<sup>69</sup> Primer informe sobre el *jus cogens* preparado por Dire Tladi, Relator Especial, A/CN.4/693 (CDI. 68 Período de Sesiones, p. 17).

<sup>70</sup> Art. 16. *Licitud del objeto*

“1. (...)”

“2. Para la validez de un tratado es indispensable que esté en armonía o no sea incompatible con los principios y normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, o que su ejecución no implique infracción de tales principios o reglas”.

Art. 17. *Licitud del objeto (Incompatibilidad con el Derecho internacional)*

“(...) únicamente cuando el tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones absolutos e imperativos de las normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, puede haber una causa de invalidez (...)”.

Humphrey Waldock, en el Proyecto de Artículos correspondiente a su segundo informe de 1963, contempló el *jus cogens* y dio ejemplos de tratados nulos por infracción de una norma o principio general de Derecho internacional de tal carácter<sup>71</sup>. En el comentario, Waldock destacó que era necesario distinguir entre *jus cogens* y normas inderogables por la voluntad de las partes. Durante los debates en la CDI<sup>72</sup> se pudo observar una clara disposición a la inclusión del *jus cogens* por parte de los miembros de la Comisión<sup>73</sup>.

En el Informe de la CDI a la AG. UN. (1963. Doc. A/5509), la inclusión del *jus cogens* se hallaba contemplada en los Arts. 37 y 45. Sin embargo, la formulación ya no contenía el concepto de *jus cogens*, ni ejemplos del mismo. En 1966,

---

Art. 18. *Licitud del objeto (Incompatibilidad con tratados anteriores: casos generales)*

“1. Cuando un tratado es incompatible con otro tratado anterior que contiene, o así se suele considerar, normas de Derecho internacional que tienen el carácter de *jus cogens*, dicho tratado será inválido por ese motivo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 17”. (El Art. posee 8 incisos, los que contemplan las situaciones particulares de los tratados bilaterales, plurilaterales y multilaterales) (...)

<sup>71</sup> Art. 13. *Tratados nulos por ilicitud*

“1. Un tratado será contrario al Derecho internacional y nulo si su objeto o su ejecución entraña la infracción de una norma o principio general de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens*.

2. En particular, un tratado será contrario al Derecho internacional y nulo si su objeto o ejecución entraña:

a)-El uso o la amenaza de la fuerza, en contravención de los principios de la Carta de la ONU.

b)-Cualquier acto u omisión calificado por el Derecho internacional de delito internacional.

c)-Cualquier acto u omisión a cuya eliminación o sanción deba contribuir todo Estado por exigirlo así el Derecho internacional.

3. Si una estipulación cuyo objeto o ejecución infringe una norma o principio general de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* no está esencialmente relacionada con los principales objetos del tratado y puede separarse claramente del resto del tratado, sólo esa estipulación será nula.

4. Las disposiciones de este Artículo no serán aplicables sin embargo a un tratado multilateral general que derogue o modifique una norma que tenga el carácter de *jus cogens*.

El Art. 21.4 establecía: “Cualquier Parte podrá pedir que se dé por terminado el tratado, si después de su entrada en vigor, el establecimiento de una nueva norma de Derecho internacional que tenga el carácter de *jus cogens* ha hecho que la ejecución sea ilícita en el Derecho internacional”.

<sup>72</sup> Anuario de la CDI, 1963-I. Actas resumidas, p. 66 y ss.

<sup>73</sup> Entre los que apoyaban la inclusión del Art. 13 se contaban Bartoš, Castrén, de Luna, Jiménez de Aréchaga, Pal, Tabibi, Tsuruoka, Waldock, Yasseen. Entre los que requerían mayor precisión en la formulación estaban Ago, Amado, Briggs, Gros, Lachs, Rosenne, Tunkin.

la CDI volvió a ocuparse del *jus cogens*, limitándose a cuestiones terminológicas, ubicación de la cuestión en el Proyecto (Arts. 50, 61 y 67 relativo este último al procedimiento-consecuencias). El único miembro de la CDI que manifestó claramente su oposición a la inclusión del *jus cogens* fue el luxemburgués por no reconocer normas superiores a los acuerdos entre Estados<sup>74</sup>. No se incluyeron enunciaciones de ejemplos ante el temor de que *expressio unius exclusio alterius*.

En la Sexta Comisión de Asuntos Jurídicos de la AG NU, que se ocupó del tema en 1963 y en 1966, hubo, en general, una buena recepción de los enunciados vinculados al *jus cogens*.

No puede dejar de señalarse que en, los comentarios de 1966 al proyecto de art. 50<sup>75</sup>, se hizo referencia a que es cada vez más difícil sostener el libre albedrío ilimitado de los Estados al celebrar tratados y negar la existencia de normas de *jus cogens*. Y, si bien hace a la determinación más que a la justificación, hizo referencia a que varios gobiernos en sus comentarios habían señalado la conveniencia de que el artículo fuera acompañado de una disposición relativa a una adjudicación independiente<sup>76</sup> (art. 66 a) de la CVDT). Con relación a la “justificación”, la CDI ha expresado que no es correcto decir que una disposición de un tratado posee el carácter de *jus cogens* simplemente porque las partes han estipulado que no debe permitirse ninguna excepción a dicha disposición. Tal estipulación podría insertarse en cualquier tratado con respecto a cualquier materia por cualquier motivo que se les ocurriera a las partes, pero no acarrearía nulidad absoluta por no constituir norma de tal carácter. Bien señala en ese mismo párrafo la CDI que: “No es la forma de una regla general de derecho in-

---

<sup>74</sup> Turquía consideró que se trataba de un concepto teóricamente valioso, pero de difícil aplicación en la práctica, no admitiendo la formulación de superveniencia. Gran Bretaña, a pesar de haber sido de nacionalidad británica los cuatro Relatores del tema, manifestó su inclinación por una aplicación restringida del concepto. Estados Unidos manifestó sus dudas en lo que hace a la aplicación del enunciado. Varios países solicitaron mayor precisión en la enunciación, entre ellos: Holanda, Israel y Uruguay. Un importante número de Estados se manifestó satisfecho con la inclusión del *jus cogens* entre las causas de nulidad, entre ellos: Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Ecuador, España, Filipinas, Francia (recuérdese que en la Conferencia de Viena que adoptó la Convención, el único Estado que votó en contra fue Francia por considerar que era una “carta en blanco” por la falta de precisiones y ejemplificaciones), Ghana, Guatemala, Hungría, Indonesia, Irak, Italia, Marruecos, Panamá, Polonia, República Árabe Unida, Rumania, Siria, Tailandia, Venezuela, Yugoslavia (*Anuario de la CDI*, 1966-II, pp. 22 y ss.).

<sup>75</sup> ILC. *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries* 1966, p. 247.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

ternacional (la que hace que sea *jus cogens*), sino la naturaleza particular del tema de que se trata<sup>77</sup>.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 26 de marzo-24 de mayo de 1968 y 9 de abril-22 de mayo de 1969) adoptó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la que consagró al *jus cogens* en el derecho internacional convencional al incorporarlo expresamente en sus Arts. 53, 64<sup>78</sup> y correlativos como el 66<sup>79</sup>-.<sup>80</sup>, si bien son muy pocos los casos en los que se haya invocado la nulidad de un tratado por violación del *jus cogens*. Es de tener en cuenta que, en el segundo período de la Conferencia (1969) el artículo fue aprobado por 87 votos (incluida Argentina), 8 en contra y 12 abstenciones, de modo similar, al artículo relativo al *jus cogens* sobreviviente 84 votos a favor, 8 en contra y 16 abstenciones<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 248.

<sup>78</sup> Art. 53. *Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')*. “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Art. 64. *Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ('jus cogens')* “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

<sup>79</sup> Art. 66. *Procedimientos de arreglo judicial de arbitraje y de conciliación*. “Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje; b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de cualquiera de los restantes artículos de la parte V de la presente Convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la Convención presentando al Secretario general de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto”.

<sup>80</sup> Es de recordar que la Convención de Viena sobre *Derecho de los Tratados entre Estados o entre Organizaciones Internacionales entre Sí* de 1986, mantiene la misma formulación normativa que la Convención de 1969.

<sup>81</sup> DE LA GUARDIA, E. Ob. Cit., p. 291.

### III. Determinación del *jus cogens*

Como señala Roberto Puceiro Ripoll<sup>82</sup>, la propia Comisión debió reconocer las dificultades para establecer el concepto preciso del *jus cogens* e individualizar este tipo de normas, presentando a la Conferencia de Viena un proyecto que no estableció el contenido de aquél sino simplemente sus caracteres y efectos. Así la CDI reconoció que el enunciado del art. sobre el *jus cogens* “no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional con ese carácter”.

#### *Tipo de norma*

Tal como lo establece el art. 53 de la CVDT, el *jus cogens* es una norma imperativa de derecho internacional general, es decir una norma consuetudinaria general. Sabemos que un tratado puede devenir obligatorio para un tercer Estado si refleja norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (art. 38 de la CVDT).

Numerosos tratadistas -entre ellos Bassiouni<sup>83</sup>- consideran que el *jus cogens* más que norma consuetudinaria internacional es un principio general, ya que no sólo surge de la práctica con *opinio juris* en el plano internacional, sino que se asienta en las convicciones de las más mínimas organizaciones sociales locales y nacionales, impregnando todos los niveles de la sociedad humana.

---

<sup>82</sup> PUCEIRO RIPOLL, R. “las normas de *jus cogens* ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional?, *XXVII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Secretaría de la OEA, 2000, p. 388.

<sup>83</sup> Bassiouni ha señalado que si bien muchos doctrinarios consideran al *jus cogens* norma consuetudinaria para otros se trata de un principio general del derecho. BASSIOUNI, Cherif. “La Expresión de Crímenes Internacionales *Jus cogens* y *obligatio erga omnes*”, en *Represión Nacional de las Violaciones del Derecho Internacional Humanitario (Sistemas Romano-Germánicos)*, Informe de la Reunión de Expertos (Ginebra 23-25 de septiembre de 1997), Servicio de Asesoramiento en DIH, Comité Internacional de la Cruz Roja, Suiza, 1999, p. 31. En la misma Conferencia de Viena sobre Derecho de los Tratados, el Delegado mejicano Eduardo Suárez, opinó que las normas de *jus cogens* derivan de principios que la conciencia jurídica de la humanidad considera absolutamente esenciales para la coexistencia de esa comunidad en determinado estadio de su desarrollo histórico. V. United Nations Conference on the Law of Nations, First Session, 26/III to 24/V 1968 p. 294 ([http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st\\_sess.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/vol/english/1st_sess.pdf)).

Ninguna norma se presta tanto como el *jus cogens* para poner en evidencia la interacción e interpenetración simultánea de las fuentes de derecho internacional: puede estar reflejado en un tratado, en una norma consuetudinaria de carácter general, en un principio general del derecho internacional, en un principio general del derecho.

Andrea Bianchi<sup>84</sup> considera de particular interés el debate sobre la cuestión de cómo las normas perentorias devienen tales. El aura de misterio en torno a este tema, nutrido por la ambigüedad dejada por la CDI, ha generado una panoplia de escritos. En particular, la posibilidad de que el *jus cogens* pueda ser creado por el tratado contrasta con la opinión de que las normas imperativas sólo pueden surgir del derecho consuetudinario. Esta última interpretación se centra en la redacción del artículo 53, que hace referencia expresa a que las normas perentorias forman parte del derecho internacional general. En cuanto a los derechos humanos, se ha sostenido que su constitución como normas generales del derecho internacional no se produciría por medio del derecho consuetudinario con su dependencia de la práctica estatal, sino más bien por principios generales. Los principios generales serían establecidos por un proceso similar - pero no totalmente análogo- al que conduce a la costumbre. De hecho, la aceptación general requerida no tendría que basarse en la práctica estatal, tal como se entendía tradicionalmente. Más bien, resultaría de una variedad de manifestaciones “en las que consideraciones morales y humanitarias” encontrarían una expresión en forma legal “más directa y espontánea”.

Briggs ha señalado que se plantea un problema igualmente grave en relación con el artículo 37 [Tratados incompatibles con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*)] -artículo 53 en la CVDT-, ya que no se establece ningún procedimiento para determinar qué es una norma de *jus cogens*. La inexistencia de tal procedimiento influye en la aplicación de las disposiciones del artículo 45 (Establecimiento de una nueva norma imperativa de derecho internacional general) (artículo 64 de la CVDT)<sup>85</sup>. Al respecto, Ago señaló que cuando la Comisión afirma la existencia de normas imperativas o de *jus cogens* no hace sino definir un principio ya existente y reconocido en conciencia por los Estados. Las normas de fondo no pierden por tanto validez al-

---

<sup>84</sup> BIANCHI, Andrea, Ob. Cit., p. 493.

<sup>85</sup> CDI. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. I, parte II, p. 4 ([https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1966\\_v1\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1966_v1_p2.pdf)).

guna tan sólo porque no existan normas de procedimiento correspondientes, aun cuando el desarrollo del derecho internacional sustantivo venga a poner inevitablemente de relieve la necesidad de un desarrollo paralelo del derecho procesal internacional<sup>86</sup>.

La CDI, en su primera reunión, celebrada en 1949, comenzó a examinar Los medios de hacer más accesible la prueba del derecho internacional consuetudinario. En su segundo período de sesiones, celebrado en 1950, la Comisión concluyó el examen de este tema y presentó un informe a la Asamblea General, en el que se indicaban las vías y medios sugeridos por la CDI<sup>87</sup>. La Comisión recomendó que se distribuyeran lo más ampliamente posible las publicaciones relativas al derecho internacional emitidas por los órganos de las Naciones Unidas, en particular, las sentencias y otras publicaciones de la Corte Internacional de Justicia, los tratados registrados ante las Naciones Unidas y los fallos de Arbitraje Internacional. La Comisión también recomendó que la Asamblea General autorizara a la Secretaría a preparar las siguientes publicaciones en el contexto de los medios que hacen a la prueba del derecho consuetudinario:

- Un Anuario Jurídico, en el que se expongan, *i.a.*, importantes acontecimientos legislativos en diversos países, los fallos arbitrales dictados por tribunales internacionales *ad hoc* a medida que se vayan produciendo y las decisiones importantes de los tribunales nacionales relativas a los problemas del derecho internacional;
- Una serie legislativa que contenga los textos de la legislación nacional vigente sobre cuestiones de interés internacional y, en particular, la legislación que aplica acuerdos internacionales multilaterales;

---

<sup>86</sup> Ibidem p. 6.

<sup>87</sup> "Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available" Report of the International Law Commission 1950 (obtenible en [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/Reports/1\\_4\\_1950.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/Reports/1_4_1950.pdf&lang=E)). El informe se encuentra en el Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II. Document A/1316, paras. 24-94. DOCUMENT A/CN.4/16 Working Paper\* by Manley O. Hudson, Special Rapporteur. El Trabajo recuerda el art. 24 del Estatuto de la CDI (1947), el que establece: "*The Commission shall consider ways and means for making the evidence of customary international law more readily available, such as the collection and publication of documents concerning State practice and of the decisions of national and international courts on questions of international law, and shall make a report to the General Assembly on this matter.*"

- Una colección de las constituciones de todos los Estados, con volúmenes suplementarios que se publicarían de vez en cuando para mantener actualizada la colección;
- Una lista de las publicaciones de los gobiernos de todos los Estados que contengan los textos de los tratados concertados por ellos, completadas por una lista de las principales colecciones de textos de tratados publicados bajo auspicios privados;
- Un índice consolidado de la Serie de Tratados de la Sociedad de Naciones;
- Volúmenes ocasionales de los índices de la serie de tratados de las Naciones Unidas;
- Un repertorio de la práctica de las Naciones Unidas con respecto a las cuestiones de derecho internacional;
- Serie adicional de los Informes de los fallos Arbitrales Internacionales, de los cuales ya se había publicado una primera serie en tres volúmenes.

Además, la Comisión recomendó:

- que la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia publicara ocasionalmente resúmenes de los informes judiciales;
- que la Asamblea General señalara a los gobiernos la conveniencia de que publiquen resúmenes de su correspondencia diplomática y otros materiales relacionados con el derecho internacional;
- que la Asamblea General considerara la conveniencia de un convenio internacional relativo al intercambio general de publicaciones oficiales relativas al derecho y las relaciones internacionales.

Desde que se formularon estas recomendaciones, la Asamblea General autorizó al Secretario General a publicar la mayoría de las publicaciones sugeridas por la Comisión y algunas otras publicaciones pertinentes a las recomendaciones de la Comisión. Los Gobiernos de varios Estados Miembros publican o preparan sus propios materiales relativos al derecho internacional. La Conferencia General de la UNESCO aprobó en 1958 dos convenios -el Convenio relativo al intercambio de publicaciones oficiales y documentos gubernamentales entre Estados y la Convención sobre el intercambio internacional de publicaciones.

En 1976 la CDI señaló que -en realidad- en el ordenamiento jurídico internacional no había una fuente especial de creación para los principios constitucionales o fundamentales de la sociedad internacional<sup>88-89</sup>.

En el Caso de la *Acciones militares en y contra Nicaragua (Nicaragua c/ EE.UU.)*, la CIJ entendió que la norma perentoria que proscribe el uso de la fuerza está basada en las fuentes más usuales: tratados y costumbre<sup>90</sup>.

Los argumentos de Etiopía y Liberia como demandantes ante la CIJ, en el caso del *África Sudoccidental*<sup>91</sup>, se asemejaron mucho al concepto de *jus cogens*, tal como lo señala Danilenko<sup>92</sup>. Las demandantes alegaron que Sudáfrica “no puede solicitar la exención de una norma jurídica que ha sido creada por el abrumador consenso de la comunidad internacional, próximo a la unanimidad”. Así, expresaron: “351. (...) *the norm of non-discrimination and non-separation involves the promotion of common interests and collective interests of states, and of the organized international community as a whole. There are, moreover, common interests which rest upon a widely shared and deeply felt and often eloquently expressed humanitarian conviction. In this respect apartheid corresponds to genocide, and the nature of the law-creating process in response to both has been remarkably similar- one in which the collective will of the international community has been shocked into virtual unanimity, and in which the moral basis of law is most visible. It is precisely because there is an offender that there has been a drive to create a norm. If the offender is allowed to avoid the legal condemnation of his action by stating a protest, then international law is rendered impotent in the face of a grave challenge to the values underlying the international social order.*”

En lo que hace a la interpretación de las palabras “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto” (art. 53 CVDT), el Presidente del Comité de Redacción M.K. Yasseen señaló que la frase “en su conjunto” no implicaba que fuera necesaria la aceptación universal para el reconocimiento de una norma de *jus cogens* y que, precisamente por eso se agregó esa expresión. No se trata de exigir que una regla sea aceptada y reconocida

---

<sup>88</sup> CDI. *Yearbook* 1976 – I, p. 86.

<sup>89</sup> V. *supra* lo referido a los tratamientos de la CDI en 1949 y 2018.

<sup>90</sup> ICJ *Reports* 1986, 97, 100.

<sup>91</sup> ICJ Pleadings, *South West Africa Cases 305 (Vol. 9) (statement by E.A. Gross, agent for the Governments of Ethiopia and Liberia)*.

<sup>92</sup> DANILENKO, Gennady M. “International *Jus cogens*: Issues of Law-Making”, 2 *Eur. J. Int'l L.* 1991, p. 42 y ss.

como perentoria por todos los Estados. Sería suficiente si una gran mayoría lo hiciera. Ello significaría que, si un Estado aislado se niega a aceptar el carácter imperativo de una norma, o si ese Estado es apoyado por un número muy reducido de Estados, la aceptación y el reconocimiento del carácter imperativo de la norma por parte de la comunidad internacional como un conjunto no se vería afectado. Yasseen también enfatizó que ‘ningún Estado individual debe tener el derecho de veto, y, por eso el Comité de Redacción incluyó las palabras “en su conjunto”, lo que dejaba de lado la posibilidad del objetor persistente. Ago por su parte, señaló que se requiere que la convicción sobre el carácter imperativo de la norma sea compartida por los componentes esenciales de la comunidad internacional y no por ejemplo sólo por los del Oeste o del Este, desarrollados o en vías de desarrollo, de un continente o del otro<sup>93</sup>.

En la misma conferencia de Viena, James Crawford recordó las expresiones de Gerald Fitzmaurice en su voto disidente en el caso de Namibia (1971): la “comunidad internacional en su conjunto” es una abstracción. No existe una entidad legal con ese nombre”. “La llamada comunidad mundial organizada no es una entidad jurídica separada con personalidad propia y por encima de las organizaciones internacionales. La idea de ella puede encontrar expresión real en la ONU que está formada por la casi totalidad de los Estados Mundo, que refleja para ciertos fines las opiniones o actos en nombre de su Estados miembros. En este sentido, la ONU representa la comunidad. Pero si lo hace, lo hace de modo contingente, no general. Debe tenerse en cuenta que ha habido notables casos en los que las Naciones Unidas no han actuado cuando situaciones que, desde cualquier punto de vista, eran de interés general y una afrenta a la conciencia de la humanidad”.

Asimismo, James Crawford<sup>94</sup> ha recordado que la CIJ en el caso *Barcelona Traction* en 1970, se refirió a “una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto de la comunidad internacional en su conjunto, y las surgidas en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática”<sup>95</sup>. La

---

<sup>93</sup> AGO, Roberto. “Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne”, *134 RCA-DIH* (1971-III) pp. 237, 323.

<sup>94</sup> CRAWFORD, James. “Responsibility to the International Community as a Whole” (Lecture at the Indiana University School of Law-Bloomington on April 5, 2000), *8 Ind. J. Global Legal Stud.* (2000-2001), p. 303.

<sup>95</sup> Case Concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)*, 1970 L.C.J. 32 (Feb. 5) (Second Phase).

Corte también consideró en tal carácter a la prohibición de actos de agresión y de genocidio”, como también “los derechos fundamentales del ser humano, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”<sup>96</sup>.

En varias ocasiones posteriores la CIJ ha aprovechado la oportunidad para afirmar el concepto de obligaciones *erga omnes* y *jus cogens*<sup>97</sup>, aunque lo ha hecho con gran cautela.

Así, en el asunto sobre Timor Oriental, la CIJ dijo: “La afirmación de Portugal de que la libre determinación de los pueblos (...) tiene un carácter *erga omnes* (...) es irreprochable. El principio de autodeterminación (...) es uno de los principales principios del derecho internacional contemporáneo<sup>98</sup>. En la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio, dijo que “los derechos y obligaciones consagrados en la Convención son *erga omnes*”<sup>99</sup>. Esa afirmación contribuyó en el caso contencioso relativo a la Convención sobre el Genocidio a su conclusión de que su jurisdicción temporal sobre la reclamación no estaba limitada al tiempo posterior al que las partes quedaron vinculadas entre sí por la Convención<sup>100</sup>. Es de observar, que la Corte en el *caso de la obligación de juzgar o extraditar* a pesar de haber declarado a la tortura un crimen de *jus cogens*, sólo admitió el compromiso para el período posterior a la condición de Partes en la misma de los contendientes, lo que contradice la naturaleza de la norma imperativa<sup>101</sup>.

Virally<sup>102</sup> señala que la CDI consideró necesario aclarar que la norma de *jus cogens* se puede cambiar por una norma de la misma naturaleza, lo que prueba que no es una norma de derecho natural. Cambia de acuerdo a los cambios socio-históricos de la sociedad internacional y los cambios en las concepciones políticas, éticas, filosóficas, ideológicas correspondientes. En otras palabras, las normas de *jus cogens* son normas de derecho positivo; no constituyen una cate-

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> En líneas generales, se ha entendido que las normas *erga omnes* constituyen el género mientras las de *jus cogens* son la especie. Toda norma *jus cogens* es *erga omnes*, pero no toda norma *erga omnes* es *jus cogens*.

<sup>98</sup> *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, 1995 I.C.J. 102 (June 30).

<sup>99</sup> *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 I.C.J. 15 (May 28) (Advisory Opinion).

<sup>100</sup> *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, 1996 I.C.J. (July 11) (Preliminary Objections).

<sup>101</sup> V. *infra*.

<sup>102</sup> VIRALLY, Michel. “Reflexions sur le *jus cogens*”, Ob. Cit.

goría separada y, por lo tanto, se integran en el sistema legal por el sistema de juego de las fuentes, al igual que otras normas que lo integran. Por nuestra parte, consideramos que los valores que están en la base de la formulación consuetudinaria, convencional o principalista del *jus cogens* son eternos, inmutables; lo que varía es la formulación positiva siempre perfectible y adecuada al momento. Es más, compartimos con ciertos autores que, ajustadamente, la CDI habló de “modificación” ya que esto no importa ruptura de base, destrucción absoluta, cambio en esencia, sino una adecuación en sus caracteres complementarios y su bajada a la realidad del momento.

En 2012, la Comisión de Derecho Internacional incluyó el tema “Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario” en su programa de trabajo y en designó a Michael Wood como Relator Especial. La Comisión, tras sucesivas labores, examinó el informe del Comité de Redacción (A/CN.4/L.908) en su 3412ª sesión, celebrada el 25 de mayo de 2018, y aprobó, en segunda lectura, el proyecto de conclusiones sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. La Conclusión 1. Alcance expresa: “El presente proyecto de conclusiones se refiere a la manera en que han de determinarse la existencia y el contenido de las normas de derecho internacional consuetudinario”. La Conclusión 6 Formas de práctica señala: “1. La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. Puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción. 2. Las formas de práctica estatal comprenden, sin reducirse a ello: los actos y la correspondencia diplomáticos; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados; el comportamiento en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluido el comportamiento en operaciones “sobre el terreno”; los actos legislativos y administrativos; y las decisiones de las cortes y tribunales nacionales. 3. No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica”. Sin embargo, en la Conclusión 15 Objeto persistente expresa en el comentario: “El párrafo 3 establece de manera expresa que el proyecto de conclusión 15 se entiende sin perjuicio de toda cuestión relativa a normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). En el comentario al proyecto de conclusión 1 ya se deja claro que todos los presentes proyectos de conclusión se entienden sin perjuicio de las cuestiones de jerarquía entre las normas de derecho internacional, incluidas las relativas a normas im-

perativas de derecho internacional general (*jus cogens*), o de las cuestiones relativas a la naturaleza erga omnes de determinadas obligaciones”.

En su 67º período de sesiones (2015), la Comisión decidió incluir en su programa de trabajo el tema “*Jus cogens*” y nombrar Relator Especial al Sr. Dire Tladi, quien en el Primer Informe incluyó el *Proyecto de conclusión 2. Modificación, derogación y abrogación de las normas de derecho internacional*:

- “1. Las normas de derecho internacional pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por acuerdo entre los Estados a los que la norma sea aplicable, a menos que tal modificación, derogación o abrogación esté prohibida por la norma en cuestión (*jus dispositivum*). La modificación, derogación o abrogación pueden tener lugar mediante un tratado, derecho internacional consuetudinario u otro acuerdo.
2. Las normas imperativas de derecho internacional general, que solo pueden ser modificadas, derogadas o abrogadas por normas que tengan el mismo carácter, constituyen una excepción a la regla enunciada en el párrafo 1.

Cabe preguntarse, cómo -en los hechos- una norma de *jus cogens* podría ser abrogada o derogada por una norma consuetudinaria general de igual carácter si toda práctica en contrario debe considerarse violación criminal o acuerdo nulo. Por ello, la CDI y el tratado han usado la palabra “modificación”, que indica adecuación, acomodación, adaptación. Tal sería el caso si al crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, se le agregara un nuevo tipo de comportamiento ajustando la figura a nuevas modalidades de la ciencia, la tecnología o las conductas. No es la sustancia del crimen la que cambia son los modos de configurar la violación<sup>103</sup>.

La CDI, en ninguno de sus proyectos ha dicho cómo se forma, se crea la norma de *jus cogens*. Virally<sup>104</sup>, recordando a Suy hace presente que por definición -ya que pertenece al derecho internacional general- el *jus cogens* se escapa -desde el punto de vista de su creación- a la voluntad de los Estados individuales e informa exclusivamente un proceso colectivo en el que actúa la sociedad internacional entera. No basta, por tanto, que un Estado declare que una regla en

---

<sup>103</sup> V. *infra*.

<sup>104</sup> VIRALLY, Michel. “Reflexions sur le *jus cogens*”, Ob. Cit., pp. 10-11.

particular es de *jus cogens*. Debe proporcionar prueba de que su reclamo es válido, demostración que es particularmente difícil<sup>105</sup>.

La prueba de que la agresión constituye violación a norma de *jus cogens* ha alcanzado amplia aceptación y reconocimiento en la sociedad internacional. Al igual que el genocidio, ciertas figuras del crimen de lesa humanidad, las graves infracciones al derecho de guerra y por equivalencia, ciertas violaciones graves de los derechos humanos, pero no abarca todo el complejo de los derechos humanos ni todos los comportamientos previstos en Estatuto de la Corte Penal Internacional. No debe considerarse que todo crimen al que corresponde sanción penal internacional deba ser considerado violación de norma de *jus cogens* internacional. Debe probarse que ese comportamiento se opone a una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto en tal carácter en tanto esencial para la supervivencia de la comunidad internacional y sus bases sociales individuales, grupales y globales.

Virally estima que, a causa de los cambios que se producen constantemente en la sociedad internacional y el progreso que se realiza en el conocimiento de sus necesidades, el *jus cogens* (norma positiva convencional o consuetudinaria) está en una situación en evolución permanente y la determinación de que una norma ha nacido y ha alcanzado coactividad no requiere métodos diferentes de los que se requieren para probar la existencia de una norma de derecho internacional general aunque sólo sea dispositiva<sup>106</sup>. Al igual que Virally, N'Guyen, Pellet y Dallier afirman que las normas de *jus cogens* “*de ninguna manera constituyen una nueva categoría de fuente formal del derecho internacional*”, sino que se trata de una jerarquía entre las normas imperativas y las demás.

En el caso relativo a la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal*, del 31 de julio de 1989, el Tribunal Arbitral sostuvo que “*bajo la*

<sup>105</sup> Algunos autores consideran que la prueba de la existencia del *jus cogens* corresponde al tribunal actuante.

<sup>106</sup> Virally entiende que la buena fe es un accesorio de otras obligaciones internacionales y es difícil imaginar cómo dos Estados podrían estar de acuerdo en un tratado aplicar otro principio contrario al anterior -es decir, de mala fe-. Si no es posible establecer excepciones a *pacta sunt servanda*, esto no se cumple para las normas derivadas de la misma y que constituyen el derecho de los tratados. Cuando un tratado dispone que puede ser revocado unilateralmente por cualquiera de las partes, esta disposición tiene el efecto de liberar a esa parte de la obligación de respetarlo tan pronto como se haya notificado a la otra parte su determinación de no estar vinculado. Pero es bajo *pacta sunt servanda* que se verá obligado a asumir las consecuencias de tal evento voluntad unilateral (VIRALLY, Michel. “*Reflexions sur le jus cogens*”, Ob. Cit., pp.10-11.

*perspectiva del derecho de los tratados, el jus cogens es simplemente una característica propia a ciertas normas jurídicas que no son susceptibles de ser derogadas por vía convencional*<sup>107</sup>. En consecuencia, es claro que, en el sentido estricto de fuente, se deben crear nuevas obligaciones y/o derechos; este no es el caso con las normas de *jus cogens* en la medida en que se trata de normas ya existentes que la comunidad internacional, por decisión expresa o por su forma de actuar, ha dado una jerarquía especial a una norma “ya existente”.

La CIJ en el *Caso concerniente a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c/ Senegal)*, sentencia de 20 de julio de 2012, consideró que la proscripción de la tortura es una norma consuetudinaria general y ha alcanzado el carácter de norma imperativa (*jus cogens*) -al igual que lo hiciera en otro caso<sup>108</sup>- pero a pesar del carácter que le asignó se declaró no competente para pronunciarse en virtud del derecho consuetudinario en base al art. 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados y a la posición en la materia del Comité contra la Tortura, “órgano de la Convención”<sup>109</sup>, que requiere la aplicación no retroactiva<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> “(D)u point de vue du droit des traités, le Jus cogens est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle”. TLA. *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau/Senegal* del 31 de julio de 1989, RGDIP, 234 (1990).

<sup>108</sup> Caso de las *Acciones Armadas en el territorio de Congo (República Democrática de Congo y Ruanda)*. CIJ. *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République Démocratique du Congo c. Rwanda)*, arrêt du 3 février 2006: 125. (...) Finally, the Court deems it necessary to recall that the mere fact that rights and obligations erga omnes or peremptory norms of general international law (*jus cogens*) are at issue in a dispute cannot in itself constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties (see paragraph 64 above). ”.

<sup>109</sup> La Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 10 de diciembre de 1984 cuenta al 11 de septiembre de 2021 con 172 partes. Numerosos Estados no se consideran vinculados por el 30.1 de la Convención contra la tortura (sumisión del diferendo por una de las partes a la CIJ). Por otra parte, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 cuenta al 11 de septiembre de 2021 con 116 EP.

<sup>110</sup> CIJ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* arrêt du 20 juillet 2012: “99. Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*). Cette interdiction repose sur une pratique internationale élargie et sur l'opinio juris des Etats. Elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966<sup>110</sup> ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de

*Naturaleza del objeto – Entidades con capacidad para determinar una norma de jus cogens*

Bruno Simma y Philippe Alston<sup>111</sup> comparten con la CDI y la mayoría de los traductistas que lo que da el carácter de jus cogens no es la forma normativa sino la naturaleza del objeto (CDI. *Yearbook of the International Law Commission* 1996-2, p. 248). Dudan que las normas de jus cogens puedan inducirse de la práctica ya que se trata de normas de proscripción que tornan invisible la abstención como acto compromisorio. La posición de que las normas imperativas sólo pueden surgir del derecho consuetudinario se basa en la redacción del artículo 53. Por nuestra parte consideramos, que los principios éticos y morales que subyacen en las formulaciones normativas conforme a su objeto y fin, han tomado

---

*toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 Décembre 1975), et elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des Etats; enfin, les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales. 100. Toutefois, l'obligation de poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture, en vertu de la convention, ne s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'Etat concerné. L'article 28 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui reflète le droit coutumier en la matière, dispose que: «A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date.» La Cour relève que rien dans la convention contre la torture ne révèle une intention d'obliger un Etat partie à incriminer, en vertu de l'article 4, les actes de torture intervenus préalablement à son entrée en vigueur pour cet Etat, ni à établir sa compétence pour de tels actes, conformément à l'article 5. Il en découle, selon la Cour, que l'obligation de poursuivre, prévue à l'article 7, paragraphe 1, de la convention ne s'applique pas à de tels actes. 101. Le Comité contre la torture a souligné, en particulier, dans sa décision rendue le 23 novembre 1989 dans l'affaire O. R., M. M. et M. S. c. Argentine (communications nos 1/1988, 2/1988 et 3/1988, décision du 23 novembre 1989, par. 7.5, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, supplément no 44, Nations Unies, doc. A/45/44, annexe V, p. 118) que «les cas de «torture» aux fins de la convention ne peuvent s'entendre que des cas de torture survenus après l'entrée en vigueur de la convention». Cependant, lorsque le Comité a examiné le cas de M. Habré, la question de la portée temporelle des obligations contenues dans la convention n'avait pas été soulevée et le Comité ne s'est pas penché d'office sur cette question (Guengueng et autres c. Sénégal (communication no 181/2001, décision du 17 mai 2006, Nations Unies, doc. CAT/C/36/D/181/2001)). 122 (... ) par quatorze voix contre deux, qu'elle n'a pas compétence pour connaître des demandes du Royaume de Belgique relatives à des manquements allégués, par la République du Sénégal, à des obligations relevant du droit international coutumier (...).*

<sup>111</sup> SIMMA, Bruno - ALSTON, Phillippe. "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus cogens and General Principles", *12 Australian Year Book of Int'l L* (1988 – 1989).

incrementado vuelo con el paso de una sociedad interestatal clásica a una sociedad global, transnacional, a la tendencia consecuente de un activismo judicial que coloca a los principios generales y los valores de la sociedad por sobre la norma escrita, haciéndole perder su centralidad, desapareciendo la separación absoluta entre moral y derecho (entre derecho local y extranacional), potenciándose la función del juez en la interpretación del derecho, convirtiéndolo en un protagonista fundamental del sistema jurídico. En tal sentido, la indeterminación, que es propia de los principios, así como la necesidad de resolver nuevas situaciones jurídicas no previstas en las leyes, acentúan el papel de los magistrados en el proceso de “creación” del derecho hasta llegar a positivizarse por vía jurisprudencial. Simma y Alston recuerdan: “*The Court accepted the consent of the parties to certain General Assembly resolutions and other soft law instruments as the manifestation of an appropriate opinio juris, without looking for positive evidence of “external” State practice in conformity with these positions*” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v U.S.A.)*, Merits, ICJ Rep 1986, p.14 at 97-98: “*The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law. Bound as it is by Article 38 of its Statute, to apply, inter alia, international custom as ‘evidence of a general practice accepted as law’, the Court may not disregard the essential role played by general practice*”, and para. 99-104. In the para. 98 of the Nicaragua judgment, the Court attempted to come to terms with the problem of inconsistency between practice and opinio juris - as we have seen, the major argument against the credibility of an extensive customary law of human rights. In such a case, says the Court, in order for customary law to survive, it is sufficient that the conduct of States should be consistent with such rules in general. Instances of State conduct inconsistent with a rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.” Hacén presente que hay que tomar en consideración la posición del Estado desde el inicio mismo de los comportamientos.

Debemos tener en cuenta que la “determinación” del art. 39 de la Carta de la ONU<sup>112</sup> es el acto más significativo del sistema internacional, ya que los tipos del Art. 39 importan violaciones a normas imperativas de derecho internacional

<sup>112</sup> Art. 39 de la carta de la ONU: “*El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales*”.

general, es decir hacen al orden público internacional en su núcleo duro, siendo el Consejo de Seguridad un ámbito propicio para la formación de normas imperativas, independientemente de que se trate de un órgano político, que jamás hace consideraciones de orden jurídico a la hora de adoptar sus resoluciones.

Onuf y Birney<sup>113</sup> consideran que la Asamblea General también es un ámbito adecuado -si bien imperfecto- para generar y concretar normas de *jus cogens*<sup>114</sup>. Además, entienden que por el hecho de no ser derogables no las hace superiores ya que una norma concreta de *jus cogens* no es superior a otra que deviene de ella o la implementa como en el derecho interno. Su contenido es autónomo y completo por lo que no cabe hablar de superioridad o inferioridad. Además, observan que, “cambiar la norma válida del *jus cogens* por medio de una costumbre parece imposible (...), ya que cualquier acto, contrario al *jus cogens*, sería incompatible con él e ilegítimo”. Indudablemente, los autores confunden “modificación” con derogación y abrogación.

Los crímenes internacionales ya perfilados, determinados, han ido construyéndose en la conciencia de la humanidad, determinándose en su contenido. Particularmente desde las labores sobre responsabilidad internacional de Roberto Ago.

La CDI en el Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados de 1976 había incorporado una lista ejemplificativa de crímenes (hechos en violación a obligaciones internacionales esenciales para la salvaguardia de los intereses fundamentales de la comunidad internacional). Incluyó en la enunciación a la agresión; al establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; a la esclavitud, al genocidio y al apartheid; a la contaminación masiva y deliberada de la atmósfera o de los mares. Esa lista se mantuvo hasta el Proyecto de 1996, tal como lo hacemos presente más adelante<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> ONUF, N.G. - BIRNEY, R. K. “Peremptory norms of international law: their source, function and future”, 4 *Denver JIL and Policy*, 1974 p. 187 y ss., 193.

<sup>114</sup> El 19 de julio de 2006, la AG NU adoptó por consenso la res. 70/291 (Estrategia Global Antiterrorista), considerada pilar básico de la estrategia internacional contra el terrorismo.

<sup>115</sup> Más adelante, el Proyecto de la CDI sobre *Identificación de normas consuetudinarias* de la CDI de 2018 especificó en el art. 23. *Lista no exhaustiva. Sin perjuicio de la existencia o la aparición ulterior de otras normas imperativas de derecho internacional general (ius cogens), en el anexo del presente proyecto de conclusiones figura una lista no exhaustiva de normas a las que la Comisión de Derecho Internacional se ha referido anteriormente como normas que han obtenido dicho estatus.* En calidad de Anexo citó a) La prohibición de la agresión; b) La prohibición del genocidio; c) La prohibición de los crímenes de lesa hu-

Ello nos da por resultado las siguientes normas de *jus cogens*: \*la proscripción del recurso al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o de cualquier forma incompatible con los propósitos de la Carta de la ONU, siendo su crimen correlativo la agresión<sup>116</sup>; \* la proscripción del uso de la fuerza para el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial, siendo su crimen correlativo el sojuzgamiento colonial<sup>117</sup>; \* la proscripción de las acciones tendentes a la destrucción de un grupo nacional, étnico, racial, religioso como tal, siendo su crimen correlativo el genocidio<sup>118</sup>; \* la proscripción de llevar adelante un plan o política violatoria de las normas fundamentales del derecho de la guerra o la comisión a gran escala de ese tipo de violaciones, siendo su crimen correlativo el crimen de guerra<sup>119</sup>; \* la proscripción de la realización de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil que causen intencionalmente muertes o gran sufrimiento

---

manidad; d) Las normas básicas del derecho internacional humanitario; e) La prohibición de la discriminación racial y el apartheid; f) La prohibición de la esclavitud; g) La prohibición de la tortura; h) El derecho a la libre determinación.

<sup>116</sup> Esta norma es, tal como lo señaláramos con anterioridad, necesariamente de *jus cogens*, ya que de lo contrario estaríamos negando la existencia del derecho internacional como tal.

<sup>117</sup> Las Resoluciones 2131 (XX), 2625 (XXV), 3314 (XXIX) de la AG NU, con peso de normas consuetudinarias en buena parte de sus disposiciones, establecen, por un lado, una excepción a la proscripción del uso de la fuerza cuando se trata de pueblos sometidos a dominación por la fuerza y, por otro, establecen el deber de los Estados de abstenerse de cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación a los pueblos sometidos. Ello es sistemáticamente coherente ya que los Estados no son protegidos por ser Estados sino por ser los sujetos internacionales que representan a los pueblos organizados. De allí que las normas relativas a la proscripción de la agresión interestatal, tienen su correlato en la proscripción del uso de la fuerza contra un pueblo para mantener su sometimiento (V. nuestro trabajo “Kosovo y la ‘Legalidad’ de la Acción Militar de la OTAN”, *Seminario sobre el Mantenimiento y el Restablecimiento de la Paz en el Orden Internacional Actual*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, octubre 2001) obtenible en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>118</sup> Más allá de que la CIJ en su dictamen relativo a las reservas haya señalado que la proscripción del genocidio no era norma de derecho internacional general (CIJ, *Recueil* 1951, p. 24) y que simplemente constituía un *delictum juris gentium*, particularmente debido a que su juzgamiento sólo podía efectuarse por los tribunales internos (y corte penal internacional en caso de constituirse), su inclusión entre los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998) lo transforma formalmente en un crimen. Por otra parte, lo es por razones puramente lógicas, ya que la generalización del genocidio entrañaría el fin del género humano.

<sup>119</sup> Tal el caso de ciertas normas de los Cuatro Convenios de Ginebra: v.g. los Arts. 50 (I), 51 (II), 130 (III), 147 (IV).

en esa población, siendo su crimen correlativo el crimen de lesa humanidad<sup>120</sup>; \*la proscripción de la instauración o mantenimiento de la dominación y opresión sistemática de un grupo racial sobre otro, siendo su crimen correlativo el apartheid<sup>121</sup>; \*la proscripción de la cosificación y comercialización de seres humanos, siendo su crimen correlativo la esclavitud<sup>122</sup>; \*la proscripción de la contaminación masiva, deliberada de la atmósfera y de los mares<sup>123</sup>. Es de observar que cualquiera de los crímenes enunciados en el párrafo anterior conlleva la destrucción de las bases sustanciales necesarias, naturales o sociales, de la comunidad internacional.

Hablamos de sanción tanto al Estado como al individuo que lo ha cometido. Si bien, en estos últimos años, en doctrina y jurisprudencia, se ha desarrollado más la responsabilidad individual, no considerándose viable la sanción penal al Estado. Sin embargo, caben ciertas consideraciones en contrario. Uno de los ejemplos más visibles de sanción penal a un Estado a través de distintas medidas es el de Irak por su ocupación de Kuwait, las de Alemania por la II Guerra Mundial, entre otros ejemplos.

Diferentes tipos de responsabilidad por ilícito internacional se hacen fácilmente observables en los distintos planos de relación. Por ejemplo: 3

---

<sup>120</sup> Por las características de ataque generalizado y sistemático implica uso de la fuerza y desprecio por la vida humana, actos equivalentes al genocidio a excepción de su objetivo.

<sup>121</sup> Si bien la palabra “apartheid” nos sugiere sólo la idea de “segregación”, “separación”, el crimen de apartheid por el sojuzgamiento (uso de la fuerza en la dominación de un grupo racial sobre otro) nos lleva a situación equivalente a la manutención por la fuerza de una dominación colonial (en este caso, colonialismo interno). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>

<sup>122</sup> Un Estado que tolerara la esclavitud, no sólo aceptaría el sometimiento de un hombre a otro por la fuerza, sino manifestaría desprecio hacia el ser humano como tal, llevándonos a situación equivalente a la del crimen de lesa humanidad.

<sup>123</sup> Tal acción puede implicar consecuencias equivalentes a los de la agresión, el genocidio, el crimen de lesa humanidad o el crimen de guerra. ya que los daños podrían tener efectos equivalentes a los de una incursión armada, a los de una destrucción de grupo nacional, étnico, racial o religioso, al exterminio con arma mortífera particular. V. nuestro trabajo “El dolo deliberado y sustancial al medio ambiente, como objetivo, medio o método de guerra constituye violación de norma imperativa de derecho internacional general”, Lecciones y Ensayos, N° 78, Buenos Aires-Ginebra, 2003, pp. 265-296.

- reclamación tradicional interestatal ante la CIJ (u otro tipo de tribunal), como es el caso del Asunto Relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, que se dirimió ante la Corte Internacional de Justicia y en el cual Bosnia-Herzegovina demandó a Yugoslavia;
- juzgamiento de las personas imputadas por crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra)<sup>124</sup> conforme al

<sup>124</sup> Esos tres crímenes fueron receptados con tipo equivalente también en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (creado por el Res. del Consejo de Seguridad 955/1994) y otros tribunales ad hoc y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, instrumento este último que tras la Conferencia de Kampala de 2010 (resolución RC/Res.6, anexo I, de 11 de junio de 2010) activó el crimen de agresión ya previsto en el Estatuto de 1998 en el art. 8 bis: *Artículo 8 bis Crimen de agresión 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por "acto de agresión" se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.*

*Artículo 15 bis. Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, proprio motu) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las en-*

Estatuto del Tribunal Penal Internacional ad Hoc para la ex Yugoslavia (creado por Res. 827/1993 del Consejo de Seguridad/CS).

Ello, en la percepción de Ago<sup>125</sup>, implica una “doble sanción” para el Estado ya que, por una parte, él debe dar satisfacción a través de los medios tradicionales de reparación frente a las reclamaciones (v.g.: haciendo cesar el ilícito, restituyendo en naturaleza, reparando por equivalente, dando satisfacción al Estado víctima y/o a las víctimas, dando garantías de no repetición), pero, por otra parte, se castiga también al Estado en la persona de los individuos que cometieron los gravísimos actos. Esta “doble sanción”, se produce al ver sustraído un súbdito suyo de su jurisdicción y llevado a los estrados internacionales. Precisamente, una de las consecuencias que la doctrina adjudica a la diferencia entre delitos y crímenes internacionales es que, en estos últimos, a más de la responsabilidad del Estado existe la del individuo. La persona física que cometió el crimen no puede escudarse tras el Estado, ya que se trata de violaciones a obligaciones erga omnes, contra la comunidad internacional en su conjunto (en la mayoría de los casos, *jus cogens*, es decir normas imperativas), las que, por su condición misma, trascienden la obediencia que el Estado impone a sus súbditos.

---

*miendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1º de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verificará en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 25. 3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.*

<sup>125</sup> Ago ya había adelantado la distinción en 1939 (“Le délit international”, RCADIH, 1939-II, Vol. 68. p. 415), cf. PELLET, Alain. “Can a State commit a Crime? Definitely, Yes!”, *EJIL*, 1999-2, pp. 425-434.

tos. Al mismo tiempo, el Estado no puede eximirse de responsabilidad internacional por el hecho de que los criminales hayan sido internacionalmente sancionados.

Si bien, aparentemente, se ha abandonado la distinción entre crimen internacional (de Estado u Organización Internacional) y crimen de derecho internacional (individuo), en estos últimos tiempos ha ido reforzándose un retorno a la idea de complementariedad de esos dos tipos de responsabilidad, complementariedad reconocida tanto por la CDI en el artículo 58 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados por hecho ilícito de 2001) (“*Artículo 58. Responsabilidad individual. Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*”) como por el Estatuto de la Corte Penal internacional en el 25.4 (“*25.4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*”). Así, Pellet<sup>126</sup>, a más se pregunta desde el mismo título de uno de sus trabajos si puede el Estado cometer crimen, respondiendo que “definitivamente, sí”. Considera, además, que la distinción entre delitos (violaciones al DI) y crímenes (las más graves violaciones al DI) cometidos por Estados o atribuibles a ellos es imprescindible que se mantenga por ser indiscutiblemente necesaria, independientemente, que la palabra “crimen” pueda ser modificada por otra. El genocidio no es un delito común, una simple violación, ya que es una amenaza para toda la sociedad internacional como conjunto aun cuando se lleve sobre grupo determinado.

Por su parte Elise Hangsbury hace presente que se está produciendo un renacer de la idea de crimen estatal o del sujeto jurídico<sup>127</sup>.

Por nuestra parte a más de sostener desde larga data la doble sanción en caso de violaciones al *jus cogens*, insistimos en la necesaria relación entre consecuencias de una violación de norma imperativa de derecho internacional general y el rol del CS en materia de paz y seguridad internacionales a la hora de regular la responsabilidad de este tipo de violación.

Dire Tladi, Relator del “Proyecto de la CDI sobre *jus cogens*”, señala que el *jus cogens* ha sido considerado como tal en numerosos fallos de la CPJI y de la

---

<sup>126</sup> PELLET, A. “Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!”, Ob. Cit.

<sup>127</sup> HANSBURY, Elise. “Le juge interaméricain et le ‘jus cogens’”, Ob. Cit.

CIJ, al igual que en las opiniones separadas y disidentes de varios jueces y refiere una lista incompleta de ellos<sup>128</sup>.

Esta relación ha sido tomada en consideración en su debida forma ya en 1948 en el Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio -tal como lo señaláramos- al establecer ese Convenio en su Art. 8 el derecho de toda Parte contratante a recurrir a los “órganos competentes” de las Naciones Unidas, a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la “prevención y represión” de actos de genocidio o de cualesquiera de los otros actos enumerados en el artículo 3. Sin duda alguna, el artículo se refiere a la responsabilidad del Estado por el crimen de genocidio, ya que las Naciones Unidas y sus órganos se ocupan de relaciones interestatales y no interpersonales de los individuos de los Estados Miembros de la ONU. Creemos que, erróneamente, ha afirmado el Juez Kreća en su opinión disidente en el Asunto relativo a la Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio (*Bosnia Herzegovina v. Serbia y Montenegro*) (2007) que sólo el Art. 9 de la referida Convención, de neto corte procesal, hace referencia a la “responsabilidad de un Estado” por genocidio y que todos los

<sup>128</sup> *I.a. Oscar Chinn case*, P.C.I.J. Series A/B, No. 63 (1934) (separate opinion of Judge Schücking) p. 149; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants* (the Netherlands v. Sweden) ICJ Reports 1958, 55 (separate opinion of Judge Moreno Quintana) pp. 106 et seq.; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3 (separate opinion of Judges Padilla Nervo and Sörensen) pp. 97 and 248; *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) ICJ Reports 1969, 3 (dissenting opinion of Judge Tanaka), at p. 182; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgium v. Spain) (Second Phase) ICJ Reports 1970,3 (separate opinion of Judge Ammoun), at p. 304; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, 14 (separate opinion of President Nagendra Singh) p. 153; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports 1986, 14 (separate opinion of Judge Sette-Camara) pp. 199 et seq; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro)) ICJ Reports 1993, 325 (separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht) p. 440; *Legality of Use of Force* (Yugoslavia v. United States of America) Request for the Indication of Provisional Measures, ICJ Reports 1999, 916 (dissenting opinion of judge ad hoc Kreća) pp. 53-61, paras. 10–17; *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) ICJ Reports 2002, 3 (dissenting opinion of Judge AlKhasawneh) p. 95, para. 3; *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America) ICJ Reports 2003, 161 (separate opinion of Judge Buergenthal), para. 23 (...). Annex A/69/10 (egal.un.org/ilc/Reports/2014/english/annex.pdf).

otros artículos se refieren a la responsabilidad de los individuos perpetradores del crimen. El referido Juez ha omitido considerar el Art. 8, que dispone la sanción y “represión” del Estado responsable de genocidio por los órganos competentes de las Naciones Unidas. Es decir, la sanción al Estado como sujeto jurídico se lleva por doble vía: \* por órganos de las NU y \* por tribunales penales internacionales (cuando el Estado no ha sancionado a los individuos criminales).

La Convención compromete al Estado a castigar con sanciones penales -a través de tribunal competente de su propio Estado- a las personas culpables. Se supone que no ha de ser el propio gobierno que permitió, favoreció, instigó, toleró desde la acción de gobierno que los crímenes se cometan el que vaya a ser el que tenga voluntad o habilitación moral para emprender esos juzgamientos. Por ello, es de creer que el dispositivo de la Convención presupone que el gobierno responsable de genocidio ha caído.

La otra posibilidad que contempla la Convención es el juzgamiento de los individuos perpetradores de los crímenes a través de una corte penal internacional *que sea competente respecto de los Estados Partes que hayan reconocido su jurisdicción*.

En este caso, podría tratarse del mismo gobierno responsable por los hechos genocidas o del que lo ha sucedido y que acepta esa jurisdicción voluntaria y separadamente del Convenio sobre la Prevención y Sanción del Genocidio, tal como lo establece el propio Convenio en sus Arts. 5 y 6. Debe tenerse presente que este juzgamiento por tribunal penal responde a una situación distinta a la señalada en el párrafo precedente, en la que el juzgamiento de los individuos constituye una sanción al Estado.

La dual sanción: al Estado y al individuo, tal como lo señaláramos en otros trabajos, responde al criterio de que la “sanción internacional” al individuo es una forma de sanción “penal” al Estado responsable al sustraer de su jurisdicción a un nacional y someterlo a juzgamiento, aun contra su voluntad. Es de tener presente que muchos criminales, v.g.: Milošević, Karadžić, Mladić han sido considerados héroes de la patria y -oculta o visiblemente- apoyados por la mayoría de su pueblo, lo que, en definitiva, por acción u omisión, resultó el factor determinante que alentó y tornó fácticamente posible la perpetración de los hechos criminales. La máxima *societas delinquere non potest* no resulta convincente ya que las violaciones masivas, sistemáticas, organizadas sólo pueden ser fruto del colectivo (material y espiritual). Así ha sido entendida la situación en el proceso

de Nuremberg al sancionarse a la persona como individuo y como parte del colectivo y al Estado con la ocupación y las sanciones económicas.

La sanción penal que se refiere a individuos y a la sanción al Estado en caso de haber revestido los criminales calidad de funcionarios o personas en rol tal que se le atribuyan esos actos al Estado<sup>129</sup> ha sido receptada tanto en el art. 58 del proyecto sobre responsabilidad de 2001 (*responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre de un Estado*) como en el Estatuto de la CPI en su art. 25.4 (*responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional*) a los que nos refiriéramos. Hemos sostenido esta concepción por más de treinta años. Con satisfacción encontramos otros doctrinarios con similar posición, tal el caso de Rafaëlle Maison al manifestar que la responsabilidad individual es “una especial consecuencia prevista para el régimen de responsabilidad agravada emergente de crímenes del Estado”<sup>130</sup>.

Es de observar que, en contradicción a ello, el Capítulo III del proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional del estado por hechos ilícitos de 2001, referido a las “*Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general*”, fue vaciado de contenido. Decimos “vaciado” ya que el Capítulo III sólo consta de dos artículos sin sustancia con-

<sup>129</sup> El proyecto de la CDI de 2001 entre los artículos 4 y 11 regula los casos de atribución al Estado de los hechos ilícitos. Así el art. 4 establece:

*Art. 4. Comportamiento de los órganos del Estado*

1. *Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.*
2. *Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.*

*En los artículos siguientes, también se atribuye al Estado el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público, el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado, aun cuando esas personas se hayan extralimitado. También se atribuye el comportamiento bajo la dirección o control del Estado, el comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales, el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole en ciertas circunstancias, el comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio. (El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio).*

<sup>130</sup> V. MAISON, R. *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, 2004, pp. 368 y ss.

ceptual propia: Arts. 40 y 41<sup>131</sup>. El Art. 40, en el párrafo primero se limita a reiterar el título del Capítulo y en el párrafo segundo sólo enuncia un elemento característico -si bien insuficiente- de todas las figuras conocidas y aceptadas de violación de norma imperativa: la flagrancia y la sistematicidad.

El art. 41, referido a las “*Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo*”, de conformidad a la rúbrica del artículo, no considera en absoluto la cuestión que anuncia. Se supone que las “consecuencias particulares” son las que surgen de la violación de la norma principal por parte del violador y con relación a él. Sin embargo, sorprendentemente, el proyecto hace surgir *obligaciones sustantivas* (ajenas a la responsabilidad) para terceros inocentes (peor aún, damnificados in stirpes por la grave violación al derecho internacional). Así, el párrafo primero establece: “Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40”. Es de observar que el párrafo no enuncia ni una “consecuencia” para el violador, ni una norma secundaria, sino que enuncia una norma primaria, endonorma, dirigida a los Estados en general, no comprometidos con la comisión del acto violatorio, es decir, víctimas inocentes en tanto violación de normas *jus cogens* que son *erga omnes*.

Asombrosamente, el artículo proyectado no se anima ni a señalar con quién deben “cooperar” los Estados. Más aún, desconociendo la supremacía de la CNU en materia de paz y seguridad, el “*Texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones*”, en el párrafo 2

---

<sup>131</sup> *Capítulo III Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de derecho internacional general.*

*Artículo 40 Aplicación de este capítulo*

1. *El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.*

2. *La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.*

*Artículo 41 Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo*

1. *Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.*

2. *Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.*

3. *El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.*

del comentario al artículo de referencia (p. 310) señala que la cooperación podría darse en el marco de una “cooperación no institucionalizada”.

El párrafo 2 del Art. 41, al igual que el párrafo primero no enuncia una “consecuencia”, una norma secundaria, sino una endonorma dirigida nuevamente a terceros Estados inocentes: “Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación”.

Siguiendo con las incoherencias y faltas de sentido lógico, el párrafo tercero expresa: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las *demás consecuencias* enunciadas en esta parte y de toda *otra consecuencia* que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional”. Resulta admirable la referencia a “demás consecuencias” y “toda otra consecuencia” cuando el párrafo no enuncia ninguna. Simplemente, delega *in abstracto* en el “derecho internacional” (como si el proyecto fuera ajeno a ese derecho) el tema de las consecuencias especiales para el violador de una obligación de *jus cogens* (responsabilidad), tema que debió haber sido -por la importancia de la norma primaria vulnerada- uno de sus principales cometidos.

Esas deficiencias estructurales, metodológicas y lógicas han llevado a incoherencias en otras partes del proyecto. Así, por ejemplo, el Artículo 48 (contradiciendo al art. 42<sup>132</sup>), se refiere a la *Invocación de la Responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado*, estableciendo:

1. *Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:*

- a) *La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o*
- b) *La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.*

2. *Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:*

- a) *La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y*

---

<sup>132</sup> V. *infra*.

*b) El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.*

*3. Los requisitos para la invocación de la responsabilidad por parte de un Estado lesionado previstos en los artículos 43, 44 y 45 serán de aplicación en el caso de invocación de la responsabilidad por parte del Estado con derecho a hacerlo en virtud del párrafo 1.*

El solo hecho de hablar de “derecho a reclamar por parte de los Estados no lesionados” está en contradicción con el propio texto del artículo ya que si en el párrafo uno señala que “*la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte*”, o *la obligación violada existe con la comunidad internacional de la que el Estado forma parte*, mal puede considerarlo “no lesionado”. Entendemos que la expresión “Estado lesionado”, de conformidad al sentido del propio artículo, indica al “lesionado *in capita*”; el llamado “no lesionado” se refiere al “lesionado *in stirpes*”. Ese lesionado *in stirpes* sólo puede tener derecho a reclamar conforme la lesión sufrida, es decir, la cesación de la violación, el otorgamiento de seguridades y garantías de no repetición. Mal podría él transformarse en el “intérprete”, “gestor” o “impositor” del interés del lesionado *in capita*. Además está decir que resulta grotesco hablar de “beneficiarios” de la obligación violada (como lo hace el art. 48.2.b) del Proyecto) cuando se trata de violaciones del tipo del genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc. Similar situación se da con el contenido del Art. 54 referido a contramedidas. Por otra parte, el artículo está en colisión con lo establecido por el propio Proyecto en su Art. 1, el que establece:

*Art. 1: “Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.*

*También resulta incoherente el proyecto con relación al Art. 42, el que expresa:*

*Art. 42: “Invocación de responsabilidad por el Estado lesionado. Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe: (...) b) Con relación (...) a la comunidad internacional en su conjunto (...)”.*

Si se señala que en caso de ilícito con relación a la comunidad internacional en su conjunto todo Estado es considerado “lesionado”, ¿cómo puede haber Estados “no lesionados” (“distintos al lesionado”) para los artículos 48 y 54?

La larga puja entre objetivistas y subjetivistas deja ver en estas contradicciones la imposibilidad de conciliar dos percepciones del derecho antagónicas, tal como lo intentó Crawford. La tesis grociana que refiriéramos al inicio de este trabajo: “Los soberanos tienen el derecho a exigir castigo no sólo con relación a los perjuicios sufridos por ellos o sus súbditos, sino también en base a los perjuicios que no los afectan directamente pero que violan en exceso las leyes de la naturaleza o de las naciones con relación a cualquier persona en cualquier lugar”, sigue hoy enfrentándose a la vatteliana y anzilottiana, que sostienen centralmente que la igualdad soberana de los Estados excluye la invocación por parte de un Estado de la responsabilidad de otro Estado por violaciones a los derechos de un tercer Estado (o de la comunidad de Estados como un todo). Sólo las violaciones a un verdadero derecho subjetivo son reclamables de Estado a Estado.

Esa percepción también se observa en las sentencias de la CIJ de 1996 y 2007 en el Asunto relativo a la *Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio* (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro). Así, *i.a.* en la sentencia de 20 de febrero de 2007, párrafo. 179, la Corte expresa: “(...) habiendo considerado varios argumentos, (la Corte) afirma que las Partes Contratantes están obligadas bajo el Convenio a no cometer genocidio ni otros actos enumerados en el Art. III del Convenio, a través de sus órganos, personas o grupos cuya conducta le es atribuible. Por consiguiente, si un órgano del Estado, persona o grupo cuyos actos legalmente sean atribuibles al Estado, comete cualquier acto de los proscritos por el Art. III del Convenio, este Estado habrá incurrido en responsabilidad internacional”. A pesar de ello, en su sentencia de 20 de febrero de 2007 consideró que Serbia había faltado a su “obligación de prevenir el genocidio” en Srebrenica, pero estimó suficiente sanción para Serba la sola entrega de los criminales al Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia y dar garantías de no repetición.

Es de observar que “dar garantías de no repetición”, en sustancia, no puede considerarse una forma de reparación, es la mera recordación de una condición ineludible y permanente: la obligación de cumplir las normas primarias. En consecuencia, el Tribunal ha considerado que el ilícito de Serbia como Estado (“violación de la obligación de prevenir el genocidio”) se da por reparado con el

cumplimiento de la única sanción enunciada: la sanción a los individuos perpetradores del hecho. Sanción al individuo como modo de sancionar al Estado (la antigua percepción del proyecto de Ago de doble sanción). Creemos que la decisión de la Corte que pone en evidencia la doble sanción ha sido muy difícil para los jueces, los que en su mayoría doctrinariamente y por años, se pronunciaron en contra de esa posición. Tal como lo señaláramos *supra*, si las normas imperativas de *jus cogens* sólo reclaman la responsabilidad del individuo se premia al Estado en lugar de aplicarle una sanción calificada por la gravedad del hecho que ha permitido o colaborado a que se concrete.

Hacen presente Onuf y Birney en el trabajo referido *supra* que la Comisión de Derecho Internacional, en su comentario al proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados, señaló que "(...) una modificación de una regla del *jus cogens* se realizaría hoy muy probablemente mediante un tratado multilateral general", sin embargo, consideran que es una solución falsa, ya que las convenciones no crean normas perentorias por derecho propio (solo podría serlo en la medida que las partes reflejaran en la convención que codifican norma consuetudinaria, la cristalizan o establecen en virtud de una costumbre instantánea (salvaje).

De nada sirve que un instrumento adjudique el valor de *jus cogens* a un principio o declaración, por el solo hecho de su aceptación por los Estados más o menos numerosa. La norma de *jus cogens* debe tener un tipo de construcción que por su contenido no admita acuerdo en contrario. Por ejemplo, los Estados en desarrollo hicieron incluir un párrafo en la *Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los Principios de que rigen los Fondos Marinos y Oceánicos y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional* (Res. 2749 (1970) que declara al principio de patrimonio común de la humanidad de la Zona norma de *jus cogens*. Dado que los Estados miembros de Naciones Unidas o ahora Estados parte de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar podrían arbitrar otra figura dominial para los Fondos Marinos y Oceánicos en una nueva Convención, posibilidad que no responde a la inderogabilidad, como tampoco un cambio en la condición de patrimonio común de la humanidad afectaría la existencia de la comunidad internacional en su conjunto. A nuestro criterio, el *jus cogens* importa la proscripción de actos que afecten la subsistencia de la comunidad internacional como tal. Aunque los actos afecten a un número reducido de individuos o sujetos internacionales, si generalizados

pueden destruir a la humanidad/comunidad internacional, deben ser considerados violaciones al *jus cogens*.

La CIJ en el *Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (sentencia de 27 de junio de 1986) ha dictaminado que:

*190. A further confirmation of the validity as customary international law of the principle of the prohibition of the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations may be found in the fact that it is frequently referred to in statements by State representatives as being not only a principle of customary international law but also a fundamental or cardinal principle of such law. The International Law Commission, in the course of its work on the codification of the law of treaties, expressed the view that “the law of the Charter concerning the prohibition of the use of force in itself constitutes a conspicuous example of a rule in international law having the character of jus cogens (paragraph (1) of the commentary of the Commission to Article 50 of its draft Articles on the Law of Treaties, ILC Yearbook, 1966-11, p. 247). Nicaragua in its Memorial on the Merits submitted in the present case States that the principle prohibiting the use of force embodied in Article 2, paragraph 4, of the Charter of the United Nations “has come to be recognized as jus cogens”. The United States, in its Counter-Memorial on the questions of jurisdiction and admissibility, found it material to quote the views of scholars that this principle is a “universal norm”, a “universal international law”, a “universally recognized principle of international law”, and a “principle of jus cogens”.*

Suele considerarse en la doctrina si los tribunales internacionales tienen facultad para crear una norma de *jus cogens*. De los trabajos de la CDI no se deduce esa posibilidad, sin embargo, el artículo 66 de la CVDT establece un procedimiento ante la CIJ (que puede someter una sola de las partes en el diferendo transcurrido cierto tiempo sin resolverse el mismo si el caso constituye “una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación” de los artículos relativos a las normas de *jus cogens* (arts. 53 y 64 de la CVDT). Creemos que el alcance que tiene la CIJ al respecto es el de identificar si una norma goza de tal carácter, pero no puede “crear” una norma imperativa.

Sin embargo, la inquietud en torno a la función de los tribunales se ha viralizado como consecuencia de las decisiones activistas que han adoptado ciertos tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>133</sup>, a más de órganos cuasijurisdiccionales de derechos humanos.

<sup>133</sup> Especialmente por la incorporación al *jus cogens* de la desaparición forzada de personas, la discriminación, la desigualdad. V. i.a. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC. N° 18 relativa a la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17 de septiembre de 2003. V. asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de marzo de 2005); *Caso Yatama c. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de junio de 2005); Caso de la “*Masacre de Mapiripán*” c. *Colombia* (Sentencia del 15 de septiembre de 2005); *Caso Servellón García y otros c. Honduras* (Sentencia de 21 de septiembre de 2006); *Caso Goiburú y otros. c. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2006); *Caso Almonacid Arellano et ál. c. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 26 de septiembre de 2006); Caso del *Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 25 de noviembre de 2006). *Caso La Cantuta c. Perú, Fondo*, Reparaciones y Costas (Sentencia de 29 de noviembre de 2006); Caso de la *Masacre de La Rochela c. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 11 de mayo de 2007); *Caso Perozo y otros. c. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); *Caso Ríos et ál. c. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 28 de enero de 2009); *Caso Anzualdo Castro c. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 22 de septiembre de 2009); *Caso Dacosta Cadogan c. Barbados*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de septiembre de 2009); *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) c. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 16 de noviembre de 2009); *Caso Radilla Pacheco c. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 23 de noviembre de 2009); Caso de la *Masacre de las dos Erres c. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (Sentencia de 24 de noviembre de 2009); *Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); *Caso Manuel Cepeda Vargas c. Colombia* sentencia de 26 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay* sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas); *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia* sentencia de 1 de septiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas); *Caso Vélez Loor c. Panamá* sentencia de 23 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); *Caso Gelman c. Uruguay* sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones); *Caso Torres Millacura y otros c. Argentina* sentencia de 26 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas); *Caso Contreras y otros c. El Salvador* sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas); *Caso Fleury y otros c. Haití* sentencia de 23 de noviembre de 2011 (fondo y reparaciones); *Caso Familia Barrios c. Venezuela* sentencia de 24 de noviembre de 2011 (fondo, reparaciones y costas); *Caso Atala Riffo y niñas c. Chile* sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas); *Caso González Medina y familiares c. República Dominicana* sentencia de 27 de febrero de 2012

Elise Hangsbury<sup>134</sup> se pregunta: en ausencia de un poder legislativo centralizado en el ámbito internacional, ¿cuáles son los actores del sistema autorizados para hablar en nombre de la comunidad internacional para revelar el contenido y la existencia misma de la norma? Considera que la propia recepción del *jus cogens* en la CVDH ha dado un rol especial a la CIJ. Sin embargo, observa que la CIJ ha sido reticente, poco dispuesta a hacer valer sus facultades de acuerdo a la jerarquía que el *jus cogens* tiene en el sistema, dejando la puerta abierta a otras jurisdicciones para que lo hagan, lo que puede tornarse anárquico y contrario al objetivo de la CVDT, si bien, en estos últimos tiempos ha “resucitado” al viejo crimen de Estado<sup>135</sup>. Hace presente que son los tribunales penales y los derechos humanos los que han tomado la avanzada en el tema. Ambos tipos de tribunales han incursionado en la responsabilidad agravada y de doble sanción. Los tribunales de derechos humanos por la identificación, juzgamiento y sanción penal de la persona del infractor a través del Estado como modo de reparación a más de la tradicional responsabilidad estatal como ente jurídico. Los tribunales penales a más de la sanción penal han implementado reparaciones económicas.

En 1996, la *Opinión Consultiva de la CIJ sobre la legalidad del uso o amenaza del uso de armas nucleares* creó la expresión “principios intransgredibles del derecho humanitario”<sup>136</sup>. De todos modos, la CIJ tanto en el caso *Acciones Armadas en el territorio de Congo (República Democrática de Congo y Ruanda)* como en el Caso de la obligación de juzgar o extraditar (*Bélgica v. Senegal*) a los que ya nos refiriéramos, ha entendido que el hecho de que una violación sea

---

(excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala* sentencia de 4 de septiembre de 2012 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas); Caso *Masacres de el Mozote y lugares aledaños c. El Salvador* sentencia de 25 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas); Caso *García y familiares c. Guatemala* sentencia de 29 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas); Caso *Osorio Rivera y familiares c. Perú* sentencia de 26 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); etc. V. HANSBURY, Elise. *Le juge interaméricain et le “jus cogens”* (<http://books.ope.nedition.org/iheid/390>). La autora señala “*La Cour interaméricaine s’érige ici en véritable juge international en consacrant la nature impérative d’une norme de droit international général (...)*”.

<sup>134</sup> HANSBURY, Elise *Le juge interaméricain et le “jus cogens”*, Ob. Cit.

<sup>135</sup> Así, Cançado Trindade, en opinión separada en el *Case of the Plan de Sánchez Masacre c. Guatemala*, expresa: “*How can the existence of State crime be denied?(...)*”. V. *asimismo*, MÉGRET, Frédéric. *Le renouveau de la notion de crime d’Etat devant la Cour interaméricaine: San José reprend le flambeau abandonné à Genève et négligé à La Haye?*, A. Pedone, Paris, 2009.

<sup>136</sup> ICJ Reports 1996, para. 79.

de carácter *jus cogens* no provee base para la jurisdicción de la Corte la que se funda en el consentimiento de las partes, dejando de lado al art. 38 de la CVDT que establece: 38. *Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal*<sup>137</sup> y el art. 66 de la CVDT que establece: “Si, dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje (...)”.

El juez Ad Hoc Dugard en opinión separada en el caso de las Acciones Armadas en el territorio de Congo (*República Democrática de Congo y Ruanda*) se centró en la dimensión contextual del *jus cogens*, dedicando toda una sección de su opinión al “*jus cogens* en el litigio internacional”. Habiendo precisado que “la decisión judicial es esencialmente un ejercicio de elección”, dado que los jueces tienen que optar a menudo por una solución en lugar de otra cuando las voces están divididas, Dugard sostuvo que los jueces deben ser guiados en la

---

<sup>137</sup> En su 63º período de sesiones (2011), la CDI decidió incluir el tema titulado “*Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario*” en su programa de trabajo a largo plazo, al que luego denominó “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. En su 64º período de sesiones (2012), la Comisión incluyó el tema en su programa de trabajo actual y designó a Sir Michael Wood, Relator Especial. La Comisión ha considerado que la mera ausencia de práctica no excluye necesariamente la existencia de un derecho o de una facultad con arreglo al derecho internacional consuetudinario general. Para determinar la *opinio juris sive necessitatis*, la CDI menciona ejemplificativamente una lista de materiales fuente: las posturas de los Estados ante organizaciones internacionales (entre otras, observaciones escritas y respuestas a cuestionarios) o conferencias internacionales; las decisiones de tribunales internos; las declaraciones y exposiciones ante tribunales internacionales; las estipulaciones en convenios arbitrales; la práctica y las notas diplomáticas; la conducta real de un Estado (frente a sus posturas declaradas); la práctica convencional de un Estado; la práctica convencional multilateral; y diversos instrumentos internacionales. Recuerda que, en ocasiones, la Comisión también se ha apoyado en decisiones de tribunales internacionales, incluidos laudos arbitrales, como fuentes secundarias a los efectos de determinar la práctica de los Estados en la materia.

toma de decisiones tanto por principios, identificados como “proposiciones que describen derechos”, y políticas, a saber, “proposiciones que describen metas”. Esto ayudaría a mejorar la eficacia y la integridad del derecho internacional, promoviendo soluciones coherentes con los objetivos generales del ordenamiento jurídico internacional. Según Dugard, las normas perentorias “son una mezcla de principios y políticas” y gozan de superioridad jerárquica con respecto a otras normas del derecho internacional. Esto es así porque no sólo afirman altos principios del derecho internacional, que reconocen los derechos más importantes del orden internacional, sino que también “dan forma jurídica a las políticas o metas más fundamentales de la comunidad internacional”. Dado que “las normas del *jus cogens* promueven principios y políticas [...] inevitablemente desempeñan un papel dominante en el proceso de elección judicial”. Dugard niega -al igual que el pronunciamiento de la CIJ- que las normas perentorias puedan imponerse a una norma de derecho internacional general universalmente reconocida por la comunidad internacional en su conjunto, como es el principio de consentimiento a la jurisdicción de la Corte. Esto sería, según Dugard, un “puente demasiado lejano” y habría sobrepasado los límites que la comunidad de Estados (en el Estatuto de la CIJ, del que son parte todos los miembros de la ONU, y forma parte de la propia Carta de la ONU) debe imponer al funcionamiento de las normas imperativas. Al argumentar Dugard, parece proponer una interpretación autorizada y proporcionar más especificaciones de lo que el Tribunal en su conjunto tenía la intención de decir. La doctrina ha entendido que el análisis del juez Dugard señala el camino más prudente. Según el citado jurista el *jus cogens* no puede barrer todo. No puede aplicarse independientemente del contexto y el orden jurídico ante el cual se quiere hacer valer. Debe haber límites. Y, sin embargo, sería una derrota para la comunidad internacional deshacerse del concepto en su totalidad, renunciando a la construcción difícil, pero en última instancia exitosa de los valores comunitarios. El paradigma de inderogabilidad y su aplicación mecánica pueden producir efectos antisistémicos y eventualmente poner en peligro incluso el papel que el *jus cogens* puede desempeñar en su carácter simbólico.

#### IV. Reflexión final

En resumen, la justificación del *jus cogens* a través de los siglos se ha fundado en la necesidad material y espiritual de proteger desde el centro, desde el núcleo duro del consenso global, los más altos valores de la sociedad. Esos valores importan intereses que trascienden el interés individual de los Estados y hacen a la propia subsistencia de la comunidad mundial. Esos bienes máximos a conservar son: \*la base individual de la comunidad internacional (la vida en integridad del ser humano que proscribe el asesinato como práctica general, sistemática, requiriendo que, en caso de conflicto armado, se respeten básicos tratos de humanidad), \*la base grupal (que consagra el derecho a la existencia de grupos humanos de diversa cultura, conformación étnica o racial, y su derecho a la libre determinación, proscribiendo el genocidio y el sojuzgamiento por la fuerza de un pueblo o nación por otro), \*la base humana organizada en Estado (que consagra la soberanía de los Estados y proscribe la agresión). Es el *jus necessarium omnium*, reconocido por todos, no sólo por razones éticas y morales o de sensibilidad humana frente al sufrimiento, sino lógicas, en tanto su irrespeto generalizado conllevaría la desaparición del ser humano y de su organización social a toda escala. De allí que, cuando las normas pretenden humanizar las relaciones humanas extendiendo el *jus cogens* a cada vez mayor número de situaciones -no todas ellas de entidad suficiente como para poner en peligro las bases de la sociedad internacional- más que consolidar al instituto, lo debilitan, poniendo en peligro el reconocimiento de su misma existencia.

La invocación del *jus cogens* por parte de los jueces ha aumentado, incluido su reconocimiento explícito por parte de la Corte Internacional de Justicia y de otros tribunales y cortes internacionales, regionales y nacionales. Algunos doctrinarios observan que el hecho que el *jus cogens* sea una norma aceptada por toda la comunidad internacional en su conjunto, lo lleva al *common law*, a la costumbre y a la decisión judicial. El hecho que el *jus cogens* deba ser reconocido por la comunidad internacional en su conjunto lo lleva a los principios generales, al sistema constitucional internacional, a las generalizaciones jurídicas.

Jules Coleman considera que lo que distingue a los positivistas de los dworinianos 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)<sup>138</sup>.

El enraizamiento del *jus cogens* en la norma consuetudinaria, en los principios generales e incluso en las normas convencionales o la decisión judicial activista, sigue dejando en sombra la segura determinación de las normas imperativas.

El misterio continúa y la magia de su aplicación flota aún sobre en el Derecho internacional, permitiendo afirmar que el *jus cogens* sigue siendo un tópico inacabado.

---

<sup>138</sup> COLEMAN, J.L. *The practice of principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, New York, 2001 (Lecture Twelve “Normativity and Naturalism”).

## IMPLICANCIAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LOS TRATADOS

*Implications of the consequences of nullity of treaties*

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

**Resumen:** La nulidad de los tratados -en particular las consecuencias de ella- representa uno de los temas más sensibles del Derecho internacional. La Parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados es un verdadero compendio explícito e implícito de ponderaciones sobre los principios generales del derecho internacional (v.g. abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, buena fe, cooperación). Sobre su base se clasifican y jerarquizan las consecuencias de la nulidad de los tratados, tomando en consideración la libertad de las partes, la buena fe, el orden público y los intereses de la comunidad internacional.

**Palabras-clave:** Tratados - Nulidad - Consecuencias.

**Abstract:** The invalidity of treaties - in particular the consequences of it - represents one of the most sensitive issues in international law. Part V of the Vienna Convention on the Law of Treaties is a true explicit and implicit compendium of considerations on the general principles of international law (v.g. abstention from the threat or use of force, peaceful settlement of disputes, sovereign equality of States, good faith, cooperation). On its basis, the consequences of the nullity of treaties are classified and ranked, taking into consideration the freedom of the parties, good faith, public order and the interests of the international community.

**Keywords:** Treaties - Nullity - Consequences.

**Sumario:** I. Aspectos generales introductorios. I.1. *Terminología – Clases.* I.2. *Importancia de la buena fe.* I.3.- *Invocabilidad y buena fe.* II. Invalidez y nulidad/anulabilidad de los tratados. II.1. *Distinciones doctrinarias.* III. Causales de nulidad. Conceptualización y práctica. IV. Relación entre convencionalidad y responsabilidad a la hora de sopesar las consecuencias de la nulidad de un tratado. V. Breve reflexión final.

## I. Aspectos generales introductorios

Como lo señalara Paul Guggenheim<sup>1</sup>, cada orden jurídico establece por sí mismo los requisitos para la validez de los actos jurídicos y las consecuencias de la falta de validez de los mismos.

La cuestión de la nulidad -según Paul Reuter<sup>2</sup> (- es una de las más delicadas en materia de derecho de los tratados. Se basa en conceptos que se han utilizado en el derecho nacional y que están sustentados en gran medida en la naturaleza altamente estructurada del derecho interno, lo que dificulta su manejo en el derecho internacional público. Además, el sistema de nulidades varía considerablemente de un país a otro, utilizando el vocabulario propio de cada sistema legal, lo que hace que los malentendidos y los errores se den con facilidad en el plano internacional. A pesar de estos obstáculos, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) es el primer instrumento internacional que le ha otorgado un lugar importante al régimen de nulidad, no sin causar cierta preocupación general por las consecuencias que podrían surgir con respecto a la estabilidad de los tratados. Por otro lado, la sola “declaración” de una nulidad constituye un acto de autoridad (similar al acto de anulación). Ello adquiere una dimensión especial si se tiene en cuenta que -salvo en el caso de los actos propios de ciertas organizaciones internacionales (por ejemplo, UE)- son los propios Estados los que declaran la nulidad en ausencia de una autoridad competente institucionalizada permanente. Es imposible, en estas circunstancias, que el sistema de nulidades no dé lugar a ciertas apprehensiones y reticencias.

---

<sup>1</sup> GUGGENHEIM, P. *Recueil des Cours, Collected Courses 1949*, Volumen 74, p. 199 y ss.

<sup>2</sup> REUTER, P. *Introduction au droit des traités*, troisième édition revue et augmentée par Philippe CAHIER en 1995 dans la collection *Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales*, Genève, Presses Universitaires de France, Paris (<https://books.openedition.org/iheid/1758>).

La cuestión de *los efectos de la nulidad hacia el pasado* condiciona importantes aspectos prácticos, *i.a.*: las cuestiones relativas a qué personas pueden invocar una causa de nulidad; si es posible renunciar el derecho a invocar una nulidad; a qué elementos del acto se aplica la nulidad; hasta qué punto ciertas nulidades pretenden reconstruir el pasado eliminando los efectos del tratado nulo; etc.

No hay nulidad de un acto legal sin un defecto sustancial desde su origen, salvo “aparentemente” la causa enunciada en el art. 64. Decimos “aparentemente” en tanto el centro del problema no se halla en el origen del tratado como tal, sino en el origen de la causa que da lugar a la nulidad del tratado.

Ese defecto puede invocarse desde el nacimiento y el acto nunca tendrá efecto, pero esta situación no es la más frecuente. En la práctica, de hecho, el acto, al amparo de las apariencias y circunstancias, generalmente ya ha producido efectos en el momento en que se plantea el problema de sus defectos.

La dificultad esencial de cualquier sistema de nulidad es eliminar las consecuencias de un acto que es privado por el derecho de todo efecto. Esta es la fuente de todos los matices traídos al sistema de nulidades en los diferentes sistemas legales. Si el respeto de las condiciones de regularidad de los actos debe llevar a una multiplicación de las nulidades, la seguridad de las relaciones sociales y la necesidad de respetar los intereses legítimos se verán afectados, por lo que se considerarán más adecuadas soluciones más moderadas. Esta última consideración puede tener aún más peso en el derecho internacional público debido al alcance de los intereses colectivos involucrados y a la falta de autoridad central.

Oriol Casanovas y Ángel Rodrigo<sup>3</sup> recuerdan que el DI muchas veces debe proteger intereses en conflicto. Así, por un lado, debe proteger la obligatoriedad de los tratados (*pacta sunt servanda*)<sup>4</sup> y por otro la libertad de consentimiento<sup>5</sup>, la buena fe y el orden público internacional.

---

<sup>3</sup> CASANOVAS, O. - RODRIGO, Á.J. *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, p. 99 y ss.

<sup>4</sup> Así, el art. 43 de la CVDT recuerda que la nulidad de los tratados no afectará la obligación de cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho internacional general (norma consuetudinaria) enunciada por el tratado, pero existente independientemente del tratado.

<sup>5</sup> En todas las causales rige el principio: “*ex consensu advenit vinculum*”. Se refiere al consenso real, verdadero, puro. La calidad de vicio que afecta el consenso determina la existencia o no del tratado y las consecuencias sobre la validez del mismo y amplía o no los sujetos que pueden reclamar.

### I.1. Terminología - Clases

El texto de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados deja dudas sobre la precisión de ciertos términos, especialmente al utilizar las expresiones “carencia de efecto jurídico”, “invalidez”, “nulidad”, enlazadas a las concepciones “inexistencia del tratado”, como también la relación “nulidad”, “anulabilidad”. La “invalidez”, ¿abarca genéricamente a todas? Se suele señalar que esta última es más propia del derecho interno que del internacional (ello, independientemente del empleo del término en el art. 45 de la CVDT para referirse a las causales de los art. 46 a 50).

Cabe preguntarse también qué rol en materia de nulidades juega el art. 103 de la Carta de Naciones Unidas al establecer que “*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*”<sup>6</sup>.

Ernesto De la Guardia recuerda expresiones de Llambías<sup>7</sup> al expresar que “la inexistencia es un acto conceptual -no legal- que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que -no obstante tener la apariencia de actos jurídicos- no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, sea el objeto, sea la forma específica”<sup>8</sup>. Por su parte Margarita Beladiez Rojo<sup>9</sup> recuerda

<sup>6</sup> Asimismo, atento a lo establecido en la CNU en el artículo 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*, cabe preguntarse si es posible invocar una nulidad de tratado ante tribunal u órgano internacional del ámbito de las ONU si éste no ha sido registrado conforme a lo establecido en el art. 102 referido. Varios casos de nulidad hacen a la invalidez antes de que una registración sea posible (art. 46, 47 por ejemplo).

<sup>7</sup> LLAMBIÁS, J. J. *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, 3ra ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 569 cit. por DE LA GUARDIA, E. Ob. Cit., p. 268.

<sup>8</sup> Como ejemplos de actos inexistentes en derecho internacional se suelen citar: un bloqueo no efectivo, una ocupación sin posesión efectiva (VERZIJL, J.H.W. *International Law in Historical Perspective*, Volumen 6, A.W Sijthoff Ed., Leiden, 1973 (<https://books.google.com.ar/books?i d=B2TYeklwL B4C&printsec= frontcover&hl=e s#v=onepage &q&f=false>). En p. 59 distingue entre tratados válidos y nulos y señala la “gama” que la doctrina ha ido construyendo: absoluta inexistencia del acto, nulidad absoluta y relativa, actos jurídicos nulos y anulables, las nulidades ex officio y las invocadas por las partes, nulidad total y parcial, nulidad reparable o irreparable, anulación ex nunc

que la nulidad y la anulabilidad han sido, junto con la inexistencia, las categorías jurídicas en torno a las cuales se ha explicado desde siempre la teoría de invalidez de los actos jurídicos. En derecho interno la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, o nulidad relativa, han sido categorías jurídicas cuya existencia no ha sido nunca discutida. Beladiez Rojo considera que todas las ramas del derecho al tratar el tema de las nulidades suelen remitir al Derecho Civil por ser el área del ordenamiento jurídico donde se han ido formando durante siglos las categorías propias de la teoría general del Derecho.

Paul Reuter<sup>10</sup> recuerda que los tratados internacionales han sido creados para ser aplicados, si bien, en algunos casos ello no sucede. Distingue cuándo la causa de nulidad se da por un acto jurídico (existencia de norma obligatoria en contrario, por ilícitos en la celebración del contrato) o por mero hecho.

Según Beladiez Rojo<sup>11</sup>, el acto nulo indica el acto inválido. El acto nulo de pleno derecho es aquel que carece de valor para el Derecho por incurrir en una grave infracción del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el acto anulable es un acto que no es inválido, pero puede llegar a serlo (acto invalidable) si el perjudicado por el vicio así lo requiere. Su validez depende de que la parte dañada por el vicio lo consienta o no. En los actos anulables el vicio determinante de la invalidez afecta al elemento subjetivo del acto o negocio jurídico y determina la falta de capacidad o el vicio en el consentimiento. En estos supuestos, aunque el acto ha infringido el ordenamiento no se considera inválido si el perjudicado por sí mismo no lo exige. En estos casos, como el vicio afecta únicamente al elemento subjetivo, la ilegalidad cometida sólo puede perjudicar a aquel cuya voluntad se formó sin respetar el ordenamiento. Por ello, si la parte en cuyo beneficio se establece la eventual nulidad consiente el acto, al ser este conforme a Derecho en todo lo demás, el ordenamiento no tiene ningún interés en eliminarlo del mundo del derecho. De ahí que los actos anulables sólo puedan ser invalidados si los perjudicados por sí mismos lo solicitan. Ello no debe llevar a confusión con relación a lo expresado en el art. 42.1: *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, ya que lo establecido*

---

y ex tunc. Asimismo, se pregunta si hay diferencias entre tratado inválido y no existente.

<sup>9</sup> BELADIEZ ROJO, M. "La nulidad y anulabilidad. Su alcance y significación", *Revista de Administración Pública*, nº 133, enero-abril 1994, p. 155 y ss.

<sup>10</sup> REUTER, P *Introduction au droit des traités*, Ob. Cit., puntos 231 y 232.

<sup>11</sup> BELADIEZ ROJO, M. *Ibidem*.

no se refiere al “ordenamiento” violado sino al derecho a invocar una nulidad. En lo que hace a este tópico (*derecho a alegar una causa de nulidad*), la CIJ ha admitido en el caso de las *Pesquerías noruegas (Reino Unido v. Noruega)* (1951)<sup>12</sup> que *la ignorancia negligente debe equipararse con el conocimiento* (conocimiento constructivo). Ello de similar manera al silencio prolongado y a la aquiescencia. Sin embargo, ha habido una fuerte oposición al principio contenido en el Artículo 45<sup>13</sup>. En el ámbito de la CDI, al elaborarse el proyecto, se propuso la eliminación de ese contenido. Sin embargo, la eliminación fue rechazada por 47 votos a favor, 20 en contra y 27 abstenciones. Se presentaron tres razones principales contra el proyecto de artículo en la CDI. En primer lugar, se consideraba que era un principio “incierto”, “demasiado subjetivo para dominar un tema tan sensible como la pérdida de derechos”. En segundo lugar, algunas delegaciones señalaron el peligro de que el principio favoreciera el *statu quo* en detrimento de los Estados nuevos o débiles. Por último, algunas delegaciones se opusieron a cualquier idea de pérdida de derechos a raíz de un comportamiento o meros silencios. Más marginalmente, se ha argumentado el problema de la responsabilidad extracontractual a la que podría dar lugar la aplicación del Artículo 45. Es inadmisibles, se dice, que una parte culpable de fraude pueda invocar contra la otra parte inconducta. Se ha sostenido que haber sido engañado no da libertad absoluta a la otra parte; en particular, no otorga el derecho de engañar a su vez o de adoptar un comportamiento contradictorio. Este es el significado profundo de la regla de *tu quoque* (tú también). El Estado lesionado debe determinar si quiere o no quiere mantener el tratado. Lo anterior no excluye que en la aplicación judicial pueda darse un ajuste de conducta culpable<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CVDT Art. 45: *Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad (...) de un tratado. Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado (...) con arreglo a lo dispuesto en los artículos 46 a 50 (...) si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación según el caso; o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.*

<sup>13</sup> ICJ Reports 1951, p.26 y ss.

<sup>14</sup> En vano se buscó durante la Conferencia establecer una fecha límite a partir del día en que se descubrieran los hechos que constituyen una causa de nulidad o extinción, fecha después de la cual ya no podrían ser invocados. Se suele señalar que el artículo 45 compensa parcialmente la ausencia de prescripción en el Derecho internacional, y que la prescripción en el derecho internacional consiste esencialmente en la aplicación de los principios de aquiescencia y estoppel. Ya había dictaminado la CIJ en el caso *Derecho*

Los casos de “nulidad relativa”, llamados “casos de anulabilidad” se establecen para los arts. 46, 47, 48, 49 y 50 de conformidad al art. 45. El alcance de la regla excluye a las nulidades absolutas (*jus cogens* y coacción), ya que las obligaciones bilaterales que buscan proteger la confianza mutua no pueden ser una excepción al interés de mantener el orden público internacional.

### *I.2. Importancia de la buena fe*

Dado que en los casos de anulabilidad de los arts. 49 y 50 y de invalidez-nulidad de los 51, 52, 53, 64 el involucramiento de una violación del derecho en los tratados -i.a. del principio de buena fe<sup>15</sup>- se han establecido tratamientos diferenciados.

Así, el proyecto de codificación del derecho de los tratados realizada en la década de 1930 bajo los auspicios de la Universidad de Harvard, en su artículo 27 dice lo siguiente: “Si un Estado no cumple de buena fe sus obligaciones en virtud de un tratado, cualquier otra parte en el tratado, actuará dentro de un plazo razonable después de la falta (...)” (AJIL, Vol. 29, 1935, supl., p. 662). Si bien, se refiere al cumplimiento del tratado y no a la mala fe en su constitución, cubre la situación.

---

*de paso por territorio indio*, el derecho a invocar una causa de nulidad (anulabilidad) cuando -conocidos los hechos- el Estado ha convenido en su continuación o se ha comportado de manera que pueda deducirse su aquiescencia a la validez (CIJ *Recueil* 1960, p. 37).

<sup>15</sup> Robert Kolb recuerda que la buena fe objetiva es un principio general del derecho. Si bien se centra en la protección de las expectativas legítimas de las partes, también está dirigido a la protección de fines comunes. Atempera el voluntarismo tradicional del derecho internacional al introducir consideraciones objetivas de seguridad, estabilidad y justicia (KOLB, Robert. *La bonne foi en Droit international public*, Collection Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales, Genève, Presses Universitaires de France, Paris (<https://books.openedition.org/iheid/2253>). George Abi Saab, quien redacta el prólogo de la obra de Kolb, señala que la buena fe es un principio general del derecho, uno de los más generales, una especie de pivote del orden jurídico internacional, que informa y consolida un enorme conjunto normativo, cuando no todo el complejo de normas de derecho internacional. Sirve como cemento que mantiene unido al edificio y proporciona los ligamentos que permiten que el *corpus juris* se mueva y funcione. recuerda que para Kolb la buena fe es un imperativo racional impuesto por necesidad lógica (ABI SAAB, G. “Prólogo”, en KOLB, R. Ob. Cit.).

Rudolf Bernhardt<sup>16</sup> refiere varios casos en los que la falta de buena fe en la conclusión o ejecución de los tratados se ha discutido ante tribunales internacionales, si bien esas situaciones no encajan en ninguna de las causales de nulidad de la CVDT.

Entre esos casos de falta de buena fe, se halla el sometido a la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) entre Francia y Perú, cuestión surgida en torno a los ricos depósitos de guano peruanos con los que el gobierno pudo pagar los bonos que habían entrado en “default” y sostener nuevas obligaciones. Sin embargo, entró en crisis económica y nuevos incumplimientos, llevando al poder al dictador Nicolás de Pierola, quien dictó decretos en la materia, entre ellos el de 26 de octubre de 1886, limitando los derechos de los acreedores. Uno de los acreedores fue “Dreyfus Frères y Cia”, empresa que reclamó 3.200.000 de libras, mientras el gobierno sólo estaba dispuesto a pagar 25.000.000 de libras. Se involucró Francia en ejercicio de la protección diplomática. La CPA en su dictamen de 1921 (árbitros Ostertag, Sarrut, Elguera), rechazó la nulidad del decreto de Piérola que afectaba el convenio, en el entendimiento que no podía ser invocado “contra extranjero de buena fe”.

Otro caso referido por Bernardt<sup>17</sup> es el de la deuda externa de Alemania (Grecia v. República Federal de Alemania). Antes de la entrada de Grecia en la Primera Guerra Mundial, Alemania hundió varios barcos griegos de la fuerza naval, causando daños a bienes y personas. Tras la Guerra, un Tribunal Arbitral Mixto Greco Alemán resolvió varias reclamaciones a favor de Grecia. Como numerosos casos, quedaron no resueltos en el período interguerras. Tras la Segunda Guerra Mundial se adoptó el Acuerdo de Londres de 27 de febrero de 1953 (ratificado por los dos países involucrados). Dado que Alemania Federal entre 1954 y 1965 rechazó demandas griegas, por Acuerdo de Londres de 1968 se constituyó un Tribunal Arbitral y Comisión Mixta el que se pronunció el 26 de enero de 1972. En el considerando 50, el Tribunal expresa: “*To the extent that these representations are intended to induce the Tribunal to conclude that the Federal Republic did not act in good faith or that it deliberately avoided further discussions or negotiations leading towards a possible settlement, the Tribunal considers that such conclusions are unsupported by the record before it.*”<sup>18</sup> El Tri-

<sup>16</sup> BERNHARDT, R. “Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitration”, *Max Planck Encyclopedia*, Amsterdam, 1981, p. 107.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 109 y ss.

<sup>18</sup> ILR, Vol. 47 (1974), p. 418 y ss. ([http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XI/X/27-64.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/X/27-64.pdf)).

bunal dio similar importancia a la buena fe en el *pacto de contrahendo* que en el negociando (considerando 62).

La existencia o falta de buena fe incide en la divisibilidad del tratado. Así, el art. 44.2. con relación a la nulidad establece: *Una causa de nulidad (...) de un tratado (...) no podrá alegarse sino con respecto a la totalidad del tratado, salvo en los casos previstos en los párrafos siguientes: (...) 3. Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas, (...sólo podrá) alegarse respecto a esas cláusulas cuando: a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta. 4. En los casos previstos en los artículos 49 y 50, el Estado facultado para alegar el dolo o la corrupción podrá hacerlo en lo que respecta a la totalidad del tratado o, en el caso previsto en el párrafo 3, en lo que respecta a determinadas cláusulas únicamente. 5. En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.*

El tratamiento diferenciado dado a los artículos 49 y 50 se comprende, ya que -si bien los cinco casos responden a ilícito y violación del orden público (a diferencia de los tres casos anteriores -arts. 46, 47, 48)<sup>19</sup>, los casos de los arts. 51, 52, 53 responden al carácter ipso iure de la nulidad in totum y su ineficacia ex tunc. En los casos de dolo y corrupción del representante no todo el complejo contractual necesariamente está viciado, a diferencia de los casos de los artículos 51, 52 y 53.

Por razones lógicas, un tratado obtenido por coacción al representante o al Estado o vulnerando norma de *jus cogens* no puede parcialmente tener partes no viciadas. Frente a ese tipo de violaciones existe la imposibilidad de consentir esos actos por ser nulos de pleno derecho. Se trata de violaciones que lesionan el contenido esencial de los derechos amparados por la sociedad internacional en su conjunto. Actos que violan la institucionalidad internacional en su núcleo duro, en su contenido sustantivo esencial. Como más adelante señalaremos, atento a que la coerción implica uso de la fuerza (si bien en distintos matices),

---

<sup>19</sup> No por ello deja de observarse el tratamiento más riguroso para las situaciones de mala fe de los art. 49 y 50 de la CVDT, ya que el afectado puede a su discreción pedir la nulidad de todo el tratado o de ciertas cláusulas únicamente. V. *infra*.

las causales de los art. 51, 52, 53 quedan emparentadas<sup>20</sup>. Estas causales también están vinculadas a la buena fe en tanto ningún Estado de la comunidad internacional podría dejar de reconocer que está socavando de mala fe las bases de la sociedad común<sup>21</sup>.

No compartimos la posición de Capottorti<sup>22</sup> de que todas las causales se rigen por el mismo procedimiento (art. 65 CVDT) y tienen las mismas consecuencias en lo que hace a sus elementos fundamentales.

### I.3. *Invocabilidad y buena fe*

Gutiérrez Espada y Cervell Hortal<sup>23</sup> recuerdan que, si la invalidez de un tratado se invoca inmediatamente después de su conclusión, no habrá problemas, pero que ésa no es la situación más común. Lo frecuente es que el tratado haya tenido ejecución, con lo que se plantea la cuestión de si son válidos los actos ejecutados. Consideran que tanto los efectos *ex tunc* como los *ex nunc* son excesivos. La primera, por olvidar que la vuelta en el tiempo generalmente es imposible y la segunda por equiparar la nulidad a la terminación de los tratados. Además, hay que tener en cuenta que en los efectos *ex tunc* (art. 51, 52, 53), “todas” las partes deben ajustar sus relaciones a la norma imperativa sin necesidad de una solicitud previa y pueden exigirse mutuamente el statu quo ante. Por ello, entienden que tanto la CVDT del 69 como la del 86 han dispuesto correcciones a una posición tan radical. Así, el statu quo ante “podrá” exigirse -y de hacerlo- “en la medida de lo posible” (art. 71.1). La nulidad del tratado no convierte en ilícito per se los actos ejecutados de buena fe (art. 60.1-2). Sin embargo, esas dos condiciones no juegan en beneficio del sujeto al que le es imputable el dolo, la corrupción o la coacción (arts. 48-52 y 69.3). Según Georges Perrin<sup>24</sup> era la única solución posible en el estado de la comunidad internacional del momento.

<sup>20</sup> V. *infra*.

<sup>21</sup> V. *infra* lo relativo a los actos *ejecutados* de buena fe y la buena fe con relación a los arts. 49 a 53 incl.

<sup>22</sup> CAPOTTORTI, F. *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, CEDAM, Padua, 1977, cit., p.206. GUTIÉRREZ ESPADA, C. - CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho internacional en la encrucijada*, ed. Trotta, Madrid, 2008.

<sup>23</sup> CAPOTTORTI, F. *Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati*, Ob. Cit., p. 206.

<sup>24</sup> PERRIN, G. J. *Droit international public, sources, sujets, caractéristiques*, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zurich, 1999, p. 253 y ss.

Cuando se trata de la nulidad por vicios del consentimiento (art. 46 al 48) las consecuencias de la nulidad se aplican entre el Estado invocante de la nulidad y las otras partes en el tratado, pero no entre las otras partes *inter se*.

## II. Invalidez y nulidad/anulabilidad de los tratados

### II.1. Distinciones doctrinarias

Cesáreo Gutiérrez Espada y María José Cervell Hortal señalan que existen ocho causas de nulidad<sup>25</sup>. En cambio, Pierre-Marie Dupuy<sup>26</sup> explícitamente considera tratados nulos sólo a los arts. 49 a 53 y 64. Excluye las causales de los art. 46, 47, 48 por constituir vicios del consentimiento que hacen a la existencia o no de un acuerdo. No puede declararse nulo o anulable a algo que no existe, que no ha nacido. En sentido equivalente, según Verdross se trata de actos inexistentes, ya que no ha habido acuerdo de voluntades<sup>27</sup>. Sin embargo, entiende que no son de suyo inválidos sino total o parcialmente impugnables, considerando que el término “anulables” no resulta correcto. Guggenheim distingue entre actos inexistentes (cuando un individuo y/o entidades jurídicas pretenden haber creado un acto jurídico, aunque elementos esenciales estén ausentes por lo que no puede haber nacido)<sup>28</sup> y nulos (absoluta o relativa nulidad, pero sin diferenciar entre nulos y anulables). A diferencia de los actos inexistentes -los que no debieran producir efectos- los nulos o anulables producen efectos y tienen cierto grado de efectividad hasta que un órgano competente los declara inválidos. Pierre-Marie Dupuy considera nulos a los acuerdos constituidos con fraude, corrupción, coacción a la persona del representante de un Estado, coacción a un Estado, el desconocimiento de una norma imperativa del derecho internacional general (arts. 49, 50, 51, 52, 53). Esa falta de observación de obligación está vin-

---

<sup>25</sup> GUTIÉRREZ ESPADA, C. – CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho internacional en la encrucijada*, Ob. Cit., p.202.

<sup>26</sup> DUPUY, P.-M. “*Droit des traités, codification et responsabilité internationale*”, AFDI, volume 43, 1997. p. 7 y ss.

<sup>27</sup> VERDROSS, A. *Derecho internacional público*, Aguilar, 1982, p.155.

<sup>28</sup> Como ejemplo, Guggenheim señala el caso de un acuerdo acordado por un Estado desaparecido, como los Estados bálticos entre 1940 y 1941 (GUGGENHEIM, P. “La validité et la nullité des actes juridiques internationaux”, *RCADIH*, 1974, tomo 1, p. 203 y ss.).

culada en esos cinco casos a la *buena fe*. Por una parte, esa falta de buena fe opera en atención a la alteración de la voluntad subjetiva de las partes, por otra parte, por la vulneración de intereses esenciales de la comunidad internacional. En el segundo caso se da incompatibilidad objetiva con las bases éticas de la sociedad internacional, lo que se manifiesta en su máximo nivel en la violación de una norma superior imperativa, como el caso del *jus cogens*, cuyas consecuencias tienen tratamiento separado en la CVDT (art. 71). Como señalaremos más adelante hay una estrecha relación entre los arts. 52 y 53.

En los casos previstos en el art. 46 (disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, la impugnación es admisible si la incompetencia es manifiesta y se trata de tratados simplificados no sujetos a ratificación). También son impugnables las situaciones del art. 47 (disposiciones concernientes a la capacidad del representante para celebrar tratados, siempre que el grado de competencia haya sido notificado). En el art. 48 error esencial (no inducido), la impugnación ancla en un hecho inherente al Estado que lo invoca. En los casos de falta de consentimiento sin ilícito, la convención busca proteger el interés de las partes, su libertad de consentimiento. El consentimiento del afectado puede subsanar el acto una vez corregida la falta de capacidad o eliminada la causa que viciaba el consentimiento. Es decir, el acto inválido<sup>29</sup> puede adquirir validez por la subsanación del vicio o defecto que lo invalidaba. La falta de consentimiento era su vicio y la subsanación reconstruye el consentimiento. De hecho, en los actos anulables, el único consentimiento que puede sanar el acto es el de aquella de las partes cuya voluntad se formó defectuosamente<sup>30</sup>. En realidad, lo que se anula no es el tratado en sí (no llegó a constituirse) sino la condición de validez del consentimiento.

El artículo 45 de la CVDT es aplicable a ratificaciones imperfectas. Según muchos autores, la nulidad ya no podría invocarse si el tratado tuviera un comienzo de ejecución porque el defecto habría sido cubierto por la aquiescencia o por la doctrina del estoppel. La base de esta pérdida de derechos radica en la confianza a la que ha dado lugar la conducta del Estado durante la ejecución. Interpretado extensivamente, el artículo 45 se presta así a una concepción de que *cualquier defecto es cubierto automáticamente por cualquier acto de ejecución*

---

<sup>29</sup> Según Verdross es inexistente ya que no ha habido acuerdo de voluntades (VERDROSS, A. *Derecho internacional público*, Ob. Cit., p.155).

<sup>30</sup> BELADIEZ ROJO, M. Ob. Cit., p. 162.

*del tratado*. Este efecto solo se refuerza ante la imposibilidad de invocar ignorancia del vicio, la que generalmente, en ausencia de negligencia, podría impedir el funcionamiento de los principios de aquiescencia o estoppel.

El defecto contemplado en el artículo 46 (al igual que el del art. 47) como una violación manifiesta de una disposición interna fundamental (o incompetencia del representante, notificada), no puede ser ignorada sin negligencia, situación que hace operar la “ratificación por conducta”.

Kolb<sup>31</sup> señala que la buena fe hace que la estabilidad internacional prevalezca sobre la legalidad interna y las consecuencias son notables: “el derecho interno se halla *inter fauces iuris gentium*”.

Precisamente por ello es que las nulidades se fundan en la comisión de un hecho ilícito, el que no sólo es de interés de las partes, sino también de la comunidad internacional como tal, respondiendo a los aforismos “*ex injuria jus non oritur*”, “*unjust acts cannot create law*”. Sin embargo, como señala Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>32</sup> -parafraseando a Vera Lúcia Viegas- incluso en el caso del *jus cogens* la Convención ha dado más peso a la estabilidad de los tratados, ya que a pesar de ser una violación contra la comunidad en su conjunto sólo pueden invocar la causal de nulidad las partes en el tratado.

### III. Causales de nulidad. Conceptualización y práctica [arriba]

#### *Consideraciones introductorias*

Bien señala Ernesto de la Guardia que las causas de nulidad han sido largamente consideradas por la doctrina, pero que la práctica es escasa y que muchas veces ella ha denotado el peso político de las situaciones dadas<sup>33</sup>.

El mencionado autor agrupa el esquema de causales mantenido en el Congreso de Viena -a pesar de las discusiones que despertara- :

#### *Nulidad relativa:*

- a) vicios formales (defecto de competencia y restricción de poderes);
- b) vicios sustanciales (error, dolo, corrupción).

---

<sup>31</sup> KOLB, R. Ob. Cit. Nota 15.

<sup>32</sup> OLIVEIRA MAZZUOLI, V. de. *Derecho internacional público contemporáneo*, Cuscatleca-bosch ed., Barcelona, 2019, p. 301 y ss.

<sup>33</sup> DE LA GUARDIA, E. *Derecho de los tratados*, Ob. Cit., p. 272.

*Nulidad absoluta:*

- a) vicios sustanciales (coacción sobre el representante, coacción sobre el Estado);
- b) otras causas (oposición a *jus cogens* existente o emergente<sup>34</sup>).

**CVDT art. 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados**

*Art. 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.*

Según algunos autores, el artículo 7 (2) de la CVDT establecería una presunción definitiva a favor de la competencia y la regularidad de los actos de los órganos designados, los que incluyen a Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores y otros. La reserva de derecho interno a la que está sujeto el artículo 46 podría interpretarse únicamente en relación con la división de poderes y los procedimientos internos y no con el poder de representación externa, una cuestión decidida estrictamente por el artículo 7 de la CVDT.

La referencia a “norma de importancia fundamental de derecho interno” fue incorporada en la Conferencia de Viena de 1969 a propuesta del representante de Perú, copatrocinada por Ucrania (a/conf.39/c.1/l.228 y add.1), y el requerimiento de “violación manifiesta”, es decir, que sea “objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme la práctica usual y de buena fe”, fue incorporado en la conferencia a solicitud del Reino Unido de

<sup>34</sup> Por nuestra parte consideramos que el tratado en oposición a norma de *jus cogens* no debería considerarse que es “otra causa”, ya que el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (incluso en sentido amplio) está proscrito en calidad de *jus cogens*, por lo que los artículos 51 y 52 bien representan causa de violación de *jus cogens*.

Gran Bretaña (a/conf.39/c.1/l.274).

Uno de los casos de la práctica que suele citarse<sup>35</sup> es el del **Conflicto sobre el tratado de límites de 15 de abril de 1858 entre Costa Rica y Nicaragua**. En el impasse entre la vieja constitución de 1838 y la adopción de la nueva, la asamblea legislativa nicaragüense dictó varias disposiciones, entre ellas, la de 5 de febrero de 1858 que establecía: “(...) *el poder ejecutivo queda autorizado para actuar como crea más conveniente en la resolución de las dificultades con Costa Rica (...) sin necesidad de ratificación por parte del legislativo*”. El 26 de abril de 1858 se produjo el intercambio de ratificaciones y el 28 de mayo del mismo año la Asamblea aprobó un decreto por el cual “*el tratado de límites (...) queda aprobado*”. El 19 de agosto de 1858 adoptó la nueva constitución. En 1878 Nicaragua impugnó la validez del tratado de límites de 15 de abril por contrario a las disposiciones de la nueva constitución. En 1886 sometieron la controversia a arbitraje del presidente de los EE.UU. Cleveland, quien entendió que aun cuando la constitución de 1838 hubiese estado vigente al momento de la celebración del tratado la delimitación no estaba definida y el tratado era ajustado al derecho interno. Cualquier irregularidad procedimental en el uso de los poderes del ejecutivo quedaba subsanada por la aprobación del legislativo<sup>36</sup>.

Otro caso es el **Nicaragua contra Colombia** (2007) por desacuerdo con la asignación de varias islas. En 1928 ambos Estados firmaron un tratado relativo a islas. Nicaragua desconforme apeló a la Corte Internacional de Justicia para que tome una “decisión final”. Nicaragua invocó el Pacto de Bogotá de 1948 que incluye la siguiente cláusula: la Corte Internacional de Justicia tiene jurisdicción para resolver disputas entre Estados en las fronteras marítimas, excepto disputas que ya están resueltas por un tratado o una decisión judicial. Colombia argüía que ya habían firmado un tratado en 1928, pero Nicaragua invocó la nulidad de ese tratado, alegando que se había visto obligada a firmarlo porque en 1928 era Estado ocupado militarmente por los Estados Unidos. La Corte Internacional de Justicia entendió que el tratado seguía vigente, ya que fue ratificado en 1928, en 1950 y 1970, todavía estaba en vigor<sup>37</sup>.

También suelen citarse los siguientes antecedentes de la práctica: el caso de

---

<sup>35</sup> CASANOVAS, O.- RODRIGO, A. J. *Casos y textos de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 129.

<sup>36</sup> MOORE, J.B. *International arbitrations*, Vol. XI, Washington, 1898, pp. 1945-68.

<sup>37</sup> *Affaire du différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) exceptions préliminaires. Arrêt du 13 Décembre 2007. CIJ Recueil 2007, párr.73-82.*

la *Convención comercial franco-suiza* (1912) (RSA, Vol. XI, pp. 411, 418); el caso de los *Bienes británicos en el Marruecos español* (1925) (RSA, Vol. II, p. 724); el caso de la ratificación de un *Acuerdo financiero de Alemania con los Países Bajos* (1963) (ILR, Vol. 43, p. 251, Corte constitucional federal alemana).

En el caso de los *Yacimientos diamantíferos de Grigueland Occidental*, Transvaal se negó a reconocer el arbitraje de 17 de octubre de 1871, argumentando que el compromiso de arbitraje no había sido autorizado por el parlamento (RSA, Vol. II, p. 703). Por la misma razón, Rumania no reconoció la validez del *Tratado de comercio con Austria de 14 de agosto de 1920*. En el mismo sentido se manifestó la posición griega en el denominado “*Incidente Politis*” (*asunto de las minorías greco-búlgaras*) (1924), entre otros casos.

También se suele citar el dictamen del tribunal arbitral en el caso de *Límites marítimos entre Guinea-Bissau y Senegal* (1989)<sup>38</sup>, que consideró que la solución expresaba el derecho consuetudinario incluso antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena y era aplicable al acuerdo de 26 de abril de 1960 entre Francia y Portugal sobre el límite marítimo entre sus posesiones coloniales. Portugal había alegado que ese acuerdo era nulo por la violación de disposiciones constitucionales fundamentales (falta de aprobación parlamentaria en tanto se refería a una enajenación del territorio nacional). El tribunal arbitral indagó sobre el estado del Derecho internacional en el tema tal como existía en 1960 y consideró que la solución adoptada por el artículo 46 representaba en ese momento derecho internacional consuetudinario. Así expresó que, para identificar la apariencia legítima, es necesario tener en cuenta la práctica constitucional real, es decir la ley tal como es interpretada y aplicada realmente por los órganos del Estado (“*les précédents diplomatiques n'étaient pas uniformes mais, en général, l'on peut en déduire que seule une violation grave et évidente du droit interne aurait pu justifier une déclaration de nullité d'un traité. Le tribunal estime que sa décision à ce sujet doit être régie par le principe de la bonne foi. Celui-ci était, indubitablement, la règle observée par les états en 1960 en ce qui concerne la conclusion d'un accord international*”; “*si l'on considère le texte de l'accord du 26 avril 1960, l'intervention sporadique de l'Assemblée Nationale dans l'approbation des conventions internationales, le fait que quelques textes aussi importants que la Charte des Nations Unies n'ont pas été approuvés par elle et que l'accord a été signé par Antonio Oliveira Salazar, chef incontesté du régime à caractère autoritaire qui*

<sup>38</sup> RSA, Vol. XX, p. 121 y ss.

*existait alors au Portugal, l'on peut conclure que le gouvernement français a eu des raisons de croire, en toute bonne foi, que le traité signé était valable »<sup>39</sup>.*

**CVDT Art. 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado**

*CVDT Art. 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás estados negociadores.*

En el caso del **Límite terrestre y marítimo entre Camerún y Nigeria** (Camerún c. Nigeria, Guinea Ecuatorial interviniente), la CIJ desechó el argumento nigeriano de falta de poderes para representar al Estado del Jefe de Estado nigeriano en el sistema interno del país, en base, *i.a.* a lo establecido en el art. 7 de la CVDT (no necesidad de presentación de plenos poderes en el caso de Jefes de Estado). El fallo recuerda que los Estados no están obligados a conocer las disposiciones legislativas o constitucionales que puedan tomar otros Estados<sup>40</sup>.

Uno de los ejemplos de plenos poderes insuficientes en claridad y precisión en la práctica internacional es el relativo al caso sucedido en 1894 cuando los **plenipotenciarios chinos y japoneses se reunieron en Hiroshima para concluir un tratado de paz**. Los agentes japoneses se negaron a aceptar los plenos poderes presentados por los enviados chinos sobre la base de que los documentos no autorizaban a esos presuntos agentes estatales a concluir un tratado y que, ni siquiera mencionaban el tema de las negociaciones, a más de guardar silencio sobre el tema de la ratificación<sup>41</sup>).

El caso **Metzger** (Estados Unidos contra Haití, 1900) se originó en el suministro insuficiente de agua a la empresa molinera Metzger en Haití debido a que

<sup>39</sup> quénéudec, J. P. "L'arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal" AFDI 1989 (35), p. 332.

<sup>40</sup> ICJ Reports 2002, p. 33, paras. 258 y 265-266.

<sup>41</sup> Cf. MOORE, J.B. *A Digest of international law*, Vol. v, Washington, 1906, p. 179-80, cit. por KOLB, R. Ob. Cit.

se había llevado a cabo un intercambio de notas entre el ministro haitiano en Washington y el gobierno de los Estados Unidos de América, en el cual el ministro haitiano había asegurado a las autoridades estadounidenses que las demandas de la compañía Metzger serían satisfechas. Posteriormente, el gobierno haitiano cuestionó la competencia del ministro haitiano, argumentando que no podía asignarse prerrogativas comunales. El árbitro Morse sostuvo que un acuerdo debe ser ejecutado sin tener en cuenta cualquier limitación de derecho interno desconocida, vinculando el caso con la buena fe: “no puede ser que la buena fe sea menos obligatoria para las naciones que para las personas que llevan adelante acuerdos (...). No considero que las limitaciones a la autoridad oficial, no reveladas en el momento al otro gobierno, puedan impedir la ejecución de los acuerdos diplomáticos”. En resumen, las limitaciones no notificadas de los poderes conferidos no pueden establecerse contra las partes contratantes<sup>42</sup>.

#### **CVDT Art. 48. Error**

*CVDT Art. 48. Error. 1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado. 2. El párrafo 1 no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error. 3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79.*

Generalmente, se citan como casos de error en un tratado los relativos a la **Soberanía sobre determinadas parcelas fronterizas**<sup>43</sup> y el caso del **Templo de**

<sup>42</sup> COUSSIRAT-COUSTÈRE, V. - EISEMANN, P.M. (Eds.) *Repertory of International Arbitral Jurisprudence*, t. I (1794-1918), p. 9; *Papers on the Foreign Relations of the United States*, vol. 42 (1901), p. 271, cf. KOLB, R. Ob. Cit. V. asimismo, EVANS, Ch. I. *Treaties and other international agreements of the United States of America 1776-1949*, Vol. VIII, publicación del Departamento de Estado, Washington, 1971) (<https://books.openedition.org/ihei/d/2271#bod-yftn474>) p. 645 y ss.; CAHIER, P. “La violation du droit international relative à la compétence pour conclure des traités comme cause de nullité des traités”, RDI 1971 (54), p. 227.

<sup>43</sup> CIJ *Recueil* 1959, párr. 220, 222 y 225.

**Préah Vihéar**<sup>44</sup>, en los que la CIJ hizo presente que el error debía ser: \*esencial; \*que el Estado invocante no debía haber contribuido al error; \*que las circunstancias no fueran tan evidentes que el Estado hubiese tenido que estar advertido del error. También como ejemplo de error -aunque parcialmente- puede recordarse el **Diferendo limítrofe con Brasil por la ubicación correcta del río San Antonio** y otros. Se trata centralmente de errores de la Comisión Demarcadora de 1759 y de la de 1788, por ubicar la desembocadura del río San Antonio en el río Grande de Curitiba o Iguazú. El tratado de 28 de septiembre de 1885 entre el representante brasileño Leonel M. de Alençar y el MRE argentino Francisco J. Ortiz, estableció el nombramiento de comisiones para el estudio de los ríos y del área disputada. Su art. 2º establecía: “A la comisión mixta constituida (...) le incumbirá reconocer, de conformidad con las instrucciones anexas a este tratado, los ríos Pepirí-Guazú y San Antonio y los dos situados al oriente de ellos, conocidos en el Brasil por los nombres de Chapecó y Chopim y que los argentinos llaman Pequiri-Guazú y San Antonio Guazú, así como el territorio comprendido entre los cuatro”. La comisión concluyó en 1887 que el río San Antonio Guazú señalado por el comisionado Oyarbide no era el Chopim, sino uno ubicado más al este, el río Jangada. Desde ese momento el gobierno argentino reclamó al río Jangada como límite, divisoria que Brasil seguía rechazando. Tras la caída del imperio del Brasil y el establecimiento del gobierno republicano en noviembre de 1889, la Argentina se manifestó contraria a que el conflicto se solucionara mediante un laudo arbitral, dado que los Estados Unidos era un país aliado de Brasil. Se firmó un nuevo tratado (Montevideo de 25 de enero de 1890). El tratado dividía la zona en disputa en partes iguales, pero fue rechazado por el congreso brasileño -mayoritariamente monárquico- alegando que los diplomáticos brasileños habían realizado concesiones excesivas. El caso fue sometido a laudo arbitral del presidente de los EE.UU. Cleveland pronunciado el 5 de febrero de 1895 (Cuestión Misiones), el que fue totalmente favorable a la posición brasileña.

Entre otros casos en que se invocó error como causal de nulidad ante la CIJ se suelen citar: el caso relativo a la **Sentencia arbitral del rey de España de 23 de diciembre de 1906 (Honduras / Nicaragua)**<sup>45</sup>. También puede citarse el caso de la **Frontera de los Andes (Río Palena-Encuentro)**, arbitraje de la reina Isabel

---

<sup>44</sup> ICJ Reports 1961 (excepciones preliminares) p. 30; CIJ Reports 1962 (fondo), p. 26.

<sup>45</sup> CIJ. Recueil 1960, p. 172 y ss. y p. 215. V. DUBOUI, L. “L’erreur en Droit international public”, AFDI, volume 9, 1963. p. 191 y ss.

II entre Argentina y Chile (sentencia de 1966)<sup>46</sup>. Cot<sup>47</sup> recuerda que la sentencia destacaba que la redacción del compromiso arbitral no autorizaba a las partes a cuestionar la validez de la sentencia del rey Eduardo VII al invocar un vicio (error) en la expresión de la voluntad del árbitro. Sin embargo, reconoció que la noción jugaba un papel importante en el caso, ya que el error cometido en 1902 se encontraba en el origen de la disputa. Si el rey Eduardo VII hubiera descrito correctamente el curso de río Encuentro, la controversia no se habría producido. Las pretensiones argentinas permanecían dentro del marco establecido por el compromiso, ya que, para el gobierno argentino, el error cometido en 1902 no viciaba la sentencia ni en su totalidad ni en parte. Si se tomaba en cuenta el error, su efecto sólo debía ser limitado a la frase que evidenciaba el error (p. 20 del dictamen). Para el gobierno chileno, Argentina era responsable del error cometido, ya que entregó al tribunal el mapa Lange en el que se basa el laudo arbitral de 1902. Además, argumentaba que las autoridades argentinas se dieron cuenta rápidamente del error, pero no lo señalaron a la comisión de demarcación ni al gobierno chileno. A este error inicial se agregaba un error posterior cometido por la Comisión Conjunta de las Fronteras en 1955, cuando consideró erróneamente el brazo sur del río Encuentro como el brazo principal del río. Este nuevo error constituyó según el gobierno chileno un defecto de consentimiento que invalidaba la minuta adoptada por el Comité Conjunto el 1 de noviembre de 1955. El Tribunal arbitral rechazó las acusaciones chilenas y consideró que Argentina no era responsable del error cometido en el laudo arbitral de 1902 y que las autoridades argentinas no estaban obligadas por norma internacional a advertir a Chile ni al árbitro del error. La tesis de que el error trastornó la línea divisoria entre los hitos 16 y 17 pareció al Tribunal difícilmente compatible con la validez del laudo arbitral y consideraba que el error a veces distorsiona la expresión de la voluntad sin afectar su esencia misma. Recordó que, de acuerdo con la fórmula del código civil suizo -citado por el árbitro Lardy en el caso de la isla Timor- “es necesario buscar la intención real y común de las partes, sin detenerse en las expresiones o tergiversaciones que fueron capaces de usar ya sea por error o para disfrazar la verdadera naturaleza de la convención” (RSA, Vol. XI, p. 497). La doctrina jurisprudencial requiere que el intérprete haga que la

---

<sup>46</sup> *Revue Général de Droit International Public* 1967, p. 167.

<sup>47</sup> COT, J.-P. “L’affaire de la frontière des Andes (sentence arbitrale de la reine Elisabeth II du 9 Décembre 1966)”, *AFDI* 1968, volume 14, pp. 237 y ss.

intención del autor de la norma prevalezca sobre la tergiversación contenida en el instrumento. El tribunal, ante la falta de poderes asignados en el compromiso arbitral hizo prevalecer la estabilidad del pronunciamiento de Eduardo VII en lo que hace a la invocación de error. Sin embargo, en base a otras varias argumentaciones, la línea demarcatoria del dictamen de Isabel II dividió la zona discutida (hito 16-Río Encuentro a Cerro de la virgen) en partes aproximadamente intermedias a las pretensiones de los dos Estados.

Es de observar que, a veces, un error de texto, común en los casos de tratados confeccionados en varios idiomas, puede importar acción dolosa. Tal el caso del *Acuerdo ítalo-etíope de Wuchale entre el Reino de Italia y el Reino de Etiopía (2 de mayo de 1889)*. El texto en etíope establecía una relación en paridad de trato soberano, en cambio el italiano (presumiblemente, de modo intencional), una situación de protectorado sobre Etiopía (Imperio Abisinio)<sup>48</sup>. Menelik II<sup>49</sup>, quien desconocía que la versión en italiano del tratado convertía su país en protectorado italiano, ni bien lo supo, rompió el tratado y lo declaró nulo. Italia invadió Abisinia con una tropa de alrededor de 20.000 hombres. El general italiano Oreste Baratieri propuso hacer el primer movimiento la noche del 29 de febrero de 1896, esperando sorprender a los abisinios mientras dormían. Sin embargo, las tropas etíopes al mando de Menelik II vencieron a las italianas en la batalla de Adua (primer guerra ítalo-etíope).

#### **CVDT Art. 49. Dolo**

*CVDT Art. 49. Dolo. Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.*

Como ejemplo de dolo se suele citar el caso *Saint Croix River, Mixed Commission under article V of the treaty between Great Britain and the United States* (november 19, 1794)<sup>50</sup>, por el uso fraudulento de patente otorgada a sir William Alexandre.

---

<sup>48</sup> Etiopía suele ser presentada como el único país africano que nunca fue colonizado por los europeos.

<sup>49</sup> Menelik II modernizó el reino etíope (en aquel momento Abesinia), fundó la nueva capital (Adís Abeba), abolió la esclavitud, y proyectó instaurar la enseñanza obligatoria y un moderno código de derecho.

<sup>50</sup> *International Adjudications*, Oxford University Press, New York - London, 1929, p. 3 (<https://catalog.ha.thitrust.org/Record/007910974>; <https://catalog.hatitrust.org/Record/007910975>).

Otro caso es el citado precedentemente relativo a la intención fraudulenta escondida bajo un presunto error de traducción en el *Tratado de Wuchale de 2 de mayo de 1889 entre el Reino de Italia y el Reino de Etiopía*, referido supra.

Se ha sostenido que el dolo no puede invocarse en tratados multilaterales por la dificultad para identificar al causante. Paul Reuter<sup>51</sup> señala que el fraude está cerca del error en el sentido de que solo la víctima del fraude puede invocarlo y puede cubrir el vicio con su consentimiento expreso o su comportamiento; se aleja del error por sus efectos más rigurosos relacionados con la idea de delito internacional. De hecho, cuando la divisibilidad puede jugar, la CVDT le da al Estado víctima de dolo una opción que él libremente usa de acuerdo a su interés: aceptar la divisibilidad y mantener en vigor una parte del tratado o exigir la nulidad completa del mismo. Esta última opción muestra claramente el carácter de sanción al dolo. Por otro lado, otra opción aún está abierta a la víctima: la víctima puede solicitar la eliminación de todos los actos realizados sobre la base del tratado nulo, pero no está obligada a hacerlo. El Estado responsable del fraude no puede solicitar por sí la eliminación del vicio (artículo 69. 3 CVDT). De manera más general, el tratado doloso es un acto ilícito con todas las consecuencias jurídicas del caso.

***CVDT Art. 50. Corrupción del representante de un Estado***

*CVDT Art. 50. Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.*

Paul Reuter, en la obra citada, recuerda que este caso de nulidad fue demorado por la Comisión y su existencia fue cuestionada como caso separado de nulidad (condición sostenida por De Luna y Tunkin)<sup>52</sup>. Para algunos, el caso de fraude cubría perfectamente las hipótesis de corrupción, para otros la corrupción era solo un medio de coacción ejercido sobre la persona del representante de un Estado. La CVDT mantuvo la corrupción como un caso separado. En este

<sup>51</sup> REUTER, P. Ob. Cit.

<sup>52</sup> ILC. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, Vol. II, p. 195.

caso también hay engaño, pero tal como lo señalara la CDI es un fraude particular y especialmente grave. La corrupción puede haber sido obtenida por coacción, en cuyo caso, se aleja del dolo. El soborno del representante en realidad le hace perder a éste su condición de representante del Estado, pero sin conocimiento del afectado. Para que la corrupción sea un vicio del acto, debe haber sido capaz de llevar a la aceptación del tratado tal como es (incluso si su efecto se refiere a una sola cláusula no esencial). Es la corrupción, la infidelidad del representante la que invalida el acto. La pregunta más delicada es quién debe invocar el acto de corrupción para tener tales efectos. El problema surge principalmente del hecho de que los ejemplos de corrupción que podrían alegarse se producen principalmente en las relaciones económicas (comercio, inversiones, suministro de armas, contratos de equipos, etc.) y, generalmente, el tratado es doble: interestatal y con acuerdos entre empresas (privadas o públicas). La respuesta a la dificultad -según Reuter- debe estar dada por los principios generales de la responsabilidad internacional que dominan el caso de corrupción más que por los del fraude. El acto de corrupción debe ser imputable al Estado, pero eso no significa que deba emanar de uno de sus representantes oficiales. Es suficiente que emane de una persona que actúa bajo el control del Estado, en su nombre o que el Estado sea cómplice del hecho ilícito. En cuanto a los efectos de la corrupción -vicio dominado estrechamente por la naturaleza ilegal del acto-, su régimen es exactamente el mismo que el del fraude. El caso aún está dominado por el interés exclusivo del Estado víctima, pero con amplios derechos -como en el dolo- por la naturaleza ilícita del vicio.

Puede citarse como ejemplo de corrupción del representante el *Acuerdo celebrado entre Italia y Etiopía en 1928 alcanzado por gratificación indebida al ras Tafari* (cabeza de gobierno Tafari) que implicaba la división del Estado en zonas de interés comercial y político entre Italia y Gran Bretaña (básicamente, explotación de vías férreas para Italia y construcción de obras de regadío para Gran Bretaña). Primero se recurrió a la presión sobre el gobernante, pero ante la queja del mismo ante la Sociedad de Naciones y la opinión pública británica negativa ante la situación, cambiaron la modalidad por un “regalo”, efectuado por intermedio del príncipe italiano Luis Amadeo de Saboya que “ablandó” al ras Tafari -más tarde denominado Heile Selassie I<sup>53</sup>- con el obsequio de una suntuosa limusina Isotta Fraschini (de valor actual aproximado a los 350.000 dólares

---

<sup>53</sup> Designación tomada de la estirpe imperial de su madre.

actuales). Gutiérrez Espada y Cervell Hortal consideran que en la actualidad son múltiples los acuerdos comerciales y de inversiones viciados por corrupción. Ello a tal punto que han llevado a la conclusión de convenios generales contra la corrupción (v.g. Convención interamericana de 1996 y Convención de Naciones Unidas de 2003, siendo Argentina parte en ambas).

***CVDT Art. 51. Coacción sobre el representante de un Estado***

*CVDT Art. 51. Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.*

La coacción sobre el representante de un Estado consiste en actos o amenazas dirigidos contra el representante de un Estado en su persona y no en su calidad de órgano (daño a su integridad física, su reputación, su carrera o la de sus seres queridos, etc.). Al igual que la corrupción, la coacción sustituye al verdadero representante del Estado por una persona privada que deja de ser representativa del Estado, en tanto en la negociación pasa a defender sus propios intereses, resultando incapaz de actuar a nombre del Estado. La CDI y la Conferencia de Viena consideraron más grave la coacción que la corrupción y la sujetaron, en cuanto a sus efectos, a un régimen más riguroso, entendiendo que la coacción es más grave que el fraude y la corrupción. En la ejecución del ilícito implica el uso de la fuerza o amenaza de la fuerza, un daño anunciado, lo que excede a la concernencia de las partes, afectando a la comunidad internacional y al orden público. En cuanto a los efectos, se encuentran en la propia fórmula del artículo 51 CVDT: la expresión del consentimiento así obtenido “no tiene efecto legal”. De hecho, es un acto que se supone que nunca existió. Su imperfección ni siquiera podría ser cubierta por el consentimiento de la víctima. Técnicamente hablando, si la víctima aceptara algunas de las consecuencias de tal acto, solo podría hacerlo mediante un tratado completamente nuevo, que de ninguna manera se consideraría un acto de confirmación del tratado nulo.

Ejemplo de coacción al representante y al Estado suele considerarse el producido en el ***Acuerdo de Múnich de 29 de septiembre de 1938***. Se trata de una situación atípica ya que quienes presionaron al Jefe de Estado checoslovaco Ed-

vard Beneš fueron Italia, Francia y el Reino Unido (para evitar conflicto con Alemania) y, además, fueron esos Estados los que firmaron el acuerdo con Alemania que estipulaba que Checoslovaquia (ausente en el tratado y que había manifestado su negativa a la entrega) debía ceder el territorio checoslovaco de los Sudetes a Alemania. La ocupación alemana de los Sudetes se completó el 10 de octubre del mismo año (más tarde se expandiría a otros territorios checos, húngaros y polacos). Los checoslovacos señalaron que el tratado de Munich concertó “acerca de nosotros, sin nosotros y contra nosotros” y fue visto como una traición de sus aliados occidentales, los que para evitar que la guerra se dilatara, sacrificaron a Checoslovaquia. Beneš renunció el 5 de octubre y una vez estallada la segunda GM formó en Londres el gobierno checoslovaco en el exilio<sup>54</sup>. En noviembre de 1938 asumió como nuevo presidente del “resto” libre de Checoslovaquia (Segunda República Federada de Chequia-Eslovaquia) Emil Hácha. Hitler convocó a Hácha a Berlín y durante las primeras horas del **15 de marzo de 1939** informó a Hácha de la inminente invasión alemana y bombardeo a Praga. Hácha sufrió un ataque cardíaco durante la reunión, debiendo ser atendido por personal médico. Finalmente cedió y firmó un **documento** (considerado acuerdo nulo debido a la coacción) en los que aceptaba los términos **de rendición**. Esa misma mañana del 15 de marzo, tropas alemanas entraron en Bohemia y Moravia, sin encontrar resistencia. Hácha gobernó hasta el fin de la segunda GM.

Se han considerado tratados obtenidos mediante coacción sobre el representante: \*el **Concordato de Sutri concluido el 9 de febrero de 1111 entre el rey Enrique I de Inglaterra y el Papa Pascual II (Querrela de las investiduras)**<sup>55</sup>,

---

<sup>54</sup> Cabe tener en cuenta que el 11 de diciembre de 1973 fue ratificado en Praga en el castillo de Hradčany el acuerdo estipulado el 20 de junio del mismo año en Bonn relativo a la normalización de relaciones diplomáticas entre la República Federativa de Alemania y la República Socialista de Checoslovaquia, el que además *i.a.* declaraba nulo el *acuerdo de Múnich de 1938*. Esa nulidad se vio como un éxito de la URSS y no de una Checoslovaquia bajo la dominación soviética. V. GLEDJURA, S. *La política exterior de la República Federal de Alemania* ([www.cepc.gob.es/controls/mav/getd\\_ata.ashx?mavqs...](http://www.cepc.gob.es/controls/mav/getd_ata.ashx?mavqs...)). V. asimismo, FITZMAURICE, M. “The practical working of the law of treaties”, en EVANS, M. D. *International law*, 2da. ed., Oxford University Press, 2006, p. 194 y ss.)

<sup>55</sup> Conflicto entre dos percepciones: \*visión eclesíástica: el papa estaba por encima de los reyes o emperadores a los que tenía que legitimar; \*visión monárquica: el poder civil consideraba tener derecho, -tal como se venía haciendo “desde siempre”- a elegir a obispos, regidores, dignatarios eclesíásticos (y hasta al mismo papa). El conflicto había surgido entre el Papa Gregorio VII (1073-1085) y el Emperador del Sacro Impero Romano

obtenido por la fuerza luego de haber estado el Papa prisionero durante dos meses. El Concilio de Letrán declaró en 1123 nulo este concordato; \*la conclusión del *Tratado de Madrid, de 14 de junio de 1526*, que cedía Borgoña a Carlos V, por medio de violencia sobre Francisco I, cautivo en un castillo en Madrid; \*la ratificación obtenida por la violencia -apresamiento de miembros hostiles de la Dieta- de los *Tratados de 18 de septiembre de 1773 y de 24 de septiembre de 1793, que consagraban la partición de Polonia*; \*la conclusión del tratado de 17 de noviembre de 1905 que estableció un *protectorado sobre Corea*, luego de que el palacio imperial de Seúl fuera ocupado por fuerzas japonesas y se efectuaran amenazas directas contra el emperador de Corea y sus ministros<sup>56</sup>.

***CVDT Art. 52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza***

*CVDT Art. 52. coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.*

Probablemente, el caso del *acuerdo de Múnich de 1938* y el *documento de marzo de 1939* puedan considerarse coacción sobre el Estado. En aplicación del art. 52 se suele señalar al *caso de la Jurisdicción pesquera (RU c. Islandia)*<sup>57</sup>. El fallo de la CIJ señala que un tratado concluido por la amenaza del uso de la fuerza es nulo. Sin embargo, el tribunal concluyó que “las negociaciones que llevaron al intercambio de notas de 1961 revelan que esos instrumentos fueron libremente negociados entre las partes sobre la base de perfecta igualdad y libertad de decisión de ambas partes”.

Paul Reuter<sup>58</sup> hace presente que no toda fuerza invalida un acto jurídico, caso contrario todos los acuerdos de paz serían nulos. Es por ello que se incorporó la referencia en el art. 52 a los “principios de derecho internacional incor-

Germánico, el alemán Enrique IV (1050–1056-1106).

<sup>56</sup> V. IGLESIAS VELASCO, A. J. “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: Especial referencia a España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 29 (2013), p. 182.

<sup>57</sup> ICJ Reports 1973, p. 2, para. 24.

<sup>58</sup> REUTER, P. *Introducción al Derecho de los Tratados*, Fondo de Cultura Económica, Política y Derecho, Buenos Aires, 1999, p. 209.

porados en la Carta de las Naciones Unidas”. La doctrina alemana consideró nulo al *Tratado de Versalles de 1919* no sólo por el uso de la fuerza sino por la condición de estado débil “desigual” que ni siquiera participó de las negociaciones. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo el uso “ilícito” de la fuerza tiene capacidad de invalidar un tratado.

Se ha discutido sobre si el uso de la fuerza se refiere sólo a coacción militar o bien se incluye a la coacción política o económica. Debe tenerse en cuenta que, en la Conferencia de Viena de 1969, juntamente con la CVDT se adoptó (contra la voluntad de los Estados occidentales) la “**Declaración sobre la proscripción de la coacción militar política o económica en oportunidad de la conclusión de los tratados**”, como fórmula transaccional con los países en desarrollo. La Declaración, *i.a.* expresa: “*Esta declaración (...) condena el uso de la amenaza o el uso de todas las formas de presión, ya sea militar, política o económica (...) en violación de los principios de la igualdad soberana de los Estados y libertad de consentimiento*”. El tema del alcance del uso de la fuerza no pudo ser resuelto unívocamente en la Res. AGNU 2625 (XXV) como tampoco se ha logrado hasta la fecha<sup>59</sup>.

Como en el caso anterior (coacción sobre la persona de un representante), la sanción es particularmente rigurosa: el tratado es nulo e inválido en todas sus disposiciones sin que sea aplicable la regla de divisibilidad (Artículo 45 CVDT). El comentario de la CDI expresa que otros Estados además de la víctima pueden invocar el defecto<sup>60</sup>. Más aún, tienen el derecho e incluso la obligación de no reconocer una situación derivada de un tratado celebrado en tales condiciones. Cuando la víctima de violencia desee beneficiarse total o parcialmente de las disposiciones del acto viciado, no podrá renunciar a la nulidad ni cubrirla de manera alguna. Como en el caso de violencia sobre la persona de un representante, para tornar válido un texto debe concluirse un nuevo acuerdo que tenga el mismo contenido que el anterior, pero sin mediar coacción. Esta es la solución expresamente prevista en el Informe de la Comisión mencionado anteriormente. Esta percepción fue confirmada por la CIJ en el caso de las *Actividades militares de los Estados Unidos en Nicaragua*<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> V. ABI-SAAB, G. “Cours général de droit international public”, *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 207, 1987, p. 426.

<sup>60</sup> CDI *Anuario* 1966, Vol.2, p. 269.

<sup>61</sup> CIJ *Informes* 1984: p. 392 y 1986: p. 14.

En el caso de la coacción contra el Estado podría existir un problema si se argumenta que la prohibición de la coacción-amenaza o empleo de la fuerza es una norma de *jus cogens*, ello especialmente si se toma en consideración el Artículo 71. 2 de la CVDT<sup>62</sup>.

El régimen es estricto: denegación del beneficio de la regla de divisibilidad, imposibilidad de cubrir la nulidad mediante la posterior aceptación, invocación de la nulidad por todas las partes en el tratado; la “víctima” (si bien la Convención no lo dice) es no sólo el coaccionado sino la comunidad en su conjunto. El artículo está fuera de la relación de consentimiento para ubicarse en el plano de la sanción de un delito cometido contra toda la comunidad internacional. Ello, especialmente si seguimos las nuevas tendencias que generalizan la noción de “crimen internacional” en términos de responsabilidad.

***CVDT Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”)***

*CVDT Art. 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*

En lo que hace a los ejemplos, atento a que el Tribunal de Nuremberg consideró a los **acuerdos de 1938 y a la ocupación -en base al documento/acuerdo firmado por Hácha-Checoslovaquia en 1939** como actos de agresión, la situación puede ser encuadrada tanto en el art. 51, como en el 52 y en el 53 en virtud de las distintas situaciones por las que esos hechos han transitado (presión sobre los Jefes de Estado para concertar un instrumento, presión sobre el Estado para que acepte la invasión, el carácter de acuerdo de agresión que ha importado el Tratado de Múnich de 1938 del que no participó Checoslovaquia). Es de obser-

---

<sup>62</sup> V. *infra*.

var que la proscripción del uso de la fuerza contra la independencia e integridad territorial de un Estado constituye una norma de *jus cogens*, por lo que la coacción sobre el representante (órgano del Estado) o sobre el Estado -si bien enunciadas como causales independientes- son violaciones a normas imperativas de derecho internacional, contempladas en el art. 53 de la CVDT.

***CVDT Art. 64 Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internación al general (jus cogens)***

*Art. 64 Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.*

Este artículo debe relacionarse con el art. 71. Tal como lo señalan varios doctrinarios, el Artículo 71.2 está particularmente mal redactado, ya que establece que el tratado “es nulo y terminará”, afirmación en sí misma contradictoria. Por otro lado, simultáneamente, se buscó proclamar firmemente la no retroactividad de la nulidad del tratado y el fin de todos los derechos, obligaciones y situaciones que surgen de la aplicación justa del tratado antes de su vencimiento, en la medida en que su mantenimiento se realice “en conflicto con la nueva norma perentoria del derecho internacional general”. Los efectos del tratado obsoleto, que han sido instantáneos, se mantendrían así, pero los que se han configurado en el establecimiento de una situación continua tendrían que terminar. Por lo tanto, para tomar un ejemplo, suponiendo que surja una regla imperativa absoluta indiscutida relacionada con el derecho de los pueblos a la libre determinación, ¿qué sucedería con todas las conquistas territoriales consagradas en violación de este derecho por los tratados antes de la entrada en vigor de la CVDT? Los actos ejecutados antes del nacimiento de la nueva regla, para el futuro ¿podrían reducirse a nada?, ¿cómo? Es cierto que las laboriosas previsiones incorporadas en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU en relación con el derecho de los pueblos a la libre determinación demuestran que ésta es una hipótesis teórica. En resumen, las incertidumbres que hacen a los efectos del *jus cogens* son tan inciertas como la noción misma.

En este contexto suele citarse el *Acuerdo Corea-Japón* para proveer mujeres para servicios sexuales forzados durante la Segunda GM (esclavas sexuales mu-

eres y niñas reclutadas por la fuerza, de distintos orígenes étnicos, estimadas entre 20.000 por historiadores japoneses y 410.000 por historiadores chinos). El 28 de diciembre de 2015, Corea del Sur y Japón acordaron la solución “definitiva” para el problema de las denominadas “mujeres consuelo-comfort women” a través de disculpas y reparaciones. El objeto ilícito que ofende a la conciencia de la comunidad internacional hace a la nulidad del acuerdo.

### ***Nulidad de los tratados (arts. 51, 52, 53 de la CVDT) ante tribunales domésticos***

En varios casos, órganos judiciales domésticos han declarado la nulidad tratados internacionales porque el consentimiento estatal había sido obtenido mediante *coacción* sobre el Estado. Es el caso de tribunales holandeses que tuvieron que resolver tras la Segunda Guerra Mundial si los checoslovacos residentes en la región de los Sudetes que habían sido convertidos en alemanes por el Tratado entre Alemania y Checoslovaquia de 1938 debían ser calificados como enemigos. Las instancias judiciales domésticas rechazaron aplicar el citado tratado, considerándolo nulo por razón de la coacción sufrida entonces por el Estado checoslovaco<sup>63</sup>.

Igualmente existen decisiones judiciales internas sobre nulidad de tratados por incompatibilidad con normas internacionales imperativas (*jus cogens*)<sup>64</sup>, aun

---

<sup>63</sup> Pronunciamientos coincidentes: \*del Tribunal de Distrito de Arnhem de 17 de enero de 1952 en el caso *Nederlands Beheers-Instituut v. Nimwegen and Männer*, *ILR* 249 (1951); \*de la división judicial del Consejo para la restauración de derechos legales de 29 de junio de 1956 en el caso *Ratz-Lienert en Klein v. Nederlands Beheers Instituut*, 23 *ilr* 536 (1957); y \*del tribunal de distrito de La Haya de 11 de diciembre de 1956 en el caso *Amato Narodni Podnik v. Juljus Keilwerth Musikinstrumentenfabrik*, 24 *ILR* 435 (1957) (V. IGLESIAS VELASCO, A. J. Ob. Cit. p. 182).

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 7 de abril de 1965 en el caso *AG in Zürich, BVERFGE*, Vol. 18, p. 441, sobre si era compatible con el *jus cogens* un tratado entre Alemania y Suiza en materia tributaria (*ibidem*). El tribunal señaló que solo unos pocos mandamientos jurídicos elementales deberán considerarse como normas contractuales indispensables del derecho internacional consuetudinario: “*Nur einige elementare Rechtsgebote werden als vertraglich unabdingbare Regeln des Völkergewohnheitsrechts anzusehen sein. Die Qualität solcher zwingenden Normen wird nur jenen in der Rechtsüberzeugung der Staatengemeinschaft fest verwurzelten Rechtssätzen zuerkannt werden können, die für den Bestand des Völkerrechts als einer internationalen Rechtsordnung unerlässlich sind und deren Beachtung alle Mitglieder der Staatengemeinschaft verlangen können (...)*” (Párr 50) (Traducción libre de la autora del artículo: “Solo unas pocas leyes

cuando existen situaciones de elusión por parte de los tribunales nacionales ante cuestiones de ese tipo, por no considerarse facultados para determinar si un tratado es o no nulo según el Derecho internacional<sup>65</sup>. Sin embargo, varios jueces domésticos se han declarado competentes para entender en casos relativos a los efectos de los tratados de guerra y la sucesión de Estados/gobiernos. Por ejemplo, la jurisprudencia local frecuentemente consideró que el estallido de una guerra causaba la terminación<sup>66</sup> de todos los tratados vigentes entre los Estados beligerantes, pero esta doctrina varió después de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de aceptarse que sólo terminan con la ruptura de hostilidades aquellos tratados cuya continuidad fuere incompatible con un conflicto armado debido a su naturaleza, materia o propósitos<sup>67</sup>.

---

básicas deberán considerarse como normas contractuales e indispensables del derecho internacional consuetudinario. La calidad de tales normas obligatorias se otorgará solo a aquellas leyes firmemente arraigadas en la convicción legal de la comunidad de Estados, que son indispensables para la existencia del derecho internacional como un orden jurídico internacional y cuya observancia se puede requerir a todos los miembros de la comunidad de Estados (...)"(Informes y Documentos, Jurisdicción alemana en cuestiones de Derecho internacional 1958-1965, parte a: paz general, derecho internacional) ([http://www.hjil.de/28\\_1968/28\\_1968\\_1\\_b\\_48\\_1\\_47.pdf#page=12](http://www.hjil.de/28_1968/28_1968_1_b_48_1_47.pdf#page=12): <https://openjur.de/u/204883.html>).

<sup>65</sup> El Tribunal de Distrito de La Haya (Países Bajos), en una sentencia de 20 de mayo de 1986, caso *Stichting Verbiedt de Kruisraketten (SVK) et al. c. Estado de Holanda*, rechazaba entrar a pronunciarse sobre la validez de una convención internacional relativa a la instalación de misiles nucleares de Estados Unidos en territorio holandés, que había sido impugnada por los demandantes como contraria al *ius cogens* (en *NYIL*, Vol. 18 [1987], p. 417); y en la segunda instancia judicial, el Tribunal de Apelación de La Haya, también mantuvo la misma opinión en su sentencia de 30 de diciembre de 1987 (en *NYIL*, vol. 20 [1989], pp. 364-369), si bien el Tribunal Supremo de ese país estimó finalmente en ese caso que los jueces holandeses pueden resolver si un tratado es compatible o no con otras normas de Derecho internacional (en *NYIL*, Vol. 22 [1991], pp. 453-460) (V. IGLESIAS VELASCO, Alfonso J. Ob. Cit. p. 182).

<sup>66</sup> Tratamos esta referencia a la terminación de los tratados a los efectos del art. 64 de la CVDT.

<sup>67</sup> V.g. sentencias del Reichsgericht (Tribunal del Imperio) tras la primera guerra mundial y sentencias del Tribunal constitucional federal de Alemania. Sobre la misma cuestión se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 9 de junio de 1947 en el caso *Clark v. Allen et al.* (331 U.S. 503) en el que Alvina Wagner residente de California, fallecida en 1942, quien por un testamento fechado el 23 de diciembre de 1941 y admitido en una corte testamentaria en un tribunal de California en 1942, legó todo su patrimonio a cuatro familiares nacionales y residentes en Alemania. Otros herederos residentes en California reclamaron por entender que los ciudadanos alemanes no eran elegibles como legados bajo la ley de California por la situación de guerra (*Ibidem*).

#### IV. Relación entre convencionalidad y responsabilidad a la hora de sopesar las consecuencias de la nulidad de un tratado

Dado que las nulidades (con el alcance dado por Paul Reuter a los artículos 49 a 53) se fundan en la comisión de un hecho ilícito, la separación absoluta entre convencionalidad y responsabilidad no puede darse.

Entre las consecuencias principales de las situaciones de nulidad es su falta de fuerza jurídica como lo establecen los arts. 69 y 71 de la CVDT<sup>68</sup>. Además, su invocación o declaración sólo puede darse en virtud de las causales previstas en la Convención, como lo establece el art. 42.1 de la CVDT. A ello se agrega, la “sanción” que la misma CVDT prevé para los casos de ilícito.

Hans Baade<sup>69</sup> hace presente que “nulidad” y “falta de validez” en sí mismos son términos jurídicos que indican consecuencias legales, no hechos reales. Además, son expresiones condicionadas teleológicamente, ya que se refieren a consecuencias previstas y no a cualquier consecuencia<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> CVDT. Art. 69. *Consecuencias de la nulidad de un tratado.* 1. *Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente convención. las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.* 2. *Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado: a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos; b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado.* 3. *En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 o 52, no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.* 4. *En caso de que el consentimiento de un estado determinado en obligarse por un tratado multilateral este viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.*

Art. 71. *Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.* i. *cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán: a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general, y b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general.* 2. *Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado: a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.*

<sup>69</sup> BAADE, H. W. “Nullity and Avoidance in Public International Law: A Preliminary Survey and A Theoretical Orientation”, *Indiana Law Journal*, Vol. 39-3, p. 498 (<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss3/5>).

<sup>70</sup> V. *supra*.

La “falta de validez o del consentimiento en forma” significan una **calidad objetiva** del acto legal convencional (incluso si se le impide producir efectos legales porque un defecto afecta el consentimiento de uno o más de los sujetos que pretenden ser parte de él). Tal como lo señala el art. 42 I. *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.* Ello a diferencia de la terminación o suspensión que se dan en aplicación de la Convención o de las disposiciones del tratado.

No comparto la posición de P.-M. Dupuy<sup>71</sup> cuando señala en general, que mientras la nulidad del art. 53 protege el “orden público internacional” con una lógica estructural, los otros casos de nulidad (en general) aseguran la integridad y libertad de consentimiento de las partes con una lógica contractual (**calidad subjetiva**). Ello, porque los casos de nulidad (dolo, coacción, coerción) por su condición de contrarios a la buena fe en las relaciones internacionales también afectan el orden público del sistema por implicar violaciones a la buena fe, principio que la parte preambular -que da luz a todo el tratado- considera está universalmente reconocido y actúa como principio rector de la Convención, lo que se advierte especialmente en la Parte V y los artículos específicamente dedicados a las consecuencias de la nulidad de los tratados. El requerimiento de buena fe es el que ha llevado a considerar a los tratados nulos por *ius cogens* sobreviniente (art. 64) con consecuencias *ex nunc*, haciendo valer la buena fe de las partes durante la primera etapa<sup>72</sup>.

El art. 45 de la CVDT relativo a la **pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad de un tratado, establece que un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto los artículos 46 a 50 si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación (...); o b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso.** Es decir, ha purgado el ilícito con su consentimiento, diluyendo el efecto del acto de mala fe de su coparte.

---

<sup>71</sup> DUPUY, P.-M. “Droit des traités, codification et responsabilité internationale”, Ob. Cit. Nota 26.

<sup>72</sup> V.VIEGAS, V. L. “Jus cogens e o tema das nulidades dos tratados”, *Revista de Informação Legislativa*, n° 144, p. 303.

Por el contrario, el 53 importan una manifestación de que no hay plena libertad para contratar: no se puede celebrar un tratado cuyo objeto esté en oposición a una norma *jus cogens*<sup>73</sup> ya que “carecerá de efecto jurídico”.

La *restitutio in integrum* no solo tiene como objetivo la reparación material de la situación del Estado víctima, sino que -en particular en el caso contemplado por el art. 71 de la CVDT- apunta a restaurar el orden legal que precedió a la creación del hecho ilícito. Sin ser necesariamente automático o incluso obligatorio, la declaración de nulidad del acto viciado por el hecho ilícito aparece como un elemento de la restauración jurídica (restauración de la injuria).

En las primeras causales de nulidad constituyen un instrumento para salvaguardar la libertad del consentimiento subjetivo de un Estado, pero en las últimas se muestra como un elemento indispensable para el restablecimiento de la legalidad internacional objetiva. Una “sanción” de la conducta ilícita del sujeto que ha violado la legalidad internacional, concepto que un alto número de doctrinarios no acepta, separando netamente la nulidad de los tratados de la responsabilidad internacional por ilícito.

### ***Eficacia “ipso iure” de la nulidad***

La eficacia *ipso iure* de la nulidad -incluso la plena, de pleno derecho, absoluta, insanable- queda debilitada por los requerimientos procedimentales de la propia Convención.

Suele analizarse si la causa de nulidad opera automáticamente y cabe que los tribunales nacionales se nieguen a aplicar un tratado en caso de considerarlo nulo, o deben esperar a que se produzca la denuncia previa de su Estado en el plano internacional y se siga el procedimiento establecido en los artículos 65 a 68<sup>74</sup>. Abi Saab<sup>75</sup> recuerda el rechazo en la Conferencia de Viena 1968-69 de los

---

<sup>73</sup> PALACIOS TREVIÑO, J. *Tratados. legislación y práctica en Méjico*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Universidad Iberoamericana, 5ta. ed. 2009, p. 178.

Suele citarse como caso de *acuerdo contrario* a las buenas costumbres al pronunciamiento del juez Schücking en el asunto Oscar Chinn (CPJI A/V 63, p. 149-150) y el caso del tratado entre Alemania y el gobierno de Vichy por el que se destinaban a la *industria alemana de armamentos prisioneros de guerra franceses* (TPI de Nuremberg).

<sup>74</sup> CVDT Artículo 65 *Procedimiento que deberá seguirse, con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado*. I. *La parte que, basándose en las disposiciones de la presente convención, alegue un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la*

países socialistas -y buena parte de los del Tercer Mundo- al sometimiento a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y considera que una solución de compromiso fue la del art. 66 por el que los diferendos relativos a los artículos 53 y 64 son sometidos obligatoriamente a la CIJ pero los otros de la Parte V a la conciliación obligatoria reglamentada en el Anexo a la Convención, a menos que las partes acuerden otro procedimiento.

---

*validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde. 2. Si después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto. 3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.*

*CVDT Artículo 66 Procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y conciliación. Si dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que se haya formulado la objeción, no se ha llegado a ninguna solución conforme al párrafo 3 del artículo 65, se seguirán los procedimientos siguientes: a) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje; b) cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o la interpretación de uno de cualquiera de los restantes artículos de la Parte V de la presente convención podrá iniciar el procedimiento indicado en el anexo de la convención presentando al Secretario General de las Naciones Unidas una solicitud a tal efecto.*

*CVDT Artículo 67 Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. 1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito. 2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65 se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes. CVDT Artículo 68 Revocación de las notificaciones y de los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67. las notificaciones o los instrumentos previstos en los artículos 65 y 67 podrán ser revocados en cualquier momento antes de que surtan efecto.*

<sup>75</sup> ABI-SAAB, G. "Cours Général de Droit International Public", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 207, 1987, p. 237.

Benedetto Conforti y Angelo Labella<sup>76</sup> entienden que la automaticidad de ciertas causales de nulidad no es simple. Las mismas normas de la CVDT no contribuyen a ello, especialmente cuando expresa “un tratado (...) no tendrá ningún efecto legal”, o “un tratado es nulo”, o “un tratado se considerará como (...)”, “un Estado puede invocar (...)”, etc., que permiten presuponer distintas situaciones. Si bien, hay causas de nulidad que operan automáticamente y cualquier tribunal u órgano estatal puede o debe no aplicar el tratado (caso del *jus cogens*), en otros casos es más dificultoso, especialmente, cuando la causa debe ser probada como en los casos de error, fraude, corrupción o coacción.

François Voeffray<sup>77</sup> al ocuparse de la *actio popularis* en relación a los tratados se centra en la invocación de nulidad por violaciones a los tratados que protegen intereses colectivos. En lo que hace al derecho a invocar la nulidad de un tratado, entiende que depende de la naturaleza del interés protegido. Si la nulidad está destinada a proteger únicamente a los intereses de las partes contratantes, solo se debe permitir que el Estado víctima invoque la nulidad. Si el interés protegido es de interés de la comunidad internacional en general, la *actio popularis* presentada por un tercer Estado se vuelve legítima. En el derecho interno de los contratos, esta distinción se refleja en la oposición entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta. Examina cómo se ha incorporado esa distinción en las normas del derecho internacional de los tratados, en particular en el trabajo de codificación de la Comisión de Derecho Internacional.

La cuestión de la *actio popularis* se planteó en una etapa muy temprana del trabajo de la CDI sobre el Derecho de los tratados. Ya en 1950, uno de los miembros de la Comisión, el Sr. Yepes (Colombia), sugirió que se hiciera una provisión para la ilicitud del objeto del tratado y que se previera la *actio popularis* para ello. El proyecto de artículo propuesto por Yepes estaba redactado de la siguiente manera: “*Para que sea válido un tratado en el sentido de esa convención debe tener un objeto lícito conforme al derecho internacional. En caso de controversia sobre la legalidad de un tratado, la Corte Internacional de Justicia decidirá sobre la solicitud de cualquier Estado directa o indirectamente involucrado, o de las Naciones Unidas. Un tratado cuyo propósito no sea lícito no puede regis-*

---

<sup>76</sup> CONFORTI, B. - LABELLA, A. “Invalidity and termination of treaties: The role of national courts”, *EJIL*, Vol. 1 (1990), p. 44 y ss.

<sup>77</sup> VOEFFRAY, F. *Lactio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Premio Paul Guggenheim 2004, Cap. III, p. 273 y ss. (<https://books.openedition.org/ihe/id/1214?lang=es>).

trarse en la Secretaría de las Naciones Unidas. El Secretario General de las Naciones Unidas solicitará una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia cuando haya dudas sobre la licitud de un tratado presentado para su registro”. Al presentar su propuesta a los demás miembros de la Comisión, Yepes habló de “acción popular internacional”, que puede ser la primera referencia a esta institución en un documento oficial<sup>78</sup>. Yepes renunció a la CDI en 1953 y su propuesta no fue ni siquiera discutida oficialmente.

Hersch Lauterpacht, el segundo Relator Especial de la Comisión de Derecho de los Tratados designado en 1952<sup>79</sup>, propuso en su primer informe en 1953 dos disposiciones que cubrían en parte la cuestión planteada por Yepes. La primera se refería a tratados concluidos bajo coacción, y la segunda a la licitud del objeto del tratado<sup>80</sup>. Para el caso de coacción, Lauterpacht sugirió aplicar un sistema de nulidad absoluta reservando la declaración de esa nulidad a la Corte Internacional de Justicia. El proceso judicial fue propuesto como una salvaguardia contra el abuso, ya que Lauterpacht señaló que ello evitaría que el argumento de coerción fuera invocado unilateralmente por un Estado y se convirtiera en una “fuerza desintegradora” de los tratados. El artículo que propuso tenía el siguiente contenido: “*Treaties imposed by or as the result of the use of force or threats of force against a State in violation of the principles of the Charter of the United Nations are invalid if so declared by the International Court of Justice at the request of any State*”.<sup>81</sup> Justificó tal acción popular en el hecho de que la prohibición del uso de la fuerza es una preocupación de toda la comunidad internacional y también expuso el argumento de que el Estado directamente víctima no siempre es capaz de hacer valer la nulidad por sí mismo. Para Lauterpacht, esta posición de actuar de todos estaba claramente vinculada a otros elementos, como el régimen de nulidad absoluta que correspondía a la causal y a la imposibilidad de aquiescencia por parte de la víctima. No resulta claro (tampoco fue fundado por el Relator), por qué previó disposición separada para la ilicitud del objeto del tratado. La disposición es similar a la de la coacción del Estado, pero

<sup>78</sup> CDI. *Anuario* 1953, Vol. II, p. 165.

<sup>79</sup> El primer relator fue J.L. Brierly. Recuérdese que ya en su primer período de sesiones, en 1949, la Comisión había seleccionado el derecho de los tratados como un tema de codificación prioritario. En relación con su labor sobre el tema, la Comisión tuvo ante sí los informes de los Relatores Especiales, información proporcionada por los gobiernos, y documentos preparados por la Secretaría.

<sup>80</sup> CDI. *Yearbook* 1953, Vol. II, p. 151.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 147.

no contempla la posibilidad de actuación de terceros Estados: “*Un tratado, o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su cumplimiento involucra un acto que es ilegal según el derecho internacional y es declarado por la Corte Internacional de Justicia*”<sup>82</sup>. Los informes de Lauterpacht no fueron considerados por la CDI<sup>83</sup>.

En 1955, tras la elección de Lauterpacht como Juez de la Corte Internacional de Justicia, Gerald Fitzmaurice lo reemplazó como miembro de la Comisión y como Relator Especial. Fitzmaurice adoptó un enfoque diferente del de su antecesor, alejándose de la idea de “proyecto de convención” para inclinarse a una codificación expositiva. Si bien, también aceptó a la coacción y a la ilicitud del objeto del tratado como causas de nulidad, los definió de una manera más restrictiva que su antecesor, considerándolos problemas limitados a las relaciones entre las partes en el tratado, es decir, no generando capacidades para ningún miembro de la comunidad internacional. Sólo su primer informe fue considerado por la CDI.

En 1961, tras la elección de Fitzmaurice como juez de la CIJ, fue designado relator, Humphrey Waldock quien fue encomendado de retornar el modelo de “proyecto de convención”<sup>84</sup>. Reconsideró lo trabajado por Lauterpacht y con relación a la coacción propuso: “[...] (A) *treaty procured by a threat or use of force in violation of the principles of the Charter must be characterized as void, rather than as voidable. The prohibitions on the threat or use of force contained in the Charter are rules of international law the observance of which is legally a matter of concern to every State*”<sup>85</sup> En lo que hace a los tratados contrarios al *jus cogens*, Waldock propuso desde el comienzo la nulidad ab initio. El derecho de cualquier Estado a invocar la nulidad del tratado no fue discutido específicamente por el Relator Especial ni por la Comisión, sin embargo, se deduce implícitamente la nulidad absoluta propia de la naturaleza misma del *jus cogens*, debido a que el *jus cogens* encarna intereses colectivos de una naturaleza superior. Ello llevó a la no divisibilidad y a la imposibilidad de aquiescencia en la causa<sup>86</sup>. Al recono-

---

<sup>82</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>83</sup> La Comisión solo examinó el tema del derecho de los tratados en sus períodos de sesiones segundo (1950), tercero (1951), octavo (1956), undécimo (1959) y decimotercero a decimooctavo (1961-1966).

<sup>84</sup> CDI. *Yearbook* 1961, Vol. I, p. 247-258.

<sup>85</sup> CDI. *Yearbook* 1966, Vol. II, pp. 246-247.

<sup>86</sup> V. SCHEUNER, U. “Legal consequences of the conflict between peremptory rules of general international law and a treaty”, Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC’s 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, *Zaoerv*, 1967 (<http://www.zaoerv.de>).

cer que una codificación de las causas de la invalidez y la terminación de los tratados podría ser peligrosa para la estabilidad de las relaciones del tratado, Sir Humphrey Waldock propuso, al igual que sus dos predecesores, acompañar esta codificación con un mecanismo procesal diseñado para prevenir abusos. Sin embargo, renunció a la idea de Lauterpacht de otorgarle jurisdicción obligatoria a la Corte Internacional de Justicia para decidir sobre la nulidad del tratado, considerando que una conferencia diplomática difícilmente aceptaría tal solución. El Estado que deseara invocar un motivo o extinción debía notificar por adelantado su reclamación a los Estados interesados y, en caso de conflicto, iniciar negociaciones o acordar someter el conflicto a la investigación, mediación, conciliación, arbitraje o resolución judicial. Durante los debates de la CDI en 1963, varios miembros señalaron que tal procedimiento no era acorde a la idea de nulidad absoluta. El carácter esencialmente bilateral del procedimiento propuesto no encajaba con la presencia de intereses colectivos. Sin embargo, el Relator Especial se mostró a favor de mantener un procedimiento uniforme por todas las causas de nulidad.

En la versión final del texto de la Convención de Viena -señala Voeffray en la obra citada- las causas de la nulidad relativa se definen en los artículos 46 a 50: la violación de las normas de derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados, el error, de fraude, y la corrupción del representante de un Estado. Del texto de los artículos en cuestión se desprende que solo el Estado cuyo consentimiento ha sido viciado puede invocar la nulidad. Además, el artículo 44 de la Convención de Viena autoriza, bajo ciertas condiciones, al Estado víctima a invocar la nulidad solo con respecto a ciertas disposiciones del tratado. El artículo 45 de la Convención prevé la posibilidad de una aceptación explícita o implícita del Estado víctima. Un sistema más estricto de nulidad rige la coerción ejercida contra el representante o el Estado (artículos 51 y 52) y los casos de infracción de *jus cogens* (artículo 53). La naturaleza absoluta de la invalidez se deriva del contenido mismo de las disposiciones antes mencionadas. En lugar de limitar la posibilidad de una invocación al Estado víctima como los artículos anteriores, los artículos 51 a 53 utilizan una formulación absoluta e impersonal. La naturaleza absoluta de la nulidad también se deriva del hecho de que la nulidad afecta a la totalidad del tratado y de que se excluye la posibilidad de aquiescencia del Estado directamente interesado (artículos 44 y 45). La razón de ser de este régimen de nulidad absoluta es clara: no es solo tratar de proteger a la

víctima, sino, sobre todo, desalentar los comportamientos contrarios a los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

¿Esta atribución de jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia equivale al reconocimiento de una *actio popularis* según lo previsto por Yepes y Lauterpacht? Es de observar que, incluso en el caso de un conflicto con *jus cogens*, la posibilidad de una remisión a la Corte Internacional de Justicia solo se prevé en una segunda etapa, después de una fase procesal inicial establecida en el artículo 65 de la CVDI, artículo que sólo se refiere a “partes” y el art. 2 (g) de la Convención establece: “*Se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor*”. Sin embargo, el art. 66 hace referencia las “partes en la controversia” -si bien en una etapa posterior al procedimiento del art. 65 limitado a los Estados parte en el tratado, lo que queda reforzado por los establecido en el ar. 67 al requerirse que quien firme, acredite sus plenos poderes si no reviste la condición de Jefe de Estado o equivalente. No obstante, al referirse a esto último no habla de Estado parte sino del representante del “*Estado que lo comuniqué*”. Esto último, más el hecho de que el art. 66<sup>87</sup> relativo a las controversias sobre la aplicación a la interpretación de los art. 53 o 64, abre el espectro de modo amplio a lo impersonal. Con ello, da lugar a que se abra la cuestión a interpretación.

Por nuestra parte consideramos que, si bien el tratado no está en vigor para terceros para comprometerlos, sí está para ellos en vigor la norma imperativa, por lo que, dado que el tratado es nulo, en los hechos, aun cuando ninguna parte haya tramitado la nulidad, cualquier Estado puede hacer valer -o debe- la nulidad del mismo y tornarlo no operativo, una consecuencia equiparable a la *actio popularis* sin necesidad de disparar el procedimiento. El principio de buena fe -y las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad- hacen que los terceros Estados no puedan permanecer ajenos a los actos nulos o gravemente viciados en la buena fe y en los intereses de la comunidad internacional, aceptándolos o haciendo un ejercicio de simulación de “terceridad” no interesada.

---

<sup>87</sup> V. Nota 72.

## V. Breve reflexión final

Tal como lo señaláramos al inicio, el tema de la nulidad de los tratados -en particular las consecuencias de ella- representa uno de los temas más sensibles del Derecho internacional. La Parte V de la CVDT es un verdadero compendio explícito e implícito de ponderaciones de los principios generales del derecho internacional (v.g. abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, buena fe, cooperación) en base al cual se clasifican y jerarquizan las consecuencias de la nulidad de los tratados, tomando en cuenta la relevancia del vicio del acuerdo que se pretendió celebrar o del vicio que conlleva el tratado mismo, aspectos en los que libertad de las partes basadas en la buena fe, el orden público y los intereses de la comunidad internacional juegan un rol esencial.

