

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS CONVENCIONES DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS

*Zlata Drnas de Clément**

Tabla de contenidos: I. Rol de los Principios Generales del Derecho internacional (PGDI) en las Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT). I.1. Los PGDI. I.2. Los PGDI en la CVDT. II. Principio *pacta sunt servanda*. III. Principio de buena fe. III.1. Aspectos introductorios. III.2. Referencias explícitas en la CVDT. III.3. Principales referencias implícitas en la CVDT. III.3.1. Divisibilidad de los tratados. III.3.2. Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad. III.3.3. Consecuencias de la nulidad de los tratados. IV. Breve reflexión final. Referencias Bibliográficas.

Índice de palabras-clave: tratados, principios generales del derecho internacional, *pacta sunt servanda*, buena fe.

Resumen: En este trabajo presentamos algunos argumentos por los que consideramos que los principios generales del derecho internacional -especialmente los principios *pacta sunt servanda* y buena fe- se hallan en la base de toda la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y, *mutatis mutandis*, en la Convención de Viena de 1986.

I. Rol de los Principios Generales del Derecho internacional (PGDI) en las Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados (CVDT)

I.1. Los PGDI

En una aproximación sintética al concepto de PGDI, podemos señalar que esos principios son la base del sistema jurídico internacional. Todo el Derecho internacional (DI) construido y reconocido – al igual que la idea de justicia – descansa sobre ellos. Se trata de normas concretas, particulares, vinculantes, reconocidas por la comunidad internacional en su conjunto, en tanto constituyen estándares afirmados y consolidados a través de la práctica de las relaciones internacionales, pero nutridos y enraizados en los principios generales del derecho (PGD) (máximas abstractas surgidas en el foro doméstico a través de los siglos en calidad ideas de comportamiento ético-jurídico para la convivencia humana).

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) Argentina. Profesora Emérita de la UNC y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba (UCC) Argentina. Catedrática de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la UNC y Catedrática de Teoría de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la UCC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. E-mail: zlata1@fibertel.com.ar; tel.+54351332059; identificador ORCID 0000-0002-8971-7942.

Los PGDI están imbricados unos en otros, no pudiendo ser interpretados aisladamente, en tanto su construcción y materia es compuesta.

Paradójicamente, son el eje sobre el que giran tanto la dogmática jurídica (basada en la lógica y la teoría de la argumentación) como las percepciones postmodernas del derecho (relativistas, constructivistas, criticistas) centradas en la idea de justicia para alejarse del derecho positivo a través *i.a.* del activismo judicial (Drnas de Clément, 2020, 19).

I.2. Los PGDI en la CVDT¹

Si bien la CVDT tiene sólo cinco referencias expresas a “principios”, todos sus artículos ponen en evidencia la presencia de los PGDI, los que fundan y nutren todos sus contenidos. Cuatro de esas referencias explícitas se hallan en el preámbulo².

Así al expresar que «los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos» (segundo párrafo preambular). Es de observar que el enunciado hace referencia a “norma” PSS frente a los “principios” de libre consentimiento y buena fe. Dworkin es uno de los más destacados exponentes de la tesis de la distinción entre principios y normas. Entiende que un principio es una pauta, estándar a ser observado, que describe derechos y deberes (no meras directrices que describen objetivos), que ha de observarse en tanto exigencia de justicia, equidad o de otro aspecto de la moral (“nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos”); en cambio, la norma opera de la manera todo o nada, es decir, en forma disyuntiva, binaria, se aplica o no se aplica, no habiendo una tercera posibilidad. Las normas son válidas o no válidas. Si es válida debe ser aceptada y aplicada. Dworkin sustenta su teoría de los principios como base de la coherencia del sistema jurídico, un sistema sin lagunas, sin antinomias. Para Dworkin hay estándares que forman parte de los sistemas jurídicos por su moralidad y no por su origen formal. Así, recuerda el caso “Riggs v. Palmer” en el que la Corte Suprema del Estado de Nueva York decidió no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo

¹ Nos referiremos en el desarrollo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, si bien lo expresado – *mutatis mutandis* – es aplicable a la Convención de Viena de 1986.

² Si bien los preámbulos suelen considerarse enunciaciones de carácter político, meramente declarativas, no vinculantes, debe tenerse en cuenta que esos pronunciamientos preliminares, que anteceden a la parte dispositiva, también forman parte de los compromisos de un acuerdo, aún cuando estén formulados de modo que no creen derechos y obligaciones subjetivas inmediatas. Los preámbulos adquieren significado dimensionado a la luz del art.31 de la CVDT. V. *infra*.

para que éste no cambiara su testamento. La decisión se basó en el principio legal según el cual "uno no puede beneficiarse de su propio crimen". Este principio, según Dworkin, hace parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado y sin haber dado satisfacción a las condiciones de la "tesis del pedigree" de Hart (Dworkin, 1967, 14).

El preámbulo de la CVDT también establece en el párrafo preambular tercero que las controversias relativas a los tratados, al igual que las demás controversias internacionales deben resolverse por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, principio base de toda la construcción del DI, receptado en la Carta de las Naciones Unidas entre los principios fundamentales de la Organización internacional.

La CVDT en su preámbulo se extiende aún más, abarcando prácticamente todos los principios generales del derecho internacional, al señalar que al adoptar la Convención «los Estados negociadores tienen presente los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades» (quinto párrafo preambular). Las citas son ejemplificativas de conformidad a la propia redacción, abarcando todos los principios de derecho internacional de la Carta de las Naciones Unidas.

La última expresión sobre principios – pero extrapreambular – se halla en art. 52 (coacción sobre un Estado), el que vuelve a referirse a "todos" los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Tal como lo señaláramos precedentemente, todo el contenido de la CVDT está impregnado de los valores contenidos en los PGDI. Dado que no podemos hacer la vasta labor de considerar esa presencia en cada artículo, es que nos centraremos sólo en dos principios particularmente conexos entre sí: *pacta sunt servanda* y buena fe, los que se hallan expresados conjunta y llanamente en el art. 26 de la CVDT al fijar que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Oriol Casanovas y Ángel Rodrigo recuerdan que la CVDT – al igual que todo el DI – debe proteger al mismo tiempo, por un lado, la obligatoriedad de los tratados

(*pacta sunt servanda*) y, por otro, la libertad de consentimiento (*ex consensu advenit vinculum*), la buena fe y el orden público internacional (Casanovas-Rodrigo, 2019, 99).

II. Principio *pacta sunt servanda* (PPSS)

El PPSS se encuentra en todas las épocas de la historia, en todos los sistemas jurídicos, en todas las religiones, en los dictámenes de soberanos y de tribunales. Entre otros, desde el siglo -VI en Babilonia según Jeremías (Biblia, Jeremías 15-19), en el Derecho romano (Digesto, 50.17.1), en los Decretales de Gregorio IX (Libro V, Título XLI), en el Código Napoleónico (art. 1134 entre otros), etc. El PPSS se encuentra en el derecho continental codificado, en el common law, en la sharia; en el hinduismo, budismo, islamismo, confucianismo, judaísmo, cristianismo, e incluso en el sistema comunista y ateo.

Ian Sinclair lo llamó “el más fundamental principio del derecho de los tratados” (Sinclair, 1984, 2). María Asunción Orench y del Moral lo ha considerado causa y origen de la sociedad internacional misma, razón por la cual tiene un carácter absoluto (Orench y del Moral, 2004, 183). No podría admitirse como legítimo un principio *pacta non sunt servanda*, de igual modo que ningún ordenamiento podría aceptar la mala fe. El principio *pacta sunt servanda* – al igual que el de la buena fe – son verdaderos postulados jurídicos en tanto se aceptan sin necesidad de demostración previa. Ernesto De la Guardia hace presente que, en la formulación del art. 26 de la CVDT, es utilizada por primera vez la expresión PPSS en un documento positivo: “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (De la Guardia, 1997, 193).

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

La importancia dada el PPSS se observó tanto en las labores de la Comisión de Derecho Internacional como en las propias Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y 1986. Fitzmaurice³, en su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional (CDI), aclaró que el principio PPSS y la buena fe se colocaron

³ Los relatores en el Proyecto sobre Derecho de los Tratados, iniciado en 1949, fueron Brierly (50-52), Lauterpacht (52-54), Fitzmaurice (1955-1960), Waldock (1961-1966).

en la Sección I, Artículo 5⁴, principalmente con el propósito de hacer presente la autoridad moral de la norma aplicable a la “totalidad del proyecto”. En 1965, Waldock declaró que creía que el *pacta sunt servanda* era el núcleo de todo el proyecto.

Los principios PPSS y buena fe, en conjunción con el *jus cogens*, reflejan los estándares clásicos de la fuerza moral desarrollada durante cinco milenios por todas las civilizaciones y religiones.

Algunos doctrinarios – como Gormley – han entendido que las excepciones al PPSS, que se reflejan en la Parte V de las convenciones internacionales sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, no invalidan la autoridad ni plenitud de la regla básica (Gormley, 1969-1970, 367). Por nuestra parte consideramos que el concepto de “tratado” (acuerdo, convenio, pacto) en sí, por su propia naturaleza, importa el cumplimiento de lo pactado sin excepciones. Las pretendidas “excepciones” no son tales, ya que, en las circunstancias contempladas en la Parte V, el *pactum*, en realidad, no ha llegado a nacer debido a sus vicios constitutivos, es decir, no ha habido *pactum*, por lo que tampoco puede haber excepciones a lo inexistente. Ello independientemente del hecho de que por la “apariencia de tratado válido” un instrumento haya llegado a tener ejecución.

La importancia del PPSS (junto con el de buena fe) está reflejada en el art. 42 de la CVDT al regular la validez y continuación en vigor de los tratados. El referido artículo establece diferencias de exigencias al PPSS. Así, dispone que la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado solo podrá ser impugnada mediante la aplicación de la Convención, en cambio, la terminación de un tratado, su denuncia, el retiro de una parte y la suspensión de un tratado podrá serlo en base a las disposiciones del tratado mismo o de la Convención. Similar situación diferenciada hallamos en los recaudos procedimentales establecidos en los arts. 65 a 68 de la Convención.

Durante las labores de la CDI – al igual que más tarde en las Conferencias de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1968 y 1969 – el claro, largamente asentado, universalmente aceptado e indubitable PPSS ocupó una proporción inusitada de las sesiones y debates. El PPSS fue el principal campo de batalla de las Conferencias, tras más de dieciséis años de labor codificadora.

⁴ Tuvo distintas ubicaciones. Así, durante el desarrollo del proyecto por la CDI en el art. 55, estuvo en el 5, en el 23, en el 26 y en el preámbulo.

La importancia del PPSS se refleja en el art. 27 de la CVDT al establecer que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo que ha llevado a afirmar que el derecho interno se halla en las fauces del DI.

Josef Kunz, mucho antes de que la CDI se ocupara de los tratados, recordó una frase de Michael de Taube relativa a la naturaleza del PPSS, largamente consolidada en el tiempo: «*pacta sunt servanda* (...) has constituted since times immemorial the axiom, postulate and categorical imperative of the science of law.» «*Pacta sunt servanda* is a genuine law of nations» (Kunz, 1945, 180).

En la antípoda, doctrinarios postmodernos, críticos del derecho – *i.a.* Martii Koskenniemi – entienden que todo derecho-obligación es relativo, conexo a la civilización a la cual se aplica, al momento y al lugar donde opera, ya que no hay un cuerpo de instituciones y normas jurídicas para todas las civilizaciones (derecho universal de la civilización humana). Además, percibiendo al acuerdo como la suma de dos actos unilaterales (promesa-aceptación), consideran que no existe la obligación moral ni jurídica de cumplir con los compromisos asumidos (PPSS) (Drnas de Clément, 2021, 197) Como mucho, puede haber un deber de compensar por el daño emergente de una promesa incumplida⁵ por la razonable expectativa de cumplimiento de un tratado, obligación sometida a la discreción de un juez conforme al caso (Gebhardt, 1947, 159).

El art. 18 de la CVDT pone en evidencia la importancia del PPSS al establecer la obligación de los Estados de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor, haya no manifestado su voluntad en obligarse.

También es observable el estrecho lazo entre buena fe y PSS en el art. 69 de la CVT al distinguir las consecuencias de los tratados viciados según haya habido buena fe o no entre las partes (Lachs, 1997, 851).

Existe rica jurisprudencia sobre el PPSS. Dada la cantidad de casos en que el principio ha sido considerado, sólo referimos a los más citados: **Pacific Fur Seal Arbitration (Great Britain and Canada v. USA)* (15 de agosto de 1893); **The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)* (CPIJ) (7 de septiembre de 1910); **Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)* Advisory Opinion of the PCIJ (21 de noviembre de 1925); **Case concerning the factory at Chorzow (Claim for jndemnity)* PCIJ (13 de septiembre de 1928); **The*

⁵ Percibe al acuerdo como la suma de dos actos unilaterales (promesa-aceptación).

diversion of water from the Meuse PCIJ (28 de junio de 1937); **Case of certain Norwegian Loans Case*, ICJ (6 de Julio de 1957); **Austria Adm Cont (VerwGH) Interpretation o customs valuations statute Case* (28 de febrero de 1962); **Case concerning the Northern Cameroon (Cameroon v. United Kingdom) Preliminary objections*, ICJ (2 de diciembre de 1963); **BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, Lagergren, sole arbitrator (10 de octubre de 1973 y 1de agosto de 1974); **Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, ICJ (20 de diciembre de 1974); **Texaco Overseas Petroleum Comp., California Atax Oil Comp v. Libia, ad hoc* Award of arb. Dupuy) (19 de enero de 1977); **Arbitral award in the Case Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic* (12 de abril de 1977); **Amco Asia Corp, Pan American Development Ltd and PT Amco Indonesia v. Republic of Indonesia, ICSID, Case N° ARB/81/1* (27 de septiembre de 1983); **Case of Military and Paramilitary activities*, ICJ (27 de junio de 1986); **Rainbow Warrior (New Zeland v. France)* (30 de abril de 1990); **Case of Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, ICJ (14 de abril de 1993); **A. Racke GmbH&Co.v Hauptzollamt Mainz*, Case C-162/96, ECJ (16 de junio de 1998); **Caso Loayza Tamayo v. Perú* (17 de noviembre de 1999); **Metalclad Corp. v. United Mexican States ICSID, Case N° ARB (AF)/97/15 Award* (30 de agosto de 2000); **EC-Sardinas*, WTO Apellate Body Report (23 de octubre de 2002); **US-Offset Act (Byrd Amendment) WTO Apellate Body Report* (16 de enero de 2003); **Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en los Casos contra Venezuela de Liliana Ortega y otras; Luisiana Ríos y otros; Luis Uzcátegui; Marta Colomina y Liliana Velásquez* (4 de mayo de 2004), etc.

III. Principio de Buena Fe

III.1. Aspectos introductorios

La buena fe hunde sus raíces en la prehistoria, en los albores del tiempo humano antes de la juridificación de las relaciones sociales, alcanzando sus primeras formulaciones ético-religiosas y jurídicas en el mundo occidental con los griegos y los romanos. Todas las civilizaciones de la antigüedad dieron una extraordinaria importancia a la *fides* (exigencia moral de actuar honesto, leal, recto), la que fue considerada como un principio informador de la vida y de la conciencia social. Cicerón

consideró que la buena fe era “lo más santo que hay en la vida (*fidem sanctissimam in vita qui putat*)” (Ciceron, 1849, p. 12).

La Carta de las Naciones Unidas, desde su prevalencia normativa (art. Así, el art. 2.2. establece: Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta». Además, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que refleja norma consuetudinaria general, expresa: “Considerando que (...) el cumplimiento de buena fe las obligaciones contraídas por los Estados, de conformidad con la Carta, es de la mayor importancia para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y para la realización de los demás propósitos de las Naciones Unidas” (quinto párrafo preambular). Además, al desarrollar el principio en particular, lo enlaza con otros principios de las Naciones Unidas – a más de haberlo hecho al considerar los propósitos de las Naciones Unidas, el desarme, la paz y seguridad internacionales, la convivencia en paz con otros Estados –. Así señala que: *Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas; * Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos; *Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Robert Kolb recuerda que la buena fe objetiva es un principio general del derecho, el que, 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 distingue entre buena fe en sentido subjetivo, psicológico, en el sentido de mero estándar jurídico y buena fe en sentido objetivo como principio general de derecho que está en la base de la interdicción del abuso de derecho (Kolb, 1998, p. 662, 731). Por su parte, George Abi Saab, quien redacta el Prefacio 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 (Abi Saab, 2015).

III.2. Referencias explícitas en la CVDT

La CVDT solo en cuatro oportunidades se refiere expresamente a la buena fe, sin embargo, tal como lo señaláramos precedentemente, todo su contenido está imbuido de ella.

La parte preambular en su párrafo tercero enlaza de modo inextricable la buena fe con el PPSS al enlazar los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda*. El libre consentimiento es parte de la buena fe, pero no la agota, de allí que la conjunción “y” toma dimensión especial al señalar implícitamente que la falta de buena fe puede constituir vicio de la voluntad que impida la conformación del *pactum inter partes* como también afectar la validez de un tratado *erga omnes* por razones que afectan a la comunidad internacional como tal. En ambos casos, esa buena fe violada hace al orden público internacional.

El párrafo preambular citado queda reforzado por el último párrafo del Preámbulo que reza: “Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”. La buena fe – al igual que el PPSS – es una norma consuetudinaria del más alto valor en el sistema internacional.

El art. 26 de la CVDT, de similar manera a la parte preambular, ilumina la relación entre PPSS y buena fe: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Si bien en la formulación del artículo la buena fe se circunscribe al PPSS, el requerimiento de la buena fe se extiende a todo el articulado de la Convención. La estrecha relación entre PPSS y buena fe expresada en este artículo ha sido destacada por numerosos doctrinarios (Kotzur, 2009, 22-24, 26; Kolb, 2016, 17; Goldmann, 2014, 6-7).

El art. 31 de la CVDT – también de modo expreso – se refiere a la buena fe al establecer como “regla general de interpretación” que «un 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». En esta formulación, el preámbulo de la CVDT adquiere relevancia especial al realizarse la interpretación de un artículo de la Convención en el contexto del todo, momento en el

que el preámbulo da sentido y cohesión a la regulación en el conjunto del instrumento jurídico, permitiendo captarlo como un todo.

El art. 46 se refiere a “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados” y establece que el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado 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 haya sido manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Al definir qué se entiende por “violación manifiesta”, señala que es la que resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que haya procedido conforme a la práctica usual y de la “buena fe”.

En general, se ha estimado que el artículo 7 (2) de la CVDT establece 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. En consecuencia, 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.

Debe tenerse en cuenta que 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 misma conferencia a solicitud del Reino Unido de Gran Bretaña (a/conf.39/c.1/l.274).

Uno de los casos de la práctica que suele citarse 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 se confirmaba: «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 (Moore, J.B. *International Arbitrations*, Vol. XI, Washington, 1898, p. 1945 y ss.).

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 (*Affaire du différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) Exceptions préliminaires*. Arrêt du 13 Décembre 2007. CIJ *Recueil* 2007, párr.73-82)

También suelen citarse los siguientes antecedentes de la práctica: el caso de 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 similar 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), el 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 (*RSA*, Vol. XX, p. 121 y ss.) (V. Quéneudec, 1989, 332).

El art. 69 es el último de la Convención que expresamente se refiere a la buena fe al señalar que 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, aspecto que trataremos más adelante.

III.3. Principales referencias implícitas en la CVDT

Si bien, tal como lo señaláramos precedentemente, el principio de buena fe se halla latente en toda la CVDT, se destacan especialmente por su notoria y condicionante presencia los artículos relativos a la divisibilidad de los tratados, la pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, las distintas causas de nulidad y las consecuencias de la nulidad de los tratados.

Lo expondremos brevemente para no exceder el límite asignado a esta presentación.

III.3.1. Divisibilidad de los tratados

Cuando la divisibilidad puede jugar, de conformidad al art. 44.2 de la Convención, el Estado víctima de dolo o corrupción tiene 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 a la mala fe. Por otro lado, otra opción más 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 o corrupción no puede solicitar por sí la eliminación del vicio (artículo 69. 3 CVDT). Es decir, de manera más general, el “aparente tratado” viciado de mala fe no es más que un acto ilícito con todas las consecuencias jurídicas del caso.

El tratamiento distinto dado a los artículos 49 y 50 se comprende, ya que – a diferencia de los casos de los artículos 46, 47 y 48 (violación manifiesta de disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, restricción específica de los poderes notificada para manifestar el consentimiento de un Estado y error al que no se ha contribuido ni advertido, respectivamente) que hacen a la existencia o no de un tratado por falta de consentimiento *inter partes*, vicios que pueden ser subsanados por las partes – los casos de los arts. 51, 52, 53 (coacción sobre el representante, coacción sobre el Estado por la amenaza o el uso de la fuerza en violación a los principios de DI incorporados en la Carta de las Naciones Unidas y tratados en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general /*jus cogens*, respectivamente), los 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, dejándose al damnificado las opciones contenidas en el art. 44.2 de la CVDT ya referido.

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 con distintos matices), las causales de los art. 51, 52, 53 quedan emparentadas. 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.

Por nuestra parte no compartimos la posición de P.-M. Dupuy cuando señala que mientras la nulidad del art. 53 protege el "orden público internacional" con una lógica

estructural, los otros casos de nulidad aseguran la integridad y libertad de consentimiento de las partes con una lógica contractual de *calidad subjetiva* (Dupuy, 1997, 26). Ello, porque los casos de nulidad dolo, corrupción y, coacción también afectan el orden público del sistema por implicar violaciones a la buena fe, principio que la parte preambular 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 *jus cogens* sobreviniente (art. 64) con consecuencias *ex nunc*, haciendo valer la buena fe de las partes durante la primera etapa (Viegas, 1999, 303).

III.3.2. Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad

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 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 vicio o el ilícito con el consentimiento, diluyendo el defecto o el efecto del acto de mala fe de su coparte.

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*).

Las primeras causales de nulidad constituyen un instrumento para salvaguardar la libertad del consentimiento subjetivo de un Estado, pero las últimas se muestran 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 significativo número de doctrinarios no acepta,

separando netamente la nulidad de los tratados de la responsabilidad internacional por ilícito.

III.3.3 Consecuencias de la nulidad de los tratados

Si bien el art. 69, como ya lo señaláramos hace referencia expresa a la buena fe, todo su complejo contenido, al igual que el del art. 71 y el del 75 tienen en la base de sus tratamientos diferenciados a la buena fe.

Cuando el art. 69 establece que es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la Convención, careciendo sus disposiciones de fuerza jurídica alguna, pero a pesar de ello se han ejecutado actos en base a tal tratado (situación que es usual) toda parte en el Tratado 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. Se ha solido ver en la expresión “en la medida de lo posible” una morigeración del rigor de la exigencia de *restitutio in integrum*, sin embargo, también es común que la *restitución* plena completa sea imposible (Drnas de Clément, 2021, 191). La buena fe pasa a tener un rol atenuador del acto nulo, ya que, en el párrafo 2 del art.69, se fija que los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultan ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado. Aún más se observa el rol determinante de la buena fe, ya que, en los casos de dolo, corrupción, coacción contra el representante, o coacción contra el Estado contemplados en los artículos 49, 50, 51 o 52, expresamente se dispone que 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”. En el caso del art. 53 – tratado en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general – conforme el art.71 de la CVDT, 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. Pero, 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. La expresión “eximirá” que hemos resaltado, resulta inapropiada, ya que no es una eximición voluntaria que puede darse o no, sino un deber imperativo en virtud de la superveniencia de una norma de *jus cogens*.

IV. Breve reflexión final

Tal como lo señaláramos al inicio, la CVDT es un verdadero compendio explícito e implícito de vida de los principios generales del derecho internacional en la Convención (v.g. abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, igualdad soberana de los Estados, libre consentimiento, no injerencia, cooperación, entre otros), copacta sobre el que reposa la libertad de las partes al pactar, teniendo los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe un rol preeminente sobre el que descansa la libertad de las partes pero condicionada por el orden público y los requerimientos de la comunidad internacional. Tanto el PPSS como el Principio de buena fe son imperativos racionales en tanto que, por necesidad lógica, si fueran desconocidos no podría existir ni subsistir la sociedad internacional como tampoco ninguna comunidad humana.

Referencias Bibliográficas

Abi Saab, G. “Préface”, en Kolb, R. *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>).

Casanovas, O. - Rodrigo, A.J. *Compendio de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1919.

Ciceron, M.T. *Œuvres Complètes*, In C. Verrem, Actio II, Lib. III, en M. Nissard (Dir.), Institute de France, Paris 1849.

De La Guardia, E. *Derecho de los tratados internacionales*. Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

Drnas de Clément, Z. *Paradigmas ideológicos y la concepción del Derecho internacional*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2020, p. 9 y ss. <https://ar.vlex.com>).

Drnas de Clément, Z. “Implicancias de las consecuencias de la nulidad de los tratados”, *Cuaderno de Derecho Internacional XIII*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, JEditores, Buenos Aires, 2021.

Dupuy, P.-M. “Droit des traités, codification et responsabilité internationale”, *AFDI*, volume 43, 1997.

Dworkin, R. M. "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n°1, 1967.

Gebhardt, J. H. “*Pacta sunt servanda*”, *10 Mod. L. Rev.*, 1947.

Goldmann, M. “Good Faith and Transparency in Sovereign Debt Workouts Paper prepared for the Second Session of the UNCTAD Working Group on a Debt Workout Mechanism (https://unctad.org/system/files/official-document/gdsddf2014misc3_en.pdf).

Gormley, W. P. "The codification of *pacta sunt servanda* by the International Law Commission: The preservation of classical norms of moral force and good faith", *14 St. Louis U. L. J.*, 1969-1970.

Kolb, R. *La bonne foi en Droit international public*, Collection Publications de l'Institut de Hautes Études Internationales, Genève, Presses Universitaires de France, Paris, 2015 Open Edition on line (<https://books.openedition.org/iheid/2253>).

Kolb, R. « La bonne foi en Droit international public (1) », *Revue belge de droit international* 1998/2.

Kotzur, M. "Good Faith (Bona Fide)" (2009), en R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* Oxford Public International Law, Oxford University Press (<http://opil.ouplaw.com>).

Kunz, J. L. "The meaning and the range of the norm *pacta sunt servanda*", *39 Am. J. Int'l L.* 1945.

Lachs, M. "*Pacta sunt servanda*", en Bernhardt, R. (Ed) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (1997) ([http://opil.ouplaw.com; http://campus.unibo.it/180450/7/EPIL_Good_Faith_Bona_fide.pdf](http://opil.ouplaw.com;http://campus.unibo.it/180450/7/EPIL_Good_Faith_Bona_fide.pdf)).

Orench y Del Moral, M. A. "*El derecho internacional como ordenamiento jurídico objetivo. Los principios generales del derecho internacional*", Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2004.

Quéneudec, J. P. "L'arbitrage relatif à la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal", *AFDI* 1989 (35).

Sinclair, I. *The Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Brill, Leiden, 1984.

Viegas, V. L. "Jus cogens e o tema das nulidades dos tratados", *Revista de Informação Legislativa*, nº 144, 1999.