

Fabián Novak Talavera
Luis García - Corrochano Moyano

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tomo I

Introducción y Fuentes



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales
FONDO EDITORIAL 2000

Un estudio hondo del Derecho Internacional hacía falta en la tradición jurídica peruana más reciente. Desde la obra de Alberto Ulloa Sotomayor, profundas transformaciones han operado en la disciplina, y para abarcarlas en su magnitud e importancia, se impone la necesidad de un trabajo metódico, de un cuidadoso estudio de la doctrina y la jurisprudencia, de una profusión de datos y por momentos de citas y referencias, que sólo se puede realizar centrándose en los diversos aspectos de la disciplina, lo cual requiere tiempo para hacerlo y espacio suficiente para desarrollarlo. De ahí la necesidad de una obra en varios tomos, de la cual este libro es un primer alcance, y a la vez un compromiso de continuidad, hasta lograr un panorama completo y actual del Derecho Internacional Público.

Hoy el derecho se transforma con rapidez, surgen normas de variadas fuentes y diverso valor, con primacía aún no cuestionada de las normas de origen convencional y consuetudinario. Los nuevos actores, en especial el desarrollo alcanzado por las organizaciones internacionales, aportan una visión distinta y un procedimiento nuevo para la elaboración de las normas internacionales. Los principios generales encuentran reconocimiento y consagración de aceptación universal. Los Estados en su proceder individual no son ajenos a la creación de normas, cuyo origen unilateral les añade un elemento de novedad, pero no las priva de contenido jurídico. La conciencia de la existencia de normas destinadas a la protección de valores superiores, que la comunidad internacional reconoce como indispensables para la armónica convivencia, introduce el concepto de jerarquía normativa, largo tiempo ausente en el Derecho Internacional, y con él una nueva valoración de la norma, más allá de su carácter de mera regla positiva. Finalmente, el papel de la jurisprudencia en la aplicación de las reglas de derecho, y de la doctrina como medio de determinación del contenido de dichas reglas, contribuyen a un entendimiento siempre actual y acorde con la realidad del Derecho Internacional.

Derecho Internacional Público

Fabián Novak Talavera
Profesor de Derecho Internacional Público
Pontificia Universidad Católica del Perú

Luis García - Corrochano Moyano
Profesor de Derecho Internacional Público
Pontificia Universidad Católica del Perú

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tomo I

Introducción y Fuentes



Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales
FONDO EDITORIAL 2000

Derecho Internacional Público
Tomo I: Introducción y Fuentes

Copyright © 2000 Fondo Editorial de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel
Telefax: 460-0872
Teléfonos: 460-2870, 460-2291 anexos 220 y 356
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Derechos reservados, prohibida la reproducción de
este libro por cualquier medio total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Primera edición: agosto del 2000
500 ejemplares
Impreso en Perú - Printed in Peru

Hecho el Depósito Legal, Registro N° 1501222000-2820
Obra completa: ISBN 9972-42-355-7
Tomo I: ISBN 9972-42-356-5

Cubierta:	Enrique Ottone
Diseño y diagramación:	Gisella Scheuch
Impresión:	Siklos S.R.Ltda.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	15
-------------------	----

CAPÍTULO I:

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	17
--	----

1. Evolución Histórica	19
2. Concepto	31
3. Terminología	34
4. Presupuestos	35
5. Características del Derecho Internacional	37
5.1. Ausencia de un órgano legislador centralizado	37
5.2. Ausencia de un órgano jurisdiccional obligatorio	38
5.3. Ausencia de un órgano sancionador o coactivo	39
5.4. Coexistencia de normas generales y particulares	42
5.5. Presencia de una misma norma en fuentes diversas	43
5.6. Derecho de Coordinación	44
6. Fundamento del Derecho Internacional	44
6.1. Teorías Subjetivas o Voluntaristas	45
6.1.1. Doctrina de la Autolimitación	45
6.1.2. Doctrina de la Voluntad Común	46
6.1.3. Doctrina de la Delegación del Derecho Interno.....	47
6.1.4. Doctrina de la Voluntad de la Comunidad Internacional	48
6.2. Teorías Objetivas	49
6.2.1. Doctrina Positivista	49
6.2.2. Doctrina Sociológica o Solidarista Francesa	51
6.2.3. Doctrina Iusnaturalista	52
Bibliografía	56

CAPÍTULO II:

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL	63
---	----

1. Concepto	65
1.1. Concepción Iusnaturalista	65
1.2. Concepción Positivista	65
1.3. Concepción Objetivista.....	66
2. Las Fuentes del Derecho Internacional.....	69
3. Clasificación de las Fuentes	71
3.1. Fuentes Principales (Creadoras).....	71
3.2. Fuentes Auxiliares o Subsidiarias (Evidencia)	71

4. Jerarquía de las Fuentes	72
Bibliografía	75
CAPÍTULO III:	
LA COSTUMBRE INTERNACIONAL	79
1. Definición	81
2. Elementos Constitutivos de la Costumbre	85
2.1. Elemento Material o Histórico (Objetivo)	86
a. Continuidad en el Tiempo	86
b. Generalidad en el Espacio	90
2.2. Elemento Psicológico o Subjetivo (<i>Opinio Iuris Sive</i> <i>Necessitatis</i>)	91
3. Importancia de la Costumbre	95
4. Fundamento	97
4.1. Teoría del Consentimiento	97
4.2. Teoría de la Sumisión	98
4.3. Teoría del Origen Unilateral	98
4.4. Teoría Objetiva	99
5. Características	99
6. Clasificación	100
6.1. Costumbre Universal o General	100
6.2. Costumbre Regional	101
6.3. Costumbre Particular	101
6.4. Costumbre Bilateral	102
7. Oposición a la Costumbre	103
8. La Costumbre y los Nuevos Estados	105
9. Derogación de la Costumbre	106
10. Diferencia de la Cortesía Internacional	108
11. El Problema de la Prueba	109
12. El Derecho Internacional Consuetudinario y el Derecho Convencional	112
12.1. Efecto Declarativo	113
12.2. Efecto Cristalizador	114
12.3. Efecto Generador	115
13. La Recepción de la Costumbre en el Derecho Interno	116
13.1. La Doctrina de la Incorporación Formal	116
13.2. La Doctrina de la Incorporación Automática	117
Bibliografía	120

CAPÍTULO IV:	
LOS TRATADOS INTERNACIONALES	127
1. Introducción	129
2. Definición	131
3. Clasificación de los Tratados	146
3.1. En cuanto al número de Estados Partes	146
3.2. En cuanto a la posibilidad de acceso	147
3.3. En cuanto a su forma de celebración	147
3.4. En cuanto a su contenido	148
3.5. En cuanto a la materia objeto del Tratado	149
3.6. En cuanto a su duración	154
4. Ámbito de Aplicación de los Tratados	154
4.1. Ámbito Temporal	154
4.2. Ámbito Espacial	156
5. Proceso de Celebración de los Tratados	158
5.1. Etapa de Formación	159
5.1.1. Negociación	159
5.1.2. Adopción del Texto	163
5.1.3. Autenticación del Texto	167
5.2. Etapa de Manifestación del Consentimiento	169
5.2.1. Forma Simplificada	170
5.2.2. Forma Compleja	174
5.2.3. Forma Intermedia	179
5.2.4. Otras Formas de Manifestación del Consentimiento	180
5.2.5. Constancia del Consentimiento	181
5.3. Etapa de Entrada en Vigor	182
5.4. Etapa de Registro y Publicación	185
6. Observancia de los Tratados	188
6.1. El Principio de la Buena Fe	190
6.2. El Principio del <i>Pacta Sunt Servanda</i>	192
6.3. Efectos de los Tratados frente a Terceros	196
6.4. Concurrencia de Tratados sobre una misma materia	200
7. Interpretación de los Tratados	202
7.1. Aspectos Generales: Principios Generales y Complementarios	202
7.1.1. Principio del Sentido Ordinario y Natural de los Términos del Tratado	207
7.1.2. Principio del Contexto	209
7.1.3. Principio de la Conformidad con el Objeto y Fin del Tratado	209
7.1.4. Principio de la Conducta Ulterior	210
7.1.5. Principio del Efecto Útil	212
7.1.6. Principio de los Trabajos Preparatorios	212
7.2. Obligatoriedad de los Principios de Interpretación	214
7.3. Aspectos No Regulados	215

8.	Las Reservas	219
8.1.	Concepto	219
8.2.	Evolución Histórica	222
8.3.	Oportunidad de la Reserva	228
8.4.	Aceptación y Retiro de la Reserva	230
8.5.	Efectos Jurídicos	234
8.6.	Retiro de Reservas y Objeciones	236
8.7.	Declaraciones Interpretativas	237
8.8.	Situación Actual	238
9.	Nulidad de los Tratados	240
9.1.	Causales de Nulidad Absoluta	241
9.1.1.	Vicios Sustanciales del Consentimiento	242
a.	Coacción sobre el Representante del Estado	242
b.	Coacción sobre el Estado	243
9.1.2.	Por el Objeto	248
a.	Tratados en Oposición a una norma de <i>Ius Cogens</i> (existente)	251
b.	Tratados en Oposición a una norma de <i>Ius Cogens</i> (emergente)	252
9.2.	Causales de Nulidad Relativa	254
9.2.1.	Vicios del Consentimiento	255
a.	Error	255
b.	Dolo	263
c.	Corrupción del Representante de un Estado	266
9.2.2.	Vicio Formal	268
a.	Transgresión del Derecho Interno	268
b.	Ausencia de Capacidad de Representación	274
9.3.	Consecuencias de la Nulidad	278
10.	Terminación y Suspensión de los Tratados	280
10.1.	Causales de Terminación y Suspensión de los Tratados	281
10.1.1.	Causales Intrínsecas	281
a.	Disposiciones de Terminación o Suspensión en el Tratado ...	281
b.	Denuncia de un Tratado	282
c.	Reducción del Número de Partes en un Tratado	284
10.1.2.	Causales Extrínsecas	284
a.	Consentimiento de las Partes (Abrogación Expresa)	284
b.	Ruptura de Relaciones Diplomáticas o Consulares	285
c.	Celebración de un Tratado Posterior (Abrogación Tácita)	286
d.	Violación Grave del Tratado	287
e.	Imposibilidad Subsiguiente de Cumplimiento	293
f.	Cambio Fundamental de las Circunstancias (<i>Rebus Sic Stantibus</i>)	295
10.1.3.	Causales No Reguladas	304
10.2	Consecuencias de la Terminación y Suspensión de un Tratado ...	305
11.	El Estoppel	307
11.1.	Concepto	307

11.2. Fundamento	316
11.3. Efectos Jurídicos	316
11.4. Limitaciones de la figura	318
12. Enmienda y Modificación de los Tratados	320
13. La Incorporación y Jerarquía de los Tratados en el Derecho Interno ...	324
13.1. La Incorporación de los Tratados en el Derecho Interno	324
13.1.1. Sistema de Recepción Automática	325
13.1.2. Sistema de Recepción Formal (Especial)	325
13.1.3. Ausencia de Regulación Expresa	326
13.2. Jerarquía de los Tratados en el Derecho Interno	327
13.2.1. Valor Supra Constitucional	327
13.2.2. Valor Supra Legal	327
13.2.3. Valor Legal	328
13.2.4. Ausencia de Regulación	328
Bibliografía	330

CAPÍTULO V:

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	341
1. Introducción	343
2. Evolución Histórica	343
3. Concepto	344
4. Composición	346
4.1. Principios Generales del Derecho Internacional propiamente dicho	348
4.2. Principios Generales del Derecho Interno	349
4.3. Equidad	356
5. Características de estos Principios	358
5.1. Carácter Autónomo	358
5.2. Carácter Subsidiario	360
5.3. Carácter Apodíctico	361
5.4. Carácter Universal y Categórico	362
6. Importancia de los Principios Generales del Derecho	363
7. Análisis de algunos Principios Generales del Derecho	367
7.1. El Principio de Igualdad Jurídica de los Estados	367
7.1.1. Concepto	367
7.1.2. Consagración en el Derecho Internacional	368
7.2. El Principio de Soberanía de los Estados	371
7.2.1. Evolución Histórica	371
7.2.2. Consagración en el Derecho Internacional	372
7.3. El Principio de Arreglo Pacífico de las Controversias	374
7.3.1. Concepto	374
7.3.2. Consagración en el Derecho Internacional	376
7.4. El Principio de Prohibición de la Amenaza y del Uso de la Fuerza	378

7.4.1. Concepto	378
7.4.2. Consagración en el Derecho Internacional	380
7.5. El Principio de Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales	383
7.5.1. Concepto	383
7.5.2. Consagración en el Derecho Internacional	383
7.6. El Principio de Libre Determinación de los Pueblos	385
7.6.1. Concepto	385
7.6.2. Consagración en el Derecho Internacional	386
7.7. El Principio de Cooperación Internacional	390
7.7.1. Concepto	390
7.7.2. Consagración en el Derecho Internacional	391
7.8. El Principio de la Buena Fe	395
7.8.1. Evolución Histórica	395
7.8.2. Consagración en el Derecho Internacional	396
7.9. El Principio del Abuso del Derecho	398
7.9.1. Evolución Histórica	398
7.9.2. Consagración del Derecho Internacional	400
7.10. El Principio del Enriquecimiento sin Causa	404
7.10.1. Concepto	404
7.10.2. Consagración en el Derecho Internacional	405
Bibliografía	411

CAPÍTULO VI:

LAS NORMAS DE <i>IUS COGENS</i>	417
1. Evolución Histórica	419
2. Concepto	423
3. Características	426
4. Importancia de las Normas de <i>Ius Cogens</i> en el Sistema Jurídico Internacional	429
5. Las Normas de <i>Ius Cogens</i> y las Fuentes del Derecho Internacional	430
Bibliografía	431

CAPÍTULO VII:

LA DOCTRINA	435
1. Evolución Histórica	437
2. Composición	438
3. Concepto	439
4. Importancia de la Doctrina como Fuente del Derecho Internacional ...	441
Bibliografía	446

CAPÍTULO VIII:

LA JURISPRUDENCIA	449
1. Concepto	451
2. Importancia de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho Internacional	454
Bibliografía	460

CAPÍTULO IX:

LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS	463
1. Introducción	465
2. Concepto	466
3. Elementos Constitutivos	467
4. Clasificación	470
4.1. Notificación	470
4.2. Renuncia	472
4.3. Reconocimiento	474
4.4. Promesa	475
4.5. Protesta	477
4.6. Reserva	479
5. Revocación del Acto Unilateral	482
6. Principios de Interpretación Aplicables	484
7. Efectos Jurídicos	484
7.1. Respecto del Estado Declarante	484
7.1.1. Requisitos	485
7.2. Respecto de Terceros Estados	488
8. Fundamento	489
9. Los Actos Unilaterales como Fuente del Derecho Internacional	490
Bibliografía	494

CAPÍTULO X:

LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	497
1. Introducción	499
2. Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales como Fuentes del Derecho de Gentes	501
2.1. Concepto	501
2.2. Clasificación	503
2.2.1. Las Resoluciones Exteriores de las Organizaciones Internacionales	503
2.2.2. Las Resoluciones Internas de las Organizaciones Internacionales	509

3. Influencia de las Resoluciones en el Proceso de Formación Tradicional del Derecho Internacional	511
Bibliografía	516

CAPÍTULO XI:

LA EQUIDAD	519
1. Concepto	521
2. Evolución Histórica	522
3. Funciones de la Equidad en el Derecho Internacional	524
3.1 Función Supletoria (<i>Praeter Legem</i>)	524
3.2 Función Correctiva (<i>Infra Legem</i>)	524
3.3 Función Derogatoria (<i>Contra Legem</i>)	525
4. Posibilidades de Aplicación	527
5. La Equidad como Fuente del Derecho Internacional	531
Bibliografía	534

CAPÍTULO XII:

RELACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL CON LOS DERECHOS INTERNOS	537
1. Introducción	539
2. Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: Soluciones Alcanzadas por la Doctrina	540
2.1. Doctrina Dualista (Pluralista)	540
2.2. Doctrina Monista	543
2.3. Doctrinas Conciliadoras	549
3. Valoración del Derecho Interno por el Derecho Internacional	549
4. El caso peruano: Aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno	551
Bibliografía	552

BIBLIOGRAFÍA GENERAL	557
----------------------------	-----

INTRODUCCIÓN

El presente libro fue concebido como tal hace ya algún tiempo, luego de cavilaciones acerca de la conveniencia de escribir un manual o una obra de mayor aliento que pusiera al alcance de los estudiantes de Derecho los avances doctrinarios en el Derecho Internacional Público y el papel de la jurisprudencia en su más reciente desarrollo. Finalmente, optamos por una obra en varios volúmenes, que nos permitiera tratar con detalle materia tan amplia y compleja, consultando y consignando la bibliografía disponible, de forma tal que quede a disposición de los lectores las fuentes que han servido para elaborar nuestro trabajo.

El estudio del Derecho Internacional ha concitado mucho interés en la doctrina jurídica peruana más reciente. Desde la obra de Alberto Ulloa Sotomayor,¹ profundas transformaciones han operado en la disciplina y, para abarcarlas en su magnitud e importancia, se impone la necesidad de un trabajo metódico, de un cuidadoso estudio de la doctrina y la jurisprudencia, de una profusión de datos y, por momentos, de citas y referencias. Esto solo se puede realizar centrándose en los diversos aspectos de la disciplina, lo cual requiere tiempo y espacio suficiente. De ahí la necesidad de una obra en varios tomos, de la cual este libro es un primer alcance y, a la vez, un compromiso de continuidad hasta lograr un panorama completo y actual del Derecho Internacional Público.

El Derecho Internacional es disciplina que no escapa a las inevitables transformaciones que el tiempo, los sucesos históricos y las mudables relaciones internacionales imponen a los sujetos de derecho y sus respectivas conductas y relaciones. Hoy, el derecho se transforma con rapidez; surgen normas de variadas fuentes y diverso valor, con primacía aún no cuestionada de las normas de origen convencional y consuetudinario. Los nuevos actores, en especial el desarrollo alcanzado por las organizaciones internacionales, aportan una visión distinta y un procedimiento nuevo para la elaboración de las normas internacionales. Los principios generales encuentran reconocimiento y consagración de aceptación universal. Los Estados en su proceder individual no son ajenos a la creación de normas, cuyo origen unilateral les añade un elemento de novedad, pero no las priva de contenido jurídico. La conciencia de la existencia de normas destinadas a la protección de valores superiores, que la comunidad internacional reconoce como indispensables para la armónica convivencia, introduce el concepto de jerarquía normativa, por largo

¹ ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. 2 t. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.

tiempo ausente en el Derecho Internacional, y con él una nueva valoración de la norma, más allá de su carácter de mera regla positiva. Finalmente, el papel de la jurisprudencia en la aplicación de las reglas de derecho, y de la doctrina como medio de determinación del contenido de dichas reglas, contribuye a un entendimiento siempre actual y acorde con la realidad del Derecho Internacional. Todo lo anterior hace de interés una obra como la que alcanzamos a los estudiantes e interesados en esta disciplina y justifica el esfuerzo desplegado a través de largas horas de trabajo, cuyo fruto es el presente libro.

Hemos tratado de analizar en este primer volumen, los aspectos generales del Derecho Internacional así como sus diversas fuentes, acompañados de una bibliografía, si no la más completa, al menos toda la que estuvo a nuestro alcance. Es inevitable referirse a las diversas opiniones que suscita cada tema, por eso la necesidad de numerosas citas y referencias que brinden un acercamiento objetivo a las diversas teorías y aproximaciones de los más relevantes autores. Tan importante como estas es la práctica de los sujetos de derecho internacional, llámense Estados u organizaciones internacionales, de cuyas actuaciones hemos dejado constancia. No lo es menos la variada jurisprudencia internacional, que enriquece e ilustra las opciones doctrinales y lleva a su realización las reglas de derecho o, por decirlo de otro modo, dan una prueba fehaciente de la real existencia del Derecho Internacional.

Al presentar este volumen, lo hacemos con la conciencia del reto asumido, de las inevitables imperfecciones y carencias propias de una primera edición, pero con la voluntad de realizar un aporte que siga la línea de la reconocida tradición jurídica internacional de nuestro país. La obra se irá enriqueciendo con el tiempo, hasta alcanzar total dimensión y lograr su objetivo: poner a disposición de los interesados en la materia un estudio, lo más completo posible, del Derecho Internacional.

Queremos expresar finalmente nuestro reconocimiento a la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialmente al Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) y al Fondo Editorial, por el apoyo brindado para la prosecución del trabajo que hoy ponemos a disposición del público y que esperamos sea acogido con el mismo entusiasmo e interés con que fue elaborado.

LOS AUTORES

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. Evolución Histórica

Para ingresar al estudio de la evolución histórica del Derecho Internacional, debemos analizar las instituciones y normas que se gestaron y desarrollaron con el transcurrir de los tiempos, evolución que si bien se intensificó y aceleró notablemente a partir del siglo XVII,¹ tuvo su origen en tiempos muy remotos. «El mundo antiguo, a partir de ciertos documentos, conocía bastante bien el sentido de las relaciones internacionales y utilizaba un sistema de instituciones muy desarrolladas y firmemente establecidas».²

El profesor Nussbaum proporciona uno de los datos históricos más antiguos en relación con ciertas instituciones del Derecho Internacional, como son: las fronteras, los tratados, la garantía en los tratados e incluso el arbitraje. Así, señala:

Hacia 3,100 (a. C.) aproximadamente se celebró un tratado entre Eannatum, el victorioso señor de la ciudad —estado de Lagash, en Mesopotamia, y los hombres de Umma, otra ciudad— estado de la misma región. El tratado se redactó en el idioma sumérico, y se ha conservado en una inscripción existente en un monumento de piedra (estela) que se descubrió en la primera década de este siglo [...] el tratado establecía la inviolabilidad de las fronteras establecidas y señaladas con hitos, reconocidas y aceptadas por los vecinos de Umma, con el juramento prestado en nombre de seis o siete de los dioses suméricos más importantes. Por tanto, los dioses, que en este caso particular eran comunes a las dos partes, venían a ser los que garantizaban el tratado; quien lo violara era castigado por ellos [...]. Algunos autores afirman que este tratado contenía una cláusula de arbitraje que hacía de esta institución una de las más venerables de la humanidad; pero todo lo que sabemos es que los límites fronterizos entre Lagash y Umma fueron señaladas por Mesilin, rey de la vecina comunidad de Kish, que, probablemente, era una especie de señor de príncipes de aquellas otras dos comunidades.³

En Egipto, el tratado más importante que se conserva es el de Paz y Alianza celebrado en 1291 a. C., entre Ramsés II y Hattusili II del Reino Hitita. «El idioma empleado es el acadio babilónico, del que los orientalistas dicen que fue el lenguaje diplomático de la época».⁴ En este tratado se incorporan temas como: alianzas militares frente agresiones de terceros y la extradición de emigrantes y refugiados políticos.

¹ PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea, 1985, vol. 1, p. 5.

² KORFF, Barón Serge. «Introduction à l'histoire du droit international public». En: RCADI. 1923, t. I, p. 5.

³ NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción de Francisco Javier Ossut. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, pp. 2-3.

⁴ NUSSBAUM, Arthur. *Ibidem*, p. 3.

Sobre esto último, el tratado suscrito entre Ramsés II y el rey de los hititas Hattusili III (1296 a. C.) dice: «Si uno, dos, tres o más hombres escapan de la tierra de Egipto a la tierra de los hititas, deberán ser devueltos a la tierra de Ramsés».⁵

Asimismo, este tratado incorpora sanciones religiosas frente al incumplimiento de sus cláusulas, al señalar: «Que se pudran la casa, las tierras y los esclavos de quien incumpla estas palabras. Que quien las observe goce de salud y vida, lo mismo que su tierra y sus esclavos».⁶

Por último, este acuerdo posee un doble texto (egipcio y caldeo), lo que refleja la tendencia muy antigua de elaborar tantos textos de un tratado, como idiomas existan entre las partes.⁷

En el caso del pueblo hebreo, la Biblia nos muestra la presencia de una serie de instituciones y principios del Derecho Internacional actual, como son: los embajadores, la delimitación territorial, los derechos de los vencedores en guerra, la obligatoriedad de cumplir los pactos, el asilo y la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Sobre esto último, señala la Biblia: «Sea igual entre nosotros la justicia, ya fuere extranjero, ya ciudadano, el que pecare [...]».⁸

En relación con China, señala Korovin:

En documentos chinos que se remontan a antes del año 2,500 a. C., se encuentran ya enumeraciones de las obligaciones hacia los Estados extranjeros, así como el repudio de la guerra para la que no existe razón alguna. La China antigua estaba familiarizada con la institución de un servicio diplomático en las personas de los viajeros (embajadores) y los interpretes, con los acuerdos internacionales sobre diversos temas, militares o no (referentes por ejemplo, a la neutralización de ciertos territorios o a la protección de determinados animales y pájaros valiosos). Las obras de los grandes filósofos chinos (Lao-Tse y otros) contienen un sinnúmero de observaciones en materia de limitaciones de las guerras, cumplimiento de los Tratados y la imposición de penas internacionales, y hasta encierran la idea de la Gran Unión de los Pueblos.⁹

Truyol desarrolla un poco más las tendencias del pensamiento chino sobre la guerra, cuando señala:

Sobre la base de una sabiduría natural, el pensamiento chino clásico, contemporáneo de la atormentada época de los «reinos combatientes», se caracterizó —mediante el verbo y la pluma de Confucio [...],

⁵ POTEKIN, V.M. y otros. *Historia de la Diplomacia*. México: Grijalbo, 1966, t. I, p. 1

⁶ Ídem.

⁷ TAUBE, Barón de. «L'inviolabilité des Traités». En: *Recueil des Cours*. 1930, II, p. 305.

⁸ Levítico, cap. XXIV, vers. 22.

⁹ KOROVIN, Y.A. y otros. *Derecho Internacional Público*. México: Grijalbo, 1963, p. 32.

Lao-Tse [...], Mo-Tse [...], Mencio— por su pacifismo fundamental, que, partiendo de la sumisión estricta de la política a la moral, llega al esbozo de una doctrina de la guerra justa. Para Mo-Ti, en particular, las guerras son bandolerismo a gran escala, en tanto que Mencio reclama severos castigos para los autores de agresiones. Frente a esta corriente de pensamiento dominante, la escuela llamada «de los legisladores» o «de las leyes», representada principalmente por Han Fei [...], ve en la guerra, por el contrario, un fenómeno natural y busca los medios de acrecentar el poder del soberano, en vista de las luchas inevitables que le aguardan [...].¹⁰

En la India, destacan las leyes de Manú (siglo V a. C.), de inspiración sacerdotal (brahmánica), que fijaron una serie de reglas favorables para los vencidos en una guerra así como una regulación especial para los embajadores. En el primer caso dispone:

Que después de haber conquistado un país, el rey honre a las Divinidades allí adoradas, y a los virtuosos Bracmanes; que distribuya liberalidades al pueblo y haga proclamas que disipen todo temor.

Que haga respetar las leyes de la nación conquistada como fueron promulgadas, y que obsequie con pedrerías al príncipe y a sus cortesanos [...].¹¹

En el segundo caso, establece:

Se estima al embajador de un rey cuando es afable, puro, mañoso, dotado de buena memoria, muy al corriente de los lugares y de los tiempos, de buena presencia, intrépido y elocuente.

Que en las negociaciones con un rey extranjero, el embajador adivine las intenciones de este por ciertos signos, por su continente y sus gestos y por los signos y los gestos de los propios emisarios secretos, y que sepa los proyectos de éste príncipe abocándose con consejeros ávidos o descontentos.¹²

En Grecia, entre los siglos VIII a IV a. C., se desarrolla la institución de la «proxenia». El «proxene» es el antecedente de los cónsules; «era el habitante de la polis que tenía a su cargo acoger a los habitantes de otra polis», defender sus intereses y representar a otras polis. Gozaba de ciertos privilegios en cuanto al comercio, impuestos, tribunales, entre otros.¹³ Existieron también tribunales que ejercían jurisdicción sobre los

¹⁰ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 23.

¹¹ *Leyes de Manú*. Santiago de Chile: Ercilla, 1941, Libro Séptimo, párrafos 201 y siguientes.

¹² *Ibidem*. Libro Séptimo, párrafos 63 y siguientes.

¹³ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993, p. 21. Véase también TAUBE, Barón Michel de. «Les Origines de l'arbitrage

extranjeros (*Xenicon dicasterion*), así como funcionarios que se ocupaban de los extranjeros (*Polémarcos*).¹⁴

La solución pacífica de controversias internacionales entre los estados-ciudades griegas se realizaba mediante la institución del arbitraje, al que se acudía por problemas fronterizos, sobre problemas de manantiales y ríos y de derecho público.¹⁵ Los tratados de arbitraje se multiplicaron a partir del siglo III a. C., y el árbitro designado era generalmente de otra ciudad. Asimismo, «se establecieron normas con el propósito de atenuar el rigor de la guerra», como por ejemplo, la exigencia de una declaración formal del estado de guerra, la neutralización de los santuarios y las propiedades de los dioses, el respeto de los cadáveres y ritos funerarios, el respeto a los heraldos enemigos, entre otros.¹⁶ Finalmente, cabe destacar que las primeras organizaciones internacionales se inician con las ligas de ciudades griegas, que, si bien parten de un interés religioso como proteger santuarios, alcanzan también un contenido político y estratégico que por momentos la aproxima a la organización federal.¹⁷

En Roma, desde sus inicios, se puede apreciar la presencia de una serie de instituciones internacionales, como los tratados, los embajadores (*feciales*), las sanciones ante la violación de los tratados, las formalidades de la declaratoria de guerra y los casos de guerra justa (por violación del territorio romano, por violación de los tratados, por violación de las inmunidades diplomáticas o por prestar auxilio al adversario durante la guerra).¹⁸ En relación con los embajadores, señala Potemkin:

En el período más antiguo (monárquico) de la historia romana, el derecho a enviar embajadas pertenecía al rey, y los embajadores eran *feciales* [...].

Las embajadas romanas nunca estaban constituidas por una sola persona [...]. Todas las embajadas tenían su presidente o jefe de embajada, función que recaía sobre el senador de categoría más alta. La persona del embajador estaba defendida por los usos y por la ley [...].

international. *Antiquité et Moyen Age*». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42, especialmente el capítulo II: «El arbitraje internacional en el mundo greco-romano».

¹⁴ KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 11.

¹⁵ ARELLANO GARCIA, Carlos. Ob. cit., p. 22. Véase TAUBE, Barón de. «Les Origines de l'arbitrage international. *Antiquité et Moyen Age*». En: *Recueil des Cours*. 1932, IV, pp. 19-21. KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 12.

¹⁶ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 25.

¹⁷ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 43. Para un panorama completo del derecho internacional en el mundo griego, véase: TENEKIDES, Georges. «Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (Ve-IIIe siècle avant J.-C.)». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, pp. 469-652.

¹⁸ SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1963, p. 45. KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 13.

Distintivo de los embajadores era el anillo de oro, que le confería el derecho a viajar gratuitamente y a recibir en el camino todo lo necesario [...]. Las delegaciones recibían dietas (*viaticum*) y les era entregado cuanto pudieran necesitar en el viaje: vajilla de plata, ropa, cama de campaña. Además, el embajador llevaba una numerosa servidumbre compuesta por los hombres libres y esclavos: secretarios, intérpretes, panaderos, confiteros, carniceros, etcétera.¹⁹

En lo que respecta a los tratados, existía una diversidad de posibilidades: la *sponsio*, que no tenía efecto obligatorio en tanto no fuera ratificada por el Senado; el *foedum*, que sí tenía efecto vinculante al haber sido ratificado por el Senado; el *foedum aequum* o *inniquum foedum*, según la posición de igualdad o de superioridad que asumía Roma con la otra parte contratante, entre otros.²⁰

El pensamiento romano también contribuyó a esta evolución del Derecho Internacional. Es el caso de Cicerón, quien llega a condenar la guerra como medio de solución de controversias señalando el carácter irracional del uso de la fuerza, o el de Séneca, quien, remitiéndose a la noción de género humano, insiste en la dignidad del hombre denunciando la esclavitud como un hecho contra natura.²¹ Señala Korff:

Tomemos por ejemplo las misiones de embajadores, el problema de la extradición de criminales fugitivos, la protección de ciertas clases de extranjeros y, por encima de todo, la santidad de los contratos internacionales. En el desarrollo de todas estas instituciones, se pueden encontrar principios idénticos que predominan en todo lugar como Sumeria, Tebas, Nínive, Atenas y más tarde en Roma.²²

Cabe mencionar que el Derecho Internacional alcanzó un desarrollo notable en Bizancio en asuntos tales como la diplomacia y el envío de embajadores, los tratados, los derechos de los extranjeros, la protección de minorías, la solución pacífica de controversias y el derecho de la guerra.²³

Con la caída del Imperio Romano,²⁴ se inicia la Edad Media en Europa occidental. Numerosos y diversos fueron los tratados celebrados en la

¹⁹ POTEKIN, V.M. y otros. Ob. cit., pp. 46-47.

²⁰ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1979, p. 329.

²¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 30.

²² KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 6.

²³ TAUBE, Barón Michel de. «L'apport de Byzance au développement du droit international occidental». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67, pp. 233-339.

²⁴ AGO, Roberto. «El pluralismo de la Comunidad Internacional en la Epoca de su nacimiento». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979, p. 93-94. Coincidimos con este autor en el sentido de que no podemos reducir el origen de la Comunidad Internacional ni del Derecho Internacional a los Estados de la Europa cristiana occidental. Como hemos podido

Edad Media. Así, abundaron los tratados de comercio (donde aparece la cláusula de la nación más favorecida en privilegios unilaterales concedidos en el siglo XIII por los Soberanos Orientales a Municipios europeos y en el siglo XV en los tratados comerciales), monetarios (a fin de establecer patrones comunes de moneda acuñada o, al menos, que la moneda de un país tuviera curso legal en otro),²⁵ marítimos, sobre derechos aduaneros, de solución arbitral de controversias, protección contra la piratería, entre otros.²⁶ Estos tratados suelen reforzarse, además del juramento, por el otorgamiento de prendas (fuentes, plazas, joyas, etc) o rehenes.²⁷

Los usos y costumbres de la guerra terrestre se fueron humanizando no solo por la acción de la Iglesia, sino por el código de honor de los caballeros, basado en sentimientos de lealtad hacia el adversario y de piedad hacia el débil. Se deshecha toda arma pérfida, todo acto de tránsito, toda crueldad inútil.²⁸ Como bien hace notar Korff:

Desde las épocas más antiguas, el sistema de derecho internacional, como en el presente, cubre dos dominios, el tiempo de paz, donde se desarrolla principalmente bajo la influencia de las relaciones comerciales, y el tiempo de guerra, donde, por costumbre, se establece entre los beligerantes; en ambos casos, la esencia del sistema es exactamente idéntica, a saber el reconocimiento mutuo de obligaciones y la observación recíproca de ciertas costumbres o usos.²⁹

El Papa no solo servía de instancia arbitral permanente, sobre todo bajo el pontificado de Inocencio III, sino que también asumía otras funciones internacionales como reconocer a nuevos príncipes, registrar los tratados celebrados, establece treguas, fija fronteras, otorga concesiones por descubrimientos de nuevas tierras, entre otras.³⁰

Por los Concilios de Letrán (1059) y de Clermont (1095) la Iglesia implantó la «Paz de Dios», que aseguraba la inviolabilidad de ciertas cosas y personas: los templos y los molinos; los clérigos, los agricultores, sus implementos y cosechas; las mujeres, los niños y los hombres no armados que los acompañan; y estableció la «Tregua de Dios», que vedaba combatir en determinados días (desde la puesta del sol del miércoles hasta el amanecer del lunes) y en ciertas épocas del año

apreciar, la construcción de esta disciplina y de la Comunidad a la cual se aplica fue producto de la contribución de muchos Estados y Comunidades.

²⁵ NUSSBAUM, Arthur. «International Monetary Agreements». En: *American Journal of International Law*. 1944, pp. 242-244.

²⁶ *Ibidem*, pp. 27-36.

²⁷ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Ob. cit.*, p. 33.

²⁸ HERRERO y RUBIO, Alejandro. *Derecho de Gentes (Introducción Histórica)*. Valladolid: Francisco de Vittoria, 1995, p. 26.

²⁹ KORFF, Barón Serge. *Ob. cit.*, p. 21.

³⁰ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Ob. cit.*, p. 33.

(desde el Advenimiento a la Octava de Epifanía y desde el Domingo de Quincuagésima hasta la Octava de Pascua).³¹

Con la influencia del Cristianismo, hasta el siglo XII el juramento era el medio para confirmar los tratados. Así, el incumplimiento de este juramento no solo implicaba un castigo terrenal sino divino. Los papas ejercían, por sí mismos o a través de delegados, la facultad de conceder dispensas de juramento, lo que dio lugar a una cláusula en los tratados mediante la cual los príncipes se obligaban a no cuestionar la dispensa papal. Esta cláusula se empleó por primera vez en 1477, en el tratado celebrado entre Luis XI de Francia y Carlos el Temerario de Borgoña.³² Es el decaimiento del poder e influencia del papado y del Sacro Imperio, unido al surgimiento y consolidación de los Estados nacionales, la Reforma y las guerras de religión que ella ocasiona, lo que abre nuevos cauces al desarrollo del Derecho Internacional.³³

Por otro lado, «la navegación en el Mediterráneo y en el Mar del Norte dio origen a reglamentos que» constituyen las bases del Derecho Marítimo Internacional. Así, tenemos las «Leyes Rodas», compilación reunida en los siglos VII y XI; las «Tablas de Amalfi», que datan del siglo X; las «Reglas de Olerón», sobre la regulación de la navegación y el tráfico marítimo, del siglo XII, y el «Consulado del Mar», dictado en Barcelona en el siglo XIII,³⁴ que regulaba los derechos relativos a la construcción o venta de un barco, el derecho de presas y los derechos de embarcaciones neutrales.

En el siglo XVI, se extiende la práctica, iniciada por las Repúblicas italianas, de acreditar embajadores permanentes.³⁵ Con ello, se intensificó la actividad político-institucional. Será también en este siglo que la sociedad medieval se transformará ante el surgimiento de una plurali-

³¹ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., pp. 6-7. KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 19.

³² ARELLANO GARCIA, Carlos. Ob. cit., p. 32.

³³ ZIMMERMANN, Michel. «La crise de l'organisation internationale à la fin du Moyen Age». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44, pp. 315-438. ABI-SAAB, Georges. «Cour général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, pp. 59-60.

³⁴ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 7. Véase HERRERO y RUBIO, Alejandro. Ob. cit., pp. 30-32.

³⁵ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 8. KORFF, Barón Serge. Ob. cit., p. 20: «Así, gradualmente, imperceptiblemente, se desarrolla en la Edad Media un sistema enteramente nuevo, las misiones diplomáticas permanentes. De embajadas ocasionales y temporales *ad hoc*, enviadas para negociar un cierto tratado o discutir una sola cuestión, estas misiones devienen en medios permanentes de comunicación. Este es ciertamente un gran paso adelante.

Al mismo tiempo, y bajo la influencia de Luis XI, la lengua francesa comienza poco a poco a remplazar al latín de los tiempos antiguos, deviniendo así el nuevo instrumento de las relaciones diplomáticas».

dad de Estados soberanos, que reclamarán independencia y autonomía al interior de su territorio y en sus relaciones exteriores.³⁶

En el siglo XVII, se suscribiría la Paz de Westfalia (Tratados de Osnabrück y de Münster del 14 y 24 de octubre de 1648), que puso término a la denominada Guerra de los Treinta Años. Se adoptó de hecho el Principio de Igualdad Jurídica de los Estados, sin distinción por motivos de confesión religiosa o por su forma de gobierno.³⁷ La Paz de Westfalia también dio origen a los llamados tratados colectivos; surge así el fenómeno del multilateralismo, frente al bilateralismo imperante hasta esa época en el Derecho de los Tratados. Asimismo, significó el inicio de un periodo de cooperación internacional a través de la celebración de Conferencias Internacionales.³⁸

Sobre esto último, señala Miaja de la Muela:

Desde el punto de vista jurídico, es de subrayar la novedad de un Congreso en que representantes de todos los países europeos discutieron sus diferencias. En realidad, las sesiones allí celebradas guardan poca analogía con lo que habían de ser Congresos posteriores: ni hubo presidentes, ni comisiones, ni siquiera pudieron sentarse todos los plenipotenciarios a la misma mesa. Sin embargo, allí quedó señalado un precedente que había de preparar la posibilidad de grandes asambleas internacionales posteriores.³⁹

Por otro lado, si bien desde el siglo XVI los teólogos españoles De Vittoria y Suárez sostienen que las naciones forman en conjunto una comunidad cristiana regulada por el Derecho Natural, será en el siglo XVII, con Hugo Grocio, que se construirán las bases del Derecho Internacional actual.⁴⁰ Grocio hace de la buena fe un principio fundamental del Derecho de Gentes; busca la humanización del derecho de guerra; consagra el principio de extraterritorialidad de las embajadas y la inviolabilidad de los embajadores, que no podían ser sometidos a la jurisdicción penal del Estado receptor; defiende el principio de libertad de los mares, entre otros.⁴¹

En el siglo XVIII, como consecuencia de la Independencia de los Estados Unidos en 1776 y de la Revolución Francesa en 1789, se desarrollaron principios e instituciones de gran importancia: el reconocimiento de la independencia e igualdad jurídica de los Estados, el principio de la

³⁶ JIMENEZ PIERNAS, Carlos. Ob. cit., p. 61.

³⁷ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 7. NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 49-50.

³⁸ FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, pp. 14 y ss.

³⁹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 457.

⁴⁰ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 8.

⁴¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., pp. 68-69.

no intervención, el principio de la libre determinación de los pueblos, ciertos principios del Derecho Internacional Humanitario, la noción de neutralidad, los derechos de los extranjeros, la práctica del arbitraje, la cláusula de la nación más favorecida, la represión internacional de la piratería y de la esclavitud, la extradición, la protección de las minorías religiosas, etc.⁴²

Mención especial merece la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que significó una radical innovación en el ámbito de los derechos humanos. Si bien desde la Carta Magna de 1215 hasta el *Bill of Rights* de 1688 se consagraban una serie de derechos fundamentales de la persona, jamás se pensó consagrarlos en el nivel universal, esto es, para la humanidad entera.⁴³

Ya hacia finales del siglo, en 1795, destaca la propuesta del Abate Grégoire sobre un Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, donde se consagran, entre otros, el derecho de los Estados de decidir su forma de gobierno; el derecho de conservación, entendido como la potestad del Estado de mantener la integridad de su territorio, incluso mediante el uso de la fuerza; el deber de no intervención, etc.⁴⁴

A principios del siglo XIX, con el Congreso de Viena de 1815, se proscriben la trata de esclavos y se consagra el principio de libre navegación de los ríos internacionales. Varios anexos regulan la libertad de tránsito por el Rin, Neckar, Mosa, Mosela, Meno y Escalda, con tasas moderadas para el mantenimiento de la navegación. Sobre lo primero, resulta pertinente citar la Declaración del 8 de febrero de 1815, anexa al Tratado Final de dicha Conferencia, donde los Países:

[...] Declaran a la faz de Europa, que consideran la abolición universal del tráfico de negros, como una medida particularmente digna de su atención, conforme al espíritu del siglo y a los principios generosos de sus augustos soberanos [...]⁴⁵

De igual forma, el Congreso de Viena aprobó un reglamento relativo a la categoría de los agentes diplomáticos, el cual se convirtió en el primer intento codificador sobre esta materia, que siempre había estado regida por la costumbre internacional. Dicho reglamento sería completado posteriormente con el Protocolo de Aquisgrán, del 21 de noviembre de 1818.⁴⁶

⁴² PODESTA COSTA, Luis y José María, RUDA. Ob. cit., p. 9.

⁴³ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 493.

⁴⁴ Ibidem, p. 495.

⁴⁵ SEARA VASQUEZ, Modesto. *Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles*. México: Porrúa, 1980, pp. 10-11. VITTA. «La Défense Internationale de la Liberté et de la Moralité Individuelles». En: *Recueil des Cours*. III, 1933, p. 575.

⁴⁶ TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 101.

Desde 1818 —fecha del Congreso de Aquisgrán— hasta 1914, se reunieron una veintena de Congresos y conferencias de importancia. Así, los Congresos de París (1856) y de Berlín (1878) pusieron fin a la guerra de Crimea y a la guerra ruso-turca, respectivamente. El Tratado de París de 1856 estableció la libertad de navegación del Danubio y creó una comisión encargada de asegurar la navegabilidad del río. Asimismo, neutralizó el Mar Negro, excluyendo la presencia de navíos de guerra. Luego, la Conferencia de Londres de 1867 decretó la neutralidad de Luxemburgo. El Congreso de Berlín de 1878 remodeló el espacio balcánico y la Conferencia de Berlín sobre África Occidental (1884) creó el Estado independiente del Congo y estableció la libre navegación de los ríos Congo y Níger. Finalmente, las Conferencias de Madrid (1880) y de Algeciras (1906) resolverían el destino de Marruecos.⁴⁷

En América, se llevó a cabo una serie de Congresos con el propósito de consolidar la unidad del continente: desde el Congreso de Panamá de 1826, convocado por Bolívar, hasta la Conferencia Panamericana de México de 1901, pasando por los Congresos de Lima de 1848 y 1865 y la Conferencia de Washington de 1890. Entre tanto, el 8 de mayo de 1871, se celebra el Tratado de Washington entre Estados Unidos y Gran Bretaña a fin de constituir un tribunal arbitral sobre el asunto del «Alabama», del cual derivaría un conjunto de principios del Derecho Internacional en materia de neutralidad. En África, se generalizó el régimen colonial, atenuado por la existencia de protectorados.⁴⁸

A mediados del siglo XIX, los Estados comienzan a formar incipientes Organizaciones Internacionales («Uniones Internacionales») de carácter científico o técnico con el propósito de facilitar y asegurar ciertas funciones de interés común. Así, tenemos la Unión Geodésica (1864), la Unión Telegráfica Universal (1865), la Unión Postal Universal (1878), la Unión Internacional de Telecomunicaciones (1932), entre otras.

Asimismo, comienza a regularse el Derecho de la Guerra a través de la Conferencia de Bruselas de 1874, la 1.^a Conferencia de Paz de la Haya de 1899, celebrada a iniciativa del Zar Nicolás II y a la cual concurrieron veintiséis Estados. Esta Conferencia produjo dos convenciones y tres Declaraciones. Las convenciones estaban referidas al arreglo pacífico de los conflictos internacionales, a las leyes y usos de la guerra terrestre y a la aplicación a la guerra marítima de los principios contenidos en la Convención de Ginebra de 1864.⁴⁹ Asimismo, creó el Tribunal Permanente de Arbitraje que tendría su sede en La Haya. La Segunda Conferencia, celebrada en 1907, a la cual concurrieron cuarenta y cuatro Esta-

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 103-105.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 103-105.

⁴⁹ NIPPOLD, O. «Le développement historique du droit international depuis le Congrès de Vienne». En: *RCADI*. 1924-I, t. 2, pp. 1-124.

dos, tuvo como propósito⁵⁰ revisar las tres convenciones anteriores y aprobar otras diez. Finalmente, en 1863 se da inicio al movimiento encabezado por Henri Dunant para el establecimiento del Comité Internacional de la Cruz Roja y, con ello, a la construcción del Derecho Internacional Humanitario, que culmina con la celebración de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949.

En el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial, surge el primer intento de los Estados por organizarse en una Comunidad Internacional al crearse la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Organización Internacional del Trabajo. En efecto, el Tratado de Versalles, del 10 de junio de 1920, significó el primer intento por construir una Comunidad Internacional y aportó nuevas perspectivas sobre diversas materias. Así, significó la consolidación de los Estados Unidos como nueva potencia mundial, por primera vez estableció el pago de una reparación como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por la guerra, se preocupó por la protección de las minorías, por primera vez dispuso el juzgamiento individual de un jefe de Estado (el Emperador Guillermo II) como criminal de guerra, entre otros.

En 1909, se celebra la Conferencia Naval de Londres, que reguló el bloqueo, el contrabando de guerra, la asistencia hostil, la destrucción de los barcos neutrales, la transferencia de pabellón, el carácter enemigo de los buques, el convoy, la resistencia a la visita y los daños e intereses.⁵¹

En la década del veinte surgen las primeras regulaciones del fenómeno de los refugiados, bajo la inspiración de Fridtjof Nansen, quien buscó dar ayuda a los refugiados rusos que huían de la revolución a través de la entrega de un pasaporte (pasaporte Nansen). Las Convenciones de Ginebra de 1921 y 1926 buscaron acabar con la esclavitud, la trata de blancas y de niños. El 27 de agosto de 1928 se suscribe el Pacto de Briand-Kellog, en virtud del cual las Partes contratantes renuncian a la guerra como medio de solución de controversias. Mientras, el 11 de febrero de 1929 se suscriben los Acuerdos de Letrán, que crean el Estado de la Ciudad del Vaticano, al que consideran como territorio neutral e inviolable. Finalmente, el 12 de julio de 1949 se suscriben los cuatro Convenios de Ginebra relativos a mejorar la suerte de los heridos, enfermos, prisioneros de guerra y civiles durante un conflicto armado internacional o interno.

En 1932 se elabora la Doctrina Stimson, que lleva el nombre del Secretario de Estado de los Estados Unidos que la formuló y que establecía el no reconocimiento de situaciones o convenios obtenidos por la fuerza. Dicha doctrina se incorporó en el Tratado de Washington de 1932 con ocasión del conflicto del Chaco entre Bolivia y Paraguay.

La Segunda Guerra Mundial termina con el proyecto de la Sociedad de Naciones y, al término de la misma, surgió un nuevo intento con la

⁵⁰ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., pp. 9-10.

⁵¹ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., p. 533.

creación de la Organización de las Naciones Unidas, acompañada de un conjunto de organizaciones regionales⁵² que se irían creando posteriormente. Así, podemos citar la Liga de Estados Árabes, creada por el Tratado de El Cairo el 22 de marzo de 1945, la Organización de Estados Americanos (OEA), creada en Bogotá el 30 de abril de 1948, la Organización de la Unidad Africana, constituida en Addis Abebba el 25 de mayo de 1963, entre otras.

El 8 de agosto de 1945 se crean los Tribunales de Nüremberg y Tokio para el juzgamiento de los criminales de guerra nazis y japoneses, alentando, de esta manera, el establecimiento de un Sistema de Responsabilidad Penal Individual. Se prevé la imputabilidad de cualquier individuo, sin importar si es o no agente del Estado. Se descarta como eximentes de responsabilidad el haber actuado por orden superior o el lugar donde se cometió el crimen.

La Corte Internacional de Justicia, por su parte, reemplazó a la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional.

Surge la «Guerra Fría» y la división del mundo en dos grandes bloques, bajo la hegemonía de los Estados Unidos y la Unión Soviética. En función de ello, se articulan alianzas de seguridad militar, como la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en 1949, el Pacto de Varsovia en 1955 y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) en 1948.

En 1949, se crea el Estado de Israel. En esta época, el fenómeno descolonizador alcanza su mayor desarrollo, y surgen así, los Estados de Irak, Siria, Líbano, India, Filipinas, Pakistán, Indonesia, Libia, Camboya, Laos, Vietnam, Marruecos, Túnez y Sudán.

Hacia la segunda mitad de siglo XX, se inician los primeros intentos de integración con la creación del Pacto Andino (1969) y las Comunidades Europeas (1951 y 1957). Asimismo, se impulsa la internacionalización de la protección de los Derechos Humanos a raíz de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), así como de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966). En América, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (mayo de 1948) daría lugar a la Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

En la década del sesenta se elaboran las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Relaciones Consulares (1963) y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Posteriormente, en 1978, se elaboraría la Convención sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados; en 1982, la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar; en 1983, el Convenio sobre Sucesión de Estados en

⁵² PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 10.

materia de bienes, archivos y deudas de Estado, y, en 1986, la Convención sobre Derecho de los Tratados entre Organizaciones Internacionales y Estados, y entre Organizaciones Internacionales entre sí.

En 1989, luego de un proceso de reformas y apertura, se inicia la desintegración de la Unión Soviética y el surgimiento de la Comunidad de Estados Independientes así como la independencia de otras repúblicas que la integraban (21 de diciembre de 1991). El 3 de octubre de 1990 se produce la reunificación alemana, el 28 de noviembre de 1990 se autoriza al Consejo de Seguridad el empleo de la fuerza contra Irak por su invasión a Kuwait y el 26 de junio de 1991 se produce la disolución del Pacto de Varsovia.

Con la caída de la Unión Soviética, el bloque de Estados socialistas entra en crisis y se producen conflictos nacionales, étnicos y religiosos que conllevan la secesión de diversos Estados europeos como Checoslovaquia, de manera pacífica, y Yugoslavia, de manera violenta.

La ONU comenzaría a desempeñar un rol importante en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, reconstruyendo países en vías de disolución como Haití o Somalia; creando Tribunales Internacionales destinados a determinar la responsabilidad penal internacional del individuo, como fue el caso de los Tribunales para juzgar los crímenes en la ex Yugoslavia y en Ruanda, o la reciente Corte Penal Internacional creada por el Tratado de Roma en julio de 1998.⁵³

2. Concepto

Son diversas las definiciones que pueden ser formuladas en relación con Derecho Internacional Público. Algunas se caracterizan por estar impregnadas de una ideología determinada,⁵⁴ otras por limitar la definición a un señalamiento de los sujetos regulados,⁵⁵ otras prefieren basarse en el

⁵³ BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia, 1999, pp. 36-39.

⁵⁴ En el caso de los autores soviéticos como TUNKIN, Gregory. *Curso de Derecho Internacional*. Libro 1. Moscú: Progreso, 1980, pp. 22-23 y KOROVIN. *Derecho Internacional Público*. México: Academia de Ciencias de la URSS, 1963, p.11: «Derecho Internacional es el conjunto de normas que se desarrollan sobre la base del acuerdo entre Estados y que gobiernan sus relaciones en el proceso de luchas y cooperación entre ellos, y que expresando la voluntad de las clases dirigentes, son impuestas en caso de necesidad, por la presión (coacción) aplicada por los Estados en forma colectiva o individual». VYSHINSKY. *Questions of International Law and International Policy*. 1949, p. 480: «El Derecho Internacional es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados en sus conflictos y cooperación, que expresan el deseo de sus clases gobernantes y están protegidos por la coactividad [...]».

⁵⁵ Como es el caso BLUNTSCHLI. *Das Moderne Völkerrecht*. 3.ª edición. 1878, p. 59: «Derecho Internacional Público es el orden universal reconocido que reúne a los diversos Estados en una comunidad jurídica humana»; HEFFTER. *Das Europäische Völkerrecht*. 1888, p. 42; BRIERLY, James. *The Law of Nations*. 1976, p. 7, para quien el

procedimiento de elaboración de sus normas,⁵⁶ mientras un último grupo elabora una definición basada en las fuentes que componen esta disciplina.⁵⁷

No obstante, nosotros nos inclinamos por definir el Derecho Internacional como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los diferentes sujetos de derecho que integran la Comunidad Internacional,⁵⁸ definición que es compartida por la mayoría de la doctrina de los publicistas.⁵⁹

Derecho Internacional es el conjunto de reglas y principios de conducta que obligan a los Estados civilizados en sus relaciones mutuas. FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Public*. París: 1921-1926, t. I: «Es el conjunto de reglas que determinan los derechos y deberes respectivos de los Estados en sus relaciones mutuas»; BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. París, 1846, p. 11: «[...] es la colección de leyes o reglas generales de conducta que las naciones o Estados deben observar entre sí para su seguridad y bienestar común»; CALVO, Carlos. *Le Droit International Théorique et Pratique*. 5 volúmenes. París: 1880: «[...] es el conjunto de reglas de conducta observadas por las distintas naciones en sus relaciones mutuas»; KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1961, p. 3: «es el conjunto de normas que [...] regulan la conducta de los Estados en sus relaciones mutuas»; VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Barcelona, 1929, p. 7: «aquel que determina los derechos y deberes recíprocos de los Estados pertenecientes a la Comunidad Internacional»; BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 2 y 3; HACKWORTH. *Digest of International Law*. Vol. 1, 1940, p. 3: «El Derecho Internacional consiste en un conjunto de normas que rigen las relaciones entre los Estados». En el mismo sentido, se pronunció la C.P.J.I. en el asunto *Lotus*. C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 18: «El Derecho Internacional rige las relaciones entre Estados independientes. Las reglas de derecho que vinculan a los Estados proceden, pues, de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en convenciones o en usos que se aceptan generalmente como consagradores de principios de derecho [...]».

⁵⁶ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992, p. 27: «conjunto de normas que, creadas mediante procedimientos apropiados por dos o más Estados o por la comunidad internacional, tienen un carácter jurídico para sus destinatarios»; SUY, E. «Sur la Définition du Droit des Gens». En: R.G.D.I.P. 1960, p. 770; MORENO QUINTANA, Lucio. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1936: «[...] es el sistema de normas obligatorias que, nacidas del consentimiento expreso o tácito de los Estados, determina los derechos y los deberes de las personas internacionales».

⁵⁷ ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional en Tiempos de Paz*. Buenos Aires, 1951, t. I, p.13: «[...] un conjunto de principios teóricos y de reglas consuetudinarias y convencionales, que determinan los derechos y los deberes de los Estados considerados como miembros de la comunidad de naciones». OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1961, t. I, vol. I, p. 4: «Derecho Internacional es el nombre dado al conjunto de reglas consuetudinarias o convenidas en tratados considerados con fuerza jurídica obligatoria para todos los Estados en sus relaciones mutuas».

⁵⁸ MONACO, Riccardo. *Manuale di diritto internazionale pubblico*. Turin: Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1982, p. 4: «La primera aproximación a la noción del derecho internacional nace de la conexión entre la sociedad internacional y el fenómeno jurídico a ella inherente».

⁵⁹ STRUPP, Karl. *Eléments du Droit International Public, Universel, Europeen et Américan*. París, 1930, t. I, p. 2: «Es el conjunto de reglas jurídicas que tienen por objeto los

Ese conjunto de normas jurídicas (no morales ni de cortesía) suele estar constituido por la costumbre, los tratados, los principios generales del derecho, los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales.

Por su parte, son considerados sujetos del Derecho Internacional no solo los Estados, sino también las Organizaciones Internacionales, los individuos, los grupos beligerantes y los movimientos de liberación nacional, aunque no con capacidades idénticas.

De otro lado, las relaciones que son objeto de regulación versan hoy sobre materias muy diversas, que incluyen no solo la guerra y la paz,⁶⁰ sino por ejemplo el espacio ultraterrestre y los fondos marinos, la contaminación ambiental, la energía nuclear, la integración y cooperación internacional, así como la protección de los derechos humanos.⁶¹

derechos y los deberes de los Estados o de los otros sujetos del Derecho de Gentes»; MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981, t. I, p. 14; PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1985, t. 1, p. 3; ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: «es el conjunto de principios o reglas destinado a regir los derechos y deberes internacionales, tanto de los Estados o de otros órganos internacionales, como de los individuos»; HAMBRO, E. «The Relation between international Law and Conflict Law». En: *Recueil des Cours*. Vol. 105, 1962, p. 65: «Son normas basadas en los tratados, la costumbre y los principios generales del Derecho que son habitualmente aplicadas por los Estados, las Organizaciones Internacionales y aquellas otras personas que se consideran sujetos del Derecho Internacional por los medios que determina el propio Derecho Internacional Público»; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho Internacional Público*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 67; FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 31: «En términos amplios puede definirse el Derecho Internacional como un cuerpo de principios generales y reglas específicas que vinculan y obligan a los miembros de la comunidad internacional en el ejercicio de sus relaciones mutuas»; SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1964, p. 3; SEARA, Modesto. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1974, p. 23: «El Derecho Internacional Público es el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre sujetos internacionales».

⁶⁰ Señala así PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 4: «Desde fines del siglo XIX se incurre a veces en el exceso de dividir la obra en dos partes, como si hubiese un derecho para el tiempo de paz y otro para el tiempo de guerra; más todavía, hay quienes suprimen todo lo referente a la guerra».

⁶¹ Es cada vez menor el número de materias que son de exclusiva jurisdicción interna de los Estados. Así, el Dominio Reservado del Estado puede extenderse hoy a: la forma de gobierno, la organización constitucional, el comercio exterior, el sistema monetario, la inmigración, entre otros. BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 7. No obstante, como señala Kelsen: «El Derecho Internacional puede regular todos los asuntos, incluso aquellos que son regulados normalmente sólo por el derecho interno y que por ello son considerados asuntos internos». KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. 1967, p. 292.

3. Terminología

La denominación *Derecho Internacional* o *Derecho de Gentes* tiene como primer antecedente el *jus gentium* del Derecho Romano, destinado a regular las relaciones entre los romanos y los bárbaros (extranjeros), o los derechos de estos últimos entre sí en el territorio del Imperio Romano.⁶²

Sobre esto último, sostiene Iglesias:

La fase del *ius gentium* se extiende desde el final de la segunda guerra púnica —201 a. C.—, hasta la muerte de Alejandro Severo —235 d. C.—, cuando cesa el predominio de Roma y de Italia [...]. Desaparece la ciudad Estado, transformándose la comunidad patricio-plebeyos en el centro de un colosal Imperio. No el Imperio, uno y universal es el *ius gentium*. Derecho exento de forma, regulador del comercio, aplicable entre romanos y frente a extranjeros [...].⁶³

Grocio, en su libro publicado en 1625, denominado *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, agrega como subtítulo *Derecho Natural y Derecho de Gentes*. Otros autores, desde Puffendorf en 1649, comenzaron entonces a darle a aquel conjunto de normas el nombre de *Derecho Natural y de Gentes*.⁶⁴

El inglés Ricardo Zouch escogió como título para su obra el de *jus faciale en vez de jus gentium* (1650). Sin embargo, ese mismo año añadió el segundo título de *jus inter gentes*. Años más tarde, en 1679, en su obra *Derecho Natural y Derecho de Gentes*, Samuel Rachel afirmaría que el *jus gentium* no era otra cosa que el derecho entre naciones.⁶⁵

Posteriormente, hacia fines del siglo XVII, dos teólogos españoles, Francisco de Vitoria y Francisco Suárez publicarían la obra *Jus Inter Gentes* o *Derecho entre los Pueblos*, donde se señalaba la necesidad de crear un ordenamiento jurídico que regulara las relaciones entre los Pueblos, conformado por costumbres, pactos y principios del derecho natural.

En el siglo XVIII, el término *derecho de gentes* domina la doctrina internacionalista plasmada en las obras de Vattel y De Martens, principalmente, por obra del primero, que asigna preminencia al Derecho de

⁶² Sin embargo, para la mayoría de autores, estamos ante un antecedente impropio, pues no se trataba de un ordenamiento establecido libremente por las naciones, sino que se trataba de una ley civil interna. Véase WHEATON, Henry. *Historia del Derecho de Gentes*. T. I, 1861, p. 22. En el mismo sentido, señala NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949, p. 15: «El *ius gentium* es un derecho nacional de Roma y virtualmente Derecho Privado; esto es, se refiere a las relaciones entre los individuos».

⁶³ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: 1972, p. 42.

⁶⁴ PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. Ob. cit., p. 3.

⁶⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 111.

Gentes sobre el Derecho Natural. El término *Derecho Internacional* proviene también de ese siglo, concretamente del libro de Jeremías Benthan publicado en 1780 bajo el título *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Sobre esto señala Nussbaum: «Mediante una de sus más felices innovaciones lingüísticas inventó el término 'internacional', especialmente oportuno porque conduce fácilmente a formas derivadas de él».⁶⁶

Algunos autores como Kant plantearían alternativamente en el siglo XVIII denominar esta disciplina *Derecho de los Estados*,⁶⁷ mientras otros como Miaja de la Muela sostendrían en el siglo XX la expresión *Derecho Interestatal* por reflejar la posición de la doctrina clásica de que los Estados son los principales sujetos del Derecho Internacional.⁶⁸ No obstante, estas posiciones quedarían al margen ante el surgimiento de nuevos sujetos en el ordenamiento jurídico internacional.

A fines del siglo XIX, la doctrina europea adiciona al término *Derecho Internacional* el calificativo de *Público* para distinguirlo del Derecho Internacional Privado.⁶⁹ Al incluirse el adjetivo «público», se están excluyendo «aquellas que interesan a seres o entes que entablan relaciones privadas aunque ellas vinculen dos o más sistemas jurídicos internos», en cuyo caso serán reguladas por el Derecho Internacional Privado.⁷⁰

4. Presupuestos

Señala Verdross que el Derecho Internacional no consiste en ideas carentes de arraigo, sino que constituye el orden de una comunidad determinada que se levanta sobre fundamentos sociológicos firmes. Estos fun-

⁶⁶ NUSSBAUM, Arthur. Ob. cit., p. 134.

⁶⁷ KANT, Emmanuel. *Me thaphysik der Sitten*. 1792.

⁶⁸ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Ob. cit., pp. 35-36.

⁶⁹ *Ibidem*. Ambas disciplinas se distinguen: Primero, por su objeto, es decir, por los intereses particulares o públicos que son objeto de regulación; segundo, por los sujetos internos (personas naturales o jurídicas de un Estado) o internacionales (Estado, Organizaciones Internacionales, Individuos, Grupos Beligerantes y Movimientos de Liberación Nacional) a quienes esas normas van dirigidas.

⁷⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 68 y 84: «El Derecho Internacional Privado es un conjunto de normas jurídicas que regulan las interrelaciones entre sujetos de derecho privado en las que existen uno o varios elementos extraños al derecho interno del Estado y se recurre a sus reglas cuando un tribunal interno debe decidir acerca de: cómo ejercer la jurisdicción cuando en el asunto a resolver hay un elemento extranjero; cómo aplicar el derecho extranjero en situación similar; y cuando debe reconocerse o ejecutarse una sentencia dictada por tribunales extranjeros». En consecuencia, el Derecho Internacional Privado es parte del Derecho Privado Interno de un Estado y su carácter internacional queda sólo en la denominación. Como señala BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 6: «las normas del derecho internacional privado son normas internas, no internacionales; ellas forman parte de las respectivas legislaciones nacionales».

damentos son el subsuelo del Derecho Internacional al que aseguran efectividad en la vida de los pueblos. Así, concluye, «quien quiera conocer el Derecho Internacional, habrá de tener presente ante todo sus múltiples y complejos fundamentos sociológicos».⁷¹

En este sentido, para el surgimiento del Derecho Internacional Público como disciplina jurídica, debieron presentarse las siguientes condiciones:⁷²

a) La Existencia de una Pluralidad de Sujetos: Dada la existencia de distintos sujetos, resultaba indispensable la existencia de un ordenamiento jurídico que regulara sus relaciones. Si solo existiera un Estado Mundial, bastaría la presencia de un Derecho nacional que regulara las relaciones en su interior. Ni en el seno del Imperio Romano ni en el del Carolingio, existió un Derecho Internacional.⁷³ Precisamente, la pluralidad exigió un derecho particular.

b) La Interrelación entre estos Sujetos: Si los diferentes sujetos existentes hubieran permanecido aislados, no existirían relaciones jurídicas que regular y, por ende, esta disciplina no tendría razón de existir. Precisamente, la presencia de estas relaciones obligó a crear un derecho regulador.

En virtud de la sociabilidad inherente a la naturaleza humana, el hombre huye del aislamiento y tiende a asociarse. Los Estados, especialmente cuando han llegado a un cierto grado de cultura y de progreso, no escapan a la influencia de esta ley general que impele a los hombres a entrar en relación con otros.

c) El Sometimiento de estos Sujetos a un Ordenamiento Jurídico Común: Es inconcebible que subsistan relaciones entre varios entes sin un conjunto de normas que las disciplinen. Estas normas se aceptan no solo en razón del interés recíproco, sino en virtud de una necesidad real, ya que el reconocimiento de determinados principios jurídicos de orden internacional es requisito indispensable para poder mantener ordenadas y regulares las relaciones⁷⁴ entre los diferentes sujetos del Derecho Internacional.

La Comunidad Internacional solo puede existir si los sujetos que la conforman tienen una cierta comunidad de ideas morales y jurídicas, es decir, una conciencia jurídica común.

⁷¹ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, p. 13.

⁷² DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1948, pp. 3 y ss.

⁷³ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 4.

5. Características del Derecho Internacional

El ordenamiento jurídico internacional presenta una serie de características que lo distinguen de los ordenamientos internos. Al respecto señala Pastor Ridruejo:

Comparado con los Derechos internos de los Estados, el Derecho Internacional Público se nos presenta como una disciplina jurídica especialmente problemática, caracterizada por unas acusadas carencias institucionales que motivan incertidumbre y relativismo en el plano normativo, insuficiencias graves en la prevención y sanción de las violaciones y una política extendida [...] en la solución de controversias.⁷⁵

En este sentido, señala Ago:

El sistema jurídico de la Comunidad Internacional se presenta, en efecto, como aquel de una sociedad formada no por los individuos, o a la vez, por individuos y asociaciones, sino exclusivamente por una pluralidad de sociedades, ellas mismas jurídicamente organizadas y que no admiten, en su vida asociada, ninguna relación de subordinación recíproca, ni la intervención de ninguna entidad jerárquicamente superior, sino solamente relaciones de coordinación sobre una base paritaria.⁷⁶

Para Monaco, «el ordenamiento jurídico internacional es *autónomo, originario, organizado sobre una base paritaria*».⁷⁷ Finalmente, Podesta Costa considera que todo derecho supone tres elementos: «la ley que lo define, el órgano encargado de aplicar la ley y la sanción consiguiente para el transgresor. Encuéntrase todo ello en el Derecho interno; pero no aparece con igual plenitud en las relaciones entre Estados».⁷⁸ Adicionalmente, existen otras características que hacen del Derecho Internacional, un ordenamiento particular. Veamos estas características.

5.1. Ausencia de un órgano legislador centralizado

A diferencia de los ordenamientos jurídicos nacionales que poseen un órgano centralizado y permanente destinado a la elaboración de normas jurídicas, sin participación de los individuos que serán los destinatarios

⁷⁵ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 27.

⁷⁶ AGO, Roberto. «Science juridique et Droit International». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, p. 858.

⁷⁷ MONACO, Riccardo. *Ob. cit.*, p. 15.

⁷⁸ PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. *Ob. cit.*, p. 27.

de estas, en el Derecho Internacional no ocurre tal cosa.⁷⁹ La producción de normas jurídicas corre fundamentalmente por cuenta de los Estados, a través de la celebración de un tratado, mediante la práctica reiterada y uniforme con la convicción de que es jurídicamente obligatoria, a través de una conciencia jurídica común que determina la aparición de los principios generales del derecho, o por el surgimiento de una norma universalmente aceptada como obligatoria (*ius cogens*).⁸⁰

El Estado, en el Derecho Internacional, es al mismo tiempo agente generador de normas internacionales y sujeto de ellas. Ningún órgano de la Comunidad Internacional es capaz de dictar normas jurídicas obligatorias para la totalidad de sus miembros. La Asamblea General de Naciones Unidas, no obstante el alto grado de representatividad que posee, solo es capaz de dictar disposiciones con carácter de recomendación. Si bien nadie puede negar la influencia que estas resoluciones ejercen en la formación y evolución del Derecho Internacional, en modo alguno desempeñan la función que cumplen las leyes en los ordenamientos internos de los Estados. Según Ago:

En el seno del orden jurídico internacional, orden de una sociedad rigurosamente paritaria, un procedimiento normativo de tipo legislativo, consistente en la creación de reglas válidas para todo el mundo a través de manifestaciones unilaterales de voluntad de un sujeto determinado, es inconcebible.⁸¹

En consecuencia, en el Derecho Internacional, la función creadora de normas generales se verifica conforme a otros mecanismos formales,⁸² distintos de los establecidos por el Derecho interno.

5.2. Ausencia de un órgano jurisdiccional obligatorio

Mientras en el derecho interno se contempla la presencia de tribunales judiciales y arbitrales competentes para conocer de cualquier controversia surgida en el territorio nacional, en el Derecho Internacional no existe un tribunal al cual todos los Estados de la Comunidad Internacional se

⁷⁹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 90: «No se puede evocar la ausencia de legislador en la sociedad internacional, más que si se tiene de esta institución una visión «internista», rígida y restrictiva. Es correcto que no existe un órgano especializado en la dación de normas, pero, como en todo orden jurídico, las normas internacionales son objeto de un proceso formal de elaboración en el cual intervienen en primer lugar los estados, a la vez autores y destinatarios principales de esas reglas (al igual que en el derecho interno las partes en un contrato son los autores y los destinatarios)».

⁸⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., pp. 90-91.

⁸¹ AGO, Roberto. Ob. cit., p. 944.

⁸² MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 21.

encuentren sometidos. Más aun, si bien existe la obligación de los Estados de arreglar pacíficamente sus controversias, los Estados son libres para elegir el medio de solución más adecuado, por lo cual estamos hablando de una obligación de medios.

El sometimiento a una jurisdicción internacional por parte de los Estados es enteramente voluntaria. En este sentido, se requiere la aceptación de todas las partes involucradas en una controversia para someter esta a conocimiento y resolución de un tribunal internacional.

Por otro lado, señala Vargas Carreño, en cuanto «al elemento de la jerarquización, propio de los órganos jurisdiccionales del derecho interno, ella no existe respecto de los tribunales internacionales, los que son autónomos e independientes entre sí». Los tribunales internacionales por lo general, suelen ser de única instancia y sus fallos no son susceptibles de apelación.⁸³

5.3. Ausencia de un órgano sancionador o coactivo

A diferencia de los derechos nacionales donde la norma puede ser impuesta coactivamente en caso de que los individuos no la cumplan voluntariamente, en el Derecho Internacional no existe un órgano supraestatal capaz de imponerla de manera coactiva o de sancionar su incumplimiento. Sin embargo, la ausencia de sanción no priva de eficacia al derecho internacional, menos aún lo torna inexistente.⁸⁴

Quizá uno de los pocos casos de excepción viene constituido por los artículos 42 y 94 de la Carta de Naciones Unidas, que facultan al Consejo de Seguridad a hacer uso de la fuerza cuando está en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y para lograr el cumplimiento de los fallos dictados por la Corte Internacional de Justicia. No obstante, se trata de situaciones de excepción.

Por otro lado, debe tenerse claro que en el Derecho Internacional existe otro tipo de sanciones mediante las cuales es también posible lograr la ejecución de lo que se debe en justicia. Existe «un sistema para dirigir el comportamiento de los sujetos de Derecho Internacional hacia la consecución del objeto final de la Comunidad Internacional».⁸⁵ Por ello, estamos frente a un sistema de normas que combina el uso de la fuerza con otros mecanismos de coerción.⁸⁶

⁸³ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 37-38.

⁸⁴ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 92.

⁸⁵ PEIRANO BASSO, Jorge. «Naturaleza y Fundamento del Derecho Internacional Público». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I, p. 196.

⁸⁶ Otras sanciones de carácter inorgánico administrados por los propios Estados lesionados son señaladas por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 35: «el retiro de

Precisamente, estas tres carencias principales del ordenamiento jurídico internacional sumadas a otras objeciones a su juridicidad, como su contenido inseguro y escaso, no sistemático, oscuro, con nociones imprecisas y gran cantidad de excepciones y frecuentemente violado, motivaron el surgimiento de doctrinas que niegan la naturaleza jurídica del Derecho Internacional, que entendieron esta disciplina como un conjunto de normas morales o de cortesía.⁸⁷

Los negadores teóricos del Derecho Internacional, entre los que se encuentran Hobbes,⁸⁸ Espinoza⁸⁹ y Seydel, sostienen que la existencia del sistema no es objetivamente comprobable, es decir, no es demostrable empíricamente. Asimismo, postulan que la soberanía de los Estados es incompatible con la sumisión de estos a ciertos vínculos internacionales con otros Estados; y que la aceptación de este ordenamiento jurídico se opone al cometido supremo del Estado, el cual es el bienestar de sus nacionales.⁹⁰

Frente a esto, Jiménez de Aréchaga responde:

Si por poseer el atributo de la soberanía los Estados no pudieran ver limitada su voluntad, todos estarían legitimados a hacer lo que desearan en la medida en que lo pudiesen y, en algún momento, uno de los Estados entre todos podría reunir suficiente poder como para imponerse a todos los demás, haría desaparecer la soberanía de estos y la propia desaparecería al desnaturalizarse y transformarse en su-

los agentes diplomáticos o la ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado infractor; la suspensión del cumplimiento de un tratado respecto del Estado que lo ha violado o dejado de cumplir; el no reconocimiento de una situación surgida en violación al Derecho Internacional, etc». En el mismo sentido, señalan KAPLAN, Morton y Nicholas de B. KATZENBACH. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. México: Limusa-Wiley, 1965, p. 55: «Los Estados no tienen libertad para violar las normas sin pagar un buen precio y, en muchos casos, sin que sufran la coerción o el castigo de otros Estados a los que interesa mantener las normas. Así las sanciones del Derecho Internacional pueden derivarse de una motivación interna o de la acción externa. En cualquiera de los casos, las sanciones son reales y, en cualquiera de estos casos, la vida del Estado estará regulada, por lo menos en parte, por el derecho, y no por el capricho».

⁸⁷ WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Madrid, 1950, p. 12 y sgts. Ver: PEIRANO BASSO, Jorge. Ob. cit., p. 194: «Hobbes, Austin y Puchta dirán que el derecho internacional es moral [...]. Binder dirá que es parte moral y parte usos sociales. Pollock, costumbres y observancias de una sociedad que todavía no se desarrolló plenamente, y que aún no son derecho pero están en vías de serlo. Para Savigny, Welson y Zitelmann, será un derecho imperfecto».

⁸⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. T. II, capítulos XVII y XXVI.

⁸⁹ ESPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político* (1672) sostuvo que los Estados viven en un Estado de naturaleza, en el cual el derecho de cada uno de ellos va hasta donde llega su poder. El principio de autoconservación es, en consecuencia, el supremo principio de orden moral tanto entre los Estados como entre las personas y los animales.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 69.

premacía. Como consecuencia inevitable la soberanía estatal que no puede someterse a una voluntad ajena, necesariamente debe someterse a un orden jurídico que preserve su existencia. Ese orden jurídico no puede ser estructurado a partir de un señorío, lo que desnaturaría la soberanía, debiendo estructurarse a partir de la idea de coordinación. Se crea entonces un sistema jurídico de coordinación, el Derecho Internacional Clásico que armoniza sus mandatos con el atributo de la soberanía que poseen sus sujetos que a la vez lo crean.⁹¹

Adicionalmente, los negadores teóricos negarán carácter jurídico a las normas del Derecho Internacional, basados en la forma de su elaboración y en la carencia de ejecutabilidad coercitiva. Concluyen en que el Derecho Internacional no es derecho porque carece de fuerza sancionadora, porque sus preceptos son meros mandatos de la prudencia, carentes de obligatoriedad. Esto dará nacimiento a una nueva vertiente al interior de los negadores teóricos. Nos referimos a la teoría del jurista inglés John Austin, fundador de la *Analytical School of Jurisprudence*, quien sostiene que el Derecho Internacional es en realidad un sistema de preceptos morales o reglas de cortesía internacional.⁹² Para este autor, las reglas del Derecho Internacional, al no estar amparadas por un poder superior capaz de imponerlas sino tan solo por la opinión pública, como las reglas de la moda o de la cortesía, comparten la misma naturaleza que estas últimas.⁹³

Sin embargo, las características que poseen las normas del Derecho Internacional, entre las que figuran su elaboración a cargo de los propios destinatarios y la ausencia de coerción, mal pueden servir para negarle carácter jurídico. Lo que sucede es que nos encontramos frente a un ordenamiento jurídico que tiene como sujetos a entes soberanos, razón por la cual presenta características propias y una estructura distinta a la que poseen los ordenamientos jurídicos de subordinación.

En este sentido, precisa Sorensen:

Es un error poner demasiado interés en la existencia, por parte de los sistemas nacionales de derecho, de órganos para la ejecución de sus normas, y en la ausencia de cualquier contrapartida internacional equivalente de ellas. Es igualmente un error suponer que los conflictos que han lacerado y dividido la comunidad internacional sean sólo manifestaciones de carencia de derecho. Ningún sistema jurídico de-

⁹¹ Ibidem, p. 71.

⁹² CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá: Themis, 1983, t. I, pp. 75-76.

⁹³ Ibidem, p. 76. AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, p. 877: «El derecho internacional se encuentra entonces, con esta escuela, de cara a una negación explícita, no solamente de su cualidad de derecho positivo, sino directamente de su carácter jurídico».

pende completamente, para su efectividad [...] de la aplicación o imposición por medio de un poder superior. Si los hombres se decidieran a no obedecer el derecho dentro del Estado, jamás podría haber suficiente policía para forzarlos a variar tal conducta.⁹⁴

Sobre lo mismo, concluye Mello que quienes niegan la existencia del Derecho Internacional Público están ofuscados por su visión del Estado moderno y del derecho estatal interno empeñándose en comparar el Derecho Internacional con aquel.⁹⁵ El Derecho Internacional es un ordenamiento jurídico que posee sus propias características, sujetos y fuentes, por lo cual, el molde que los negadores de su existencia quieren imponer al Derecho Internacional resulta improcedente.

En el estado actual del Derecho Internacional el Estado «sólo admitirá reglas en cuya formulación haya participado directamente él y sus iguales. Tampoco podrá admitir sin perder el atributo de la soberanía que se le obligue a someter las controversias que tiene con sus iguales a la decisión vinculante de un tercero; y definitivamente le es imposible sin que se den las mismas consecuencias permitir o contribuir a la creación de una fuerza coercitiva que escape totalmente a su control y pueda obligarle a adoptar ciertas conductas o imponerle sanciones por sus desviaciones».⁹⁶

Esto último encuentra su explicación en el hecho de que si bien la soberanía de los Estados sufre hoy una pertinente limitación, su desaparición total implicaría la desaparición del Estado mismo. Como señala Jiménez de Aréchaga: «Los Estados temen las reglas que pueden hacerle perder su soberanía, pero tanto como a esto temen al vacío jurídico que puede hacerles perder su existencia independiente».⁹⁷

5.4. Coexistencia de normas generales y particulares

Una cuarta característica del ordenamiento jurídico internacional es que, en su interior, coexisten normas generales o universales⁹⁸ y normas

⁹⁴ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 55-56.

⁹⁵ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. En el mismo sentido señala WALZ, G. Ob. cit. «El Derecho Internacional es derecho; no es simple moral, ni es tampoco un complejo de usos sociales; pero es un derecho de sello particular, que, comparado con el derecho estatal, ofrece marcadas particularidades».

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 76.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 78.

⁹⁸ Algunos autores distinguen, sin embargo, el Derecho Internacional Universal (que obliga sin excepción a todos los miembros de la Comunidad Internacional) del Derecho Internacional General (que se aplica a la mayoría de Estados). Véase SEPÚLVEDA, César. Ob. cit., p. 3.

particulares. La norma general obliga a toda o casi toda la Comunidad Internacional,⁹⁹ mientras la norma particular obliga a uno o más sujetos del Derecho Internacional.

En este sentido, el Derecho Internacional General estará constituido por normas consuetudinarias generales, principios generales del derecho¹⁰⁰ y tratados multilaterales con vocación universal, que agrupen a la mayoría de Estados de la Comunidad Internacional.¹⁰¹ El Derecho Internacional Particular estará conformado, por los tratados, costumbres regionales y locales, actos unilaterales de los Estados y ciertos actos de las organizaciones internacionales.

Por último, cabría señalar, que estas normas generales o particulares de Derecho Internacional, deben responder a tres condiciones:

- a) Establecer una obligación: no constituyen normas jurídicas las manifestaciones de deseos o de exhortaciones, los consejos, pareceres y recomendaciones.¹⁰²
- b) Formular una obligación jurídica: no una obligación política o moral.¹⁰³
- c) Enunciar una obligación jurídica internacional: es preciso que la validez y eficacia de la normas en concreto dependa del Derecho Internacional y no se trate de una obligación jurídica impuesta por un derecho nacional.¹⁰⁴

5.5. Presencia de una misma norma en fuentes diversas

En el Derecho Internacional suele ocurrir que una misma norma jurídica puede ser recogida simultáneamente por más de una fuente de este ordenamiento. Así, es perfectamente posible que una norma consuetudinaria sea recogida en un tratado o que una norma convencional sea a la vez un principio general del derecho.

Un ejemplo es el de la norma *Pacta Sunt Servanda*, contenida en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y que en su origen es una norma consuetudinaria.

⁹⁹ BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 21: «Se llama 'derecho internacional general' al que conforman las normas jurídicas internacionales que son válidas para *todos* los sujetos de derecho internacional y es una denominación que puede aplicarse prácticamente sólo al derecho consuetudinario».

¹⁰⁰ BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 6.

¹⁰¹ Ibidem, p. 7: Es el Caso de la Carta de Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los Pactos sobre Derechos Humanos, entre otros.

¹⁰² REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido. Barcelona: Bosch, 1982, pp. 39-40.

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 40.

Esta coexistencia de normas provenientes de fuentes diversas no plantea problemas de derogación, sino que, por el contrario, reasegura la eficacia de la norma. Así, en el caso Nicaragua, ante la imposibilidad de aplicar los tratados multilaterales de los cuales los litigantes eran partes, se recurrió supletoriamente a la costumbre internacional que recogía la misma regla.¹⁰⁵ En este sentido, señaló la Corte: «no es necesario subrayar la importancia, para el presente diferendo, del hecho que la norma consuetudinaria continúa existiendo al costado de la norma convencional».¹⁰⁶

5.6. Derecho de Coordinación

Finalmente, Moncayo entiende que, «para la ciencia jurídica en general, el Derecho Internacional es un derecho de coordinación y no un derecho de subordinación. El Derecho Internacional no es un mandato de un superior dirigido a un sujeto subalterno, sino que es la formulación jurídica de las relaciones entre Estados. El hecho de que los Estados, [...] sean a la vez sujetos de derecho y sus agentes generadores, solamente pueden llevar a la existencia de un sistema de coordinación de voluntades soberanas».¹⁰⁷

6. Fundamento del Derecho Internacional

Truyol y Serra sostiene que «el Derecho Internacional es en sí mismo problemático. Y lo es sobre todo en un doble aspecto: en primer término, en cuanto que, ante la frecuencia de los ataques de que ha sido objeto, ha de reivindicar en todo momento su carácter jurídico; en segundo lugar, porque, aun admitiendo su carácter jurídico, hay que buscarle el fundamento objetivo de validez que le asegure una estabilidad y una eficacia auténtica».¹⁰⁸

En relación con esto último, la doctrina de los publicistas¹⁰⁹ entiende que tratar de explicar el porqué de la norma jurídica internacional es

¹⁰⁵ GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I, p. 95.

¹⁰⁶ I.C.J. Reports, 1986, p. 94, para. 176. Citado por GAMIO, José María. Ob. cit., p. 95.

¹⁰⁷ MONCAYO, Guillermo y Otros. Ob. cit., p. 25. MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 12.

¹⁰⁸ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977, p. 39.

¹⁰⁹ MONCAYO, Guillermo y Otros. Ob. cit., p. 52; VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 38: «En realidad esas interrogantes no son propias sólo del derecho internacional y, más bien, pertenecen a la sociología y a la filosofía del derecho, respectivamente».

competencia de la filosofía jurídica, en tanto el fundamento de la obligatoriedad de una norma jurídica es siempre extrajurídico. Al Derecho Internacional —señalan— solo le interesa cómo una norma jurídica es creada y no por qué es creada. Por lo demás, la observancia de las normas internacionales por la Comunidad de Estados es la mejor prueba del carácter obligatorio de estas.¹¹⁰

No obstante, si bien coincidimos en términos generales con esta apreciación, creemos también, como Arbuet, en el sentido de que aún tratándose este tema «de un asunto eminentemente especulativo y conceptual, con profundas conexiones con la posición filosófica que se adopte no deja por ello de poseer una inmensa importancia práctica en cuanto respaldo de las normas de derecho positivo», en tanto si al sujeto destinatario de la norma internacional «se le ha explicado la razón de su obligatoriedad, si la comprende, si la comparte, estará más dispuesto a cumplirla, evitará violarla y cooperará con otros para que se respete».¹¹¹

En este sentido, resulta fundamental analizar las diversas teorías que han buscado establecer el fundamento de la obligatoriedad de la norma internacional, más allá de los métodos en virtud de los cuales la norma es creada. Básicamente, se suele señalar la presencia de dos grandes tendencias:

6.1. Teorías Subjetivas o Voluntaristas

Estas teorías entienden que el fundamento de toda norma jurídica radica en la voluntad humana. Y, si el derecho interno descansa en el asentimiento de los ciudadanos, el Derecho Internacional se funda en el consentimiento de los Estados. Su postulado básico expresa que la suprema voluntad de los Estados es la que da contenido jurídico a las normas internacionales.¹¹² Partiendo de este postulado básico, al interior de esta teoría, surgirán diversas posiciones:

6.1.1. Doctrina de la Autolimitación

Esta doctrina es defendida por Hegel y Jellinek,¹¹³ quienes plantean que cada Estado conforme a sus intereses y necesidades, puede decidir obligarse soberanamente frente a uno o más Estados. Para Hegel, el Estado es el poder absoluto sobre la tierra, por lo cual no puede existir un orden jurídico superior a él.¹¹⁴ En tal sentido, la capacidad del Estado de decidir

¹¹⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 58.

¹¹¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 100.

¹¹² MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 46.

¹¹³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970, pp. 78 y ss.

¹¹⁴ Véase la obra de HEGEL, Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. 1821.

libremente asumir una obligación internacional implica también la capacidad de desobligarse. Jellinek admite que un Estado tiene derecho a liberarse de las obligaciones contraídas que juzgue contrarias a sus intereses.

El mismo autor señala que el Estado soberano no puede ser sometido a una voluntad ajena, pero, en cambio, puede limitar su propia voluntad tanto frente a sus súbditos (ámbito interno), como respecto a sus iguales, los demás Estados (ámbito externo); «cuando hace esto último se impone a sí mismo el deber de respetar el orden jurídico internacional que ha contribuido a crear con el consenso de otras autoridades estatales».¹¹⁵

En el mismo sentido, señala Podesta Costa, según esta doctrina, el Estado «por obra de su propia voluntad, establece limitaciones a su poder cuando lo estima necesario para entrar en el sistema internacional; de donde resulta que el Derecho Internacional es obligatorio porque el Estado es capaz de obligarse a sí mismo».¹¹⁶

Esta posición, compartida por Carré de Malberg,¹¹⁷ Méhrignac¹¹⁸ y Zorn,¹¹⁹ ha generado numerosas críticas por parte de la doctrina de los publicistas, en tanto si el Derecho Internacional se basara exclusivamente en la voluntad de los Estados susceptible de ser unilateralmente modificada, ello conllevaría a la inestabilidad jurídica de las relaciones internacionales y, finalmente, a la negación misma del Derecho Internacional.¹²⁰

6.1.2. Doctrina de la Voluntad Común

Esta doctrina, elaborada por Triepel¹²¹ y seguida por Anzilotti y Cavaglieri, surge como respuesta a la doctrina anterior. Esta entiende que la norma internacional no puede ser producto de una voluntad autónoma, soberana y unilateral del Estado, sino de un acuerdo de voluntades, ya sea que esta se manifieste expresamente, como en los tratados, o tácitamente, como en las costumbres internacionales; en este sentido, exige la presencia de al menos dos voluntades concordantes.¹²²

¹¹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 115.

¹¹⁶ PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. Ob. cit., p. 25. ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, p. 35: «En esta construcción el derecho internacional no es más que la suma de sistemas de derecho público exterior de los Estados».

¹¹⁷ CARRÉ DE MALBERG, A. *Contribution à la théorie Générale de l'Etat*. T. I, 1920, n.º 79.

¹¹⁸ MÉHRIGNAC, Alexandre. *Traité de Droit International Public*. París: 1905-1912.

¹¹⁹ ZORN, Albert. *Grundzüge des Völkerrechts*. 1903, 2.ª edición.

¹²⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. «¿Dónde encontrar el fundamento de la obligatoriedad del Derecho Internacional?». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 101.

¹²¹ TRIEPEL, Heinrich. «Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International». En: *RCADI*. Vol. I, 1923, pp. 77 y ss.

¹²² ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 35.

El Estado se encuentra entonces «ante una norma objetiva, que no es un contrato con intereses opuestos ni es tampoco simple adición de las voluntades particulares, sino un resultado nuevo proveniente de la voluntad colectiva».¹²³ De esto derivan la imposibilidad de que un solo Estado pueda decidir unilateralmente dar por terminada una obligación jurídica, sin que ello implique la comisión de un hecho ilícito internacional. Al respecto señala Triepel:

Desde el momento en que una norma ha sido creada mediante un acuerdo, sólo puede ser derogada mediante otro acuerdo; lo que surgió mediante la formación de una voluntad común sólo puede desaparecer mediante un cambio de la misma voluntad común, nunca con el cambio de una voluntad individual de las que formaban la voluntad común [...]. La declaración del cambio de voluntad hecha sólo por un Estado no es, pues, suficiente para derogar para él la norma jurídica promulgada antes con su aprobación.¹²⁴

La teoría de Triepel, no obstante suponer un considerable avance sobre la de la autolimitación, ha sido objeto de duras y acertadas críticas, basadas fundamentalmente en que la misma no explica el fundamento de la norma internacional, sino tan solo el procedimiento de su elaboración.¹²⁵

6.1.3. Doctrina de la Delegación del Derecho Interno

Esta doctrina elaborada por Wenzel, y seguida por Lasson¹²⁶ y Kauffmann, entre otros, funda las obligaciones internacionales de los Estados en el Derecho Constitucional de cada uno de ellos, que suelen contemplar dos modos de creación de normas jurídicas teniendo como base la voluntad de los Estados: «la ley, que constituye una declaración unilateral de voluntad del Estado y el tratado, resultado de un acuerdo de voluntades». De ello se deriva que el Estado podría desligarse unilateralmente de sus compromisos internacionales modificando su Constitución.¹²⁷

Sin embargo, tal postura no solo ha sido rechazada por la práctica de los Estados sino también por la jurisprudencia internacional. Así, en una sentencia la Corte Permanente de Justicia Internacional, se ha manifestado que «un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para desvincularse de una obligación internacional».¹²⁸

¹²³ PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. Ob. cit., p. 25.

¹²⁴ CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1972, p. 31.

¹²⁵ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., 1994, p. 103.

¹²⁶ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., pp. 86-87.

¹²⁷ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 41. Véase RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 24.

¹²⁸ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 44, p. 24.

6.1.4. Doctrina de la Voluntad de la Comunidad Internacional

Señala Vargas Carreño que, como una variante de la doctrina de la voluntad común, surge esta doctrina elaborada por Lauterpacht aunque inspirada en la obra de Hall publicada años antes.¹²⁹ Para este autor, en el Derecho Internacional, es la voluntad de la Comunidad Internacional manifestada en las fuentes formales de creación de las normas jurídico-internacionales, la que le confiere carácter obligatorio.¹³⁰

Lauterpacht refiere:

No hay razón por la cual la hipótesis original en Derecho Internacional no debiera ser que la voluntad de la Comunidad Internacional deba ser obedecida. Podría decirse, a título de una mayor explicación, que aunque en muchos casos la voluntad de la comunidad internacional deba ser deducida del mero hecho de su existencia, esto es, de la razón de las cosas, los órganos de formación de la voluntad de la comunidad internacional son en ausencia de una legislatura internacional, los Estados mismos, cuyo consentimiento es otorgado mediante costumbres o tratados y que son susceptibles de ser comprobados e interpretados imparcialmente por los tribunales internacionales. Una hipótesis inicial expresada en los términos de *voluntas civitatis maximae est servanda*, indicaría como fuente de derecho a la voluntad de la sociedad internacional [...].¹³¹

Sin embargo, esta doctrina no explica el fundamento de la obligatoriedad de normas particulares del Derecho Internacional, que son elaboradas por un número reducido de Estados. Adicionalmente, sigue centrando la explicación de la obligatoriedad de las normas en la voluntad de estos sujetos.¹³²

En general, concluye Moncayo, «las teorías voluntaristas no explican la razón última de la obligatoriedad de la norma internacional, sino que se limitan, en realidad, a describir el proceso de creación de este ordenamiento».¹³³ Nadie duda que la voluntad de los Estados resulta fundamental en la creación de la norma internacional, sin embargo, ello no explica el fundamento de su obligatoriedad.¹³⁴ Actualmente, los Estados consideran el Derecho Internacional como un sistema normativo obliga-

¹²⁹ HALL, W. *A treaties on International Law*. Londres, 1924.

¹³⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 43.

¹³¹ LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in The International Community*. Oxford, 1933, pp. 421 y 422. Citado por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 44.

¹³² VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., 1994, p. 104.

¹³³ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 48.

¹³⁴ Sobre esto señaló CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. Ob. cit., p. 35: «Sólo puede ser fuente del derecho internacional una voluntad común de diversos Estados fundada mediante un acuerdo de voluntades en una voluntad única. Sin embargo, cosa distinta es la naturaleza interna de esa voluntad común y el fundamento de su fuerza vinculante».

torio, independientemente del consentimiento, que es subjetivo y mutante. Prueba de ello es que, cuando un Estado adquiere existencia legal, queda sujeto al Derecho Internacional pre-existente. El Derecho Internacional es el que restringe al libertad de los Estados, sin tomar en consideración si consienten o no en tal restricción.

6.2. Teorías Objetivas

Estas teorías consideran que el fundamento de la obligatoriedad del Derecho Internacional se encuentra fuera de la esfera de la voluntad de los Estados. En este sentido, se señalan diversas posibilidades.

6.2.1. Doctrina Positivista

Esta doctrina, que tiene como punto de partida las ideas de Gentili, desarrolla diversas variantes hasta llegar a su cima con Vattel, continúa con Zouche, Rachel y Moser, y fue posteriormente sostenida por Kelsen¹³⁵ (en la tendencia del positivismo normativista) y Anzilotti¹³⁶ (en la del positivismo clásico), plantea que la validez de la norma jurídica internacional depende de la validez de una norma jurídica preexistente, cual es la norma *pacta sunt servanda* (los pactos son ley entre las partes).¹³⁷ A partir de esta norma, se construiría todo el ordenamiento jurídico internacional.

La norma *pacta sunt servanda*, señala Anzilotti:

Determina en consecuencia, cuáles son las normas que forman un ordenamiento jurídico determinado y les proporciona unidad. Lo que distingue el orden jurídico es que, en ese orden internacional, el principio *Pacta Sunt Servanda*, no descansa, como en el derecho interno, en una norma superior: es ella misma, la norma suprema.¹³⁸

Sobre lo mismo, señala Kelsen:

Para encontrar la fuente del orden jurídico internacional, tenemos que seguir un procedimiento semejante al que nos condujo a la

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Principios del Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965. pp. 349-358. Véase también «Théorie du Droit International Public». En: *Recueil des Cours*. 1953, t. III, n.º 84, pp. 5-203.

¹³⁶ ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Madrid: Reus, 1935. En el mismo sentido se pronuncia MORELLI, Gaetano. *Nozioni di Diritto Internazionale*. 1963: la norma fundamental es aquella según la cual los Estados deben observar la costumbre, en la cual se basa la regla *pacta sunt servanda*.

¹³⁷ AGO, Roberto. Ob. cit., pp. 889-890.

¹³⁸ ANZILOTTI, Dionisio. «Corso di Diritto Internazionale». En: *Opere di Dionisio Anzilotti*. Padova, 1964, vol. 1, p. 45. Citado por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 45-56.

norma básica (originaria) del orden jurídico nacional. Tenemos que partir de la norma más baja dentro del Derecho Internacional, es decir, de la sentencia de un tribunal internacional. Si nos preguntamos por qué la norma creada por esa sentencia es válida, la respuesta nos la proporciona el tratado en cuya virtud el tribunal fue constituido. Si nuevamente inquirimos porqué ese tratado es válido, seremos retrotraídos a la norma general que obliga a los Estados a comportarse de acuerdo con los tratados que han celebrado, o sea a la norma que se expresa comúnmente por medio de la expresión *pacta sunt servanda*. Esta, como ya indicamos, es una norma del derecho internacional general, y éste es creado por la costumbre constituida por los actos de los Estados. La norma básica del Derecho Internacional, por lo tanto, tiene que ser una norma que admita a la costumbre como un hecho creador de normas, y podría enunciarse del siguiente modo: los Estados deberán comportarse como lo hayan hecho por costumbre.¹³⁹

El Derecho Internacional consuetudinario, a través de esta norma, sería el primer escalón en el orden jurídico internacional. El grado siguiente estaría formado por las normas creadas por los tratados. La tercera etapa está formada por normas creadas por órganos que a su vez son creados por tratados.¹⁴⁰

De Visscher critica esta teoría señalando que se encuentra desvinculada de la realidad social, pues aplica erróneamente procedimientos de lógica abstracta a problemas fundamentales del Derecho Internacional y camina por los límites de la política y el poder.¹⁴¹ Adicionalmente, podemos señalar que establecer como norma fundadora la norma *pacta sunt servanda* no solo resulta arbitrario sino de dudosa demostración, en tanto esta no tiene el carácter absoluto que esta doctrina le atribuye, ya que existe una serie de causales que permiten dejarla sin efecto.¹⁴² Finalmente, si se admitiera que la norma *pacta sunt servanda* puede fundamentar el derecho internacional convencional, esta no resulta capaz de explicar la validez de otras fuentes de carácter no convencional.¹⁴³

Dentro de la línea pragmática del positivismo contemporáneo, cabe destacar a varios autores como Rousseau, Bastid, Thierry, Dupuy, Henkin, Franck, Simma, Tomuschat y Lachs.¹⁴⁴

¹³⁹ KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 357-358.

¹⁴⁰ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 49.

¹⁴¹ DE VISSCHER, Charles. *Théories et Réalités en Droit International Public*. Paris: Pédone, 1970, pp. 82-84.

¹⁴² VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 47.

¹⁴³ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., 1994, p. 106.

¹⁴⁴ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 79.

6.2.2. Doctrina Sociológica o Solidarista Francesa

Esta doctrina fue fundada por Duguit,¹⁴⁵ quien concibe la norma jurídica como un producto social.¹⁴⁶ Señala que las necesidades y circunstancias sociales determinan en cada época el surgimiento de determinadas normas jurídicas. Los grupos sociales imponen sus necesidades al Estado que, como unidad política, las interpreta a través de normas jurídicas. «El derecho, unido íntimamente a la sociedad humana, no puede disociarse de las necesidades de ésta. Son ellas las que, en definitiva, lo legitiman».¹⁴⁷

La solidaridad humana engendra una coacción natural de orden biológico según la cual los individuos se ven en la necesidad de cumplir y respetar el vínculo social. La conciencia de cumplir y respetar el vínculo intersocial se convierte en un imperativo, o sea en las reglas que integran el derecho internacional.¹⁴⁸

En este sentido, entiende Scelle que la norma:

Deriva de la exigencia que se impone por sí misma a los individuos. Si no se respeta, si no se lleva a cabo la solidaridad del grupo, éste se desvanece y desaparece. La fuente del Derecho Internacional se desprende de las relaciones internacionales. El carácter obligatorio del Derecho Internacional deriva así de la necesidad de esas relaciones, las que han sido originariamente indispensables para la vida de cada grupo y que han adquirido por la división del trabajo, la fuerza de una necesidad biológica.¹⁴⁹

Finalmente, dentro de esta corriente, aunque con algunos matices diferentes, cabría ubicar también a Giraud, Virally, De Visscher,¹⁵⁰ y un sector importante de la doctrina italiana entre los que destacan Santi

¹⁴⁵ DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. París: Ancienne Librairie Fontemoing, 1924.

¹⁴⁶ AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, p. 871: «Para Duguit, el derecho no se agota en las leyes positivas; la noción de derecho es independiente de la noción de Estado, y se debe reconocer que existe un derecho objetivo más allá del Estado y que se impone a él. Además, la misma ley positiva no puede ser concebida más que como un modo de expresión de la regla de derecho; el legislador no la crea: la constata, y la ley positiva no se impone más que en la medida que ella es conforme a ésta regla, ya que el derecho es un producto espontáneo de las conciencias individuales, que se inspiran a la vez en un sentimiento de necesidad social y un sentimiento de justicia».

¹⁴⁷ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 50. En el mismo sentido, POLITIS, Nicolás. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. París, 1927; SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens*. París: Sirey, vol. 1, 1932; CAVARE, L. *Le Droit International Public Positif*. París: Pédone, 1967.

¹⁴⁸ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 95.

¹⁴⁹ SCELLE, Georges. Ob. cit., p. 31. Citado por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 47.

¹⁵⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 79.

Romano,¹⁵¹ Monaco,¹⁵² Ago y Quadri,¹⁵³ quienes entienden que el fundamento del Derecho Internacional radica en la existencia misma de la Comunidad Internacional.

6.2.3. Doctrina Iusnaturalista

Los iusnaturalistas entienden que el fundamento de la norma internacional deriva de la ley natural o ley divina, ya sea esta revelada (corriente escolástica) o descubierta a través de la razón humana y la observación empírica (corriente racionalista). Entre los mejores exponentes de la primera corriente destacan Francisco de Vitoria¹⁵⁴ y Francisco Suárez,¹⁵⁵ mientras que en la segunda corriente destacan Alberico Gentili, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, que entienden que el derecho está constituido por principios de la recta razón.

La Corriente Escolástica se inicia en el siglo XIII con el pensamiento de Santo Tomás de Aquino y culmina en el siglo XVI con la Escuela Española de San Isidoro de Sevilla, Francisco de Vitoria y sus continuadores Domingo De Soto, Fernando Vázquez de Menchaca,¹⁵⁶ Baltazar de Ayala y Francisco Suárez.¹⁵⁷

Todos ellos coinciden en la existencia de un orden superior de origen divino del cual surgen los Principios que conforman el Derecho Natural, siendo este último ordenamiento precisamente el que regula las relaciones jurídicas de los Estados.¹⁵⁸ Este Derecho Natural estaría conformado «por un conjunto de principios de justicia, postulados perpetuos, inmutables y universales», que son deducibles de la revelación, los

¹⁵¹ SANTI ROMANO. *L'ordenamento Giuridico*. 1918. Véase también su *Corso di Diritto Internazionale*. Padua: Eugenio Jovene, 1952, p. 98.

¹⁵² MONACO, Riccardo. *Manuale de Diritto Internazionale Pubblico*. Milán: Utet, 1971.

¹⁵³ QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Pubblico*. Nápoles, 1968. En el mismo sentido se pronuncia el mexicano SEÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Porrúa, 1976, p. 76: «La teoría sociológica, que es la que parece resultar más consecuente con la real naturaleza del derecho internacional, podría dar la respuesta más apropiada al problema de la esencia y de los fundamentos del Derecho Internacional [...]».

¹⁵⁴ BARCIA TRELLES, Camilo. «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international». En: *RCADI*. 1927-II, t. 17, pp. 109-342. Sin embargo, para otro autor, es Vitoria quien da inicio al iusnaturalismo racionalista; véase: D'ORS, Alvaro. *De la guerra y de la paz*. Madrid: Rialp, 1954, 217 p., especialmente: «Francisco de Vitoria, neutral» pp. 119-143, y «Apostillas Vitorianas» pp. 145-155.

¹⁵⁵ BARCIA TRELLES, Camilo. «Francisco Suárez [1548-1617] (Les théologiens espagnols du XVIIe siècle et l'école moderne du droit international)». En: *RCADI*. 1933-I, t. 43, pp. 385-553.

¹⁵⁶ BARCIA TRELLES, Camilo. «Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569). L'Ecole espagnole du droit international du XVIIe siècle». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67, pp. 429-534.

¹⁵⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 108.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 108.

evangelios, los principios morales o los escritos de los teólogos.¹⁵⁹ Los postulados iusnaturalistas son sintetizados por Ago de la siguiente manera:

En la doctrina internacionalista de los siglos XVII^o y XVIII^o, la corriente principal estuvo representada por los adherentes a la concepción de origen aristotélico y tomista que veía al hombre como un ser sociable y naturalmente tendiente a vivir en comunidad. De tal tradición filosófica, esta corriente doctrinal toma de una parte la idea que en toda comunidad política la presencia de un sistema completo de derecho es necesario y, de otra parte, la convicción que, en el seno de cada sistema así existente, el derecho se compone de dos partes: un derecho natural dictado de manera necesaria a todo el mundo por la razón y por la tendencia a la asociación presente en la naturaleza humana, y un derecho creado y, en ese sentido, positivo, instituido voluntariamente por la utilidad de la sociedad, por medio de leyes o de convenciones, y que encuentra su fundamento en el primero.¹⁶⁰

La Corriente Racionalista se inicia con Hugo Grocio en el siglo XVII, cuando este seculariza la doctrina del Derecho Natural. Para Grocio, el Derecho Natural no era descubierto ni revelado sino que podía ser deducido de la recta razón, por lo cual, sus principios no debían buscarse en los textos sagrados sino también en la opinión de los filósofos, historiadores, políticos, estadistas, entre otros.¹⁶¹ Posteriormente, seguirían esta línea de pensamiento Barbeyrac, Thomasius, Burlamaqui, Lorimer, Wolff y Vattel.

Modernamente, los iusnaturalistas entienden que la norma internacional es el producto de ciertas convicciones jurídicas coincidentes entre los Estados, que provienen de la naturaleza humana. El llamado neo-iusnaturalismo presupone ciertos valores universales y constantes, formulados como principios jurídicos. Esta postura compartida por Verdross,¹⁶² Lauterpacht,¹⁶³ Tanaka,¹⁶⁴ Reuter¹⁶⁵ y Brierly¹⁶⁶ ha llevado a este

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, p. 861.

¹⁶¹ Ibidem, p. 111. HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. París: Presses Universitaires de France, 1984.

¹⁶² VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Aguilar, 1961, pp. 29 y ss.

¹⁶³ LAUTERPACHT, H. Ob. cit., 1933, pp. 418 y ss.

¹⁶⁴ TANAKA, Kotaro. «Du Droit International ou Droit Mondial». En: *Études Juridiques Offertes à L'Julliot de la Morandière*. París, 1964, p. 168: «El derecho mundial [...] se funda en los principios del derecho natural que dimanar de una naturaleza humana común».

¹⁶⁵ REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido. Barcelona: Bosch, 1982.

¹⁶⁶ BRIERLY, James. *The Law of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 1963, p. 56.

último a señalar que al interrogarnos sobre la obligatoriedad de un sistema jurídico, «la explicación última es que el hombre, individualmente o asociado con otros hombres en un Estado, está condicionado, en tanto sea un ser racional, por la creencia de que el orden y no el caos es el principio que reina al mundo en el cual tiene que vivir».¹⁶⁷ El Derecho Internacional se ha ido construyendo sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos y se funda en la existencia de ciertas convicciones jurídicas coincidentes entre los Estados, las que aseguran la subsistencia de un mínimo de valores universales que preceden al Derecho Positivo y le dan fuerza obligatoria.

Concluye Accioly:

Así pues, el verdadero fundamento del Derecho Internacional es el derecho natural, tal como ahora se le concibe. ¿Dónde está, entonces, la verdadera base de su obligatoriedad? En la conciencia jurídica del hombre. El Derecho Internacional es válido porque los hombres tienen conciencia, están convencidos de la validez del mismo, esto es, del carácter obligatorio de sus reglas.¹⁶⁸

Luego de esta breve exposición debemos concluir, en primer lugar, en la inadmisibilidad de las doctrinas voluntaristas en tanto, si bien la voluntad de los Estados da origen a muchas normas internacionales, existen otras de carácter consuetudinario o incluso convencional cuya obligatoriedad no tiene como base la voluntad de los Estados. En el primer caso, se señala la situación de los nuevos Estados que surgen a la vida internacional y que se encuentran sometidos a las costumbres internacionales formadas incluso antes de su aparición. En el segundo caso, se señala como ejemplo la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 2 inciso 6 le atribuye poderes a la Organización para actuar respecto de terceros Estados que no son parte de la Convención, con el propósito de resguardar la paz y la seguridad internacionales. A ellas se suman las normas de *ius cogens*, cuyo carácter imperativo impide a los Estados pactar en contrario.¹⁶⁹

Por su parte, las doctrinas objetivas solo nos ofrecen soluciones parciales. Así, señala Vargas Carreño, la doctrina normativista explica el fundamento de la obligatoriedad de los acuerdos convencionales contraídos libremente por los Estados; la doctrina sociológica nos permite comprender cómo la vigencia de una norma internacional está en relación

¹⁶⁷ Citado por MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 52.

¹⁶⁸ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Río de Janeiro: Imprenta Nacional, 1945, t. 1, p. 14. En el mismo sentido, LE FUR, J. «La Theorie du Droit Naturel depuis de XVII siecle et la doctrine moderne». En: *RCADI*. Vol. 18, 1927, p. 399.

¹⁶⁹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 53-54.

directa con las realidades y necesidades sociales que refleje; mientras que la doctrina iusnaturalista permite conocer el fundamento mediato de la norma cual es alcanzar la justicia y la paz.¹⁷⁰

Por todo esto, coincidimos con este autor en que «dada la desigual naturaleza, origen y extensión de las normas del Derecho Internacional, el fundamento de la obligatoriedad de cada una de ellas nunca podrá plantearse [...] bajo el prisma de una sola doctrina que sea idónea para fundamentar todo el Derecho Internacional».¹⁷¹

¹⁷⁰ Ibidem, pp. 56-57

¹⁷¹ Ibidem, p. 58. En el mismo sentido, véase la opinión del ex presidente de la Corte Internacional de Justicia de la Haya: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 124: «Ninguna de estas respuestas colma totalmente la necesidad de justicia y de seguridad que reclama la conciencia jurídica, ninguna resulta absolutamente satisfactoria».

BIBLIOGRAFÍA**1. TRATADOS Y MANUALES**

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Río de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.
- AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Público*. T. I, vol. I. Sevilla: 1952.
- ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional en Tiempos de Paz*. T. I. Buenos Aires: 1951.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Madrid: Reus, 1935.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México D.F.: Porrúa, 1993.
- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. París, 1846.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- CALVO, Carlos. *Le Droit International Théorique et Pratique*. París, 1880.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CARRÉ DE MALBERG, A. *Contribution á la Théorie Générale de L'Etat*. Tome I. 1920.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1972.
- CAVARE, L. *Le Droit International Public Positif*. París: Pedone, 1967.
- D'ORS, Alvaro. *De la guerra y de la paz*. Madrid: Rialp, 1954.
- DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4.^a edición italiana por J.M. Trias de Bas. Barcelona: Bosch, 1948.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. París: Ancienne Librairie Fontemoing, 1924.
- FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. I. París: 1921-1926.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia de Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FIORE, Pasquale. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894.
- HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. París: Presses Universitaires de France, 1984.

- HALL, W. *A Treaties on International Law*. Londres: 1924.
- HERRERO y RUBIO, Alejandro. *Derecho de Gentes (Introducción Histórica)*. Valladolid: Francisco de Vittoria, 1995.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, 1972.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho Internacional Público*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- KAPLAN, Morton y Nicholas KATZENBACH. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. México: Limuer-Willey, 1965.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1961.
- KOROVIN, Y. A. y otros. *Derecho Internacional Público*. México: Grijalbo, 1963.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MÉHRIGNAC, Alexandre. *Traité de Droit International Public*. Paris: 1905 -1912.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1979.
- MONACO, Riccardo. *Manuale de diritto internazionale pubblico*. Turín: Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1982.
- MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIERREZ POSEE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995.
- MORENO QUINTANA, Lucio. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: 1936.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER Y Alain PELLET. *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- NIEMEYER, Theodor. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Faustino Ballué. Barcelona: Labor, 1930.
- NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción de Francisco Javier Ossut. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.
- OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Barcelona: Bosch, 1961.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.

- PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1985.
- POLITIS, Nicolás. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. París, 1927.
- POTEMKIN, V.M. y otros. *Historia de la Diplomacia*. T. I. México: Grijalbo, 1966.
- QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Publico*. Nápoles: 1968.
- REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido. Barcelona: Bosch, 1982.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994.
- RUIZ MORENO, J. *El Derecho Internacional Público de la Era Cristiana*. Buenos Aires, 1946.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens*. Vol. 1. París: Sirey, 1932.
- SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho público del ius publicum aeropaeum*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SEARA VASQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1974.
- _____. *Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles*. México: Porrúa, 1980.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1964.
- SIERRA, Manuel J. *Derecho Internacional Público*. México, 1947.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- STRUPP, Karl. *Eléments du Droit International Public, Universal, Europeen et Américain*. T. I. París, 1930.
- TUNKIN, Gregory. *Curso de Derecho Internacional*. Libro 1. Moscú: Progreso, 1980.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- _____. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1974.
- VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Barcelona, 1929.
- WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Madrid, 1950.
- WHEATON, Henry. *Historia del Derecho de Gentes*. T. I. 1961.

2. ARTÍCULOS

- AGO, Roberto. «El Pluralismo de la Comunidad Internacional en la Época de su Nacimiento». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 71-98.
- ANZILOTTI, Dionisio. «Corso di Diritto Internazionale». En: *Opere di Dionisio Anzilotti*. Padova, vol. 1, 1964.
- GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I.
- NUSSBAUM, Arthur. «International Monetary Agreements». En: *American Journal of International Law*. 1944, pp. 242-55.
- PEIRANO BASSO, Jorge. «Naturaleza y Fundamento del Derecho Internacional Público». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I.
- TANAKA, Kotaro. «Du Droit International ou Droit Mondial». En: *Études Juridiques Offertes à Julliot de la Monrandière*. Paris: 1964.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. «¿Dónde encontrar el Fundamento de la Obligatoriedad del Derecho Internacional». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA**3.1. CURSOS GENERALES**

- BOURQUIN, Maurice. «Règles générales du droit de la paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35, pp. 1-232.
- KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En: *RCADI*. 1953-III, t. 84, pp. 5-203.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Théorie du droit international public. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1981-IV, t. 173, pp. 9-444.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, pp. 851-958.
- AGO, Roberto, H. SCHIEDERMAIR, Wilhelm RIPHAGEN, Antonio TRUYOL Y SERRA y R. FEENSTRA. «Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius». En: *RCADI*. 1983-IV, t. 182, pp. 371-470
- BARCIA TRELLES, Camilo. «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international». En: *RCADI*. 1927-II, t. 17, pp. 109-342.

- _____. «Francisco Suárez [1548-1617] (Les théologiens espagnols du XVI^e siècle et l'école moderne du droit international)». En: *RCADI*. 1933-I, t. 43, pp. 385-553.
- _____. «Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569). L'Ecole espagnole du droit international du XVI^e siècle». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67, pp. 429-534.
- BENOIST, Charles. «L'influence des idées de Machiavel». En: *RCADI*. 1925-IV, t. 9, pp. 127-306.
- BOEGNER, M. «L'influence de la Réforme sur le développement du droit international». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6, pp. 241-324.
- BRIERLY, James. «Le fondement du caractère obligatoire du droit international». En: *RCADI*. 1928-III, t. 23, pp. 463-552.
- GARDOT, A. «Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international». En: *RCADI*. 1934-IV, t. 50, pp. 545-747.
- GOYAU, P.L.T.G. «L'Eglise catholique et le droit des gens». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6, pp. 123-239.
- GUGGENHEIM, Paul. «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens». En: *RCADI*. 1958-II, t. 94, pp. 1-84.
- HAMBRO, E. «The Relation between International Law and Conflict Law». En: *RCADI*. 1962-I, t. 105, pp. 1-68.
- IRIYE, Keishiro. «The principles of international law in the light of Confucian doctrine». En: *RCADI*. 1967-I, t. 120, pp. 1-59.
- KOOIJMANS, Peter. «Protestantism and the development of international law». En: *RCADI*. 1976-IV, t. 152, pp. 79-118.
- KORFF, Barón Serge. «Introduction à l'histoire du droit international public». En: *RCADI*. 1923, t. I, pp. 1-23.
- LE FUR, Louis. «Le développement historique du droit international. De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée». En: *RCADI*. 1932-III, t. 41, pp. 501-601.
- NIPPOLD, O. «Le développement historique du droit international depuis le Congrès de Vienne». En: *RCADI*. 1924-I, t. 2, pp. 1-124.
- RIEDMATTEN, O. P. «Le catholicisme et le développement du droit international». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151, pp. 115-160.
- TAUBE, Barón Michel de. «Etudes sur le développement historique du droit international dans l'Europe orientale». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, pp. 341-535
- _____. «L'inviolabilité des Traités». En: *RCADI*. 1930-II, t. 32, pp. 291-389.
- _____. «Les Origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen Age». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42, pp. 1-115.
- _____. «L'apport de Byzance au développement du droit international occidental». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67, pp. 233-339.

- TENEKIDES, Georges. «Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (Ve-IIIe siècle avant J-C.)». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, pp. 469-652.
- TRIEPEL, Carl Heinrich. «Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International». En: *RCADI*. Vol. I, 1923.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Genèse et structure de la société internationale». En: *RCADI*. 1959-I, t. 96, pp. 553-642.
- _____. «L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles». En: *RCADI*. 1965-III, t. 116, pp. 89-179.
- VERDROSS, Alfred von. «Le fondement du droit international». En: *RCADI*. 1927-I, t. 16, 247-323.
- WEIL, Prosper. «Le judaïsme et le développement du droit international». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151, pp. 253-336.
- ZIMMERMANN, Michel. «La crise de l'organisation internationale à la fin du Moyen Age». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44, pp. 315-438.



CAPÍTULO II

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

1911

1. Concepto

Desde fines del siglo pasado, cuando Pradier-Fodéré sostuvo que fuente formal era un instrumento intelectual por el cual la norma jurídica era descubierta,¹ han surgido diversas concepciones de lo que puede ser una fuente: unas son bastante amplias; otras, menos extensas. Así, Camargo opina que las fuentes son los procedimientos o medios a través de los cuales el Derecho Internacional se crea, modifica o extingue.² Sepúlveda las entiende, más bien, como las formas de las que puede deducirse lo que es válido como derecho.³ Como lo ha expuesto Monaco, la discusión de las fuentes del Derecho Internacional es permanente y presenta diferentes connotaciones según las diversas escuelas existentes en esta disciplina.⁴ Así, tenemos tres concepciones.

1.1. Concepción Iusnaturalista

Para esta escuela, representada por Francisco de Vitoria y Helmut Coing, las fuentes formales tradicionales del Derecho Internacional (tratados y costumbres) comprenden también a los Principios Generales del Derecho, en tanto todas ellas tienen su origen en el Derecho Natural.

1.2. Concepción Positivista

Para los seguidores de la escuela positivista (Anzilotti entre los más destacados), las reglas de Derecho Internacional solo emanan del consentimiento de los Estados, es decir, de un acuerdo de voluntades. Oppenheim manifiesta en ese sentido que «puesto que la base del derecho es el consenso de los Estados Miembros de la comunidad de las naciones, es evidente que han de existir tantas fuentes del Derecho Internacional como hechos en virtud de los cuales puede llegar a existir dicho consenso».⁵ De allí se concluye que las únicas fuentes del Derecho Internacional son el tratado y la costumbre.⁶

¹ PRADIER-FODERE, M. *Traité de droit international public européen et américain*. Vol. I. París: G. Pédone-Lauriol, 1885, pp. 35 y ss.

² CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional*. T. II. Bogotá: Tercer Mundo, 1974, p. 29.

³ SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1986, p. 90.

⁴ MONACO, Riccardo. «Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1979, p. 419.

⁵ OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I, vol. I. 8.ª ed.. Barcelona: Bosch, 1961, p. 25.

⁶ FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. 1: Première partie-Paix.

1.3. Concepción Objetivista

Los seguidores de esta escuela (Bourquin, Scelle, De Visscher) realizan una distinción entre fuentes creadoras y fuentes formales y entienden que las primeras son las verdaderas fuentes del Derecho Internacional. Así, para Cahier:

Del punto de vista jurídico, el término fuente puede tener dos sentidos: se puede hablar de fuente formal y, en ese caso, el término alude a la forma que reviste el derecho —tratado, costumbre, etc.; o se puede referir a la noción de fuente creadora del derecho: es decir la razón de ser de la obligatoriedad del derecho. Se trata entonces del examen del fundamento del derecho.⁷

Para esta escuela, las fuentes creadoras son variables y se originan en factores histórico-político-sociológicos, que sirven de sustento a las normas positivas.⁸

No obstante estas posiciones, «cuando la ciencia jurídica contemporánea invoca una fuente de derecho no hace ya referencia al por qué de la obligatoriedad de la norma jurídica sino al cómo esa norma es creada y en qué forma ésta se manifiesta y verifica».⁹ En este sentido, se suele distinguir el concepto de fuente material del de fuente formal. Las primeras buscan determinar por qué surge una norma jurídica (motivaciones de índole social, político, moral, económico), mientras que las segundas apuntan a los procedimientos de creación de normas jurídicas.¹⁰

París: Librairie Arthur Rousseau, 1922, pp. 40-41: «Tomemos el término *fuentes* en su sentido propio, como designando los modos originarios de formación del derecho. [...] Las fuentes del derecho internacional positivo son: la costumbre y los tratados».

⁷ CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du Droit International, Cours Général de Droit International Public». En: RCADI. 1985-VI, t. 95, p. 161.

⁸ GROSS, Leo. *Selected Essays on International Law and Organization*. Nueva York: Transnational Publishers Inc., 1993, pp. 23-28.

⁹ MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981, p. 75. En este sentido señala VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Editorial Juricentro, 1992, p. 93: «A los efectos de precisar lo que son las fuentes del Derecho Internacional, debe considerarse únicamente su acepción formal. En tal sentido, puede definírselas como los modos formales de verificación del Derecho Internacional; o, en otras palabras, las fuentes son lo que puede ser invocado como «derecho aplicable» en una relación o situación jurídica». ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. I, p. 47: «Se entiende por Fuentes del Derecho Internacional los modos de formación de este derecho. Algunos autores han colocado entre ellas el consentimiento de los Estados, pero al hacerlo confunden la idea de fuente con la de fundamento». Asimismo, PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: TEA, vol. 1, p. 12; MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 1, 1992, p. 149.

¹⁰ BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, p. 85.

En efecto, la fuente material es aquella causa, origen e influencia que da nacimiento a la norma jurídica y de la cual el Derecho Internacional se nutre y desarrolla. Así, constituyen fuentes materiales las distintas convicciones políticas internacionales de los Estados, los intereses y conveniencias nacionales o internacionales, la interdependencia económico-social de estos, etc.¹¹ En otros términos, las fuentes materiales dan el fundamento metajurídico de por qué nace una norma jurídica.¹²

Por su lado las fuentes formales, que son las que nos interesan, se distinguen por consistir en procesos de creación (fuentes creadoras) o en modos de verificación (fuentes evidencia). Las fuentes formales creadoras son aquellas aceptadas por el ordenamiento jurídico vigente como los modos o procesos válidos de creación del derecho.¹³ Las fuentes formales evidencia son aquellos modos de verificación de la existencia de una norma jurídica.¹⁴ Respecto a las fuentes formales creadoras señala Abi-Saab:

La fuente formal, en cambio, designa el procedimiento técnico de formalización o de consagración de la regla; la vía o la manifestación por la cuál ella hace su ingreso en el universo jurídico y que marca su incorporación a un sistema jurídico dado. Es la función de transformación de una idea, valor o necesidad social —de un deseo subjetivo— en proposición normativa objetiva y operativa jurídicamente.¹⁵

¹¹ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 76. Según TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977, p. 102: «Las Fuentes materiales del derecho son aquellos factores que originan las normas jurídico-positivas. Estos factores son, por un lado, las exigencias dimanantes del derecho natural. Se trata de lo que GENY denomina *donné rationnel* y *donné idéal*, y LE FUR, *donné moral*. Por otro lado, son fuentes materiales del derecho las situaciones históricas, contingentes y mutables, que aquellas exigencias ético-naturales están llamadas a regular; factores políticos, sociológicos, económicos, etc».

¹² MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 76. WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, p. 132: «Las fuentes formales implican una aproximación normativa, las fuentes materiales proceden de una aproximación histórica y sociológica».

¹³ REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1958, p. 28: «Las fuentes formales son los procesos exteriores (órganos, procedimientos, modalidades diversas) por intermedio de los cuales la reglas jurídicas toman cuerpo en la sociedad internacional; los tratados y la costumbre son las principales fuentes del derecho internacional».

¹⁴ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 76. Una posición muy particular es la que asume RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 160: «La única fuente material del Derecho Internacional es, en principio, la voluntad del Estado, siendo el Estado el único origen de normas jurídicas internacionales. En consecuencia, al hablarse de fuentes formales del Derecho Internacional se aludiría a los diferentes procedimientos mediante los cuales se manifiesta la voluntad de los Estados».

¹⁵ ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, p. 185.

En relación con las fuentes formales creadoras, cabe señalar la reflexión hecha por Sorensen, en el sentido que la expresión «fuentes del derecho» se encuentra tradicionalmente limitada a los métodos de creación de normas jurídicas generales, es decir, de reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas, sin límite alguno. Por tanto, no se aplicaría a los métodos de creación de regímenes especiales que impliquen derechos y deberes solamente para determinados sujetos, es decir, a las reglas particulares.¹⁶

Sin embargo —concluye Sorensen— «este criterio restrictivo da lugar a problemas especiales en relación con el sistema jurídico internacional, una de cuyas características es que contiene relativamente pocas reglas de derecho internacional general que obliguen a todos los Estados que forman parte de la comunidad internacional [...] el Derecho Internacional también contiene otras reglas de carácter general y permanente que, sin embargo, tienen validez sólo en relación con determinados Estados».¹⁷ Este es el caso de las costumbres regionales y particulares, de los tratados bilaterales y, sobre todo, de los actos unilaterales de los Estados, donde las obligaciones y los derechos corren a cargo de un solo Estado. Así, para Reuter:

No se debe olvidar, en efecto, que la expresión «fuente del derecho internacional» no designa solamente las fuentes de reglas generales, susceptibles de múltiples aplicaciones, sino también las fuentes de donde se desprende la solución de una situación individual, las «normas individuales» siguiendo las expresiones de ciertos autores.¹⁸

Por este motivo y no obstante la terminología tradicional, debemos entender el término fuentes formales creadoras en su acepción *más amplia*, abarcando tanto las reglas de carácter general como aquellas que solo tienen carácter particular. Como señala Virally, se debe entender:

En buena lógica, la teoría de las fuentes del Derecho Internacional, contrariamente a la del derecho interno, debe englobar la formación de reglas generales y aquellas situaciones particulares cuya creación no resulta de la aplicación de una regla general.¹⁹

¹⁶ SORENSEN, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 152.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 31.

¹⁹ VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, p. 170. En el mismo sentido se pronuncia BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 88: «Sin duda que, aparte de las fuentes de normas generales, [...] existen en el derecho de gentes fuentes de normas individuales, que se aplican a personas determinadas».

2. Las Fuentes del Derecho Internacional

En este punto, la doctrina de los publicistas²⁰ coincide en señalar el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. como el mejor referente para conocer cuáles son las fuentes del Derecho Internacional Público. Este artículo señala:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.²¹

«Las normas contenidas en el artículo 38 son obligatorias para todos los Estados de la Comunidad Internacional», en tanto este artículo sistematiza el derecho consuetudinario vigente sobre esta materia. En efecto, la Comisión que redactó el Estatuto de la C.P.J.I, al formular el artículo 38 de redacción similar al actual, codificó la costumbre aceptada por la generalidad de los Estados que componen la Comunidad Internacional, en relación con las fuentes del Derecho Internacional.²² Sin embargo, al no tratarse de una norma imperativa o de *ius cogens*, nada impide que los Estados acuerden resolver sus controversias fuera del marco

²⁰ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 12.

²¹ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Naciones Unidas, Nueva York, Servicio de Información Pública, 1989, p. 85.

²² A su vez, el antecedente del artículo 38 se encuentra en el artículo 7 del Convenio XII, adoptado por la Conferencia de Paz de la Haya de 18 de octubre de 1907, por el que creaba el Tribunal Internacional de Presas. Aquí, el derecho a aplicar por el Tribunal sería el emanado de los convenios, la costumbre, los principios generales de derecho y la equidad. MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ y Raúl VINUESA. Ob. cit., p. 79. Otros tratados, como la Convención de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de 1907, que crea la Corte Permanente de Arbitraje; el Tratado de la CECA de 1951, que instituye la Corte de la Comunidad; y el Tratado de la CEE de 1957; contienen enumeraciones semejantes. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 45. Sin embargo, el artículo 18 del Proyecto de Reglamento de Arbitraje adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en 1875, no hacía ninguna clasificación de las fuentes del Derecho Internacional en relación con su aplicación por la justicia arbitral. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. Ob. cit., p. 47.

del artículo 38 o que estos acepten nuevas fuentes creadoras de normas jurídicas internacionales.²³

En efecto, el mencionado artículo 38 del Estatuto, no obstante ser la norma más comprensiva en cuanto a la enumeración o clasificación de las fuentes del Derecho Internacional, no agota la totalidad de las fuentes posibles,²⁴ ni constituye un texto rígido de ellas. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia así como algunas resoluciones de Naciones Unidas han agregado a las fuentes que indica el artículo 38 otras no menos importantes.

Esto último encuentra su mejor expresión en los denominados Actos Unilaterales de los Estados y los Actos de las Organizaciones Internacionales, que la doctrina más moderna de los publicistas reconoce como nuevos procesos de creación de normas jurídicas internacionales. Así, autores como Carrillo Salcedo señalan que de tratarse el artículo 38 de un catálogo de las Fuentes del Derecho Internacional, «se trataría de un catálogo muy incompleto ya que no recoge ni a los actos unilaterales de los Estados, que en determinadas condiciones pueden crear obligaciones jurídicas a cargo de los Estados, ni a los actos de contenido normativo adoptados por órganos internacionales».²⁵

²³ Distinto es para la C.I.J., en tanto ella no podrá aplicar como normas jurídicas internacionales, reglas que no estén taxativamente enunciadas en el artículo 38 MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 79.

²⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 161: «En primer lugar, porque en su propia literalidad no pretende una exhaustiva relación de las fuentes formales del Derecho Internacional, sino sólo servir de guía a la Corte en su función jurisdiccional». No obstante, para SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 154: «Toda nueva fuente imaginable se encuentra contemplada indirectamente en la enumeración del artículo 38, y es simplemente el producto del derecho que emana de las fuentes que se mencionan en esa relación». Siguiendo la tendencia general MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. cit., p. 46: «Conviene observar que en la enumeración del artículo 38 faltan como fuentes del derecho internacional la legislación internacional y el acto unilateral». Ver asimismo PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 14; MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. Ob. cit., p. 152.

²⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 86. En igual sentido se pronuncia VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 94-95: «A estas fuentes mencionadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, deben añadirse determinados actos unilaterales de los Estados y ciertas resoluciones de algunas Organizaciones Internacionales, las que no fueron contempladas al momento de redactarse el Estatuto de la Corte, pero que bajo el actual Derecho Internacional han adquirido una gran importancia». De igual modo ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T.I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970, p. 60: «Aún cuando sea tradicional, esta clasificación queda insuficiente y no corresponde más a la realidad internacional. Conviene en efecto completarla haciendo lugar a una fuente cuya importancia es innegable en el momento actual: los *actos unilaterales* que emanan tanto de los Estados (actos unilaterales propiamente dichos) como de los Organizaciones Internacionales (resoluciones de las Organizaciones Internacionales)».

3. Clasificación de las Fuentes

De todo lo dicho, es posible clasificar las fuentes formales del Derecho Internacional en dos grandes grupos.

3.1. Fuentes Principales (Creadoras)

Son los métodos de creación de las normas jurídicas internacionales. Son aquellas que tienen carácter jurídico vinculante, que pueden aplicarse directamente para resolver un asunto, y que están constituidas por la Costumbre, los Tratados, los Principios Generales del Derecho, los Actos Unilaterales de los Estados y algunas Resoluciones de Organizaciones Internacionales.

3.2. Fuentes Auxiliares o Subsidiarias (Evidencia)

Son aquellas que permiten verificar la existencia de una norma jurídica internacional, pero que no pueden crear una norma jurídica por sí mismas. Ayudan a precisar el sentido y alcance de las primeras y no se aplican directamente, sino como complemento de las principales.²⁶ Estas están constituidas por la Jurisprudencia y la Doctrina,²⁷ a las que han venido a añadirse las Resoluciones de Organizaciones Internacionales declarativas de derecho.²⁸

Moncayo señala entonces que las fuentes principales son las fuentes formales creadoras, en tanto las fuentes auxiliares son las fuentes formales evidencia.²⁹

Otra forma de clasificar a las fuentes es en torno de su forma de aplicación. En este sentido, pueden ser generales (aquellas de alcance

²⁶ Véase DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 116: «[...] la referencia del art. 38 a la jurisprudencia y doctrina científica no está hecha en el sentido de que ellas sean capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica, sino, simplemente, la de cumplir una misión estrictamente auxiliar de ayudar al Juez y al intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas».

²⁷ VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 168: «Este autor señala como fuentes evidencia a «las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados de las diferentes naciones, como medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho». Esta claro en el texto que los dos últimos elementos no son fuentes —modos de formación— del derecho, sino medios de conocer lo que es el derecho, para ser utilizados en caso de necesidad, como «medios auxiliares» de conocimiento».

²⁸ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 96.

²⁹ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 80.

general, que son aplicables a todos o casi todos los Estados de la Comunidad Internacional) o particulares (aquellas que regulan una situación particular, como las costumbres regionales o locales, los actos unilaterales de los Estados y los tratados particulares).³⁰

4. Jerarquía de las Fuentes

El artículo 38 del Estatuto de la Corte no establece ninguna jerarquía entre las fuentes principales del Derecho Internacional; el orden de su enunciación no significa una jerarquización entre ellas. Sobre esta cuestión, Rousseau dice que «prescindiendo de la cuestión de si la doctrina y la jurisprudencia constituyen o no una fuente autónoma del Derecho Internacional, es conveniente destacar el hecho de que el artículo 38 no establece una jerarquía entre las diferentes fuentes que enumera».³¹

Diez de Velasco precisa como razones de la inexistencia de una jerarquía entre las fuentes del Derecho Internacional que en el artículo 38 se hace una enumeración con letras y no con ordinales que hubieran supuesto un criterio claramente jerárquico. Adicionalmente señala la supresión de un inciso, por parte de la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, que consagraba un orden sucesivo entre las fuentes del Derecho Internacional, lo que indica claramente la voluntad de los Estados miembros de excluir cualquier orden jerárquico entre ellas.³² Al respecto es ilustrativa la opinión de Weil:

En los derechos internos, la jerarquía de las normas está calcada sobre la jerarquía de los órganos, de la que ella es reflejo, siendo esta última en sí misma la expresión de la jerarquía de poderes. En la sociedad internacional horizontal y descentralizada no existe ninguna jerarquía de poderes ni, en consecuencia, de órganos y de normas. Desde que la fuente última de todas las normas internacionales se encuentra en la voluntad de los Estados y que ninguna voluntad estatal puede predominar sobre las otras, la jerarquía de normas es simplemente inconcebible.³³

³⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 97.

³¹ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 32. Otros autores, sin embargo, como Vargas Carreño, entienden que «la ordenación jerárquica empleada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia responde a la necesidad de establecer un criterio lógico que permita preferir la aplicación de la norma especial sobre la general». Más adelante el mismo autor señala: «En todo caso, por regla general, los tratados priman sobre la costumbre, y esta respecto de los principios generales de derecho, los cuales sólo poseen un valor de fuente subsidiaria de Derecho Internacional». VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 97-98; RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 161.

³² DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 117.

³³ WEIL, Prosper. Ob. cit., p. 224.

Como consecuencia de esto, pueden surgir problemas al momento de encontrarnos frente a normas provenientes de dos fuentes principales opuestas en tanto tienen la misma jerarquía normativa. Empero, tal entuerto se resolvería aplicando sucesivamente los viejos principios de origen romano que estipulan que la «ley especial deroga la general» (*lex specialis derogat generalis*) y que la «ley posterior deroga a la anterior» (*lex posteriori derogat priori*). En tal sentido, antes que una jerarquía entre distintas fuentes, se establecerá una jerarquía entre distintas normas, que pueden provenir de fuentes variadas. Al respecto, comentando el contenido del art. 38 del Estatuto de la Corte, señala Cahier:

Se destaca que los tratados son mencionados antes que la costumbre, lo que no implica ninguna superioridad de los primeros sobre la segunda. Se trata simplemente de un orden lógico. En caso de controversia, el juez examinará en principio la *lex specialis*, a saber el convenio que pudiera vincular a las partes en conflicto, luego, si ha lugar, la regla general, es decir la norma consuetudinaria.³⁴

Sobre lo mismo, concluye Carreau: «Además, este artículo 38, si no establece jerarquía entre las diversas fuentes «principales» del Derecho Internacional (tratados, costumbre y principios generales del derecho) tampoco la prohíbe y deja esta cuestión 'abierta'».³⁵

En tal sentido, nada parece impedir que, al no existir una jerarquía previamente establecida entre las diversas fuentes del Derecho Internacional, esta si pueda ser hecha en función del concurso de normas aplicables a cada situación particular, de lo que se concluye que, en ausencia de una jerarquía normativa de aplicación general, puede existir una jerarquía normativa aplicable a cada caso.

Una excepción a la regla general sobre la inexistencia de órdenes jerárquicos, la constituyen las normas de *ius cogens* que prevalecen sobre cualquier otra norma del Derecho Internacional por su carácter imperativo. Al respecto, es ilustrativa la opinión de Virally:

Se trata evidentemente de una superioridad de orden sustancial o material (puesto que ella no puede derivar de la decisión de una autoridad superior, por definición inexistente en la sociedad internacional). La superioridad del *ius cogens* tiende a la naturaleza de los intereses o de los valores cuya protección asegura y que deben ser puestos fuera del alcance de toda acción jurídica contraria. Esta idea es completamente lógica, ya que los intereses y valores que se enfren-

³⁴ CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 162. En el mismo sentido se pronuncia ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 188.

³⁵ CARREAU, Dominique. *Droit International*. 5.ª ed. París: Pedone, 1997, p. 68.

tan en una sociedad no pueden ser todos situados en el mismo plano. Algunos entre ellos deben ser considerados como sagrados, o intocables, o más elevados.³⁶

Sin embargo, dada su importancia y en especial su categoría de fuente independiente del Derecho Internacional, el *ius cogens* será tratado más adelante con el detalle que corresponde.

³⁶ VIRALLY, Michel. Ob. cit., pp. 175-176.

BIBLIOGRAFÍA**1. TRATADOS Y MANUALES**

- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1944.
- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BUERGENTHAL, Thomas y Otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional*. T. II. Bogotá: Tercer Mundo, 1974.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 5.^a ed. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. 1: Première partie-Paix. París: Librairie Arthur Rousseau, 1922.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- GROSS, Leo. *Selected Essays on International Law and Organization*. Nueva York: Transnational Publishers Inc., 1993.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5.^a ed. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I, vol. I. 8.^a ed. Barcelona: Bosch, 1961.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Buenos Aires: TEA, 1985.
- PRADIER-FODERE, M. *Traité de Droit International Public Européen et Américain*. Vol. I. París: G. Pédone-Lauriol, 1885.

- REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1958.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1986.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.
- VARELA QUIRÓS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1992.

2. ARTÍCULOS

- BOS, Maarten. «The Hierarchy among the Recognized Manifestations («sources») of International Law». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Mijaja de la Muela*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 363-374.
- MONACO, Ricardo. «Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Mijaja de la Muela*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 411-427.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, 463 p.
- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du Droit International, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 95, 373 p.
- VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, 382 p.
- WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, 369 p.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- FINCH, G. «Les sources modernes du Droit International». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53, pp. 531-629.
- GUGGENHEIM, Paul. «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens». En: *RCADI*. 1958-II, t. 94, pp. 1-84.
- HEILBORN, P. «Les sources du Droit International». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, pp. 1-63.
- SAHOVIC, M. «Rapports entre facteurs matériels et facteurs formels dans la formation du Droit International». En: *RCADI*. 1986-IV, t. 199, pp. 171-232.



CAPÍTULO III

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL



1. Definición

La costumbre es definida por el diccionario de la lengua española como el «hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie. Conjunto de cualidades o inclinaciones y usos que forman el carácter distintivo de una nación o persona».¹

Sin embargo, la definición de la costumbre tiene un alcance diferente para el Derecho Internacional Público. El término tiene sus orígenes en dos vocablos latinos: «consuetudo» (costumbre) y «suescere» (acostumbrar); y desde Vattel se le define como aquel «conjunto de máximas y prácticas consagradas por el largo uso y que las naciones observan entre sí como una especie de derecho».²

Modernamente, Truyol la define de la siguiente forma:

La costumbre es la forma primaria de manifestarse la voluntad positivadora de una comunidad: se presenta como un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañados del sentimiento de su obligatoriedad. La repetición constante, el uso, es el elemento material y externo de la costumbre jurídica, pero no basta por sí solo para constituirla. Para que la costumbre jurídica surja, es preciso que a la repetición se añada la convicción de que el comportamiento en cuestión es obligatorio y que, por consiguiente, no depende del arbitrio de cada miembro de la comunidad en particular.³

El artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia consagra la costumbre como fuente del Derecho Internacional al señalar que aplicará para la solución de controversias sometidas a su jurisdicción: «La Costumbre Internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho».

Si bien la redacción del artículo es poco feliz en tanto la costumbre internacional no es la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, sino que, por el contrario, es esta práctica la prueba de

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *DRAE*. 21.ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1994.

² VATTEL, Emer de. *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. T. II. Neuchatel: Imprimerie de la Société Typographique, 1773.

³ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977, pp. 96-97. En el mismo sentido se pronuncian VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979, p. 93; BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 27; y CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Zavalia, 1995, p. 49: «La Costumbre internacional está constituida por un comportamiento constante y uniforme de los Estados; es decir, por la repetición de un determinado comportamiento, acompañado por la convicción de la obligatoriedad de ese mismo comportamiento».

que existe una costumbre internacional,⁴ lo cierto es que indica claramente su reconocimiento como fuente principal del Derecho Internacional.

Hablar de fuente del Derecho Internacional Público no equivale a hablar de norma jurídica en el sentido que lo hacemos, por ejemplo, respecto de los tratados. La costumbre es una fuente formal del Derecho Internacional Público en el sentido de «proceso de elaboración del derecho», proceso autónomo que posee, como luego veremos, una naturaleza diferente a la de las otras fuentes del Derecho Internacional Público.⁵ La doctrina italiana prefiere denominar a la costumbre como «hecho de producción jurídica» (*un fatto di produzione giuridica*), reconociéndole como tal un vasto campo de acción.⁶ Otros autores, como Virally, distinguen bien la costumbre como proceso, y no como procedimiento, lo que le permite escapar de la manipulación.⁷ Para el mismo autor, la única manera de «filtrar y orientar el proceso consuetudinario», es la acción de la justicia internacional al aplicar el derecho, pero se trata de una posibilidad todavía en agraz, dada la falta de coercibilidad que puede privarla de eficacia. Otros autores son enfáticos al señalar que la costumbre no es prueba de una regla de derecho, sino que es ella misma una regla de derecho.⁸ En el mismo sentido apunta Abi-Saab al decir que la práctica internacional no es la prueba de la costumbre, sino la costumbre misma.⁹

En relación con los sujetos que pueden participar en la formación de la costumbre, no cabe duda que además de los Estados, pueden contribuir a la creación del derecho internacional consuetudinario las Organizaciones Internacionales cuyos órganos suelen participar en el proceso de su aparición.¹⁰

Si bien cierto sector de la doctrina entiende que con respecto de los Estados, actuando a través de sus órganos competentes para representarlos en su relación con otros Estados, crean el derecho internacional consuetudinario, la práctica y las resoluciones de una organización in-

⁴ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1982, p. 125. BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, pp. 90-91.

⁵ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París, 1994, p. 111.

⁶ MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. P. 74.

⁷ VIRALLY, Michel. «Panorama du droit international. Cours Général de droit international public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, p. 181.

⁸ CAHIER, Philippe. «Changements et continuité en droit international public. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, p. 223.

⁹ ABI-SAAB, Georges. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, p. 175.

¹⁰ VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 126.

ternacional pueden influir e incluso desencadenar la formación de una costumbre.¹¹

En este sentido, Díez de Velasco entiende que, si bien tradicionalmente se ha venido manteniendo que los únicos creadores de la costumbre eran los Estados, hoy podemos manifestar que las Organizaciones Internacionales en su conjunto, y no solo sus miembros individualmente, están dando vida a nuevas costumbres internacionales.¹² No obstante, el autor reconoce que el hecho de que estas Organizaciones operen en el marco de las competencias que les atribuye el tratado constitutivo, nos coloca, a menudo, en el dilema de saber si nos hallamos ante una mera práctica interpretativa de ese tratado o ante una auténtica costumbre internacional.

A través de sus resoluciones, las Organizaciones Internacionales contribuyen a crear una práctica que origina reglas consuetudinarias que obligan no solo a la organización misma, sino, en algunos casos, a los Estados Miembros, y, más aun, a los Estados que no son miembros.¹³

Actualmente, no existen dudas sobre la contribución que las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas han aportado al proceso de creación de la Costumbre. Una Resolución puede contribuir a probar el elemento material de la Costumbre como la opinión iuris que la sustenta; para ello, basta con recurrir a las Actas donde constan las posiciones de los Países Miembros de la Organización y donde fácilmente puede deducirse la existencia de un consenso o convicción jurídica. Asimismo, a través de las deliberaciones, votaciones y explicaciones de voto que tienen lugar en el seno de la Asamblea, la Organización Internacional facilita la formación de un consenso general

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cusco, 1996, p. 67.

¹² DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996, t. I, p. 119. En el mismo sentido se pronuncia MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995, p. 47: «Práctica seguida por los Sujetos Internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho»; ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993, p. 193: «Por supuesto que, también pueden realizar conducta integradora de la costumbre los organismos internacionales»; SORENSEN, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 168: «[...] sería paradójico conferir a las instituciones la facultad de celebrar tratados y a la vez negarles toda capacidad para contribuir a la formación de la costumbre».

¹³ SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 169; MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1981, p. 83: «La actividad de los órganos de un organismo internacional puede dar lugar a la creación de normas jurídicas consuetudinarias internas de esa organización. La C.P.J.I. fundamentó en la práctica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los poderes de ésta para reglamentar internacionalmente las condiciones de trabajo de personas empleadas en la agricultura, establecidas en una convención adoptada en su seno. Opinión Consultiva, Serie B, n.º 2, 40-41».

de los Estados (opinio iuris).¹⁴ Finalmente, aplicando los criterios empleados por Jiménez de Aréchaga para clasificar los tratados que codifican la costumbre,¹⁵ una Resolución bien puede dar lugar al nacimiento de una costumbre (efecto generador), cristalizar una norma consuetudinaria en formación (efecto cristalizador) o confirmar normas consuetudinarias ya vigentes (efecto declarativo).¹⁶

Como ejemplos de tales efectos pueden citarse: en el primer caso, la Resolución 1514 (XV) de la A.G. de 14 de diciembre de 1960, que contiene la declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, que permitió luego la consagración como norma consuetudinaria del principio de libre determinación de los pueblos; en el segundo caso, la Resolución 1962 (XVIII) de la A.G. de 13 de diciembre de 1963, sobre los principios jurídicos que deben regir la actividad de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre; finalmente, en el tercer caso, la Resolución 2625 (XXV) de la A.G. de 24 de octubre de 1970, sobre la declaración de los principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados.¹⁷

Por otro lado, los Organismos Internacionales, como sujetos de derecho internacional, también tienen la posibilidad, por medio de sus prácticas reiteradas y concordantes con la de otro organismo internacional o de uno o más Estados, de participar en la creación de normas consuetudinarias internacionales.

Un caso distinto se configura cuando al interior de las Organizaciones Internacionales se desarrollan algunas costumbres; las conductas seguidas por los órganos de una Organización Internacional podrán dar lugar al nacimiento de prácticas obligatorias dentro de su derecho interno.¹⁸ Pero, estas son al fin de cuentas prácticas interestatales que simplemente se realizan en el seno de la Organización. Un ejemplo fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de Namibia* (Opinión Consultiva), respecto del valor de la abstención en el Consejo de Seguridad:

Pero los debates que se desarrollan en el Consejo de Seguridad desde hace muchos años prueban abundantemente que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido interpre-

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 123.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «International law in the past third of a century. General course in public international law». En: *RCADI*. 1978-I, t. 159, pp. 14-22.

¹⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos. «La Interacción Normativa entre Costumbre y Tratado y entre Costumbre y Resoluciones de la A.G.». En DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Ob. cit.*, p. 127.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 127-128.

¹⁸ MONCAYO, Guillermo y otros. *Ob. cit.*, p. 90.

tada siempre y de manera uniforme, a juzgar por las decisiones de la presidencia y la posición de los miembros del Consejo, en particular de los miembros permanentes, en el sentido de que no constituye obstáculo a la adopción de resoluciones. La abstención de un miembro del Consejo no significa que se oponga a la aprobación de lo que ha sido propuesto; para impedir la adopción de una resolución que exija la unanimidad de los miembros permanentes, un miembro permanente debe emitir un voto negativo. El procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad [...] ha sido generalmente aceptado por los miembros de las Naciones Unidas y constituye la prueba de una práctica general de la Organización.¹⁹

En el mismo sentido se manifiesta la doctrina al señalar:

Las Declaraciones de la Asamblea General son el producto de unos actos estatales, los votos; son también los Estados a quienes, sobre todo, va a corresponder la aplicación de las reglas de conducta enunciadas en ellas. Puede pensarse, pues, que el conjunto de esos actos estatales constituye una práctica que, en conjunción con la opinión iuris, es susceptible de dar lugar a costumbres internacionales.²⁰

Por último, no debe confundirse la influencia que algunas entidades pueden tener en la formación del derecho consuetudinario con la participación en el proceso de creación de dicha norma. Por ello, resulta deleznable la tesis planteada por Kopelmanas, quien publicó un estudio destinado a demostrar que los individuos son agentes en la formación de la costumbre internacional planteando la existencia de reglas de derecho internacional consuetudinario concernientes a ciertas formas de crédito bancario, reglas creadas por la práctica constante de los banqueros, y por consiguiente de los particulares.²¹ Kopelmanas no solo no logra probar la existencia de estas reglas como normas de Derecho Internacional sino que, además, confunde la influencia que pueden ejercer determinados actores en el nacimiento de una norma consuetudinaria con la participación en la creación misma de dicha norma.

2. Elementos Constitutivos de la Costumbre

¿Cuál es el proceso de formación de la costumbre? ¿Cuáles sus elementos constitutivos? En otros términos, donde comienza y donde termina el

¹⁹ C.I.J. *Recueil*, 1971, p. 22.

²⁰ GARZÓN CLARIANA, Gregorio. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, p. 903.

²¹ KOPELMANAS, Lassar. «Custom as a Means of the Creation of International Law». En *British Year Book of International Law*. Vol. 18, 1937, p. 127.

proceso de «elaboración» de la costumbre y de que elementos se compone ésta. Desde cuando una práctica constituye una costumbre y como tal es regla de derecho. Cuando se pasa «de la regularidad a la regla».²² Estas preguntas serán respondidas en las páginas siguientes por medio de las dos fuentes auxiliares que reconoce y emplea el Derecho Internacional Público: la doctrina²³ y la jurisprudencia internacionales. Ambas han confirmado la presencia de dos elementos fundamentales y concurrentes, constitutivos de la costumbre internacional: el material (*usus*) y el psicológico (*opinio iuris*).²⁴

2.1. Elemento Material o Histórico (Objetivo)

Este elemento esta compuesto de dos sub-elementos:

a) Continuidad en el Tiempo

Es el tiempo lo que hace madurar una práctica y la transforma en costumbre. La repetición de la práctica en el tiempo es el requisito imprescindible para su asentamiento; sin esa repetición, sería imposible hablar de la existencia de un uso.²⁵ Esto implica la presencia de una práctica repetida suficientemente en el tiempo,²⁶ que sea a la vez frecuente y significativa,²⁷ siendo necesario además que la práctica haya sido aceptada de modo constante por los Estados que se han encontrado en la necesidad de aplicarla.²⁸ La doctrina coincide en que la misma no tiene que ser puesta en práctica necesariamente por un periodo extremadamente

²² COMBACAU, Jean. Título de presentación de la revista *Droits*. N.º 3, marzo 1986, consagrado a la costumbre.

²³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 211; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 93; DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 118; MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 47; CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1983, t. I, p. 193; BRIERLY, J. L. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo y José Bermúdez de Castro. México: Editorial Nacional, 1950, p. 53; BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 25; VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Versión de la 12.ª edición alemana por Domingo Miral. Barcelona, 1939, p. 20; REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egida. Madrid: Bosch, 1976, p. 98.

²⁴ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 76. Véase CARREAU, Dominique. Ob. cit., pp. 261-264.

²⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 213.

²⁶ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: TEA, 1985, t. I, p. 15.

²⁷ WEIL, Prosper. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, p. 164.

²⁸ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ariel, p. 71.

largo, sino que es posible que la costumbre quede consolidada en un periodo corto de tiempo.

La doctrina tradicional exigía para la aparición de una norma consuetudinaria una práctica inmemorial.²⁹ Así, Grocio fijaba en cien años el plazo para que la reiteración de los actos generase una costumbre, pero la aceleración de las relaciones internacionales así como el avance de la ciencia y la tecnología permiten hoy que la costumbre se constituya de manera mas rápida.³⁰

En efecto, «en la actualidad, la aparición simultánea de problemas parecidos en distintos Estados, el conocimiento inmediato de las actitudes adoptadas por otros gobiernos, la convergencia de información en las conferencias diplomáticas y en el proceso de codificación son factores que explican la aceleración del desarrollo del Derecho Consuetudinario».³¹ De ahí que la doctrina señale que más importante que la duración es la intensidad de la práctica,³² y que esta puede «acelerar» el proceso consuetudinario.³³

Esta última idea fue confirmada en el *Asunto Wimbledon* (1923),³⁴ en el *Asunto del derecho de asilo* y el *Asunto sobre el derecho de paso en territorio indio* (1950) y en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* (1969) donde la Corte señaló:

El hecho que no haya transcurrido mas que un breve periodo de tiempo no constituye necesariamente en si mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional Consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional.³⁵

De igual forma en su Opinión Consultiva sobre el *Asunto de la Participación de la Ciudad Libre de Danzig en la OIT*, la Corte Permanente de Justicia Internacional admitió en el carácter de costumbre internacional hechos que no se remontaban mas allá de una decena de años.³⁶

²⁹ Opinión Disidente del juez Negulesco en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Comisión Europea del Danubio, C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14, p. 114: «uso inmemorial».

³⁰ FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979, p. 49. Véase ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. Ob. cit., p.36.

³¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 32.

³² CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 226.

³³ VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 185.

³⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 5, p. 25: Aquí la Corte exigió una «práctica internacional constante».

³⁵ I.C.J. *Reports*, 1969, pp. 43-44.

³⁶ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 38, p.12.

La aceptación por la Corte «de una práctica que ha madurado rápidamente revela que el requisito tradicional de la duración no es un fin en sí mismo, sino únicamente un medio para demostrar la generalidad y uniformidad de determinada práctica estatal». ³⁷ Carrillo Salcedo cita como ejemplo que, durante el desarrollo de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, entre 1973 y 1982, se cristalizó una nueva norma consuetudinaria: la que regula las competencias de los Estados ribereños sobre la zona económica exclusiva hasta doscientas millas de la línea de base desde la que se mide la anchura del mar territorial. ³⁸

Aunque con fuerte rechazo doctrinal ³⁹ se ha llegado incluso a hablar de la posibilidad de costumbres instantáneas ⁴⁰ (por ejemplo, el caso de los principios que rigen la libertad de exploración del espacio ultraterrestre y la no militarización de los cuerpos celestes). ⁴¹

De otro lado, se ha dicho en ocasiones que la práctica de los Estados consiste en lo que hacen y no en lo que dicen. Por ejemplo, en su opinión disidente en el *Asunto de las Pesquerías Anglo-Noruegas*, el juez Read sostuvo que las pretensiones sobre zonas marítimas solo podrían crear normas consuetudinarias si se hacían ejecutar contra buques extranjeros. ⁴² Sin embargo, en casos posteriores como el *Asunto de la Competencia en Materia de Pesquerías*, diez de los catorce jueces dedujeron de tales pretensiones la existencia de normas consuetudinarias sin entrar a considerar si habían sido puestas en vías de ejecución. ⁴³ También el tribunal de Nuremberg citó resoluciones de la Sociedad de Naciones y de una de las conferencias panamericanas como prueba de que la guerra de agresión constituía un crimen de conformidad con las costumbres y prácticas de los Estados. ⁴⁴ Parece, en consecuencia, que es correcto afirmar que la práctica estatal consiste no solo en lo que los Estados hacen, sino también en lo que dicen. ⁴⁵

Por último, al hablar de «continuidad en el tiempo» no solo debe entenderse una práctica repetida suficientemente en el tiempo, sino que esta debe ser a su vez uniforme.

La jurisprudencia arbitral internacional ha expresado con admirable claridad la necesidad de una práctica coherente para dar nacimiento

³⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 32.

³⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 95.

³⁹ Michel VIRALLY la califica como un sinsentido («non-sens»). En: VIRALLY, M. Ob. cit., p. 185.

⁴⁰ CHENG, B. *An Introduction to Contemporary International Law*. Nueva York, 1989, pp. 45-46.

⁴¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 214.

⁴² C.I.J. *Recueil*, 1951, pp. 116-191.

⁴³ C.I.J. *Recueil*, 1973, pp. 3, 97, 56, 81, 119, 135, 161.

⁴⁴ *American Journal of International Law*. Vol. 41, 1947, p. 172.

⁴⁵ AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 36.

a la costumbre: «Sólo una práctica constante, efectivamente seguida y sin cambios, puede devenir generadora de una regla de derecho internacional consuetudinario».⁴⁶

La uniformidad es la concordancia de los precedentes, en el sentido de que ante situaciones semejantes se hayan aplicado soluciones parecidas;⁴⁷ es decir, la conducta reiterada siempre debe haberse producido en el mismo sentido y no debe haber sufrido fluctuaciones veleidosas.⁴⁸ Esto fue confirmado por la C.I.J. en el *Asunto del derecho de asilo* cuando esta negó valor a los actos invocados por Colombia como precedentes por considerar que manifestaban «tantas incertidumbres y contradicciones, tantas fluctuaciones y discordancias [...] que no es posible deducir de todo ello una costumbre constante y uniforme».⁴⁹

Posteriormente, en su sentencia relativa al *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte señaló que para la existencia de la costumbre resultaba indispensable que la práctica hubiera «sido frecuente y prácticamente uniforme».⁵⁰

Se debe precisar que la uniformidad no implica la repetición de hechos idénticos, sino tan solo similares o semejantes. Así lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto Wimbledon*, donde al referirse a los precedentes de los canales de Suez y Panamá, concluyó:

Las reglas no son idénticas en los dos casos; pero presentan igual importancia, en cuanto demuestran que el uso de grandes vías internacionales sea por navíos de comercio, beligerantes o neutrales, cargadas de contrabando de guerra, no debe ser considerada como incompatible con la neutralidad del Estado ribereño.⁵¹

Una considerable falta de uniformidad en la práctica impedirá en consecuencia, la creación de una norma consuetudinaria. Pero, si esta es menor, ello no impedirá la consolidación de la costumbre. Como lo señala la C.I.J. en el *Asunto de las Pesquerías*, «no debe concederse demasiada importancia a unas cuantas incertidumbres o contradicciones, aparentes o reales, que el Reino Unido alega haber descubierto en la práctica noruega».

Asimismo, no toda contradicción de la práctica debe ser interpretada como una negación u oposición a la misma. Nuevamente, la C.I.J. en

⁴⁶ Laudo del 17 de julio de 1965. *Interpretación del acuerdo aéreo del 6 de febrero de 1948 entre Italia y los Estados Unidos*. R.S.A. Vol. XVI, p. 100.

⁴⁷ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 212.

⁴⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 190.

⁴⁹ C.I.J. *Recueil*, 1950, p. 276.

⁵⁰ I.C.J. *Reports*, 1969, parágrafo 74.

⁵¹ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 1, p. 25. Véase BARBERIS, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Platense, 1973, pp. 45-46.

el *Asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*⁵² señaló:

La Corte no creía que, para que una regla sea establecida consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba ser rigurosamente conforme a tal regla. Le parece suficiente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen su conducta a las mismas en forma general y que traten los comportamientos no conformes a la regla en cuestión como violaciones de ésta y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla. Si un Estado actúa en forma aparentemente inconciliable con una regla reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, resulta más una confirmación que debilitamiento de la propia regla, y ello aún cuando la actitud de tal Estado pueda justificarse o no de hecho sobre tal base.⁵³

b) Generalidad en el Espacio

La práctica o uso repetido en el tiempo debe ser generalizada. Para que una costumbre internacional sea «general» no es necesario que en su proceso formativo hayan participado todos los Estados de la comunidad internacional, sino que bastará la concurrencia de la mayoría de ellos.⁵⁴

En efecto, en lo relativo al grado de generalidad que se requiere, la doctrina prescinde de la exigencia de la unanimidad, reclamando tan solo el consentimiento de aquellos Estados que se han encontrado en situación de aplicar la costumbre.⁵⁵

Este elemento constitutivo de la Costumbre ha sido reiterado numerosas veces por la jurisprudencia internacional. Así, podrían citarse los casos del *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*,⁵⁶ el *Asunto de las Pesquerías Anglo-Noruegas*⁵⁷ y dos casos resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional donde se señaló que la costumbre debía ser una «práctica constante y general».⁵⁸ De igual forma, en el *Asunto del Derecho de Paso por Territorio Indio* la Corte señaló:

Se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse entre dos Estados. Es difícil ver por que el número

⁵² I.C.J. Reports, 1986, parágrafo 186.

⁵³ Ibídem, p. 213.

⁵⁴ MONCAYO, Guillermo. Ob. cit., p. 84.

⁵⁵ BARBERIS, Julio. «Réflexions Sur la Coutume Internationale». En: *Annuaire Français de Droit International*. XXVI, 1990, p. 23; AKEHURST, Michael. «Customs as a Source of International Law». En *British Yearbook of International Law*. Vol. 47, 1974, p. 1; PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 15; ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 71; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 94.

⁵⁶ I.C.J. Reports, 1969, p. 43.

⁵⁷ I.C.J. Reports, 1951, p. 131.

⁵⁸ C.P.J.I. Serie A/B, n.º 53, p. 91; C.P.J.I. Serie B, n.º 6, p. 36.

de Estados entre los que pueda constituirse una costumbre local sobre la base de una política prolongada debe ser necesariamente superior a dos. La Corte no ve razón para que una práctica aceptada por ellas como reguladora de sus relaciones no constituya la base de derechos y obligaciones entre ellos.⁵⁹

Obviamente, si un solo Estado por su simple voluntad propia y unilateral repitiera siempre los mismos actos, no podría surgir una costumbre internacional.⁶⁰ Por lo tanto, no basta que la nueva práctica sea repetida por el mismo Estado; es necesaria una dispersión de la práctica que la confirme en su validez⁶¹ partiendo de un mínimo de dos Estados hasta alcanzar un grado de generalidad, por la repetición del precedente en el tiempo, que pueda constituir una regla de derecho.

2.2. Elemento Psicológico o Subjetivo (*Opinio Iuris Sive Necessitatis*)

Además de la presencia de un elemento material constitutivo de la costumbre, la doctrina y jurisprudencia internacionales exigen la presencia de un segundo elemento, en virtud del cual los Estados reiteran una práctica en la convicción de que se está respondiendo a una necesidad jurídica.⁶² En otras palabras, es necesario que la práctica responda a la convicción jurídica de estar actuando conforme a derecho.⁶³

⁵⁹ I.C.J. *Reports*, p. 39. En el caso se trataba de determinar el derecho del Estado de Portugal para atravesar el territorio del Estado de la India dirigiéndose de los enclaves portugueses de Dadra y Nagar-Aveli Damao. La Corte observa que el paso de personas privadas y de funcionarios civiles no había sido objeto de ninguna restricción. Esta práctica había sido constante y uniforme y la Corte considera que ella «ha sido aceptada por las Partes como derecho y ha dado nacimiento a un derecho y a una obligación correspondiente».

⁶⁰ DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4.^a ed. italiana por J.M. Trias de Bes. Barcelona: Bosch, 1948, p. 11.

⁶¹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 321.

⁶² PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 16; OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Traducción al español de J. López Olivan y J.M. Castro Rial. Barcelona: Bosh, 1961, t. I, vol. I, p. 27: «Hay costumbre internacional cuando se ha desarrollado un definido y continuo hábito de llevar a cabo ciertos actos con la convicción de que, con arreglo al derecho internacional, son obligatorios o justos»; LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica de Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, p. 311; SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1986, p. 94.

⁶³ FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. Ob. cit., p. 49; ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 69; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 30. Sin embargo, existen algunos autores que niegan este segundo elemento. Véase GUGGENHEIM, Paul. «Les deux éléments de la coutume en droit international». En: *La technique et les principes du droit public: études en l'honneur de Georges Scelle*. Vol. I, p. 280; Kelsen, Hans. Ob. cit., p. 63: Según este autor es casi imposible probar la existencia del elemento psicológico, razón por la cual, al ser irrealizable tal prueba se debe renunciar

Ya los glosadores, al caracterizar los elementos de la costumbre, habían reafirmado la definición romana de *inveterata consuetudo et opinio juris vel necessitatis*, es decir, repetición continua, a lo largo del tiempo, de actos en un mismo sentido, con la convicción de que, cuando se está practicando esa costumbre, se está cumpliendo con una regla jurídica obligatoria.⁶⁴ Sin embargo, es Rivier quien en su «Principes du droit des gens», 1896, observa por primera vez en la costumbre la manifestación de la conciencia jurídica internacional y la define como la repetición continuada de ciertos hechos con la conciencia de su necesidad.⁶⁵

En la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se hizo referencia por primera vez a la *opinio iuris* en el *Asunto Lotus*;⁶⁶ y, posteriormente, también fue considerado en la Opinión Consultiva sobre la *Competencia de la Comisión Europea del Danubio*.⁶⁷

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia afirmó la existencia de este elemento en el *Asunto del Derecho de Asilo*⁶⁸ entre Colombia y Perú, así como en el *Asunto Nottebohm*.⁶⁹ En el *Asunto del Suroeste Africano*, el juez Tanaka también tomó en consideración la *opinio iuris* para demostrar que la norma que prohíbe la discriminación es una regla de derecho internacional consuetudinario.⁷⁰

Más tarde, en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia señaló:

Los actos considerados no solamente deben suponer una práctica constante, sino que también deben tener el carácter o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. La necesi-

también a la presencia de este elemento como configurante de la costumbre. En el mismo sentido se pronuncia ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 192: «La incertidumbre de la costumbre y la necesidad de que sea probada, lo que es sumamente difícil, es un obstáculo a la aceptación irrestricta de esta fuente del derecho. Se atenta por la costumbre contra el principio de seguridad jurídica. Acudir a los tribunales en el derecho interno y en el derecho internacional es esporádico y el contenido de las normas jurídicas debe ser conocido sin necesidad de que las normas jurídicas tengan que ser precisadas por los tribunales. Para cumplir con una norma jurídica es preciso que no se tengan dudas sobre el alcance de esa norma jurídica alrededor de la conducta que ordena. La imprecisión de la costumbre puede dar pábulo a controversias internacionales». Ver asimismo la Opinión Disidente del Juez Tanaka en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, donde señaló: «el buscar evidencias de las motivaciones subjetivas de cada práctica estadual comporta de hecho, un imposible». I.C.J. *Recueil*, 1969.

⁶⁴ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 37.

⁶⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 324.

⁶⁶ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 28.

⁶⁷ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14, p. 105. Véase opinión del juez Negulesco.

⁶⁸ C.I.J. *Recueil*, 1950, pp. 276-277.

⁶⁹ C.I.J. *Recueil*, 1955, p. 22.

⁷⁰ C.I.J. *Recueil*, 1966, p. 261. Véase BARBERIS, Julio. Ob. cit., pp. 63-64.

dad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, esta implícita en el propio concepto de *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben tener el sentimiento de que cumplen lo que suponen una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni el carácter habitual de los actos, es en sí suficiente.⁷¹

Esto ha sido ratificado por fallos posteriores. En este sentido, cabe citar el *Asunto relativo a la delimitación de la frontera marítima en la zona del Golfo del Maine*⁷² (1984) o el *Asunto relativo a la Delimitación de la Plataforma Continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta)* (1985),⁷³ donde la convicción jurídica se resalta como elemento configurante indispensable de la costumbre. Finalmente, en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte recordó su sentencia del 3 de junio de 1985 y afirmó que, en orden a la identificación del Derecho consuetudinario aplicable, debía «examinar la práctica y la *opinio iuris* de los Estados».⁷⁴

En este punto es importante analizar la posición de Kelsen. Según este autor, el elemento psicológico de la costumbre consiste —según la doctrina imperante— en que los individuos que forman con sus actos la costumbre, deben estar convencidos de que llevan a efecto, con tales actos, una norma ya en vigor; en otras palabras, que cumplen un deber o ejercen un derecho preestablecido.⁷⁵ Sin embargo, para Kelsen, esta es una concepción errada en tanto la costumbre no sería la creación de una norma jurídica nueva, sino solo la constatación de una norma ya existente. Lo cierto —señala— es que los sujetos que realizan la práctica no están, objetivamente, ligados a la norma jurídica que creen aplicar ni podrían objetivamente estar ligados a ella, porque tal norma no existe todavía, en tanto dure el procedimiento de creación de la costumbre.

Precisamente, basados en esta crítica, un sector de la doctrina ha señalado que la costumbre estaría constituida solamente por la *praxis*, ya que, si se admitiera la necesidad de la *opinio iuris*, se llegaría inevitablemente a considerarla nacida de un error. Conforti señala —resumiendo esta posición— que si, en el momento en que se va formando la norma, el Estado cree que determinado comportamiento es obligatorio, es decir, requerido por el derecho, mientras que en realidad el derecho no existe, porque se halla en formación, es evidente que el Estado está en un error. «La *opinio iuris* no sería, por lo tanto, uno de los elementos constitutivos de la costumbre, sino más bien el efecto psicológico de la existencia de la norma, presuponiendo por lo tanto que ésta ya se ha formado».⁷⁶

⁷¹ I.C.J. *Reports*, 1969, p. 44.

⁷² C.I.J. *Recueil*, 1984, p. 294.

⁷³ I.C.J. *Reports*, 1985, parágrafo 27.

⁷⁴ I.C.J. *Reports*, 1986, parágrafo 183.

⁷⁵ KELSEN, Hans. *Ob. cit.*, p. 57.

⁷⁶ CONFORTI, Benedetto. *Ob. cit.*, pp. 49-50.

Si bien coincidimos con Kelsen, pues entendemos la costumbre como un modo de creación del derecho y no solo un método de constatación de normas jurídicas existentes, creemos que este autor no interpreta adecuadamente lo opinión de la doctrina imperante. En efecto, el elemento psicológico de la costumbre no implica la práctica general y constante de un uso con la convicción de estar cumpliendo con una norma jurídica ya existente, sino con la convicción de que dicha práctica es jurídicamente correcta. Lachs explica con claridad este punto al describir el proceso de formación de la costumbre:

De cualquier forma, sostener que los Estados, aún aquellos que dan inicio a una práctica cualquiera, están convencidos de obrar en virtud de una obligación jurídica, es recurrir a la ficción — y de hecho negar la posibilidad de crear tales reglas—. Pues el inicio puede ser dado por actos voluntarios y unilaterales, que reposan sobre la firme esperanza de ver esos actos aceptados o imitados [...] No es sino en un estadio ulterior que, bajo el efecto de acciones aisladas o concertadas, de reacciones y de interacciones en el campo en cuestión, es decir por el concurso de esta reciprocidad tan fundamental en las relaciones jurídicas internacionales, que se produce la reacción en cadena que finaliza en un consenso internacional. Vista la complejidad de este proceso de formación y la multiplicidad de móviles posibles en sus diferentes etapas, sería excesivo exigir la prueba que todo Estado que aplica una regla dada lo hace porque tiene conciencia de una obligación de hacerlo.⁷⁷

Sobre lo mismo, Truyol señala:

El sentimiento de obligatoriedad se matiza en los primeros actos y en los siguientes: pues al principio consiste en el sentimiento de crear una nueva norma jurídica, mientras que posteriormente se tiene conciencia de aplicar una norma que ya se ha abierto paso a la práctica de los Estados.⁷⁸

En el mismo sentido se pronuncia Akehurst, cuando señala que la *opinio iuris* se interpreta en el sentido de que los Estados deben creer que algo es ya derecho antes de que se convierta en derecho.⁷⁹ Otros como Barberis entienden más bien que la *opinio iuris* implica la «conciencia adquirida por la comunidad internacional de que el no cumplimiento de un uso o práctica, trae como consecuencia una sanción; es decir que un determinado uso adquiere el valor de norma jurídica consuetudinaria desde el momento en que las consecuencias de su incumplimiento son equivalentes a las que regularmente se siguen de la violación de una

⁷⁷ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 231.

⁷⁸ TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Ob. cit.*, p. 98.

⁷⁹ AKEHURST, Michael. *Ob. cit.*, p. 38.

norma jurídica». Y agrega: «La *opinio iuris* no consiste en una convicción acerca de la existencia de una norma jurídica, sino en la conciencia adquirida por la comunidad que el incumplimiento de la práctica en cuestión trae consecuencias similares a las de desobediencia a una regla de derecho». ⁸⁰ En cualquier caso, es claro que el elemento psicológico apunta a la aceptación general de la regla como práctica jurídicamente correcta y obligatoria, y que en este caso la práctica pasa a un segundo plano. ⁸¹

En consecuencia, de estar ausente este elemento no existirá costumbre. ⁸² Es la combinación de ambos elementos lo que genera una regla consuetudinaria en el sentido que la entiende el Derecho Internacional Público. Esta condición no se cumple si una práctica se observa solo por cortesía o si los Estados consideran que tienen legalmente la libertad de apartarse de ella en cualquier momento, ⁸³ sin incurrir por ello en una conducta que puede acarrear su responsabilidad internacional.

3. Importancia de la Costumbre

La Costumbre, hasta comienzos del siglo XX, constituía el cuerpo más importante del Derecho Internacional. Muchas de estas reglas, como las relacionadas con la guerra marítima, tuvieron su origen en la práctica de un solo Estado, que tuvo poder para imponerlas hasta que llegaron a ser aceptadas sin protestas por otros Estados. Otras reglas, en especial las que se relacionan con el comercio, tuvieron su origen en la experiencia de un pequeño grupo de Estados y, después de ser consideradas prácticas y convenientes, fueron aceptadas gradualmente por otros Estados, hasta que la costumbre establecida se transformó en una regla obligatoria. ⁸⁴

La importancia de la costumbre proviene, según Reuter, de dos factores: esta ha permitido constituir un fondo de reglas universales en campos tan importantes como el de la práctica arbitral, la responsabilidad internacional, el derecho marítimo y el derecho de los conflictos armados, entre otros; y, por otro lado, es la costumbre y solo ella la que permite formar reglas generales que ocupen el lugar de la constitución en la Sociedad Internacional. Por esto, se dice en ocasiones desde un plano doctrinal que la base del Derecho Internacional es consuetudinaria. ⁸⁵

⁸⁰ BARBERIS, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional Público*. La Plata: Editorial Platense, 1973, p. 44.

⁸¹ ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 177.

⁸² WEIL, Prosper. Ob. cit., p. 170.

⁸³ BUERGENTHAL, Thomas y otros. Ob. cit., p. 28.

⁸⁴ FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 82.

⁸⁵ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 102.

Según Jiménez de Aaréchaga, mientras la Corte Permanente durante su existencia y la Corte Internacional de Justicia hasta 1969 se ocuparon principalmente de asuntos referentes a la interpretación y aplicación de tratados, la Corte Internacional de Justicia, durante los últimos años, ha tenido que enfrentarse, en cada caso, con lo que se ha llamado «la medusa amorfa pero formidable del Derecho Internacional Consuetudinario».⁸⁶

Ese enfrentamiento comenzó —señala— con la sentencia dictada en 1969 en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, donde la Corte no solo tuvo que aplicar normas de carácter consuetudinario, sino que tuvo que pronunciarse sobre su naturaleza, su proceso de formación y su relación con los Tratados. En los casos posteriores sometidos a la Corte, cuestiones relativas al Derecho Internacional consuetudinario volvieron a plantearse: las normas que rigen la responsabilidad de los Estados, en el *Asunto de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*; el régimen de las pesquerías en la alta mar adyacente a un Estado, en el *Asunto de las Pesquerías Islandesas*; la responsabilidad de los Estados por contaminación de la atmósfera, en el *Asunto de los Ensayos Nucleares*; la libre determinación de los pueblos y la descolonización, en los *Asuntos de Namibia y Sahara Occidental* (Opiniones consultivas); la naturaleza jurídica y la delimitación de la Plataforma Continental en el *Asunto del Mar Egeo*, entre Grecia y Turquía; entre otros.⁸⁷

En la Comunidad Internacional contemporánea, la costumbre ha conservando entonces un papel importante, debido a que ha sido capaz de adaptarse a exigencias de dimensión y alcance universales. Si bien un sector de la doctrina critica la costumbre por la dificultad que implica su probanza, por su formación lenta no acorde con el mundo actual que requiere de soluciones rápidas y, porque refleja las voluntades gubernamentales, es decir, relaciones de fuerza;⁸⁸ la costumbre tiene hoy en cuenta las exigencias de la universalización y democratización de la Sociedad Internacional. Así, en el Derecho Internacional clásico la norma

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p.13.

⁸⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., pp. 13-14.

⁸⁸ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Río de Janeiro: Renovar, 1992, p. 234. FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. México: Trillas, 1967, p. 153: «[...] la costumbre sigue siendo torpe y lenta; independientemente de que las dificultades y problemas aumentan a medida que aumenta el número de sujetos de derecho internacional». Una crítica de corte político es la que fórmula D'ESTEFANO, Miguel. *Derecho Internacional Público*. La Habana: Editorial Nacional de Cuba, 1965, p. 12: «La exageración de la costumbre y la poca o limitada consideración de los tratados internacionales son características del pensamiento de muchos internacionalistas burgueses, que acuden a las prácticas internacionales ilegales bajo el sello de la pretendida costumbre internacional que ha sido formada durante siglos de desarrollo burgués y que los países progresistas no vienen obligados a acatar sino reúnen los elementos señalados».

consuetudinaria era la obra de unos pocos, las grandes potencias, cuyos intereses quedaban reflejados; actualmente la costumbre quiere ser la obra de todos, grandes y pequeños, y para todos, países industrializados y países en desarrollo.⁸⁹ La costumbre ha sabido cambiar sus características y funciones al compás de las exigencias de la Comunidad Internacional y de la era histórica que nos ha tocado vivir. La costumbre sigue siendo así, una fuente de gran importancia en el Derecho Internacional.⁹⁰

4. Fundamento

La doctrina de los publicistas ha buscado establecer el fundamento de la obligatoriedad de la costumbre internacional, dando origen a numerosas teorías. Verdross refiere la existencia de al menos cinco grandes teorías.

4.1. Teoría del Consentimiento

Esta teoría es conocida también como la teoría voluntarista o del pacto tácito; entiende que la costumbre surge mediante un pacto tácito, es decir, el uso inicial de la respectiva norma se considera como un ofrecimiento, y se ve en los correspondientes usos de los demás Estados una aceptación de tal oferta.⁹¹

Esta teoría fue iniciada por Grocio, Bynkershoek y Vattel y, modernamente, la escuela positivista alemana e italiana ha recogido esta explicación voluntarista que funda a la costumbre en el consentimiento tácito y presunto de los Estados. A nivel de jurisprudencia, esta teoría se apoya en el *Asunto Lotus* (1927), donde la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló que: «Las reglas de derecho que vinculan a los Estados emanan de la voluntad de éstos; voluntad manifestada en las convenciones o en los usos aceptados generalmente como consagradores de principios jurídicos».⁹²

La concepción voluntarista del Derecho Internacional, que subyace en las palabras transcritas de la sentencia, reflejan una época y se debe, al menos en parte, al lenguaje del artículo 38 del Estatuto de la C.P.J.I. que, como el actual artículo 38 del Estatuto de la C.I.J., utilizaba las palabras «reconocidas» y «aceptada» tanto al referirse a las convencio-

⁸⁹ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 86.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 86.

⁹¹ VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 124.

⁹² C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 18.

nes o acuerdos internacionales (artículo 38.1.a) como al caracterizar la costumbre (art. 38.1.b).⁹³

Sin embargo, esta teoría ha sido objeto de duras críticas. Rousseau por ejemplo, ha señalado que esta concepción desconoce el carácter evolutivo del Derecho consuetudinario y no puede explicar cómo las normas consuetudinarias obligan a los Estados de nueva creación; mientras, Vargas Carreño entiende que, si la costumbre fuese un acuerdo tácito, le bastaría a un Estado aducir que nunca ha consentido en ella para desligarse de toda obligación internacional de origen consuetudinario.⁹⁴

La sentencia en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* contiene también un rechazo implícito a esta doctrina al señalar:

Si el principio de la equidistancia ha llegado a ser parte del *corpus* del Derecho Internacional General, entonces dicha norma, como las otras normas del Derecho Internacional general o consuetudinario, obliga a la República Federal automáticamente y con independencia de cualquier manifestación del consentimiento, tanto expreso como implícito, que ésta última haya podido prestarle.⁹⁵

Rousseau ha concluido que esta sentencia constituye el abandono definitivo de la doctrina consensualista del derecho consuetudinario.⁹⁶ Por tanto, la norma consuetudinaria no debe ser entendida como el resultado del consentimiento expreso o implícito de un Estado en particular.

4.2. Teoría de la Sumisión

Esta teoría sostiene que las normas consuetudinarias surgen paulatinamente y se llevan a cabo con la convicción de que son jurídicamente obligatorias. Entonces, dichas normas existen más allá y por encima de la simple aceptación de los Estados destinatarios porque estos al interactuar las admiten como válidas, es decir, se someten a ellas por considerarlas vinculantes, sin necesidad de una formal expresión de aceptación.⁹⁷

4.3. Teoría del Origen Unilateral

La creación de una costumbre, según esta teoría, comienza a imponerse unilateralmente por un Estado, y luego se convierte en una norma con-

⁹³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 97.

⁹⁴ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit. p. 95.

⁹⁵ I.C.J. Reports, 1969, p. 28.

⁹⁶ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. Vol. I, 1970, p. 313.

⁹⁷ VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, 1996, p. 84.

suetudinaria por el acuerdo expreso o tácito de los demás Estados. En otras palabras, esta teoría sostiene que, mientras el Derecho Internacional surge siempre de un acuerdo, la costumbre puede ser establecida por un solo Estado que inicie una práctica determinada a la que posteriormente otros Estados se sumen, lo cual conforma con el pasar del tiempo una norma internacional consuetudinaria.⁹⁸

4.4. Teoría Objetiva

Esta es la teoría imperante. Según ella, la costumbre es expresión de una regla objetiva, exterior y superior a las voluntades estatales. La teoría de la conciencia jurídica colectiva, inicialmente defendida en Alemania por Savigny y luego mantenida por Duguit, Scelle, Le Fur, entre otros, sostiene, entonces, la costumbre como manifestación de una convicción jurídica, cuya existencia es independiente de todo acto de voluntad real o presunto de los Estados.

Dentro de esta postura destaca la escuela sociológica francesa que entiende que la norma internacional es un producto social y atiende a las necesidades sociales. Rousseau y Basdevant se encuentran entre sus principales defensores.

En todo caso, lo importante es que cualquiera que sea la razón que dio origen a la fundamentación de la costumbre, hoy en día nadie puede negar su carácter vinculante, pues este no solo es apoyado por la doctrina, sino confirmado por la práctica y la jurisprudencia internacionales.

5. Características

La doctrina de los publicistas coincide en señalar cinco características de la costumbre internacional.

En primer lugar, la costumbre se destaca como la fuente más antigua del Derecho Internacional; hasta mediados del siglo XIX era entendida como la única fuente de esta disciplina.⁹⁹

En segundo lugar, la costumbre se caracteriza por ser la fuente más fecunda y abundante, en tanto la gran mayoría de normas del Derecho Internacional sigue estando regulada por costumbres y, dentro de estas, existen algunas de gran importancia como es el caso de las referidas al ámbito de la responsabilidad internacional.¹⁰⁰

⁹⁸ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., pp. 124-125.

⁹⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 19; PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p.15.

¹⁰⁰ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 19.

La costumbre es la regla más dúctil, en la medida que se adapta fácilmente a los cambios y transformaciones que se suceden en el tiempo. Su composición y estructura general facilita su evolución y ajuste.¹⁰¹

En cuarto lugar, la costumbre es la fuente más flexible, en tanto permite la oposición, esto es, que ciertos Estados puedan eximirse de su cumplimiento.

Finalmente, se señala que la costumbre es la fuente que, conjuntamente con los principios generales del derecho, logra mayor grado de universalidad, es decir, de aceptación por parte de los Estados. Como señala Sorensen, hasta ahora ningún tratado ha logrado la ratificación o la adhesión de la totalidad de los Estados miembros que componen la comunidad internacional.¹⁰² Nuevamente, su formulación y estructura genérica permite que un mayor número de Estados la pongan en práctica.

6. Clasificación

La costumbre internacional, en relación con su ámbito de aplicación, puede ser clasificada de la siguiente forma.¹⁰³

6.1. Costumbre Universal o General

Es aquella práctica repetida por todos o la mayoría de Estados que componen la comunidad internacional. La C.I.J. en el *Asunto de la Plataforma Continental* señaló al respecto que «en el supuesto de normas y obligaciones de derecho general o consuetudinario, [...] por su naturaleza, deben aplicarse en iguales condiciones a todos los miembros de la comunidad internacional».

La vocación de universalidad o generalidad de una costumbre depende del grado en el cual interesa al conjunto de Estados que forman la comunidad internacional.¹⁰⁴ En este punto, al igual que en el proceso formativo de la costumbre, no interesa el grado de participación alcanzado por cada Estado, ni su consentimiento expreso, hecho que es reconocido incluso por los autores voluntaristas, como Tunkin.¹⁰⁵ La costumbre así formada interesa al conjunto de Estados y, por lo mismo, los obliga,

¹⁰¹ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 20; ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. p. 70; MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 82.

¹⁰² SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 159.

¹⁰³ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 71; MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 48; CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 194.

¹⁰⁴ THIERRY, Hubert y otros. Ob. cit., p. 145.

¹⁰⁵ TUNKIN, G. *Droit International Public: problèmes théoriques*. Paris: Pédone, 1965, p. 87.

salvo que algún Estado se haya opuesto a la costumbre desde su periodo formativo, como veremos en el punto siguiente.

Por otro lado, para algunos autores, como Conforti, las normas consuetudinarias generales o universales son susceptibles de aplicación analógica.¹⁰⁶ Esta consiste en interpretar o aplicar extensivamente una norma a un caso no previsto o no regulado, pero cuyas características esenciales son análogas a las del caso previsto. Los ejemplos más destacados se han dado en la aplicación de ciertas costumbres sobre navegación marítima a la navegación aérea e incluso, a la navegación espacial.

6.2. Costumbre Regional

Es aquella práctica repetida por un grupo de Estados que pertenecen a una misma área o región geográfica; sus efectos por tanto, se limitan a aquellos Estados que la han reconocido o sancionado mediante una práctica constante. Inversamente al procedimiento formativo de la costumbre general, la costumbre regional si requiere la participación y el consentimiento o aquiescencia de los Estados entre los cuales se ha de aplicar,¹⁰⁷ así como los requisitos usuales para la formación de una costumbre con relevancia jurídica entre las partes, es decir, de obligatoria observancia. Por lo tanto, además de su campo de aplicación limitado, la costumbre regional tiene una incuestionable base consensual desde su periodo formativo. Son el ámbito regional de su aplicación y el grado de participación en su formación los que determinan la «especialidad» de la costumbre.¹⁰⁸ Se citan como clásicos ejemplos de costumbres regionales americanas el asilo diplomático¹⁰⁹ y la regla del agotamiento de los recursos internos,¹¹⁰ aunque en el caso de esta última se trata hoy de una regla consuetudinaria de alcance universal.¹¹¹

6.3. Costumbre Particular

Referida al uso constante en el tiempo de un grupo de Estados que pertenecen a diferentes áreas o regiones geográficas.

¹⁰⁶ CONFORTI, Benedetto. Ob. cit., pp. 59-60.

¹⁰⁷ THIERRY, Hubert y otros. Ob. cit., p. 147.

¹⁰⁸ THIERRY, Hubert y otros. Ob. cit., p. 148.

¹⁰⁹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 96.

¹¹⁰ SEPÚLVEDA, César. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México: Porrúa, 1969, p. 58.

¹¹¹ Así, en el Asunto Interhandel (1959) entre Suiza y Estados Unidos, la C.I.J. señaló: «La regla según la cual los recursos internos deben ser agotados antes que pueda iniciarse un proceso internacional, es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario».

6.4. Costumbre Bilateral

Es aquella práctica seguida tan solo por dos Estados. Un sector de la doctrina suele denominarla también costumbre local.¹¹² Respecto a la costumbre bilateral, la jurisprudencia entiende que implica la participación de ambos Estados, lo que no excluye que esta participación pueda también ser un consentimiento implícito o incluso una abstención.¹¹³

Scott entiende que el primer caso de costumbre bilateral analizado en un tribunal Internacional tuvo lugar en la Corte Permanente de Arbitraje en el *Asunto de los Arrendamientos Perpetuos en Japón*.¹¹⁴ Posteriormente, se menciona la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto sobre la Capacidad de la Ciudad Libre de Danzig para llegar a ser Miembro de la OIT*.¹¹⁵ En la actual Corte Internacional de Justicia, merecen destacarse dos casos: el de los *Derechos de los Ciudadanos Norteamericanos en Marruecos*,¹¹⁶ donde se discutió la existencia de una costumbre bilateral relativa a la extensión de la jurisdicción consular de los Estados Unidos en territorio marroquí; y el del *Derecho de Paso sobre Territorio Indio*,¹¹⁷ antes citado.

Por otra parte, D'Amato ha señalado, que «es demasiado temprano, en la jurisprudencia internacional, para establecer, con algún grado de convicción claros principios de conflicto de leyes respecto a la costumbre general y especial».¹¹⁸

Sin embargo, la doctrina entiende que en caso de conflicto, la costumbre especial debe primar sobre la costumbre general, salvo que esta última revistiera el carácter de una norma de *ius cogens*,¹¹⁹ fundamentalmente en virtud del principio de que la norma especial prima sobre la general.¹²⁰

La doctrina también ha empleado la distinción, creada por R-J Dupuy, entre costumbre sabia (*coutume sage*), la antigua, y costumbre salvaje (*coutume sauvage*), la nueva. Esta clasificación ha sido recientemente retrucada por Abi-Saab con base en el proceso de elaboración de la antigua y la nueva costumbre internacional.¹²¹

¹¹² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 98.

¹¹³ C.I.J. *Asunto del derecho de paso sobre territorio indio*. *Recueil*, 1969, p. 39.

¹¹⁴ SCOTT, James. *The Hague Court Reports*. Vol. I. Nueva York, 1916-32, p. 452.

¹¹⁵ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 18, pp. 12-13.

¹¹⁶ C.I.J. *Recueil*, 1952, p. 200.

¹¹⁷ C.I.J. *Recueil*, 1960, p. 39.

¹¹⁸ D'AMATO, Anthony. «The concept of Special Custom in International Law». 1969, vol. 63, n.º 2, p. 219.

¹¹⁹ GAMIO, José María. Ob. cit., p. 90. En el mismo sentido se pronuncia COHEN, J. «La Coutume Locale». En: *Annuaire Français de Droit International*. 1961, p. 137.

¹²⁰ I.C.J. *Reports*, 1960, p. 44.

¹²¹ ABI-SAAB, George. Ob. cit., pp. 176-178. Véase también CARREAU, Dominique. *Droit International*. Pp. 274-276.

Por último, cabría señalar que algunos autores distinguen entre costumbre positiva y costumbre negativa. La primera estaría referida a aquella práctica que implica una acción positiva; mientras que la segunda sería aquella que implica una conducta de omisión, abstención o inacción repetida en el tiempo¹²² siempre que dicha conducta no sea un mero reflejo del hecho de que el Estado interesado no se dio cuenta de que podría actuar en vez de abstenerse de hacerlo, o no se deba a simple indiferencia. Es decir, la falta de acción es relevante cuando el Estado interesado tiene motivos para adoptar una actitud determinada y se abstiene de hacerlo, como cuando concede a otro un permiso en una esfera que afecta sus propios intereses — como ocurre al permitir el paso de una nave de guerra extranjera a través de sus aguas territoriales.¹²³

En el *Asunto Lotus*, la C.P.J.I. dejó abierta la posibilidad de una costumbre con carácter negativo, siempre que concurriera «la conciencia del deber de abstenerse».¹²⁴ Asimismo, tenemos el voto disidente del juez Negulesco quien afirmó que una serie de «abstenciones constantes» pueden dar origen a una costumbre.¹²⁵

Por último, cabría referir el *Asunto Nottebohm*, donde la Corte analizando la práctica de los Estados de abstenerse de ejercer la protección diplomática a favor de los naturalizados que no han guardado un vínculo afectivo con aquel, expresó que tal «abstención» ponía de manifiesto su convicción jurídica de que la nacionalidad debía corresponder a una situación de hecho;¹²⁶ con el cual, se puso de manifiesto, la posibilidad de crear normas consuetudinarias mediante abstenciones que tengan como sustento una convicción jurídica.

7. Oposición a la Costumbre

En el proceso de formación de la costumbre, no es necesaria la participación o el consentimiento expreso de todos los Estados; en este caso, el silencio o la no oposición tienen el valor de la aquiescencia. Por lo tanto, una vez consolidada la costumbre, se aplicará a todos los Estados, incluso

¹²² VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 93. Véase GIANNI. *La Coutume en Droit International*. París: 1931, pp. 126-130.

¹²³ SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 161.

¹²⁴ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 28: «Las decisiones judiciales que se pueden encontrar en los compendios de jurisprudencia son una prueba suficiente del hecho invocado por el agente del gobierno francés, resultando simplemente que los Estados con frecuencia se han abstenido, de hecho, de ejercer las persecuciones... ahora bien, eso es solamente si la abstención es motivada por la consciencia de un deber de abstenerse».

¹²⁵ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14, pp. 105-106.

¹²⁶ C.I.J. *Recueil*, 1955, p. 22.

a los que no han participado en su proceso formativo y no expresaron su parecer al respecto.¹²⁷

Durante el periodo de formación de la costumbre, es posible también que los Estados formulen protestas destinadas a manifestar su discrepancia con la práctica que viene siendo reiterada; dicha protesta permitirá al Estado que la formula sustraerse a la aplicación de la regla consuetudinaria en formación.¹²⁸

Esta oposición o protesta debe ser formulada en forma expresa, pública y reiterada, y solo produce efectos jurídicos si su formulación no se produce cuando la norma se encuentra ya consolidada. Si la disconformidad se manifiesta una vez que la regla quedó bien establecida, resulta tardía, en tanto no impedirá la aplicación de dicha norma para el Estado disidente.¹²⁹ Asimismo, no cabe la oposición cuando la norma en cuestión no solo establece determinadas pautas de comportamiento sino que expresa, además, principios básicos de orden público de la comunidad internacional y sea por ello una norma imperativa que no admite excepción ni acuerdo en contrario, esto es, cuando la norma de que se trata sea una norma de *ius cogens*.¹³⁰

Más aun, «no se registran antecedentes, en la jurisprudencia internacional, en el sentido de admitir la inoponibilidad a un Estado de una obligación por la oposición de éste a una práctica [...] cuando ésta se refiere a una costumbre de derecho internacional general».¹³¹ Existen dudas, en el caso de la *Pesquerías Anglo-Noruegas*; sin embargo, a la fecha en la que se dictó sentencia, no existían normas de carácter general sobre los puntos materia de resolución.

Parece, por lo tanto, existir acuerdo respecto a que, una vez formada la regla consuetudinaria, los Estados no podrán oponerse a ella. El problema se retrotrae a la etapa formativa de la costumbre y a la oposición expresa, pública y reiterada que manifiesta un Estado en esa etapa, conducta que ha sido denominada como la del «objedor persistente». En principio, esta oposición no impide la formación de la regla consuetudinaria, el problema está en la aplicación al Estado cuya conducta ha sido de «objedor persistente». La doctrina¹³² y la jurisprudencia señalan que

¹²⁷ CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 233. Se entiende que nos estamos refiriendo a una costumbre universal o general.

¹²⁸ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 71; WALDOCK. *Hague Recueil*. Vol. 106, p. 50; DE VISSCHER, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En *Hague Recueil*. Vol. 136, p. 74; VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 127.

¹²⁹ THIERRY, Hubert y otros. Ob. cit., p. 146.

¹³⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 102.

¹³¹ GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I, p. 80.

¹³² Entre los críticos más destacados de esta postura cabe señalar a Benedetto Conforti.

en estos casos, la regla consuetudinaria no es de aplicación al «objeto persistente».¹³³

Todo esto se presenta dentro de una estricta lógica jurídica y la observancia de principios como el de la soberanía y la igualdad de los Estados, ya que, por muy alto grado de compenetración que alcance la comunidad internacional, no se encuentra en la posibilidad de imponer la voluntad mayoritaria a los Estados que la rechazan.¹³⁴ En el *Asunto del Derecho de Asilo*¹³⁵ y, fundamentalmente, en el *Asunto de las Pesquerías Noruegas*, la Corte, después de llegar a la conclusión de que la regla de las diez millas para las bahías no era una costumbre establecida, añadió la observación de que en todo caso dicha regla «aparece inoponible a Noruega, en cuanto se ha opuesto siempre a su aplicación [...]».¹³⁶

8. La Costumbre y los Nuevos Estados

En relación con el punto anterior, existe una situación que merece un análisis más detallado: la de los nuevos Estados. El surgimiento de nuevos Estados independientes y soberanos, como consecuencia del proceso de descolonización que experimenta la Comunidad Internacional, plantea el problema de la aceptación o no por parte de esos nuevos Estados del derecho internacional consuetudinario preexistente.

Cierto sector de la doctrina, encabezado por Tunkin, entiende que los nuevos Estados que no han tenido oportunidad de oponerse a una costumbre durante su periodo de formación no están obligados a cumplir esta. En efecto, este sector entiende que los nuevos Estados «están facultados jurídicamente para no reconocer reglas particulares consuetudinarias de Derecho Internacional General».¹³⁷ El viejo derecho internacional consuetudinario —señala Tunkin— se formó en el periodo colonial respondiendo a exigencias e intereses totalmente diferentes de los de nuestro tiempo; ese ordenamiento no puede pretender, por lo tanto, vincular a un Estado que nazca hoy, con exigencias e intereses opuestos. Dentro de esta misma tendencia, autores como Moncayo entienden que, a excepción de las normas imperativas, los nuevos Estados pueden cuestionarse la obligatoriedad de toda otra norma general de ese derecho a través de actos concluyentes opuestos a ella o bien por medio de actos reiterados de protesta.¹³⁸ Por su lado, Chaumont entiende que los nuevos

¹³³ CAHIER, Philippe. Ob. cit., pp. 233-237.

¹³⁴ Ibidem, p. 236.

¹³⁵ C.I.J. *Recueil*. 20/11/1950.

¹³⁶ I.C.J. *Reports*, 1951, p. 131.

¹³⁷ TUNKIN, Gregory. *Droit International Public. Problèmes Théoriques*. 1965, p. 87.

¹³⁸ MONCAYO, Guillermo y Otros. Ob. cit., p. 89.

Estados no pueden ser alcanzados por normas consuetudinarias que serían fruto de la desigualdad imperante durante el colonialismo.¹³⁹

Sin embargo, la mayoría de la doctrina entiende que el Estado de reciente formación está obligado por las normas consuetudinarias de carácter general nacidas antes de su advenimiento, pese a que el mismo no haya participado en el proceso de formación de la norma. En este sentido, la doctrina anglosajona opina que existiría siempre una aceptación del derecho internacional vigente por parte de los nuevos Estados. Esta aceptación no se expresa por medio de su consentimiento, sino que queda implícita en el acto mismo por el cual ellos acceden a la categoría de sujetos de derecho internacional. Kelsen asimila este caso al de los hombres, quienes nacen en medio de un orden estatal establecido por la costumbre: ellos tienen obligaciones y derechos en virtud de las normas de ese orden, sin haber colaborado con su actos en la creación de las normas en cuestión.¹⁴⁰

Esto resulta confirmado por el artículo 5 del Convenio de Viena sobre Sucesión de Estados en materia de Tratados, en el que se señala:

El hecho de que un Tratado no se considere en vigor respecto de un Estado en virtud de la presente Convención no menoscabará en nada el deber de ese Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de este tratado.

9. Derogación de la Costumbre

La derogación de una costumbre puede producirse por dos causas principales.¹⁴¹

9.1. Debido a la inobservancia continua de una costumbre, puede producirse la extinción de la misma. Para que la costumbre caiga en desuso, no basta que los Estados dejen de realizar los actos prescritos por la misma, sino que han de hacerlo por razones jurídicas, por entender que no responde ya a la convicción de ser actos debidos.¹⁴² Cuando la costumbre cae en desuso o en abandono, se le denomina *desuetudo*.

¹³⁹ CHAUMONT. «Cours Générale... Elaboration des Règles Coutumières». En: *Recueil des Cours*, 1970, t. I., p. 438.

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 75-76; GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. Ginebra, 1953, p. 49. SEFERIADES. «A perçus Sur la Coutume Juridique Internationale et notamment sur son fondament». En *Révue Générale de Droit International Public*, 43, 1936, p. 151.

¹⁴¹ ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 20 ; PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 16.

¹⁴² TRUYOL Y SERRA, Antonio. Ob. cit., p. 98.

9.2. Debido a la aparición de una norma principal opuesta a una costumbre internacional. En efecto, es posible el surgimiento de una costumbre, un tratado o un principio general del derecho que contravenga lo dispuesto por una norma consuetudinaria; en tal caso primará la norma posterior.

Un ejemplo de tratado que derogó una costumbre lo tenemos en la abolición de la trata de negros en virtud de la Declaración de Viena de 8 de febrero de 1815 y del Acta General de Bruselas del 2 de julio de 1890. Asimismo, puede citarse la supresión de la práctica del Corso por la Declaración de París del 16 de abril de 1856 sobre la Guerra Marítima.¹⁴³

Sobre la última modalidad de derogación, Ulloa entiende que pueden surgir problemas durante el tiempo en el que la nueva costumbre se consolida y deroga la anterior. Este autor señala que, mientras la costumbre en formación no alcance generalidad, existirá una situación delicada que puede provocar malas inteligencias entre los Estados,¹⁴⁴ pues el Estado impulsor de la nueva costumbre, estará actuando —al menos en un principio— al margen del Derecho Internacional vigente.

Este tema, señala Conforti, despertó un vivo debate doctrinario que se desarrolló en los Estados Unidos, a raíz de que surgió la interrogante de si las cortes judiciales norteamericanas podían censurar la violación de normas consuetudinarias por parte del Ejecutivo, y en particular por parte del Presidente de los Estados Unidos.¹⁴⁵ Se señaló que de no ser estos libres de violar el derecho consuetudinario existente, se les impediría provocar cambios y transformaciones de tal derecho consuetudinario a través precisamente de nuevas costumbres y comportamientos considerados ilícitos a la luz del derecho vigente.

Algunos autores —continúa Conforti— fueron contrarios a atribuir un poder de violación al Ejecutivo; otros se mostraron partidarios de que el Ejecutivo requiriera una autorización del Congreso; mientras un último grupo mayoritario entendió que el Ejecutivo podía transgredir el derecho consuetudinario existente, siempre que lograra demostrar —ante la Corte que eventualmente censurara su actuación— que dicha violación estaba basada en una nueva convicción jurídica de estar actuando conforme a derecho,¹⁴⁶ y no en el ánimo de incumplir una obligación internacional.

¹⁴³ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 74.

¹⁴⁴ ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. I, p. 50.

¹⁴⁵ A.J.I.L. 1986, p. 913 y ss. 1987, p. 371 y ss. Citado por CONFORTI, Benedetto. Ob. cit., p. 53.

¹⁴⁶ Ídem. Véase también CAPOTORTI, Francesco. *Corso de Diritto Internazionale*. Giuffrè Editore, 1995, p. 101. En el mismo sentido se pronuncia Gaetano MORELLI: «Un comportamiento constante objetivamente en contraste con una norma jurídica, pero acompañado del convencimiento objetivo de su licitud, genera la extinción de la norma no observada».

En todo caso, si bien esta última postura parece ser la más razonable, en el estado actual del Derecho Internacional nada impedirá considerar al Estado promotor de la nueva costumbre, como transgresor del derecho consuetudinario existente, y, eventualmente, como sujeto pasivo de responsabilidad internacional.

10. Diferencia con la Cortesía Internacional

La Cortesía Internacional (*Comitas Gentium*) es el conjunto de usos seguidos simplemente a título de conveniencia o por razones de comodidad, esto es, sin convicción de que son jurídicamente obligatorios y correctos. Oppenheim la define como normas de urbanidad, de trato y de buena voluntad observadas por los Estados en sus relaciones mutuas sin que dichas reglas o normas obliguen jurídicamente.¹⁴⁷ El uso fundado en la cortesía internacional no obliga jurídicamente al Estado que la observa; por tanto, su violación no engendra responsabilidad internacional del Estado transgresor ni obliga a una reparación por parte de este; solo produce el efecto de complicar las relaciones internacionales.¹⁴⁸ La cortesía internacional no es, por tanto, fuente del derecho internacional, en tanto no se funda en la conciencia de un deber.¹⁴⁹ Un ejemplo de cortesía internacional es el saludo marítimo en alta mar,¹⁵⁰ las normas protocolares que se aplican cuando un nuevo Embajador entrega las credenciales a un Jefe de Estado¹⁵¹ o la práctica de exceptuar a los diplomáticos de ciertos impuestos.¹⁵²

En este punto debemos citar el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, donde la Corte señaló:

Hay numerosos actos internacionales, en el terreno protocolario, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero están motivados solamente por simples consideraciones de cortesía, de conveniencia o de tradición, y no por un sentimiento de deber jurídico.¹⁵³

¹⁴⁷ OPPENHEIM, Lassa. Ob. cit., p. 34.

¹⁴⁸ WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943, p. 362.

¹⁴⁹ MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. Educa, 1976, p. 12; CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 193.

¹⁵⁰ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p.2; ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 20.

¹⁵¹ HALAJCZUK, Bohdan y Maria Teresa MOYA DOMINGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 41.

¹⁵² SEPÚLVEDA, César. Ob. cit., p. 94.

¹⁵³ I.C.J. Reports, 1969, p. 44.

No obstante, la doctrina coincide en señalar que los usos de pura conveniencia pueden consolidarse y convertirse en verdaderas costumbres internacionales; es el caso de las normas consuetudinarias referidas a la inmunidad y privilegios diplomáticos.

11. El Problema de la Prueba

La supremacía de la costumbre en la formación del Derecho Internacional Público cesó después de la segunda guerra mundial, en virtud del surgimiento de nuevos problemas en el quehacer internacional y del aumento del número de Estados miembros que componen la comunidad internacional.¹⁵⁴

Sin embargo, el decaimiento de la costumbre obedece a un inconveniente adicional. El hecho de que la costumbre sea por lo general imprecisa, no escrita y poco difundida, ha generado que resulte difícil de prueba, lo que a su vez ha traído como consecuencia un proceso de codificación destinado a remediar este inconveniente.¹⁵⁵ En efecto, los Estados han sentido la necesidad de consignar por escrito cierto número de disposiciones consuetudinarias, en la convicción de superar el problema de la prueba que se presenta en la costumbre internacional. Esta conversión sistemática de las reglas consuetudinarias en un cuerpo de normas escritas es lo que recibe el nombre de codificación.

Rousseau, consciente de este problema, plantea un análisis a dos niveles de los actos del Estado a fin de determinar la existencia de una costumbre internacional:¹⁵⁶

- a) Actos Estatales: Son los actos que realizan internamente los órganos del Estado. Estos pueden ser actos del:
 - Poder Ejecutivo: que están referidos a la práctica gubernamental y diplomática;
 - Poder Legislativo: referidos a las leyes dictadas por el congreso sobre materias de carácter internacional;
 - Poder Judicial: vinculadas a las decisiones judiciales internas cuando los tribunales nacionales son llamados a pronunciarse sobre cuestiones de orden jurídico internacional.

- b) Actos Interestatales: Son aquellos referidos al comportamiento del Estado en organismos internacionales, conferencias, elaboración

¹⁵⁴ ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996, p. 36.

¹⁵⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 74.

¹⁵⁶ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., pp. 72-73; VARELA QUIRÓS, Luis. Ob. cit., p. 71; BUERGENTHAL, Thomas y otros. Ob. cit., p. 27; SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 161.

de tratados internacionales y participación en litigios resueltos por tribunales arbitrales o judiciales internacionales.

Cuando los Estados formulan observaciones a los proyectos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, hacen declaraciones en una Conferencia Diplomática, participan en la votación de un texto y firman o ratifican un convenio, a menudo suministran, expresa o implícitamente, valiosas indicaciones, no solo acerca de su conducta objetiva, sino también sobre su *opinio iuris*.

A nivel de jurisprudencia, el procedimiento ha sido el mismo. Así, en el *Asunto Paquete Habana*, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que de la prueba producida (legislación estatal, tratados, decisiones de las Cortes nacionales, doctrina, etc.) se desprendía en forma incontestable la existencia de una regla consuetudinaria válida que otorgaba a las pequeñas embarcaciones pesqueras inmunidad ante actos de beligerancia en tiempo de guerra.¹⁵⁷ La C.P.J.I., siguiendo un método similar para la determinación de la existencia o no de una costumbre internacional, decidió en el *Asunto Lotus* que no existía una norma jurídica consuetudinaria que confiriera jurisdicción penal exclusiva al Estado de la bandera del buque en caso de abordaje en alta mar.¹⁵⁸

Adicionalmente, se señala que en materia de prueba debe hacerse una distinción entre el procedimiento a seguir en el caso de una costumbre universal o general y el procedimiento aplicable tratándose de una costumbre regional y particular.

En el caso de una costumbre universal, el Estado que la invoca tan solo debe demostrar la existencia de la misma,¹⁵⁹ es decir, la presencia de los tres elementos constitutivos de esta. Establecida la existencia de la costumbre, la corte o tribunal la aplica de oficio al caso presumiendo su aceptación por parte de los demás Estados que participan en el litigio.¹⁶⁰ Esta presunción admite prueba en contrario, es decir, el Estado puede probar que ha realizado actos contrarios a las prácticas antecedentes de esa costumbre general, o bien que mediante protesta u otra conducta concluyente no ha brindado aquiescencia.¹⁶¹

Así, por ejemplo, cuando en el *Asunto Interhandel* la Corte aplica la regla del agotamiento de los recursos internos —cuyo carácter consuetudinario reconoce expresamente— en las relaciones entre Estados Unidos

¹⁵⁷ EE.UU. *Supreme Court of Justice*. Doc. 1900, 175 U.S. 677.

¹⁵⁸ C.P.J.I. *Serie A*, 1927, n.º 10.

¹⁵⁹ VARELA QUIROS, Luis. Ob. cit., p. 72.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 73; MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 87: «En el caso de una costumbre general cabe suponer que el Estado contra el cual ésta se invoca ha participado en el proceso creativo o que, no habiéndose opuesto a su nacimiento, ha dado su aquiescencia».

¹⁶¹ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 87.

y Suiza, no se pregunta ni le interesa en absoluto si alguno de los dos Estados ha participado en su formación; se contenta con la inexistencia de alegación y prueba de que haya sido rechazada por alguno de ellos en el periodo de formación de la costumbre.¹⁶²

Tratándose de una costumbre particular o regional, el Estado que la invoca debe realizar una doble prueba. Además de demostrar la existencia de la misma, debe probar su aceptación (práctica) por parte de los demás Estados involucrados en el proceso.¹⁶³ Pastor Ridruejo señala que el Estado que alega frente a otro una costumbre particular o regional viene obligado a demostrar que este último ha contribuido con sus actos al nacimiento de la regla.¹⁶⁴ Esto fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto del Derecho de Asilo*, donde señaló:

El gobierno colombiano debe probar que la regla invocada por él está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión y que éste uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que otorga el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial.¹⁶⁵

De igual forma, en la sentencia referida a los *Asunto de los derechos de los súbditos norteamericanos en Marruecos*, la Corte frente a la alegación de los Estados Unidos de que su jurisdicción consular en Marruecos se fundaba en una costumbre bilateral, señaló:

En el caso presente no se ha suministrado prueba suficiente que permita a la Corte concluir que se había establecido el derecho al ejercicio de una jurisdicción consular fundado sobre la costumbre o sobre el uso, de tal manera que se hubiese convertido en obligatorio para Marruecos.¹⁶⁶

En este punto debemos aclarar que la forma de probar la obligatoriedad de la costumbre particular o regional para el Estado demandado consiste en demostrar que dicho Estado ha reconocido esta regla en su propia práctica internacional, aunque el reconocimiento puede limitarse a la falta de protesta cuando otros Estados han aplicado la regla a casos que afectaban intereses del Estado demandado.¹⁶⁷ Sobre esto último, el

¹⁶² C.I.J. *Recueil*, 1958, pp. 27-28.

¹⁶³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 218; MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 87: «Tratándose de costumbres particulares, se ha considerado —como principio— que la parte que alega su existencia deberá probarla, como deberá probar también que la norma vincula a las partes en la controversia».

¹⁶⁴ PASTOR RIDRUEJO, José. Ob. cit., p. 84.

¹⁶⁵ I.C.J. *Reports*, 1950, p. 266.

¹⁶⁶ C.I.J. *Recueil*, 1952, p. 200.

¹⁶⁷ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 39.

juez Ammoun, en el *Asunto de la Plataforma Continental*, precisó que, tratándose de costumbres regionales, los Estados deben prestar su consentimiento para que les sean oponibles. Sostuvo, finalmente, que este consentimiento podía ser prestado en forma expresa o tácita.¹⁶⁸

Finalmente, en el supuesto que dos Estados alegasen de común acuerdo la existencia de una pretendida norma consuetudinaria, ello no libera a la Corte competente a la que se encuentren sometidos dichos Estados de verificar la existencia de tal norma. Así, en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* la C.I.J. señaló que:

Esta concurrencia de opiniones no dispensa sin embargo a la Corte de tener que comprobar por sí misma qué normas de derecho internacional consuetudinario son aplicables [...] Cuando dos Estados acuerdan incorporar una norma particular en un tratado, su acuerdo es suficiente para hacer de dicha norma una norma jurídica que les vincula; pero en el ámbito del derecho internacional consuetudinario, la opinión compartida de las Partes en relación con el contenido de lo que consideran la norma no es suficiente.

12. El Derecho Internacional Consuetudinario y el Derecho Convencional

La Costumbre y el Tratado aparecen como dos normas jurídicas complementarias y no antinómicas.¹⁶⁹ Algunos autores como Chaumont¹⁷⁰ subrayan los rasgos contrapuestos de ambas fuentes: «el Derecho Internacional Convencional se identifica con el Derecho escrito, o *lex scripta*, y se describe como resultante de un esfuerzo intelectual deliberado que le permite lograr ciertas características de precisión, claridad y orden. El Derecho Internacional Consuetudinario se define en cambio como un Derecho no escrito, o *lex non scripta*, y se presenta como un derecho espontáneo o implícito que es calificado de desordenado e incierto. Algunos autores incluso describen el proceso de creación de la costumbre como un procedimiento artesanal».¹⁷¹ Sin embargo, la antítesis no resulta tal en el Derecho Internacional.

Precisamente una de las conclusiones a las que puede arribarse del análisis de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de costumbre es que dicha contraposición no debe aplicarse tan rigidamente. Desde hace mucho tiempo atrás se ha admitido la posibili-

¹⁶⁸ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 131.

¹⁶⁹ CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997, p. 254.

¹⁷⁰ CHAUMONT, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En: *Recueil des Cours*. Vol. 129, p. 434.

¹⁷¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 17.

dad de que un tratado puede llegar a dar origen a una costumbre, o que esta motive a su vez la celebración de un tratado. En síntesis, se reconoce la interacción entre ambas fuentes, la cual puede adoptar tres formas o modalidades que a continuación detallamos.¹⁷²

12.1. Efecto Declarativo

Se produce cuando la norma convencional no es más que la declaración, la expresión formal y por escrito de una norma consuetudinaria ya existente. En este caso, la disposición del tratado es pura y simplemente la codificación o enunciación de una norma consuetudinaria en vigor.¹⁷³ Desde ese momento, un determinado contenido de conducta rige simultánea y paralelamente en el plano consuetudinario y en el convencional.

Aquí podríamos citar la Opinión consultiva en el *Asunto de Namibia*, donde la Corte señaló:

Las normas del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados relativos a la terminación de un tratado como consecuencia de su violación pueden, en muchos aspectos, ser considerados como una codificación del Derecho consuetudinario existente en esta materia.¹⁷⁴

De igual forma, la Corte en el *Asunto del Consejo de la OACI* entre la India y Pakistán invocó el artículo 60 de dicha Convención como expresión de la costumbre internacional,¹⁷⁵ mientras que, en el *Asunto de las Pesquerías Islandesas*, la Corte empleó el artículo 62 como enunciado de la costumbre sobre la materia, y señaló:

Este principio y las condiciones y excepciones a que se haya sujeto, han sido incorporados en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que puede considerarse en muchos aspectos como una codificación del Derecho consuetudinario existente en materia de terminación de una relación convencional a causa de un cambio en las circunstancias.¹⁷⁶

Este proceso ha sido impulsado por la Comisión de Derecho Internacional, órgano técnico de las Naciones Unidas que ha asumido la tarea

¹⁷² *Ibidem*, p. 18.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 20; BAXTER, R. «Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law». En *B.Y.B.I.L.* Vol. XLI, 1965-1966, p. 300.

¹⁷⁴ *I.C.J. Reports*, 1971, p. 47. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 21.

¹⁷⁵ *I.C.J. Reports*, 1972, p. 67.

¹⁷⁶ *I.C.J. Reports*, 1973, p. 18. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 21.

de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional y ha consagrado convencionalmente numerosas normas consuetudinarias. Como señala Reuter, se ha producido una especie de nuevo bautismo o confirmación del Derecho Internacional consuetudinario.¹⁷⁷ En el mismo sentido ha dicho Fitzmaurice que se trata de un Derecho al que los nuevos Estados libre y voluntariamente han dado su caución y no algo «desarrollado antes de que fueran dueños de sus destinos y en cuya formación habían tenido escasa o nula participación».¹⁷⁸

12.2. Efecto Cristalizador

Se produce cuando la disposición de un Tratado constituye la primera formulación en un texto de una costumbre en formación (*in statu nascendi*). En otros términos, este efecto se produce cuando una norma consuetudinaria en vías de formación se logra cristalizar formalmente en virtud de la adopción de un tratado que recoge el mismo contenido de conducta objeto de la práctica consuetudinaria.¹⁷⁹ Como consecuencia, dicha norma cristaliza en una norma jurídica de carácter consuetudinario.

Este efecto ha sido confirmado en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, donde Dinamarca y los Países bajos adujeron:

[...] que si con anterioridad a la Conferencia de 1958 sobre el Derecho del Mar, el derecho de la plataforma continental no pasaba de tener un carácter embrionario y si la práctica de los Estados carecía de uniformidad, sin embargo, «la definición y la consolidación del Derecho consuetudinario en vías de formación tuvo lugar gracias a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, a la reacción de los Gobiernos ante los trabajos de la Comisión y a los debates de la Conferencia de Ginebra» y que este Derecho Consuetudinario en vías de formación había cristalizado en la adopción por la Conferencia de la Convención sobre la Plataforma Continental.¹⁸⁰

Luego, en su sentencia de 1973 en el *Asunto de las Pesquerías entre el Reino Unido e Islandia*, la Corte reconoció la nulidad de los Tratados arrancados por la fuerza o los derechos del Estado ribereño sobre su Plataforma Continental, como normas consuetudinarias en formación que

¹⁷⁷ REUTER, Paul. *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*. París, p. 8.

¹⁷⁸ FITZMAURICE, Gerald. «The Older Generation of International Lawyer and The Question of Human Rights». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXI, n.º 3, p. 471.

¹⁷⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 20.

¹⁸⁰ I.C.J. *Reports*, 1969, p. 38. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 22.

fueron cristalizadas como tales, una vez incorporadas en un Convenio de carácter general.¹⁸¹

12.3. Efecto Generador

Se produce cuando una disposición de un tratado en el momento de su adopción (*lege ferenda*) da lugar a una práctica que de repetirse en el tiempo de manera uniforme, se transforma en una regla de derecho consuetudinario.¹⁸²

Esta posibilidad ha sido admitida por el artículo 38 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados que señala: «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».

Este proceso ha sido descrito por Sorensen de la siguiente manera:

El convenio puede servir como una guía dotada de autoridad para la práctica de los Estados que se enfrentan con los nuevos problemas jurídicos con él relacionados, y de esta forma sus disposiciones pueden llegar a ser el núcleo alrededor del cual cristalice un nuevo conjunto de normas jurídicas generalmente reconocidas.¹⁸³

En el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte* la Corte señaló:

En la medida en que esta tesis se basa en la idea de que el artículo 6 de la Convención ha tenido la influencia y ha producido el efecto descrito, implica claramente que se considera dicho artículo como una disposición creadora de normas que ha servido de base o de punto de partida de una regla que, siendo puramente convencional o contractual en su origen, posteriormente se habría integrado en el *corpus general* del Derecho internacional y sería en la actualidad aceptada como tal por la *opinio iuris*, de manera que habría llegado a ser obligatoria incluso para los países que no son, ni nunca han sido, partes de la Convención. Ciertamente este proceso entra dentro del ámbito de lo posible y ocurre de tiempo en tiempo; constituye, sin duda, uno de los métodos reconocidos en virtud de los cuales pueden formarse nuevas normas de Derecho Internacional consuetudinario.¹⁸⁴

¹⁸¹ I.C.J. Reports, 1973, p. 14. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 22.

¹⁸² BAXTER, R. «Treaties and Custom». En *Hague Recueil*. Vol. 129, p. 73. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 23.

¹⁸³ SORENSEN, Max. Opinión disidente en los Asuntos North Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports, 1969, p. 244.

¹⁸⁴ I.C.J. Reports, 1969, p. 41.

Asimismo, en las dos sentencias dictadas en 1974 en los *Asuntos de las Pesquerías Islandesas*, la Corte dijo:

Por falta de un voto la Conferencia de 1960 no adoptó un texto que regulaba ambas cuestiones de la anchura del mar territorial y del alcance de la competencia en materia de pesquerías. Sin embargo, con posterioridad a dicha Conferencia, la evolución del Derecho por medio de la práctica de los Estados se desarrolló en base a los debates de la Conferencia y los acuerdos que estuvieron a punto de alcanzarse en ella. En estos últimos años dos conceptos han cristalizado como Derecho consuetudinario a partir del consenso general puesto de manifiesto en dicha Conferencia. El primero es el concepto de zona de pesca, una zona en cuyo interior un Estado puede reclamar derechos exclusivos en materia de pesquerías independientemente de su mar territorial; la extensión de dicha zona de pesca hasta un límite de doce millas a partir de las líneas de base aparece en la actualidad como generalmente aceptada. El segundo es el concepto de derechos de pesca preferentes en las aguas adyacentes en favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras [...].¹⁸⁵

En este caso, la doctrina coincide en señalar que el silencio de los terceros Estados no podrá interpretarse nunca como una aquiescencia o aceptación tácita de dichas disposiciones convencionales tal como ocurre en el proceso normal de formación de la costumbre.¹⁸⁶

13. La Recepción de la Costumbre en el Derecho Interno

Finalmente, un punto importante de analizar en relación con la costumbre es la incorporación de las normas consuetudinarias en los derechos internos o nacionales de los Estados. Sobre este tema, existen en doctrina dos posiciones fundamentales.

13.1. La Doctrina de la Incorporación Formal

Esta doctrina entiende que la incorporación de la norma consuetudinaria requiere de un procedimiento formal de incorporación, prescrito expresamente en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado. Esta

¹⁸⁵ I.C.J. *Reports*, 1974, p. 23.

¹⁸⁶ BAXTER, Richard. «Treaties and Custom». En: *R. des. C.T.* 129, 1970, pp. 66-67; CHARPENTIER, «Tendances de l'élaboration du Droit International Public Coutumier». En *Société Française pour le Droit International*. París, 1975, pp. 109-110; MAREK, K. «Le problème des sources du Droit International dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la mer du Nord». En *R.B.D.I.* Vol. VI, 1970, pp. 62-64.

postura parte de concebir que el Derecho Internacional y los Derechos nacionales son dos ordenamientos jurídicos diferentes, que marchan paralelos y, en consecuencia, la incorporación de la norma de un ordenamiento a otro requiere necesariamente seguir un procedimiento formal de recepción.

13.2. La Doctrina de la Incorporación Automática

Esta doctrina tuvo su origen en Inglaterra con el pronunciamiento de Lord Canciller Talbot en el caso *Barbuit's* (1735), donde se afirmó que «el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra». En rigor, señala Akehurst, esta afirmación es demasiado amplia, porque no es cierta con respecto de los tratados; pero, en cuanto al Derecho Consuetudinario, fue repetida y aplicada en gran número de decisiones entre 1764 y 1861, y fue confirmada por Lord Denning en el caso *Frendtex Trading Corporation vs. Central Bank of Nigeria* en 1977.¹⁸⁷ Este principio está incorporado en el *common law* y algunos Estados herederos de este sistema lo han asumido a través de una disposición constitucional, mientras otros lo han hecho mediante su práctica judicial interna.¹⁸⁸

En el primer caso, pueden citarse como ejemplos las constituciones de la ex-República Federal de Alemania de 1968, Italia de 1948, Grecia de 1975 y los Países Bajos. En el segundo, puede citarse el caso de Estados Unidos de América e Inglaterra; en este último cabe citar la opinión del Privy Council en el asunto *Chung Chi Chung vs. The King* donde se señaló: «Las Cortes reconocen la existencia de un conjunto de reglas que las naciones aceptan entre sí. En cualquier asunto de carácter judicial ellas tratan de determinar cuál es la regla aplicable y, habiéndola encontrado, la considerará como incorporada en el derecho interno».¹⁸⁹ También es el caso de Argentina, cuya Constitución si bien guarda silencio sobre el tema, la jurisprudencia dictada por la Corte Suprema ha establecido un criterio uniforme.¹⁹⁰

¹⁸⁷ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 51.

¹⁸⁸ BENADAVA, Santiago. «Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos». En *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 10-11. Véase también BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, pp. 59-60.

¹⁸⁹ BRIERLY, James. *The Law of Nations*. 4.ª ed. Oxford, 1949, pp. 87-88.

¹⁹⁰ BARBOZA, Julio. Ob. cit., pp. 63-64: El caso Manauta, Juan José y otros contra la Embajada de la Federación Rusa, es ilustrativo al respecto. Aquí la Corte cambia su jurisprudencia respecto a la inmunidad absoluta, de jurisdicción de los Estados extranjeros en la Argentina, porque la costumbre internacional al respecto también cambió.

A nivel de la práctica de los Estados, Carrillo Salcedo¹⁹¹ distingue hasta cuatro modalidades:

- a) El caso de Constituciones que contienen una disposición que establece la adopción obligatoria, aunque no automática, de las normas consuetudinarias. Es el caso del artículo 7 de la Constitución española de 1931, hoy derogada, que disponía: «El Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General, incorporándolas a su Derecho positivo».
- b) El caso de sistemas constitucionales que adoptan la tesis de la incorporación automática. Aquí se citan los mismos casos señalados anteriormente,¹⁹² como el del artículo 10 de la Constitución italiana que dispone: «El ordenamiento jurídico italiano se adapta a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas».
- c) El caso de Constituciones que proclaman simultáneamente la incorporación automática de las normas consuetudinarias y su rango superior al de las normas internas. Este tercer caso, considerado jurídicamente el más perfecto,¹⁹³ es el seguido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949, cuyo artículo 25 dispone: «Las normas generales del Derecho Internacional forman parte integrante del Derecho Federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuente directa de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal».
- d) Por último, tenemos el caso de Constituciones que solo hacen referencia a determinadas normas consuetudinarias específicas. Es el caso del artículo 29 de la Constitución de la desaparecida U.R.S.S. de 1977, que hace alusión a la igualdad soberana de los Estados, a la renuncia al uso de la fuerza, la inviolabilidad de las fronteras, la solución pacífica de controversias, el respeto de los derechos humanos, entre otros. Asimismo, cabe citar el ejemplo del artículo 7

¹⁹¹ CARRILLO SALCEDO, José Antonio. Ob. cit., pp. 151-152. Anteriormente, la misma clasificación fue dada por DE VISSCHER, Paul. «Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes». En: *Recueil des Cours*. Vol. 80, 1952, p. 520.

¹⁹² VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 238: Asimismo, en algunas constituciones de países afroasiáticos también se reconoce expresamente que el derecho internacional forma parte integrante del ordenamiento jurídico interno. Es el caso, entre otros, de las Constituciones de Etiopía, Guinea, India, Liberia y Somalia.

¹⁹³ DE VISSCHER, Paul. Ob. cit., p. 532: «Constituye el grado más avanzado de internacionalismo que se pueda conseguir», puesto que «al mecanismo de sanciones suministrado por el propio Derecho Internacional, se añade muy felizmente un mecanismo de sanciones internas, cuya puesta en práctica preventiva limitará considerablemente el desencadenamiento de la responsabilidad internacional».

de la Constitución de Portugal de 1976, que menciona una serie de principios de Derecho Internacional por los que se regirá Portugal en sus relaciones internacionales.

A todas ellas podría sumarse una quinta modalidad, compuesta por aquellas constituciones que no tienen una disposición específica al respecto.

En el caso del Perú, si bien nuestro ordenamiento jurídico no contiene una disposición general expresa según la cual las normas consuetudinarias formen parte del derecho nacional; los tribunales —aunque un muy pocos casos— han aplicado ciertas normas el derecho internacional consuetudinario cuando han tenido la ocasión y las han considerado automáticamente incorporadas al derecho nacional.

Entre las normas aplicadas por nuestras resoluciones judiciales podemos mencionar las relativas a la inviolabilidad de los agentes diplomáticos, la inmunidad de la jurisdicción civil de estos, la personalidad e inmunidad de los Estados extranjeros, los deberes del Estado en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Publico*. T. I. Río de Janeiro, 1933.
- ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BARBERIS, Julio A. *Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editora Platense, 1973.
- _____. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo Spencer y José Bermúdez de Castro. México: Editorial Nacional, 1950.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè Editore, 1995.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- DE MARTENS, Federico. *Tratado de Derecho Internacional*. Traducción de Joaquín Fernández Prida. T. I. Madrid: La España Moderna.
- D'ESTEFANO, Miguel. *Derecho Internacional Público*. La Habana: Editorial Nacional de Cuba, 1965.
- DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4.^a ed. italiana por J. M. Trias de Bes. Barcelona: Bosch, 1948.

- DIEZ DE MEDINA, Federico. *Nociones de Derecho Internacional Moderno*. París: Librería Española de Garnier Hermanos, 1906.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Deloz, 1998.
- FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fishman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. México: Trillas, 1967.
- GONZALES-HONTORIA, Manuel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Talleres Voluntad, 1928.
- HALAJCZUK, Bohdan y María MOYA DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cusco, 1996.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Publico*. Vol. I. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto di Internazionale Pubblico*. Turín: Undine Tipografico - Editrice Torinese, 1980.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995.
- MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Educa, 1975.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- NIEMEYER, Theodor. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Faustino Ballvé. Barcelona: Labor, 1930.
- OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Traducción al español de J. López Olivan y J. M. Castro Rial. T. I, vol. I. Barcelona: Bosch, 1961.
- PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID BAS. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990.

- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: TEA, 1985.
- REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido. Barcelona: Bosch, 1976.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1989.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1996.
- SEPÚLVEDA, César. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México: Porrúa, 1969.
- _____. *Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1986.
- SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional Público*. México: 1947.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLEE. *Droit International Public*. París: Editions Montchrestien, 1975.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- TUNKIN, Gregory. *Curso de Derecho Internacional*. Libro 1. Moscú: Progreso, 1980.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.
- VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogota: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Sierra. Madrid: Aguilar, 1982.
- VATTEL, Emeric de. *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. T. II. Neuchatel: Imprimerie de la Société Typographique, 1773.
- VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Versión de la 12.^a ed. alemana por Domingo Miral. Barcelona: 1939.
- WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1943.
- WOLFKE, Karol. *Custom in Present International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

2. ARTÍCULOS

- ABI-SAAB, Georges. «La Coutume dans tous ses États». En: *Le Droit International a l'heure de sa Codification. Etudes en honneur de Roberto Ago*. Milán, 1987.
- AKEHURST, Michael. «Custom as a Source of International Law». En: *British Yearbook of International Law*. Vol. 47, 1974.
- BARBERIS, Julio. «Réflexions sur la Coutume Internationale». En: *Annuaire Français de Droit International*. XXVI. París: CNRS, 1990.
- BAXTER, Richard. «Multilateral Treaties as Evidence of Customar International Law». En: *B.Y.B.I.L.* Vol. XLI, 1965-1966, p. 300.
- BENADAVA, Santiago. «Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos». En: *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 9-59.
- CHARPENTIER. «Tendances de l'élaboration du Droit International Public Coutumier». En: *Société Française pour le Droit International*. París, 1975, pp. 109-110.
- DUPUY, Pierre-Marie. «Le Suje et la Règle Générale». En: *RGDIP*. 1989, pp. 569-598.
- GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*. En: *Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 69-98.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales». En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973.
- GUGGENHEIM, Paul. «Les deux éléments de la coutume en droit international». En: *La technique et les principes du droit public: Études en l'honneur de Georges Scelle*. Vol. I, LGDJ, 1950.
- KOPELMANAS, Lassar. «Custom as a Mean of the Creation of International Law». En: *British Year Book of International Law*. Vol. 18, 1937.
- MAREK, K. «Le problème des sources du Droit International dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la mer du Nord». En: *R.B.D.I.* Vol. VI, 1970, pp. 62-64.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA**3.1. CURSOS GENERALES**

- ABI-SAAB, Georges. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, pp. 15-463.
- BOURQUIN, Maurice. «Règles générales du droit de la paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35, pp. 1-232.

- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, pp. 9-374.
- CHAUMONT, Charles. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129, pp. 333-528.
- DUPUY, Rene-Jean. «Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1979-IV, t. 165, pp. 9-232.
- FITZMAURICE, Gerald. «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92, pp. 1-227.
- GUGGENHEIM, Paul. «Les principes de droit international public». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80, pp. 1-189.
- JENNINGS, Robert. «General course on principles of international law». En: *RCADI*. 1967-II, t. 121, pp. 323-605.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «International law in the last third of a century». En: *RCADI*. 1978-I, t. 159, pp. 1-344.
- KELSEN, Hans. «Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42, pp. 117-351.
- _____. «Théorie du droit international public». En: *RCADI*. 1953-III, pp. 1-203.
- TUNKIN, George. «International law in the international system». En: *RCADI*. 1975-IV, t. 147, pp. 1-218.
- VIRALLY, Michel. «Panorama du droit international contemporain». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, pp. 9-382.
- VISSCHER, Paul de. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1972-II, t. 136, pp. 1-202.
- WALDOCK, Humphrey. «General course on public international law». En: *RCA-DI*. 1962-II, t. 106, pp. 1-251.
- WEIL, Prosper. «Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, pp. 9-370.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-I, t. 90, pp. 851-958.
- BAXTER, Richard. «Treaties and custom». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129, pp. 25-106.
- BERNHARDT, Rudolf. «Custom and Treaty in The Law of the Sea». En: *RCADI*. 1987-V, t. 205, pp. 247-330.
- FERRARI BRAVO, Luigi. «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats». En: *RCADI*. 1985-III, t. 192, pp. 233-330.

- FINCH, G. «Les sources modernes du droit international». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53, pp. 531-629.
- HEILBORN, P. «Les sources du droit international». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, pp. 1- 63.
- VISSCHER, Charles. «La codification du droit international». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6, pp. 325-455.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, 1927.
- C.P.J.I. Opinión Consultiva, *Serie B*, n.º 2.
- C.P.J.I. Opinión Consultiva, *Serie B*, n.º 14.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 5, 1923.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 38.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- C.I.J. *Recueil*, 1950.
- C.I.J. *Recueil*, 1951.
- C.I.J. *Recueil*, 1952.
- C.I.J. *Recueil*, 1958.
- C.I.J. *Recueil*, 1969.
- C.I.J. *Recueil*, 1971.
- I.C.J. *Reports*, 1972.
- C.I.J. *Recueil*, 1973.
- I.C.J. *Reports*, 1974.
- C.I.J. *Recueil*, 1984.
- I.C.J. *Reports*, 1985.
- I.C.J. *Reports*, 1986.

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

CAPÍTULO IV

LOS TRATADOS INTERNACIONALES



1. Introducción

La idea de una codificación del derecho de las naciones habría surgido a fines del siglo XVIII con Jeremy Bentham. La idea era no solo ordenar sistemáticamente las normas existentes, sino elaborar reglas nuevas y modificar las existentes con un criterio jurídico adecuado.

La codificación, señala De Visscher, constituye un estímulo para las ideas, llama la atención sobre los problemas jurídicos, proporciona un marco preciso a su discusión, e introduce gran vitalidad en la doctrina y jurisprudencia internacionales; es, por consiguiente, un factor para el más rápido desenvolvimiento del Derecho Internacional, como también para su difusión en la opinión pública; por último, pero no menos importante, es un elemento del mayor valor para la certidumbre del Derecho Internacional y contribuye, por consiguiente, a eliminar uno de sus factores de imperfección.¹

Señala Moncayo que «en el siglo XIX se celebraron diversos convenios multilaterales en el seno de congresos y conferencias diplomáticas: los tratados de Viena de 1815 contienen disposiciones relativas a la navegación del Rin, a la neutralidad de Suiza y a los agentes diplomáticos; el Tratado de París de 1856 estableció la neutralidad del Mar Negro y reguló la navegación del Danubio; el Acta de Berlín de 1885 determinó las condiciones de la adquisición» por parte de las potencias europeas «de ciertos territorios en Africa» y la libre navegación de los ríos Congo y Níger; los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 que «precisaron los medios de solución pacífica de las controversias internacionales, las normas sobre la guerra terrestre y marítima y sobre neutralidad».²

Sin embargo, será con la aparición de Organizaciones Internacionales como la Unión Panamericana y la Sociedad de Naciones (SDN) y luego la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) al terminar la primera mitad del siglo XX, que se inicia un verdadero proceso codificador. En el ámbito de las Naciones Unidas, la Asamblea General creó por Resolución 174, el 21 de noviembre de 1947, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), con el objeto de promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, esto es, elaborar proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el Derecho Internacional o respecto de los cuales los Estados no hayan aplicado normas suficientemente desarrolladas y, asimismo, formular de manera más precisa y sistematizar las normas en materias en las que ya existe amplia práctica de los Esta-

¹ DE VISSCHER, Charles. «La Codification du Droit International». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6.

² MONCAYO, Guillermo, GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, p. 95.

dos, así como precedentes y doctrina.³ La Organización de Estados Americanos creó el Comité Jurídico Interamericano (C.J.I.) en 1948, compuesto por quince miembros, con el objetivo de llevar a cabo el proceso de codificación en la región. La creación de ambos órganos impulsaría notablemente este proceso codificador y surgen, como consecuencia del trabajo de las mismas, numerosos convenios internacionales.

En materia de tratados, la CDI, en su sesión de 1949, incluyó esta materia en su agenda, encargando el tema a James Brierly que produjo como Relator tres informes generales y uno especial sobre las reservas de los tratados. «En 1952, Brierly renunció a la CDI», y se eligió en su reemplazo a Sir Hersch Lauterpacht. «En 1954, Lauterpacht fue elegido juez de la Corte Internacional de Justicia y renunció a la CDI», siendo sucedido por Fitzmaurice, quien llegó a presentar un total de cinco informes. «A su vez Fitzmaurice dejó la CDI al haber sido elegido juez de la Corte en 1960, designándose en su reemplazo a Sir Humphrey Waldock», quien elaboró seis informes respecto de toda la materia, sobre cuya base la CDI fue aprobando proyectos de artículos, hasta el definitivo en 1966.⁴

Con anterioridad al Convenio de Viena, «sólo un instrumento estableció por escrito normas sobre este aspecto del Derecho Internacional: El Convenio de La Habana sobre Tratados (VI Conferencia Internacional de los Estados Americanos)», restringida al ámbito regional americano y «que nunca entró en vigor».⁵

Fue así como el 5 de Diciembre de 1966 la Asamblea General de la ONU dicta la Resolución 2166 (XXI), convocando a una Conferencia Internacional en dos periodos, 1968-1969, en Viena, a fin de discutir el proyecto de Conversión sobre Derecho de los Tratados, elaborado por CDI. Participaron de la Conferencia 103 Estados en el primer periodo y 110 en el segundo. El Presidente de la Conferencia fue Roberto Ago (Italia). El Convenio fue adoptado el 22 de Mayo de 1969 por 79 votos a favor, uno en contra (Francia) y 19 abstenciones, entrando en vigor el 27 de enero de 1980. Al 31 de Diciembre de 1999 contaba con 86 Estados Partes.⁶

La importancia de este Convenio radica no solo en la codificación que de la costumbre internacional sobre los diversos aspectos del Derecho de los Tratados ha realizado, sino también por las novedosas institu-

³ La CDI está compuesta por 34 miembros, elegidos por cinco años, entre personas de reconocida competencia en Derecho Internacional. En su composición, se debe representar a las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Su sede permanente está en Ginebra.

⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, 1997, pp. 102-103.

⁵ *Ibidem*, p. 92. El Acta Final de esta Convención fue suscrita por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁶ *Ibidem*, p. 104.

ciones que ha introducido, por lo que se ha convertido en una Convención bastante completa sobre esta materia.

Sobre lo primero, la C.I.J. ha señalado: «El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados puede ser considerado, en muchos aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente».⁷

No obstante, el Convenio de Viena de 1969 no codifica todo el Derecho Internacional relativo a los tratados, ni soluciona todos los problemas que la práctica presenta. Existen —como es obvio— algunas imperfecciones así como algunas omisiones, que iremos analizando más adelante.

Cabe resaltar además, que el Convenio de Viena tiene un carácter supletorio, pues la voluntad de las partes contratantes, en este caso los Estados, no encuentra más limitaciones que el respeto de las normas imperativas reconocidas por el derecho y la comunidad internacional. Es por eso que, al estudiar el Derecho de los tratados en el marco de la práctica y el Derecho Internacional, concederemos un lugar importante, pero no privativo, al Convenio de Viena de 1969, por ser hasta hoy la mejor expresión del actual Derecho de los tratados.

2. Definición

En el *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International* de Basdevant, se dice que «tratado es un término genérico que puede servir para designar un acuerdo entre dos o más Estados para regular un asunto, determinar sus derechos y obligaciones, así como las reglas de conducta que deben seguir, pero en ningún caso es aplicable a un acuerdo entre un Estado y una persona privada».⁸ Para Kelsen, un tratado es un convenio normalmente celebrado entre dos o más Estados bajo el Derecho Internacional General destinado a establecer obligaciones y derechos mutuos,⁹ cuya

⁷ Caso de la Competencia en materia de Pesquerías, Reino Unido vs. Islandia. C.I.J. Reports, 1973, p. 21.

⁸ BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1960, pp. 606 y ss.

⁹ KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado*. México: Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1943, pp. 317-318. KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En: *RCADI*. 1953-III, t. 84, pp. 132-133: «Un tratado es un acuerdo en el que intervienen normalmente dos o más Estados en el marco del derecho internacional general. Es bilateral cuando es celebrado por dos Estados solamente. Es multilateral cuando es celebrado por un número mayor de Estados. Un acuerdo es el acto de ponerse de acuerdo o la constatación de una comunidad de opiniones o de voluntades. Un tratado es un acto de voluntad que se debe de manifestar por signos o palabras de lenguaje oral o escrito. Es una manifestación de voluntad que emana de dos o más Estados, siendo la voluntad del Estado expresada por un individuo que obra en calidad de órgano del Estado. Tanto el orden jurídico internacional como el orden jurídico nacional atribuye efectos jurídicos a la manifestación de un acuerdo de voluntad entre dos o varias personas. En el derecho nacional hablamos de contrato y en el derecho internacional de tratado. A veces se designa al tratado por otro nombre: acuerdo, convenio, protocolo

fuerza de origen es la autonomía de la voluntad. Schwarzenberger entiende que los tratados son más bien «acuerdos entre sujetos del Derecho Internacional, creadores de obligaciones vinculantes en Derecho Internacional». ¹⁰ Verdross y Simma conciben el tratado como «un acuerdo de voluntades expreso o negociado definitivamente, conforme al Derecho Internacional, entre dos o más Estados u otros sujetos del Derecho Internacional, por el cual estos se obligan a determinadas prestaciones, abstenciones o servicios, unilaterales o sinalagmáticos, iguales o diferentes por una vez o repetidamente». ¹¹ Reuter lo define de la manera siguiente: «un tratado es una manifestación de voluntades concordantes imputables a dos o varios sujetos de Derecho Internacional y destinada a producir efectos de derecho según las reglas del Derecho Internacional». ¹² Finalmente, Nguyen, Daillier y Pellet prefieren la siguiente definición: «El tratado designa todo acuerdo celebrado entre dos o varios sujetos de Derecho Internacional, destinado a producir efectos de derecho regidos por el Derecho Internacional». ¹³ Otros autores prefieren definir el tratado por sus efectos y no por su contenido, como Finch, quien estima que «Los únicos tratados que pueden ser considerados como fuentes del derecho de gentes son aquellos que establecen para el porvenir reglas nuevas de conducta internacional, o que afirman, definen o anulan las reglas consuetudinarias o convencionales existentes». ¹⁴

Esta variedad de definiciones ha llevado a que el juez Jessup plantee que un examen de la práctica internacional permita afirmar que la «idea de que el término tratado tiene un sentido claro y uniforme es una ficción». ¹⁵ En el mismo sentido, Hart sostiene que no existe ningún elemento común a las normas que llamamos tratados y que la única solución para saber si ellos son o no son reglas de derecho válidas es esperar

arreglo, acta, declaración, etc. Pero el nombre en si mismo no tiene ninguna importancia».

¹⁰ Véase GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. 2.^a ed. T. I. Ginebra: Librairie de l'Université-Georg & Cie., 1967, p. 114. En el mismo sentido se pronuncia ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 23: «[...] un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos».

¹¹ VERDROSS, Alfred y Bruno SIMMA. *Universelles Völkerrecht*. 3.^a ed. Berlín: Duncker & Humblot, 1984, p. 337. En el mismo sentido se pronuncian PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea, 1985, p. 13. MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: 1970, pp. 123-124. MONROY CABRA, Marco. *Derecho de los Tratados*. Bogotá: Temis, 1978, p. 9.

¹² REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*. 3.^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 26.

¹³ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 117.

¹⁴ FINCH, George. «Les sources modernes de droit international». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53, p. 590.

¹⁵ C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 402.

y ver, en cada caso particular, si rigen efectivamente en la práctica.¹⁶ mientras que para Guggenheim lo definitivo radica en el procedimiento de elaboración del acuerdo.¹⁷

No obstante esta variedad de opiniones, es posible hallar algunos elementos comunes, que nos permitan construir una definición. Así, el tratado puede ser definido como el acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, con capacidad para concertarlo, celebrado en forma verbal o escrita, regido por el Derecho Internacional y destinado a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento.

En este mismo sentido, basados en la doctrina de los publicistas citada y en los proyectos elaborados por Brierly,¹⁸ Lauterpacht,¹⁹ Fitzmaurice²⁰ y Waldock,²¹ la CDI presentó en 1965 su proyecto definitivo de artículo 1 a la Asamblea General de Naciones Unidas, el cual pasaría luego a convertirse en el artículo 2 (1 a) de la Convención, en el que se adopta la siguiente definición:

Artículo 2 (1 a)

- a) Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

La definición contiene al menos cinco elementos que merecen ser analizados:

a) Acuerdo internacional entre Estados

En primer lugar, para que exista un tratado, debe haber concordancia de voluntades, es decir, consenso; este consenso o concurso de voluntades

¹⁶ HART. *The Concept of Law*. Oxford, 1961, p. 229.

¹⁷ GUGGENHEIM, Paul. «Cours général de Droit International Public». En: *RCADI*. p. 73.

¹⁸ *Yearbook ILC*. 1950, t. II, p. 223: «Un Tratado es un acuerdo consignado por escrito entre dos o más Estados y Organizaciones Internacionales que establece una relación de Derecho Internacional entre las partes del mismo».

¹⁹ *Yearbook ILC*. 1953, t. II, p. 90: «Los tratados son acuerdos entre Estados, incluyendo organizaciones de Estados, que tienen la intención de crear derechos y obligaciones jurídicas entre las partes».

²⁰ *Anuario CDI*. t. II, p. 106: «Para los efectos de la aplicación del presente código, se entiende por tratado un acuerdo consignado en un instrumento formal único (sea cual fuere su nombre, título o denominación) concertado entre entidades que son todas ellas sujetos de derecho internacional con personalidad internacional y capacidad para concertar tratados, y destinado a crear derechos y obligaciones, o a establecer relaciones, que se rigen por el derecho internacional».

²¹ *Anuario CDI*. 1962, t. II, p. 35: «Se entiende por tratado todo acuerdo internacional consignado por escrito en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos sea cual fuere su designación particular».

no requiere ser simultáneo y puede presentarse dentro de un lapso de tiempo razonable.²² Esta característica la distingue de la declaración unilateral, en que basta la comunicación al destinatario de la misma, sin necesidad de su aceptación. En otros términos, se requiere de una manifestación de voluntad común de las Partes Contratantes. Esto significa que el acto de voluntad de cada una de dichas partes tiene el mismo contenido, se quiere lo mismo.²³ La manifestación de voluntad de los sujetos se dirige hacia el mismo objeto, coinciden en aquello que quieren.²⁴ Esta «manifestación» es la exteriorización de la voluntad de los sujetos contratantes, en tal sentido, afirma Reuter que «la voluntad real sobre la cual ambas partes se ponen de acuerdo es la voluntad exteriorizada».²⁵

Al respecto, la C.I.J. en su dictamen de 28 de mayo de 1951, sobre *Validez de ciertas Reservas al Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, señaló: «Un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento».²⁶

En segundo lugar, la CDI, al comentar este artículo, señala que la limitación a los tratados celebrados «entre Estados» obedece a que los tratados concertados por las organizaciones internacionales «tienen características especiales que podrían complicar o retrasar los trabajos del Proyecto», razón por la cual, no los incluía en su texto. Adicionalmente, la Comisión constató que muchos artículos del proyecto habían sido pensados tan solo para acuerdos suscritos entre Estados. En consecuencia, de-

²² Sobre lo mismo señala NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, pp. 117-118: «Ella supone un "concurso de voluntades" entre las partes en el acuerdo. No necesariamente una aceptación paralela y simultánea: un tratado puede nacer de una declaración unilateral de voluntad de una parte, seguida de la aceptación de la otra, o de una declaración colectiva que sea objeto de aceptaciones unilaterales posteriores».

²³ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 117. MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1982, p. 95. CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international, Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, p. 165: «Los tratados son los resultados de negociaciones en el curso de las cuales las partes, luego de haber defendido sus intereses, se ponen de acuerdo sobre un texto. Es entonces la concordancia de voluntades, la manifestación de la voluntad común que constituye un tratado».

²⁴ BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 35. KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado*. México, 1943, p. 21.

²⁵ REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 26-27: «Las voluntades deben de ser concordantes, ese es el objeto y el fin del tratado —que juega un papel tan importante en el derecho de los tratados— que deben ser manifestados para que el tratado los incorpore. Por eso se puede considerar como muy teórica la discusión que ha puesto —en los sistemas de derecho nacional— a los partidarios del sistema de la voluntad "declarada" y del sistema de la "voluntad real". Pues la voluntad real sobre la cual las dos partes pueden ponerse de acuerdo es la voluntad exteriorizada».

²⁶ C.I.J. *Recueil*, 1951, p. 21.

ció limitar expresamente la definición y, con ello, el ámbito de aplicación del Convenio,²⁷

En este punto, debemos hacer referencia a otros artículos del Convenio, vinculados a este tema.

Artículo 1

La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados.

Artículo 3 (a)

El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional o entre esos otros sujetos de Derecho Internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

a) Al valor jurídico de tales acuerdos.

La CDI salvaguardó, de esta forma, el valor jurídico de los acuerdos suscritos por otros sujetos del Derecho Internacional, lo cual resulta coherente con el principio contenido en el artículo 1. Esto muestra el significado real de la limitación impuesta por la Convención a la definición de un tratado.

Llegados a este punto, resulta de importancia hacer referencia a la participación de entidades distintas de los Estados. Como una ampliación de la clásica posibilidad de celebrar tratados, la doctrina y la práctica internacionales aceptan, efectivamente, la posibilidad de que entidades distintas de los Estados puedan celebrar tratados entre sí y entre ellas y los Estados, y que estos tratados se encuentren regidos por el Derecho Internacional Público. De este modo, en 1986, se elaboró en Viena un Convenio sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí, que amplía el significado de la expresión «tratado» que tradicionalmente venía empleando el Derecho Internacional Público. Así, señala esta Convención:

Artículo 2

1. A los fines del presente Convenio:

- a) La expresión «tratado» comprende un acuerdo internacional regido por el Derecho Internacional y celebrado por escrito:
 - i) Entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o
 - ii) Entre organizaciones internacionales; que este acuerdo sea consignado en un instrumento único o en dos o varios instrumentos conexos, y cualquiera sea su denominación particular.

²⁷ *Annuaire CDI*, 1965, t. II, p. 172.

Para Reuter, las Organizaciones Internacionales solo tienen pleno derecho a ser parte en un tratado si su carta constitutiva les otorga esa competencia.²⁸ Lo mismo sucede con las Organizaciones de Integración, las cuales gozarán del derecho de ser parte en un tratado en la medida que los Estados miembros le hayan concedido o transferido esa competencia.²⁹ Se puede citar como ejemplo la participación de las Naciones Unidas en varios tratados y su no aceptación de participar en muchos otros. Lo mismo se observa en lo que concierne a la Unión Europea.

Las Organizaciones Internacionales están, pues, dotadas de una cierta competencia para la celebración de acuerdos internacionales, pero esta capacidad está limitada por el principio de especialidad, es decir, podrán celebrar acuerdos que tengan relación con el objeto y fin asignados en su carta constitutiva.³⁰ En tal sentido, es posible que la OI, gracias a su estructura permanente y a sus órganos jerárquicos, sea encargada de elaborar proyectos que puedan devenir en tratados multilaterales. Para ello, se aplicarán las normas de la organización respecto de los procedimientos internos, órganos encargados de elaborar los proyectos, deliberación, modos de votación, invitación a Estados no miembros, registro y depósito, entre otros.³¹

Por otro lado, es muy diferente la participación de una Organización Internacional en la celebración de un tratado que el auspicio de la misma para la elaboración del mismo o su elaboración por un órgano permanente de la referida Organización Internacional. En el primer caso, la Organización Internacional es parte en el tratado; en el segundo, tiene un papel de coordinación en la elaboración del mismo, pero no es parte en él. En el tercer caso, elabora el proyecto de tratado, pero tampoco es parte en el mismo. Además, la Organización Internacional puede ejercer las funciones de depósito y registro de un tratado, sin que ello implique que sea parte de este.

El texto del Convenio de Viena de 1986, que reproduce en su mayor parte el del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados, no trae por lo demás ningún aspecto innovador digno de comentario.

Quizá sea importante señalar que la C.I.J., en su opinión consultiva sobre *África Sud Occidental*, afirmó la capacidad de las Organizaciones Internacionales para celebrar tratados internacionales. Así, señaló: «El Mandato, de hecho y de derecho, es un acuerdo internacional que tiene

²⁸ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 70, § 126.

²⁹ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 71, § 126.

³⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 171. BROWN-LIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 605: «La capacidad de las organizaciones internacionales de celebrar tratados depende de la constitución de la organización concernida».

³¹ Ibidem, pp. 171-172.

el carácter de tratado o convención [...] en el cual la Liga de las Naciones era por sí misma una de las partes».³²

En este punto se debe precisar que la circunstancia de que alguien sea sujeto de Derecho Internacional no indica necesariamente que posea capacidad para concertar tratados; es el caso, por ejemplo, del individuo. Precisamente, esto «permite distinguir los tratados internacionales de los acuerdos entre un sujeto de derecho de gentes y otro que no lo es o que siéndolo carece de la capacidad suficiente para ello».³³

Ahora bien, cierto es que la Convención de Viena limita la definición de tratado a los acuerdos celebrados entre Estados.³⁴ Pero, cabe preguntarse ¿todos los Estados pueden suscribir tratados internacionales? La respuesta la encontramos en el artículo 6 de la propia Convención.

Artículo 6

Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados.

Como puede observarse, la capacidad de los Estados para celebrar tratados (*ius tractatum*), reconocida desde el siglo XVII como un elemento inherente a la personalidad de estos,³⁵ ha quedado incorporada a la Convención.

Algunos miembros de la Comisión estimaron que no hacía falta un artículo sobre la capacidad en Derecho Internacional para celebrar tratados. Señalaron que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas no trata de la capacidad para entablar relaciones diplomáticas e indicaron que, si se quería que esa capacidad fuese regulada en el derecho de los tratados, tal vez la Comisión tuviera que codificar todo el derecho relativo a los sujetos de Derecho Internacional. Otros miembros de la Comisión estimaron que la cuestión de la capacidad tenía mucha más importancia en el derecho de los tratados que en el derecho de las relaciones e inmunidades diplomáticas y que el proyecto de artículos debía contener por lo menos algunas disposiciones generales sobre la capacidad para celebrar tratados. Por esta razón, se incorporó el artículo 6 citado.

³² I.C.J. Reports, 1962, p. 330

³³ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 33.

³⁴ Véase NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 118: «Para que exista tratado, es necesario que las partes sean sujeto de derecho internacional. Por mucho tiempo los Estados fueron considerados como los únicos sujetos directos de este derecho; los tratados no podían ser más que interestatales. Las únicas dificultades al respecto, provenían de entidades cuyo carácter estatal podía ser puesto en duda (concordatos celebrados por la Santa Sede) y los Estados federales. Esta categoría de tratados sigue siendo la más importante, pero han aparecido otras categorías, con la extensión de la calidad de sujeto de derecho a entidades no estatales (tratados de organizaciones internacionales entre ellas o con Estados)».

³⁵ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 137: «El poder del Estado de celebrar tratados es en principio ilimitado en el marco del derecho internacional general».

Un comentario aparte merece el tema de los Estados Federales. Conforme lo sostiene Hostert, la división de la competencia para celebrar tratados entre la Federación y los Estados Miembros de dicha Federación se ejecutaría de diferentes maneras. En unos países (India, Venezuela, Austria y México, entre otros), la competencia es exclusiva del Estado Federal. Pero, en otros, se establece la competencia concurrente.³⁶

El proyecto inicial de la CDI señalaba al respecto: «Los Estados Miembros de una Unión Federal podrán tener capacidad para celebrar tratados si esa capacidad está admitida por la constitución federal y dentro de los límites indicados en ésta».

La norma a ser incorporada por la Convención de Viena recogía la práctica internacional existente hasta ese entonces, que establecía que en principio los Estados Miembros de un Estado Federal no tienen, de acuerdo con el Derecho Internacional, capacidad para celebrar tratados. Sin embargo, tal capacidad puede ser otorgada por el ordenamiento jurídico interno del Estado para materias específicas. En tal caso, cualquier incumplimiento por parte del Estado Miembro surtirá por efecto la responsabilidad internacional del Estado Federal, del cual aquel se considerará un órgano.

Ejemplos son los casos de la Constitución argentina de 1853-1860 que permitía a las provincias celebrar tratados parciales para determinados fines; la Constitución de Estados Unidos de 1787 que prohíbe a los Estados celebrar tratados sin el consentimiento del Congreso; la Constitución Federal suiza de 1874, que en su artículo 9 señala que excepcionalmente los cantones conservan el derecho de concluir, con Estados extranjeros, tratados sobre determinadas materias (economía pública, relación de vecindad y política) siempre que dichos tratados no sean contrarios a la Confederación o a los derechos de otros cantones; la Constitución de la URSS (enmienda de 1944) que permitía a cada República de la Unión el derecho de celebrar tratados, lo que permitió el ingreso a las Naciones Unidas de Ucrania y Bielorrusia.³⁷ La Ley Fundamental de Bonn de 1949 que prevé la posibilidad de que los «Länder» celebren tratados con otros Estados.³⁸ Finalmente, la Constitución de Portugal de 1976 consagra para las regiones autónomas (Madeira y Açores) la capacidad de negociar tratados sobre asuntos que les afecten directamente.³⁹

³⁶ Al respecto, véase HOSTERT, Jean. «Droit International et Droit Interne dans la Convention de Vienne sur le Droit des traités du 23 mai 1969». En: *Annuaire Français de Droit International*. Vol. XV, 1969, pp. 93-112.

³⁷ Art. 18: a) «el derecho de entrar en relaciones directas con otros Estados, concluir tratados internacionales e intercambiar con ellos representantes diplomáticos». Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 132-133.

³⁸ Artículo 32. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 133.

³⁹ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Publico*. Río de Janeiro: Renovar, 1992, p. 160.

Sin embargo, en el segundo periodo de la Conferencia de Viena, una campaña encabezada por Canadá —por el problema de Quebec— logró la supresión del párrafo 2 antes citado, por 66 votos contra 28 y 13 abstenciones. El comentario de la CDI expresa: «El vocablo Estado tiene en este párrafo el mismo sentido que en la Carta de las Naciones Unidas, en el Estatuto de la C.I.J., en las Convenciones de Ginebra sobre Derecho del Mar y en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, es decir, que significa Estado a los efectos del Derecho Internacional».⁴⁰ En tal sentido, la CDI deja en libertad a los Estados Federales para conceder a sus Estados Miembros la facultad de celebrar tratados, a través de su ordenamiento jurídico interno. No obstante, al no ser reconocidos los Estados Miembros de un Estado Federal como sujetos de Derecho Internacional, su capacidad para celebrar tratados estará limitada prácticamente al «acto de celebración», pues, ante cualquier incumplimiento de las cláusulas del acuerdo, solo responderá al Estado Federal.

Por último, «se ha planteado alguna vez la cuestión acerca de si los acuerdos concertados con aborígenes en siglos pasados son o no tratados internacionales». Para responder a esta inquietud, según Barberis, hay que considerar la época en que tuvo lugar el acuerdo, el pueblo con quien fue concertado y sus modalidades.⁴¹

En su Opinión Consultiva en el *Asunto del Sahara Occidental*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que los acuerdos de cesión de territorio celebrados por los jefes de esos pueblos tenían efecto en el Derecho Internacional.⁴² Asimismo, en la *Sentencia arbitral de 6 de junio de 1904*, entre Brasil y Gran Bretaña,⁴³ y en el *Asunto Delagoa*, entre Portugal y Gran Bretaña (24/08/1875), ambos Estados fundaron su derecho en convenios suscritos con jefes indígenas,⁴⁴ confirmándose así la tendencia marcada por la jurisprudencia internacional sobre la validez de tales acuerdos.

b) Celebrado por Escrito

En torno de este tema, la Comisión estimó que, para mayor claridad y sencillez, su proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados debía limitarse a los acuerdos consignados por escrito.

Una de las razones principales para el establecimiento de una definición restringida es que, en la época contemporánea, los tratados cons-

⁴⁰ Informe CDI. p. 26.

⁴¹ BARBERIS, Julio. Ob. cit., pp. 33-34.

⁴² C.I.J. *Recueil*, 1975, p. 39.

⁴³ R.I.A.A. Vol. XI, p. 22.

⁴⁴ LA PRADELLE-POLITIS. *Recueil des Arbitrages Internationaux*. París, 1954, t. III, p. 596. En sentido contrario se manifiesta ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 23: «En consecuencia no pueden ser calificados de tratados [...], los acuerdos concluidos con poblaciones no civilizadas o con tribus indígenas».

tan siempre en un documento escrito,⁴⁵ ya que la forma de acuerdos verbales, salvo raras excepciones, ha desaparecido en la actualidad.⁴⁶

En consecuencia, los tratados celebrados oralmente quedan sujetos al régimen del Derecho consuetudinario. La Convención de Viena, como se desprende del artículo 3, literal a, antes citado, no prejuzga la validez del tratado⁴⁷ verbal, puesto que no es una diferencia sustantiva sino de procedimiento. En este sentido señala Waldock:⁴⁸

La omisión de los acuerdos verbales de la definición de tratado de la Comisión requiere un comentario. La Comisión ha explicado que esta omisión no debe ser entendida como una denegación de la fuerza legal de los acuerdos verbales o que los principios de los derechos de los tratados no se aplican a estos. ¿Es entonces concebible esto en otro contexto del término tratado? Pueden encontrarse posiciones que incluyan a los acuerdos verbales, la diferencia entre estos y los tratados es más de procedimiento que sustantiva.

Más aun, la Corte Internacional, en diversas ocasiones, ha dado carácter obligatorio a las declaraciones orales efectuadas por los agentes de los Estados ante la Corte. Así lo determinó respecto del agente de Gran

⁴⁵ Sobre lo mismo señala NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., pp. 119-120: «La Convención define el tratado como un acuerdo celebrado por escrito. Sin duda, su artículo tercero implica que ella no ignora los acuerdos que no han sido celebrados por escrito —los acuerdos *verbales*— y a los que ella no niega valor jurídico. Igualmente, rechazando examinar los acuerdos verbales entre Estados, aún cuando ellos existen, la Conferencia de Viena confirma implícitamente que las reglas concernientes a dichos acuerdos probablemente no son los suficientemente seguras para permitir codificarlas». CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 166: «Así, al acuerdo oral corresponderían pruebas escritas concordantes [...] Admitir que las declaraciones puramente verbales pudieran constituir los elementos de un acuerdo comporta riesgos de incertidumbre y cuestionamientos». REUTER, Paul. Ob. cit., p. 27: «No se cuestiona el principio de un acuerdo puramente verbal. Por el contrario el análisis que reconstituye una voluntad convencional a partir de un comportamiento sobre todo pasivo, genera resistencia».

⁴⁶ Es el caso del acuerdo verbal concluido en Lisboa entre el general Franco y el Presidente Salazar, el 23 de octubre de 1949, sobre intervención militar de las fuerzas portuguesas y españolas, en caso de eventual agresión contra la frontera pirenaica. ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 27. Pedro El Grande de Rusia y Federico III, elector de Brandeburgo, concluyeron un tratado verbal por un juramento. El 25 de enero de 1885, por un acuerdo verbal, fueron sometidas a arbitraje las reclamaciones de los ciudadanos americanos contra Hailé Selassie. Acuerdo verbal de asistencia mutua de 27 de noviembre de 1934 entre la Unión Soviética y la República de Mongolia. SIERRA, Manuel J. Ob. cit., p. 409. Asimismo, se habla de tratados celebrados por medio de señales, como es el caso del alto al fuego por medio de determinadas señales con las banderas. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, p. 144.

⁴⁷ GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., 1952, p. 75: «La validez de los tratados no esta ligada a ninguna forma especial».

⁴⁸ WALDOCK, Humphrey. Ob. cit., 1962, p. 73.

Bretaña, en el caso *Mavrommatis*;⁴⁹ del agente polaco, en el caso de la *Alta Silesia*,⁵⁰ y del agente suizo, en el caso de las *Zonas Francas*.⁵¹ De igual modo, la validez de los acuerdos verbales fue señalada en el laudo de 1889 en el asunto de la *Isla Lamu* y confirmada por la sentencia de la C.P.J.I. en el asunto *Groenlandia Oriental*.⁵²

En el primero, el Tribunal señaló:

En un asunto entre Alemania y Gran Bretaña, la primera pretendió que el Sultán había manifestado verbalmente a su cónsul la disposición de conceder a una compañía alemana la aduana del puerto de Lamu. La única constancia de esta promesa o transacción era un informe del cónsul a su central. Es interesante lo que dijo el árbitro, en 1899, a este respecto: Si bien es cierto que ninguna norma jurídica prescribe una forma especial para las convenciones entre Estados independientes, no es menos contrario a los usos internacionales contratar verbalmente compromisos de tal naturaleza e importancia.⁵³

En el segundo, señaló la Corte: «No parece, por otra parte, que exista una regla de Derecho Internacional que exija que los acuerdos de este género deban ser hechos por escrito para ser válidos».⁵⁴

c) Regido por el Derecho Internacional

Debe entenderse que un tratado está regido por el Derecho Internacional «cuando resulten aplicables al caso las normas jurídicas específicas que constituyen e integran el Derecho Internacional General». La expresión sirve entonces para distinguir los acuerdos internacionales regulados por el Derecho Internacional Público de aquellos acuerdos que, a pesar de haber sido concluidos entre Estados, están regulados por el derecho interno de una de las partes⁵⁵ o por algún otro sistema de derecho interno elegido por las partes.⁵⁶

En este sentido, Reuter define el tratado como «todo acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional, sometido por aquéllos a

⁴⁹ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 5, p. 37.

⁵⁰ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7, p. 13.

⁵¹ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46, pp. 169-170.

⁵² HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 69. CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 166.

⁵³ *Affaire de L'île de Lamu, La Fontaine, Pasicrisie*, pp. 335-340. Citado por BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalia, 1999, p. 109.

⁵⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53, p. 91. Citado por BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 109

⁵⁵ Como sería el caso de la compra-venta de un inmueble, sometido al derecho interno del Estado territorial. PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 14.

⁵⁶ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 9. REUTER, Paul. Ob. cit., p. 30: «Dos Estados pueden celebrar un acuerdo que se sustraiga al derecho internacional público y se someta al derecho interno de un país determinado; este acuerdo no será evidentemente un tratado, será más bien un contrato».

las reglas del Derecho Internacional». ⁵⁷ Aclara Reuter que la sumisión del acto a las reglas generales del Derecho Internacional se traduce en un rechazo de las partes a someterse a un derecho nacional.

d) Cualquiera sea su Denominación

La Convención recoge la moderna tendencia de emplear el término «tratado» «para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones»: ⁵⁸ declaración (cuando se trata de establecer principios jurídicos o de afirmar una actitud política común), ⁵⁹ convención (para compromisos de valor restringido o referente a asuntos de naturaleza económica, comercial o administrativa), ⁶⁰ Carta (cuando se crea una Organización Internacional), Pacto (referente a algunos aspectos de las relaciones políticas), ⁶¹ Acta (es el instrumento en que constan las resoluciones finales de una Conferencia Internacional), protocolo (documento anexo o aclaratorio), concordato (acuerdo entre la Santa Sede y los Estados para regular la situación jurídica de la Iglesia), *modus vivendi* (arreglos provisionales), compromiso (acuerdo por el que se pacta un arbitraje), armisticio (acuerdo militar), notas reversales (acuerdo simplificado sobre materias no vinculadas a intereses vitales del Estado), acuerdo de sede (entre un Estado y una Organización Internacional, para fijar el asiento territorial de esta última), entre otros. Myers presenta hasta treintiocho denominaciones para los acuerdos internacionales. ⁶²

La diversidad de denominaciones que puede asumir un tratado y la escasa o nula significación jurídica que ello importa, ha sido confirmada por la doctrina y la práctica internacional. Así, Rousseau manifiesta:

De hecho, la terminología utilizada para designar los tratados internacionales *stricto sensu*, no puede ser más variada ni presentar menos fijeza [...] Ninguna razón justifica la denominación de estos diversos instrumentos convencionales y es fácil comprobar que todos aquellos términos pueden ser igual e indistintamente utilizados para

⁵⁷ REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1958, p. 14.

⁵⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 115. CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 170: «No siendo el derecho internacional formalista, los Estados pueden formular sus acuerdos bajo las formas más diversas: declaración, comunicado conjunto, acta final, etc.».

⁵⁹ SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa Hermanos y Cía, 1963, pp. 396-397.

⁶⁰ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 570.

⁶¹ LÓPEZ JIMÉNEZ, Ramón. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. San Salvador, 1970, p. 209.

⁶² MYERS, Denys P. «The names and scope of Treaties». En: *American Journal of International Law*. 1957, vol. 51, n.º 3, p. 574. Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 115.

realizar un negocio jurídico determinado, ya que es posible formalizar actos de la misma índole material por medio de procedimientos técnicos diferentes.⁶³

Por su parte, la C.P.J.I. en el caso del *Régimen Aduanero entre Austria y Alemania*, señaló:

Desde el punto de vista del carácter obligatorio de los compromisos internacionales, es bien sabido que pueden ser asumidos bajo formas de tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o canjes de notas.⁶⁴

e) Ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, todos ellos han de considerarse parte integrante del cuerpo principal. Así lo señalan Thierry, Combacau, Sur y Valée:⁶⁵

El tratado puede estar formado por varios documentos, y por ejemplo incluir anexos, o aún estar consignado en varios instrumentos diferentes. Esta diversidad documental no atenta contra su unidad jurídica, especialmente cuando se trata de interpretarlo.

Debe abandonarse «en consecuencia la tendencia a considerar que el acuerdo está constituido sólo por la parte principal y articulada del mismo, debiendo tenerse en cuenta igualmente cualquier tipo de actos relativos al mismo», «ya revistan la forma de declaración, cartas anexas u otra forma, así como cualquier otro elemento anexo o complementario al mismo».⁶⁶ Así como el Derecho Internacional reconoce el principio de la libertad de forma, una vez celebrado un tratado, este será tomado en su integridad.⁶⁷

A todo esto podríamos agregar, en cuanto al objeto del tratado, que este debe ser física y jurídicamente posible. «La posibilidad jurídica del

⁶³ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 24.

⁶⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 41, p. 47.

⁶⁵ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLÉE. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1975, p. 65.

⁶⁶ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 171.

⁶⁷ MONACO, Riccardo. Ob. cit., pp. 101-102: «La variedad que el acuerdo entre las partes reviste en el ordenamiento internacional, la simplicidad del procedimiento a través el cual se llega a la formulación de la voluntad de los contrayentes, la insistencia de los requisitos formales conceptuados esenciales para la validez del acuerdo, han dado vida progresivamente al convencimiento de la conveniencia del principio general de la libertad de forma.

El tratado puede resistir cualquier forma, lo cual no tiene relevancia en cuanto a la valoración de sus requisitos de existencia y validez: corresponde a las partes elegir la modalidad formal más oportuna para expresar su voluntad».

objeto consistirá en que una norma no se constituya en obstáculo insuperable» para la celebración del acuerdo (artículo 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). «La posibilidad física consistirá en que una ley de la naturaleza no constituya un obstáculo insuperable para la producción de las consecuencias jurídicas». ⁶⁸ Sobre esto último, Sierra nos aporta un ejemplo:

Un Estado no puede comprometerse a llevar a cabo actos que materialmente le sea imposible realizar; no podría, por ejemplo: comprometerse a dar facilidades portuarias marítimas cuando, como Suiza, no posee costas. ⁶⁹

Por último, no debemos confundir la noción de «tratado» con otros conceptos de diferente significado. En primer lugar, si bien la «declaración» puede constituir un verdadero tratado si estatuye derechos y obligaciones, el término puede tener también otros significados. Así, puede implicar una mera declaración o intención de propósitos que no importa derechos ni obligaciones, para el declarante ni para terceros; o bien puede constituir un acto unilateral destinado a producir efectos jurídicos (declaración de guerra o de neutralidad). ⁷⁰

Sobre el primer supuesto, la C.I.J., en el asunto de la *Plataforma Continental en el Mar Egeo*, señaló en relación con un Comunicado Conjunto de los Primeros Ministros de Grecia y Turquía:

Por consiguiente, si el Comunicado de Bruselas de 31 de mayo de 1975 constituye o no tal acuerdo (tratado) depende de la naturaleza del acto o transacción que el comunicado expresa; no se resuelve la cuestión simplemente al referirse a la forma del comunicado en que ese acto o transacción se ha incorporado. ⁷¹

Esto ha llevado a que algunos autores, como Barberis, señalen como un elemento intrínseco en la definición de un tratado, el que este tienda a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional. Así, señala:

Si dos jefes de Estado suscriben un tratado de cooperación en el que se limitan a expresar que «hoy es un día de gloria para nuestros países, o si conciertan un tratado cultural donde “consideran de capital importancia la eliminación del analfabetismo”, o si firman un proto-

⁶⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1993, p. 646.

⁶⁹ SIERRA, Manuel J. Ob. cit., p. 403.

⁷⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 116.

⁷¹ I.C.J. *Reports*, 1978, p. 39, párrafo 96.

colo en el que formulan votos para el restablecimiento de una paz duradera en la región», estamos ante manifestaciones que son jurídicamente irrelevantes.⁷²

Se trata entonces de un sexto elemento componente de la definición de un tratado: las cláusulas de un tratado tienen sentido en la medida que se hallan dentro del ámbito de lo normativo. Esto es, que contengan normas que prescriban jurídicamente una conducta como permitida, prohibida u obligatoria. «El sentido de una norma jurídica es una prescripción, una disposición». Se debe atribuir una obligación, otorgar una competencia o facultad, o adjudicar un derecho. Pero también el tratado puede incluir definiciones jurídicas. En este sentido, se señala que el tratado debe —para ser tal— establecer proposiciones normativas o definitivas.⁷³

Es por esta razón que los denominados «Pactos de Caballeros» (*Gentlemen's Agreements*, según la práctica anglosajona) constituyen una categoría de acuerdo distinta al tratado, al ser compromisos de honor entre representantes de dos Estados, desprovistas de efectos jurídicos obligatorios.⁷⁴ La finalidad de estos acuerdos es fijar un programa de acción política, no tienen carácter oficial y están regulados por normas morales.⁷⁵

Como ejemplos tenemos el acuerdo Lansing-Ishii, concluido entre los Estados Unidos y Japón el 2 de noviembre de 1917 y destinado a regular la inmigración japonesa en los Estados Unidos; y la Carta del Atlántico, declaración anglo-norteamericana sobre los principios comunes a la política nacional de ambos países, firmada por el Presidente Roosevelt y Churchill el 14 de agosto de 1941.⁷⁶

Por todo lo expuesto, se sugirió en la Conferencia de Viena que era necesario agregar a todos los elementos señalados en la definición, un sexto que señalara la necesidad que el acuerdo produzca efectos jurídicos o cree derechos y obligaciones. Sin embargo, estas propuestas de enmienda no fueron aceptadas, pues se consideró que la idea se encontraba implícita en la frase «regido por el Derecho Internacional».⁷⁷

⁷² BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 37.

⁷³ *Ibidem*, pp. 40-41

⁷⁴ RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 58. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, Colución de Ciencias Sociales. Serie de Relaciones Internacionales, 1980, p. 49.

⁷⁵ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. Ob. cit., pp. 158-159.

⁷⁶ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 25.

⁷⁷ Declaración del Presidente del Comité de Redacción, Yasseen. 105 reunión de la Comisión Plenaria, párrafo 22.

3. Clasificación de los Tratados

La clasificación de los tratados puede ser hecha sobre la base de diferentes criterios. Las clasificaciones más usuales son las siguientes.

3.1. En cuanto al número de Estados Partes

Estos pueden ser bilaterales (tratado en el que no hay más que dos Partes) o multilaterales (tratado abierto a la participación de tres o más Partes). Sobre este punto señalan Nguyen, Daillier y Pellet:⁷⁸

La distinción principal, plenamente «operativa», es la existente entre *tratados bilaterales* y *tratados multilaterales*. Ciertos autores consideran que entre esas dos categorías existe una categoría intermedia constituida por los *tratados plurilaterales* que designa a los tratados cuyo número de partes, superior a dos, es limitado, mientras que en principio los tratados multilaterales pueden tornarse tratados *universales*. La práctica no revela diferencias substanciales entre el régimen jurídico del tratado plurilateral y del tratado multilateral. La *summa divisio* queda en la distinción entre tratados bilaterales y tratados multilaterales entre los cuales se verá, existen diferencias importantes de régimen.

Hasta comienzos del siglo XIX las convenciones adoptaban la forma bilateral. Los acuerdos de Westfalia (1648), Utrecht (1713) y el Tratado de París (1814) después de las guerras napoleónicas no son sino una confirmación de la práctica de entonces. Será recién en 1815, con la firma del Acta Final del Congreso de Viena, cuando se suscribirá el primer tratado de carácter multilateral.⁷⁹ Conjuntamente con el tratado multilateral nacerá la institución que lo hace posible: la conferencia internacional. Así, señala Lachs:⁸⁰

El desarrollo del tratado multilateral va a la par con la evolución de otra institución internacional ligada al tratado. Si los convenios bilaterales siempre han sido y continúan siendo por la fuerza misma de las cosas, el resultado de entrevistas y negociaciones entre dos Estados, que se desarrolla generalmente en el secreto de los gabinetes

⁷⁸ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 123. REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 31-32: «El número de partes en un tratado ha sido siempre un elemento esencial, aunque superficial, de las características de los tratados. Ciertamente es útil distinguir los tratados bilaterales y los tratados multilaterales».

⁷⁹ Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 51. Asimismo, GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. Ginebra: 1967, T. I., pp. 121-122.

⁸⁰ LACHS, Manfred. «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92, p. 239.

tes ministeriales, la celebración de un tratado que tenga un carácter más amplio debe ser presidida por la discusión común de los problemas que él suscita en una conferencia de los Estados interesados, especialmente convocada para este efecto. Antaño llamada solemnemente congreso hoy se habla de una conferencia internacional.

Debe observarse que esa clasificación no corresponde necesariamente a la que formula el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual se refiere a las convenciones generales o particulares. Si bien es efectivo que los tratados bilaterales serán siempre particulares, no existe, en cambio, una coincidencia entre la multilateralidad y la generalidad, pues esta última más bien está referida tanto a la materia regulada por el tratado (lo que debe ser de un interés general para toda la comunidad internacional) como a la posibilidad de que puedan llegar a ser parte del tratado el mayor número posible de Estados.⁸¹

3.2. En cuanto a la posibilidad de acceso

Estos pueden ser abiertos o cerrados, según permitan o no la incorporación o adhesión de nuevos Estados miembros.

Los tratados cerrados son aquellos que permiten exclusivamente la participación de los negociadores, es decir, de los que han participado en la elaboración y adopción del tratado y no contienen cláusula que prevea la adhesión de nuevos miembros, mientras los abiertos prevén, en su propio articulado, la incorporación de Estados que no son contratantes originales. Estos últimos pueden a su vez ser clasificados como tratados abiertos universales, es decir, abiertos sin limitaciones a todos los Estados que quieran acceder a ellos,⁸² o abiertos restringidos, esto es, abiertos a determinados Estados según criterios de diversa motivación (geográfico, económico, ideológico, etc.).⁸³

3.3. En cuanto a su forma de celebración

Pueden ser tratados formales, llamados también complejos o solemnes, y tratados en forma simplificada. Los primeros son acuerdos en los que la

⁸¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D. C., julio-agosto de 1977, p. 155.

⁸² Es el caso de la Corte de Naciones Unidas.

⁸³ La Carta de la OEA (restringido geográficamente a los Estados Americanos), el Pacto que crea la Liga de Estados Arabes (limitado a los Estados arabes independientes) o el Tratado de Roma (restringido a los Estados europeos con determinado nivel de desarrollo económico), etc.

voluntad del Estado en obligarse se expresa mediante un procedimiento que permite que transcurra un cierto tiempo entre la adopción del texto del tratado y la expresión final de la voluntad de obligarse. Estos acuerdos son celebrados «a través de un proceso complejo de negociación, adopción del texto, firma y ratificación».⁸⁴ Los segundos siguen un procedimiento más rápido; su proceso de celebración incluye solamente una etapa de negociación y firma.⁸⁵

Pero, tanto los tratados complejos como los simplificados, concuerdan en cuanto a las normas que rigen su validez, su eficacia, su ejecución, su obligatoriedad y su extinción. En otras palabras, «esta clasificación no produce efecto internacional alguno ya que no hay distinción jerárquica entre ambas categorías de tratados ni, en principio, diferencia de contenido».⁸⁶ Los acuerdos en forma simplificada son frecuentes en dominios de carácter técnico o administrativo, por ejemplo, reglamentos aduaneros, aéreos o postales, pero pueden también regular cuestiones políticas de importancia.⁸⁷ Los acuerdos en forma compleja son frecuentes en materias referidas a límites, paz, integración, derechos humanos, entre otros.

3.4. En cuanto a su contenido

Pueden ser tratados-ley o tratados-contrato. La distinción nace con Triepel⁸⁸ y luego es seguida por Jellinek, Renault y De Martens. Para este último había que distinguir aquellos convenios que «eran expresión de reglas jurídicas obligatorias para los Estados» de aquellas «transacciones relativas a los intereses particulares de dos o más países».⁸⁹

Los tratados-ley o tratados de naturaleza normativa serían aquellos que establecen normas generales y abstractas y que pueden aplicarse para resolver cuestiones presentes y futuras. Los tratados-contrato o de naturaleza contractual serían aquellos que contienen normas particulares y específicas y que resuelven solo una situación particular. Esto es, la clasificación ha sido establecida teniendo en cuenta la función jurídica que el tratado se propone: la realización de un negocio jurídico (tratados-contrato) o el establecimiento de una regla de derecho (tratados nor-

⁸⁴ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 99.

⁸⁵ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 32.

⁸⁶ HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa DOMÍNGUEZ. Ob. cit., p. 72.

⁸⁷ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 99.

⁸⁸ BOURQUIN, Maurice. Ob. cit., RCADI. P. 55. WALDOCK, Humphrey Ob. cit., RCA-DI. P. 75.

⁸⁹ MARTENS, Federico de. *Tratado de Derecho Internacional*. Madrid: La España Moderna, t. I, pp. 240-241.

mativos).⁹⁰ Como ejemplo de tratado-ley tenemos la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados o las Convenciones de Ginebra de 1949; mientras en el segundo caso se pueden citar como ejemplos un tratado de límites como el Protocolo de Río de Janeiro de 1942 suscrito entre Perú y Ecuador, o de comercio.

Ya en 1926 esta clasificación fue seriamente cuestionada. Heilborn hace una crítica certera destacando que solo los tratados, y no los contratos, podían generar derecho objetivo entre sujetos de la comunidad internacional, y destaca que la naturaleza del tratado no es restrictiva ni en sí misma limitada como la del contrato.⁹¹ En Derecho Internacional, afirma Rousseau, ambos tratados tienen el mismo valor y no se da entre ellos la jerarquía que existe, por ejemplo, en derecho interno, entre el contrato y la ley.⁹² Scelle deja claro que la relación entre ambos tratados no es de ningún modo la de la ley y el contrato en el derecho interno.⁹³ Por último, para Reuter se trata de una clasificación que carece de rigor y de valor.⁹⁴

3.5. En cuanto a la materia objeto del Tratado

Los hay de carácter político, económico, cultural, humanitario, comercial, consular, entre otros. Por ser difícilmente clasificable, hemos considerado oportuno prestar atención en este acápite a los denominados tratados de garantía.

Un tratado de garantía es aquel en el cual uno o más Estados, denominados garantes, asumen la obligación de asegurar el objeto del tratado o la ejecución de una obligación a otra parte o partes en el mismo.⁹⁵ La

⁹⁰ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 26. ACCIOLY, Hildebrando. Ob. cit., p. 578.

⁹¹ HEILBORN, Paul. «Les sources du droit international». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, p. 25.

⁹² ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966.

⁹³ SCELLE, Georges. *Manuel de Droit International Public*. París: Domat-Montchrestien, 1948, pp. 600-623. En el mismo sentido se pronuncian: LAUTERPACHT, Hersch. *Yearbook ILC*. 1953, t. II, p. 99; BRIERLY, James. «Le fondement du caractère obligatoire du droit international». En: *RCADI*. 1928-III, t. 23, pp. 484-486; SCHWARZENBERGER, Georg. *The Fundamental Principles*. p. 262; WALDOCK. «General Course on Public International Law». En: *RCADI*. 1962, t. II, n.º 106, pp. 74-77.

⁹⁴ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 31: «Se ha visto que ciertas distinciones (tratados-leyes y tratados-contratos) estaban desprobitas de valor y de rigor». NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET. Ob. cit., p. 121: «1.º La distinción entre tratados-leyes y tratados-contratos es una de las más clásicas en doctrina, pero también una de las más controvertidas. Presenta un cierto interés histórico y sociológico, pero ninguna relevancia jurídica».

⁹⁵ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Editions Sirey, 1970, p. 195, § 171-1.º: «El sentido amplio de la garantía designa el

garantía puede ser unilateral⁹⁶ o mutua (recíproca), y tener una duración limitada o ser permanente.⁹⁷ Según sea dada por uno o varios Estados, podrá ser individual, colectiva o conjunta, sin que el incumplimiento de algún garante afecte la existencia de la obligación.⁹⁸

Por lo mismo que la noción de garantía no tiene una delimitación clara en la doctrina de los publicistas ni en la práctica internacional, esta puede asumir diversos contenidos en la práctica de los Estados; así, puede ser objeto de garantía el asegurar la independencia política o la integridad territorial de un Estado,⁹⁹ el estatuto de un territorio,¹⁰⁰ la neutralidad perpetua de un Estado,¹⁰¹ el mantenimiento de un determinado

hecho de asegurar o de contribuir a asegurar, por procedimientos técnicos apropiados, el mantenimiento de una situación o de un régimen dado, o la ejecución de una obligación convencional». JENNINGS, Robert and Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I. Partes 2 a 4. 9.ª ed. Essex: Longman, 1992, pp. 1322-1323, § 667: «Un tratado de garantía es el tratado por el cual uno o más Estados —el garante (o garantes)— asume la obligación de asegurar por medios legales cierto objeto a otras partes o parte».

⁹⁶ Por ejemplo, la Ley de garantía de 1874, por la cual Italia garantiza el libre funcionamiento de la Santa Sede.

⁹⁷ JENNINGS, Robert and Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1323, § 667. ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 195, § 171-1.º: «La garantía tiene normalmente un origen convencional, pero ella también puede resultar de un acto unilateral».

⁹⁸ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 195, § 171-1.º.

⁹⁹ El Tratado de San Stefano del 3 de marzo de 1878, entre Rusia y la Puerta Otomana, que garantizaba la independencia de Rumania, el principado autónomo de Bulgaria y la autonomía de Bosnia-Herzegovina; véase: RENOUVIN, Pierre. *Histoire des Relations Internationales*. T. III - De 1871 a 1945. París: Librairie Hachette, 1994, p. 61. La garantía otorgada por Francia a Mónaco en 1918. El Tratado Hay-Varillas del 18 de noviembre de 1903, entre los Estados Unidos y Panamá, en el que el primero garantizaba la independencia del segundo. El Tratado de Brest-Litovsk de febrero de 1918, entre Alemania y Rusia, por el cual Rusia reconocía y Alemania garantizaba la independencia de las repúblicas bálticas de Finlandia, Estonia, Lituania y Latvia; véase: RENOUVIN, Pierre. Ob. cit., pp. 390-391.

¹⁰⁰ Tratado de 1921 entre Suecia y U.R.S.S. sobre la no militarización de las islas Åland. La Convención de París del 8 de mayo de 1924, que garantizó la soberanía de Lituania sobre el territorio de Memel, fue firmada por Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón.

¹⁰¹ La Declaración de París del 20 de marzo de 1815, que asegura la neutralidad de Suiza, fue firmada por Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia; posteriormente se adhirieron España, Portugal y Suecia. El Tratado de Londres del 15 de noviembre de 1831, que instituye la neutralidad de Bélgica, fue firmado por España, Francia y Gran Bretaña. El Tratado de Londres del 19 de abril de 1839, entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, por el cual dichas potencias garantizaban la neutralidad perpetua de Bélgica, establecida por el tratado anterior; véase: NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 223. En ejecución de dicha garantía, Gran Bretaña y Francia declararon el 1914 la guerra a Alemania por haber violado la neutralidad de Bélgica.

régimen jurídico,¹⁰² el mantenimiento de la paz,¹⁰³ el tratamiento de extranjeros o de minorías,¹⁰⁴ el derecho humanitario,¹⁰⁵ el cumplimiento de una obligación internacional de carácter jurídico o económico,¹⁰⁶ la protección de un Estado o territorio (régimen de Protectorado), o la protección del orden jurídico internacional.¹⁰⁷ Sin embargo, la garantía debe consistir en el empleo de medios lícitos para el cumplimiento de un objeto lícito y posible; se garantiza el objeto del tratado y, si este deviene en ilícito o imposible, la garantía caduca de manera automática.

Bluntschli distinguía dos tipos de acuerdos en los que operaba la garantía: los que son garantía de un tratado (*Buergschaftsgarantie*) y los que son un tratado de garantía (*Garantiebeschluss*),¹⁰⁸ aunque la doctrina moderna prefiere tratarlos como un solo tipo jurídico. El objeto del tratado puede involucrar o no al garante; en tal caso, se presenta el problema de saber si el garante es parte integrante en el tratado o tercero respecto al mismo. Si la garantía no puede desprenderse del objeto del tratado, en

¹⁰² El Estatuto de la Ciudad Libre de Cracovia, acuerdo del 7 de mayo de 1832. El Estatuto de la Ciudad Libre de Dantzig, artículo 103 del Tratado de Versalles (1918). El Tratado de Sèvres del 10 de agosto de 1920 garantiza la desmilitarización y la libertad de tránsito de los estrechos del Bósforo y los Dardanelos, régimen asegurado por una comisión interaliada; véase: RENOUVIN, Pierre. Ob. cit., p. 452.

¹⁰³ Especialmente en el caso de la creación de fuerzas o comisiones multinacionales para asegurar el mantenimiento de la paz: Acuerdos de Ginebra de 1954 para el mantenimiento de la paz en Indochina; Acuerdo de 1962 sobre la neutralidad de Laos; Acuerdo de París del 27 de enero de 1973 sobre Vietnam.

¹⁰⁴ Los diversos regímenes de capitulaciones impuestos por las potencias occidentales (Gran Bretaña, Francia, Alemania, Estados Unidos) a los países de Asia y África (China, Japón, Corea, Siam, Marruecos, Túnez, Egipto) que implicaban excepciones de jurisdicción para los habitantes de las potencias occidentales residentes en los países que habían firmado dichas capitulaciones. El Acta General de la Conferencia de Algeciras de 1906, sobre los territorios del Marruecos español y francés. El Convenio de Montreux de 1935, sobre la abrogación de las capitulaciones en Egipto. Los Acuerdos de Evian del 18 de marzo de 1962, entre Argelia y Francia, que garantizaban a las personas y bienes franceses que se encontraban en Argelia al momento de la independencia, véase: DOUROSELLE, Jean-Baptiste. *Histoire diplomatique de 1919 à nos jours*. París: Éditions Dalloz, p. 681.

¹⁰⁵ Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sobre tratamiento de prisioneros de guerra, enfermos, heridos, náufragos y población civil en territorio ocupado.

¹⁰⁶ El Acta Final de la Conferencia de Berlín de 1885, que garantizaba la libre navegación de los ríos Congo y Níger, y la libertad de comercio en el África. El Protocolo de Río de Janeiro de Paz, Amistad y Límites entre Perú y Ecuador del 29 de enero de 1942, estableció la delimitación de la frontera entre ambos países; el cumplimiento de este instrumento está garantizado por los Estados Unidos, Brasil, Chile y Argentina. El tratado de paz entre Egipto e Israel del 26 de marzo de 1979 cuenta con la firma de los Estados Unidos como garante de la aplicación de dicho acuerdo.

¹⁰⁷ El Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), el Pacto de Locarno (1925), la Carta de las Naciones Unidas (1945), el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca-TIAR (1948).

¹⁰⁸ BLUNTSCHLI. *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*. 3.^a ed. 1878.

otras palabras, si el objeto del tratado depende de la garantía y sin ella se tornara imposible, la garantía es parte integrante del tratado e involucra al garante como parte en el mismo. Por el contrario, si la garantía es accesoria y el cumplimiento del objeto es independiente de la misma, el garante no es parte integrante en el tratado sino un tercero con respecto del mismo.

Formalmente, la garantía puede estar contenida en el mismo instrumento que el objeto garantizado o en un instrumento separado, sin que ello afecte su carácter. Cualquier amenaza a la realización del objeto garantizado puede dar lugar a la intervención del Estado garante según los términos de la garantía, en salvaguarda del derecho o situación garantizada; esto es lo que se denomina *casus garantiae* (similar al *casus foederis* de las alianzas).

De otra parte, la garantía puede ser constituida por acto unilateral o convencional, sin que esto altere su esencia. En el primer caso, por acto unilateral, el Estado garante o los Estados garantes comprometen su participación en la realización del objeto del tratado protegiendo un interés propio en el mismo. En el segundo caso, por acto convencional, el Estado garante se compromete con las partes en el tratado a la realización del objeto del mismo; de la participación del garante dependerá si es considerado como parte en el tratado o tercero respecto al mismo. Sea como fuere la constitución de la garantía, esta es siempre *res inter alios acta*.

La garantía crea una obligación a cargo del garante y un derecho para el Estado al cual se ha garantizado algo. Si bien el ofrecimiento y la aceptación de la garantía son actos soberanos, una vez constituida la misma es fuente de derechos y obligaciones para el garante y el garantido. La garantía puede ser específica, acordada entre determinados Estados con un objeto determinado, o general, acordada por varios Estados como grupo o como organización internacional, con el fin de garantizar pluralidad de objetivos o situaciones, por ejemplo: Pacto de la Sociedad de Naciones, Pacto de Locarno, Carta de las Naciones Unidas (especialmente en lo que concierne al mantenimiento de la paz y seguridad colectiva), Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

Prácticamente han desaparecido ya formas antiguas de garantía como la prenda territorial o el mantenimiento de rehenes o secuestro de bienes, que no son aceptadas por el Derecho Internacional contemporáneo; los últimos casos que se pueden citar son: las garantías impuestas por el Tratado de Versalles de 1919 a Alemania (afectación de recursos y ocupación pacífica de la ribera izquierda del Rin) para el cumplimiento del pago de las reparaciones que dicho tratado de paz le imponía;¹⁰⁹ y, de

¹⁰⁹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 223: «El Tratado de Versalles de 1919 recurrió a esto; para garantizar el pago de las reparacio

manera más reciente, los Acuerdos de Argel de 1981 entre los Estados Unidos e Irán, que constituyeron un secuestro de fondos para garantizar la liberación de los rehenes norteamericanos y un fondo de garantía para el cumplimiento de las sentencias del tribunal arbitral mixto iraní-norteamericano.¹¹⁰

Incluso para muchos es discutible la existencia de la garantía en su sentido clásico, desde que el Convenio de Viena en materia de Tratados del 29 de mayo de 1969 no ha hecho mención de esta figura jurídica, que en todo caso subsiste y se aplica de su manera más general como garantía plurilateral de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

La mutación más importante que ha conocido la garantía, hasta prácticamente hacerla perder su clásico sentido señalado líneas arriba, es en lo que concierne al cumplimiento de tratados de desarme, como el Tratado de No Proliferación de Armas nucleares del 1.º de julio de 1968, el Tratado sobre la desnuclearización de los fondos marinos de 1971, o el Tratado sobre la prohibición de armas bacteriológicas o tóxicas de 1980, que prevén la reunión periódica de Conferencias de las partes contratantes para verificar el adecuado cumplimiento de dichos tratados.¹¹¹

Resulta muy discutible denominar garantía a la creación de diversos mecanismos destinados a velar por el cumplimiento de un tratado, pues aún cuando la garantía tiene el mismo objetivo, existe de por medio la voluntad de un Estado en asegurar determinada conducta y su compromiso de hacer prevalecer esa conducta en toda circunstancia. Por lo tanto, no es lo mismo hablar de garantía que de mecanismo de ejecución, ya que este último es tan solo una parte de la garantía, como hemos visto en los párrafos precedentes; de ahí que mecanismos de ejecución como los elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, el Fondo Monetario Internacional o la Unión Europea, para la protección de convenios laborales, créditos monetarios o derechos humanos, no puedan ser equiparados con el sistema, clásico y en evidente proceso de desuso, de la garantía del tratado.

nes a cargo de Alemania, previó de una parte la afectación a este pago de todos los recursos económicos y de otra parte la ocupación por 15 años de la rivera izquierda del Rin».

¹¹⁰ Ibidem: «Los instrumentos complejos conocidos bajo el nombre de "Acuerdos de Argel", de 19 de enero de 1981, destinados a solucionar el contencioso entre los Estados Unidos e Irán a continuación del asunto de los rehenes, apeló igualmente a esta técnica: de una parte la liberación de los rehenes estaba subordinada a la transferencia de haberes iraníes detenidos en los Estados Unidos a un fondo de secuestro constituido a nombre del Banco Central de Argelia; de otra parte, Irán debía constituir un fondo de garantía, destinado a garantizar la ejecución efectiva de las sentencias del tribunal de controversias iraní-americanas, instituida por los "Acuerdos"».

¹¹¹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 224.

3.6. En cuanto a su duración

Por último, los tratados pueden ser clasificados como Transitorios o Perpetuos.¹¹² Los primeros son aquellos cuya duración es limitada en el tiempo; en cambio, los segundos son aquellos que rigen indefinidamente entre Estados, como es el caso de los tratados de límites.¹¹³

4. Ámbito de Aplicación de los Tratados

4.1. Ámbito Temporal

Artículo 28

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Los tratados tienen un momento inicial a partir del cual comienzan a surtir efectos. Dicho momento suele coincidir con el de su entrada en vigor; pero no ocurre así en todos los casos. En cuanto a la validez temporal, la norma general para los tratados, es la de su irretroactividad, y «no ha de considerarse que un tratado tenga efecto retroactivo sino cuando esa intención se halle expresada en el tratado o puede inferirse claramente de sus estipulaciones».¹¹⁴

Esta norma fue sancionada y aplicada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de los Fosfatos de Marruecos*¹¹⁵ y por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Ambatielos*, en que el gobierno griego sostuvo que, en virtud de un tratado de 1926, tenía derecho a presentar una reclamación basada en actos realizados en 1922 y 1923. Dicho gobierno, reconociendo que su pretensión era contraria al principio general de que un tratado no tienen efectos retroactivos, trató de justificar su reclamación aduciendo que se trataba de un caso especial porque durante los años 1922 y 1923 había estado en vigor entre las partes un tratado anterior de 1886, en el que figuraban disposiciones análogas a las del tratado de 1926. Esta argumentación fue rechazada por la Corte, que dijo lo siguiente:¹¹⁶

¹¹² ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 640.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 203.

¹¹⁵ C.P.J.I. Serie A/B, n.º 74, 24.

¹¹⁶ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 33.

Aceptar esta teoría significaría dar efecto retroactivo al artículo 29 del tratado de 1926, siendo así que su artículo 32 dispone que el tratado —lo cual ha de significar todas las disposiciones del mismo— entrará en vigor inmediatamente después de su ratificación. Esta conclusión podría refutarse si hubiese habido una cláusula o una razón especial que exigiese una interpretación retroactiva. En el presente caso, no existe tal cláusula ni tal razón. Por consiguiente, es imposible admitir que deba considerarse que una cualquiera de sus disposiciones estaba en vigor en una fecha anterior.¹¹⁷

En el *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, el Reino Unido impugnó la jurisprudencia de la Corte fundándose, entre otras cosas, en que los actos a que se refería la reclamación habían ocurrido unos meses antes de la entrada en vigor del Protocolo XII del Tratado de Lausana, pero la Corte declaró lo siguiente:

El Protocolo XII se concertó con el fin de establecer las condiciones que deben regular el reconocimiento de las partes contratantes de ciertas concesiones otorgadas por las autoridades otomanas antes de la celebración del Protocolo, así como el régimen de las mismas. Por consiguiente, una característica esencial del Protocolo es que sus efectos se extienden a situaciones jurídicas que datan de una fecha anterior a su propia existencia. Si las cláusulas del Protocolo no hubiesen previsto la protección de los derechos reconocidos en él contra violaciones cometidas antes de la entrada en vigor de este instrumento, el Protocolo habría sido ineficaz por lo que respecta al período en que más necesaria era la protección de estos derechos reconocidos en él contra cualquier violación, independientemente de la fecha en que pueda haberse producido.¹¹⁸

Por otro lado, en muchos casos, fundándose en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Comisión Europea de Derechos Humanos se ha declarado incompetente para conocer de reclamaciones relativas a supuestas violaciones de derechos humanos ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención con respecto del Estado interesado.¹¹⁹

No obstante, si un acto, un hecho o una situación, que tuvo lugar o se originó con anterioridad a la entrada en vigor de un tratado, siguiera existiendo después de la entrada en vigor del tratado, quedaría sometido a las disposiciones del tratado.

Asimismo, en el artículo transcrito se utiliza la frase general «salvo que una intención diferente se deduzca del tratado o conste de otro modo»

¹¹⁷ I.C.J. Reports, 1952, p. 40.

¹¹⁸ C.P.J.I. (1924), Serie A, n.º 2, p. 34.

¹¹⁹ Anuario de la CDI, 1966, vol. II, p. 34.

para tener en cuenta los casos en los cuales la retroactividad se deduzca explícita o implícitamente del propio tratado, o aquellos donde la naturaleza misma del tratado, más que sus disposiciones concretas, indique que está destinado a tener determinados efectos retroactivos.¹²⁰

Este artículo consagra entonces la tendencia marcada por la jurisprudencia y práctica internacionales, en tanto no permite que una norma convencional pueda regir hechos anteriores a sí misma. Un claro ejemplo de esta norma lo constituye la propia Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, cuando en su artículo 4 establece:

Artículo 4

Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención, ésta sólo se aplicará a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados.

4.2. Ámbito Espacial

Artículo 29

Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

En virtud del artículo 29 se debe aplicar «la norma general de que, en principio, un tratado se aplica a la totalidad del territorio de cada parte, entendida en sentido amplio, esto es, que abarca todo el territorio y las aguas territoriales y el espacio aéreo correspondientes».¹²¹ Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la naturaleza de la aplicación espacial de los tratados puede variar en función de la intención de las partes y del objeto mismo del tratado.¹²²

En algunos casos las disposiciones del tratado se refieren expresamente a un territorio o zona determinadas, por ejemplo, el tratado de 21 de octubre de 1920 por el que se reconoce la soberanía de Noruega sobre

¹²⁰ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 92: «La cuestión que se presenta es saber cual es la esfera de aplicación temporal de un tratado, es decir, cómo vincular a un período de tiempo determinado los hechos y situaciones a los cuales se aplica las normas del tratado. La regla general no presenta dudas: la autonomía de la voluntad de las partes es completa y ella no conoce en principio límites hacia el pasado ni hacia el futuro».

¹²¹ Informe CDI. P. 47. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 205.

¹²² THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 111. «El campo de aplicación espacial es naturalmente variable en función de la intención de las partes y del objeto del tratado».

Spitzberg y el tratado de la Antártida del 1.º de diciembre de 1959. En otros casos, los términos del tratado o las circunstancias en que se celebró indican que se refiere a determinadas zonas. Así, algunos tratados del Reino Unido sobre cuestiones internas están limitados expresamente a Gran Bretaña e Irlanda del Norte y no se refieren a las islas anglo-normandas ni a la isla de Man. Del mismo modo, los Estados cuyo territorio incluye una zona franca pueden encontrar ventajoso excluir a esa zona del ámbito de un tratado comercial.¹²³ Otro ejemplo es el de un tratado de límites que se aplica a zonas determinadas y regula problemas que origina la existencia de una población mixta, como el de los idiomas que han de utilizarse con fines oficiales.¹²⁴

La CDI «evitó decir “a todo el territorio o a todos los territorios de que sean internacionalmente responsables las partes”, para impedir toda asociación con la cláusula colonial, sin dejar de reconocer que hay tratados que se aplican a zonas o territorios» de esta calidad.¹²⁵

Señala Torres Bernárdez que a partir de 1880 el Derecho de los Tratados comienza a conocer lo que se llamó la «cláusula colonial». Esta cláusula está basada en la distinción entre territorios metropolitanos y territorios dependientes, y tiene por finalidad tanto en su manifestación afirmativa (autorizando la extensión) como negativa (prohibiendo la extensión) limitar la aplicación automática del tratado a los territorios dependientes. Esta práctica que continuó hasta después de la Segunda Guerra Mundial variaría en el sentido de presumir que un tratado se aplica a todos los territorios de los cuales son internacionalmente responsables las partes contratantes.¹²⁶ No obstante, los efectos extraterritoriales de los tratados no fueron objeto de regulación en el Convenio de Viena, y es que en realidad la doctrina no lo considera un problema del derecho de los tratados, sino de las competencias del Estado.¹²⁷

¹²³ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, p. 165.

¹²⁴ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 35.

¹²⁵ Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 205.

¹²⁶ TORRES BERNÁRDEZ, Santiago. *Curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya*. Sesión exterior de Buenos Aires, 1972, pp. 34-35.

¹²⁷ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. *Ob. cit.*, p. 112: «En cuanto a los efectos extraterritoriales, ellos no son objeto de ninguna disposición especial del Convenio, aún cuando existen muchos tratados concernientes al ejercicio de competencias del Estado fuera de su territorio. Así, aquellos relativos a los espacios marítimos, al espacio extra atmosférico o aquellos que permiten el ejercicio de competencias en territorio extranjero. Esta cuestión rebasa el derecho de los tratados y concierne al problema general de las competencias extra territoriales del Estado».

5. Proceso de Celebración de los Tratados

La Convención de Viena de 1969 «se refiere en numerosas ocasiones a la "celebración de los tratados", sin especificar en ningún momento el significado de este término;¹²⁸ las palabras "celebración" o "conclusión", que se usan indistintamente como sinónimos, han dado lugar a largas discusiones»¹²⁹ a nivel de la doctrina de los publicistas.

Rousseau, por ejemplo, entiende que el Tratado es una operación procesal,¹³⁰ que se denomina «acto complejo» y que se perfecciona a través de una serie de actos concatenados. Así, Rousseau trata de su elaboración, que comprende desde la negociación hasta el canje de ratificaciones. Thierry y Combacau denominan «elaboración» al conjunto de fases procesales por las que pasa el tratado, destacando la laxitud de dicho procedimiento y su aspecto principalmente práctico.¹³¹ Para otros autores, la celebración culmina en la firma del texto, «aun sin que tal acto exprese necesariamente el consentimiento en obligarse por el tratado»¹³² En este sentido, Fitzmaurice señala que la conclusión de un tratado es «el acto de dar asentimiento efectivo al texto de un Tratado como base de un acuerdo; sin embargo, no supone forzosamente que en aquella oportunidad y lugar se convenga en quedar obligado en virtud del mismo».¹³³ Finalmente, Brierly considera que la firma de un tratado o aún la adopción de un texto en el seno de una conferencia internacional constituyen actos de conclusión de un tratado.¹³⁴

Usualmente, «inclusive entre juristas y diplomáticos, los términos «celebrar» o «concluir» se «aplican al acto de firma del Tratado», y «la fecha que se da para un Tratado» es siempre la de su firma, «acto cierto y

¹²⁸ Véase ROUCOUNAS, Emmanuel. «Engagements parallèles et contradictoires». En: RCADI. 1987-VI, t. 206, p. 72.

¹²⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 139.

¹³⁰ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 75. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 139.

¹³¹ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 74: «Por elaboración se entiende el conjunto de fases procesales por las cuales atraviesa el futuro tratado, de la negociación inicial hasta las últimas formalidades por las cuales el tratado entra en vigor [...]. A pesar de la exigencia de un cierto formalismo ligado al carácter escrito del derecho, que es el caso más general, las reglas, codificadas por el Convenio de Viena que provienen del derecho consuetudinario, son extremadamente flexibles. Ellas dejan una gran amplitud a los negociadores en cuanto a la elección de formulas utilizadas para conducir las discusiones, expresar su compromiso, realizar la entrada en vigor del tratado. También la práctica es muy diversa. El Convenio de Viena aún cuando no formula a este respecto más que reglas supletorias busca encuadrar el proceso de celebración de tratados entre Estados».

¹³² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 139.

¹³³ FITZMAURICE, Gerald. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1956, t. II., p. 109. Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 140.

¹³⁴ BRIERLY, James. *Yearbook of The International Law Commission*. 1951, t. II, p. 70. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 25.

público, en tanto que la fecha de entrada en vigor es normalmente desconocida». ¹³⁵ En la terminología francesa se utiliza la palabra «conclusión» para comprender todo el proceso complejo que va desde la negociación hasta dar el consentimiento de quedar obligado definitivamente. ¹³⁶ En la terminología anglosajona, se usa esta expresión en sentido más limitado, pues comprende la negociación y la adopción del texto.

No obstante estas posiciones contrapuestas, puede arribarse a algunas conclusiones. «En cuanto a la celebración, la tesis "tradicional" (que plantea que el tratado es un acto complejo que comienza con la negociación y termina con el canje de ratificaciones) ignora la práctica» de los Estados, según la cual se concluyen diaria y regularmente tratados simplificados por sola firma, prescindiendo de la ratificación. Aquí, mediante un acto único, se llega al mismo resultado que en la etapa final del tratado formal (canje de ratificaciones). «En consecuencia, el criterio más correcto parece indicar que la celebración de un tratado es el acto o conjunto de actos (procedimientos) por cuyo intermedio un sujeto de Derecho Internacional manifiesta finalmente su consentimiento en obligarse por un tratado frente a su contraparte». ¹³⁷

La Convención de Viena utiliza en castellano la palabra «celebración» que no define en parte alguna, pero que entiende abarca el proceso de negociación, adopción, autenticación y la expresión del consentimiento. ¹³⁸

5.1. Etapa de Formación

5.1.1. Negociación

Podesta define la negociación de un tratado como «el conjunto de conversaciones que tienen lugar entre representantes de dos o más Estados u otros sujetos de Derecho Internacional, debidamente autorizados, con el objeto de establecer el contenido del acuerdo». ¹³⁹ Negociar —señala Re-

¹³⁵ FITZMAURICE, Gerald. Ob. cit., p. 75. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 141-142.

¹³⁶ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 75: «La celebración en sentido estricto contiene dos elementos que conviene separa claramente: de una parte, la redacción y adopción del texto; de otra parte el compromiso de intereses respecto al tratado».

¹³⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 141. REUTER, Paul. Ob. cit., p. 61: «En los tratados bilaterales, es la existencia de un doble consentimiento concretado por un intercambio de instrumentos o de notificaciones el que determina la entrada en vigor. Para los tratados multilaterales, el asunto es menos sencillo: el consentimiento de todos los Estados que han participado en las negociaciones, o de ciertos Estados determinados, o de un cierto número de Estados que hayan o no participado en las negociaciones, será la base necesaria para la entrada en vigor».

¹³⁸ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 25.

¹³⁹ Ibidem, p. 27

miro Brotóns— «es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han de componerlo».¹⁴⁰ En el mismo sentido, define Maresca, la negociación como:

El conjunto de operaciones técnico-diplomáticas, de diversa naturaleza y amplitud, a través de las cuales los órganos competentes de dos o más Estados se reúnen en un lugar y en una época preestablecida a tal fin; estudian conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia; buscan acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático.¹⁴¹

En la negociación no solo están presentes elementos subjetivos (capacidad, formación y habilidades del representante) sino elementos objetivos (peso político, económico y militar del Estado que se representa).

Con relación a la iniciativa de la negociación, esta «puede proceder de un Estado interesado en ella, actuando libremente o como consecuencia de la existencia» de un pacto previo, «de una conferencia de representantes estatales o del órgano de una Organización Internacional».¹⁴²

La Convención de Viena «carece de normas que regulen el proceso de negociación de los tratados internacionales. Pese a esta ausencia de normas, la negociación ha de llevarse a cabo de acuerdo con el principio de la buena fe».¹⁴³

Cuando un Estado «desea relacionarse con otro mediante un tratado designa una o varias personas para que lo representen en la negociación del mismo».¹⁴⁴ La Convención de Viena, recogiendo la costumbre internacional, establece el listado de personas consideradas como representantes del Estado, para efectos de participar en el proceso de negociación y celebración de un tratado. En este sentido, señala:

Artículo 7

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

¹⁴⁰ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, p. 204.

¹⁴¹ MARESCA, A. *Il Diritto dei trattati: La Convenzione Codificatrice di Vienne del 23 del Maggio 1969*. Milán, 1971, p. 133. Citado por DIEZ DE VELAZCO, Manuel. Ob. cit., p. 147.

¹⁴² REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 204.

¹⁴³ Ídem.

¹⁴⁴ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 106.

- a) Si presenta los adecuados plenos poderes; o
 - b) Si se deduce la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.
2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:
- a) Los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
 - b) Los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
 - c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

Artículo 2 (c)

Se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

En lo relativo a las personas que pueden representar a un Estado en el proceso de celebración de los tratados, se pueden distinguir tres grupos. Así, en el inciso 1 del artículo 7 transcrito, se establece que representan a su Estado aquellas personas que poseen plenos poderes, esto es, un documento habilitante para cualquier acto relativo a la negociación y celebración de un tratado.¹⁴⁵

La institución de los plenos poderes se desarrolló durante el Renacimiento (el primero data de 1303) por influencias del *Corpus juris civilis*, siendo regulado por las normas del mandato, esto es, del Derecho Civil. De este modo, en los siglos XVI, XVII y XVIII el soberano estaba obligado por los actos realizados por sus plenipotenciarios dentro de los límites señalados en el poder conferido. En el siglo XVIII, su importancia comienza a disminuir con el desenvolvimiento de la institución de la ratificación. En todo caso, los plenos poderes surgieron por la intensificación de

¹⁴⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 80: «En general, los tratados son negociados por diplomáticos o agentes técnicos (*plenipotenciarios*) dotados de los poderes necesarios (plenos poderes). Los plenos poderes son un título escrito (cartas patentes) que emanan en principio del jefe de Estado y se entienden como una autorización de negociar y de celebrar».

las relaciones internacionales y la consecuente imposibilidad de los Jefes de Estado de participar en la suscripción de todos los acuerdos suscritos por su Estado.¹⁴⁶

Sobre este tema señala Basdevant:¹⁴⁷

Usualmente, los tratados son negociados y firmados por los diplomáticos que han recibido poderes para ese efecto. Esos poderes son llamados plenos poderes y sus negociadores denominados plenipotenciarios[...] Los plenos poderes son usualmente presentados al principio de la negociación: Ello enuncian el poder de negociar y de celebrar; un negociador no podrá comprometerse con los portavoces cuya calidad no le parezca suficientemente establecida y asegurada.

Hoy en día «no hay norma de Derecho Internacional que requiera que un Estado otorgue plenos poderes sólo a sus nacionales. Así el gobierno de Haití se los otorgó al Embajador de los Estados Unidos en Londres para firmar, en su representación, la prolongación, más allá del 31 de agosto de 1944, del acuerdo referente a la regulación de la producción y comercio del azúcar». Por su parte, «Nicaragua y Paraguay se lo otorgaron al Embajador de los Estados Unidos en Roma, para firmar el Protocolo de 30 de marzo de 1946, que creó el Instituto Internacional de la Agricultura».¹⁴⁸

En el inciso 2, se señalan como representantes del Estado aquellas personas que, en virtud de sus funciones, son consideradas como tales, sin tener que presentar plenos poderes. Entre ellos, los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores, quienes pueden participar en la negociación, adopción y autenticación del texto y en la expresión del consentimiento para obligar al Estado. Por su parte, los jefes de misiones diplomáticas y los representantes ante una conferencia u organización internacional pueden participar en la negociación y adopción del texto, más no en las etapas sucesivas para las cuales requieren autorización expresa.

La competencia del Ministro de Relaciones Exteriores ha sido especialmente examinada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Groenlandia Oriental*, cuando dicho tribunal consideró:

Fuera de toda disputa que una contestación verbal, en el sentido de que el gobierno noruego no causaría dificultades en la solución de la cuestión del reconocimiento de la soberanía de Dinamarca sobre la totalidad de Groenlandia, dada por el ministro de relaciones exterior-

¹⁴⁶ MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. Ob. cit., p. 161.

¹⁴⁷ BASDEVANT, Jules. «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités». En: *RCADI*. 1926-V, t. 15, p. 548.

¹⁴⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1977, p. 69.

res de aquel gobierno, en respuesta a un pedido del representante diplomático de una potencia extranjera, en un asunto que caía bajo su competencia, obliga al país al cual pertenece el ministro.¹⁴⁹

Una tercera posibilidad está dada por la práctica de los Estados que puede llegar a establecer la competencia de determinadas personas sin necesidad de presentar plenos poderes.

Por último, en el supuesto de que una persona no contemplada en ninguna de las tres categorías antes mencionadas, participara en el proceso de celebración de un tratado resulta de aplicación el artículo 8 de la Convención.

Artículo 8

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.

5.1.2. Adopción del Texto

Artículo 9

1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.
2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

Culminado el proceso de negociación, este «desemboca, cuando tiene éxito, en el acto jurídico de la adopción del texto del tratado».¹⁵⁰ La adopción es el procedimiento por el que se establece el proyecto de texto

¹⁴⁹ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53, p. 71.

¹⁵⁰ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Ob. cit.*, p. 204. Véase también NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Ob. cit.*, p. 133: «la adopción del texto de un tratado marca el fin de la fase de elaboración. Intelectualmente, la adopción se descompone en dos operaciones distintas: La *adopción del texto* —que significa que la negociación ha terminado y que los negociadores consideran haber llegado a un texto aceptable a primera vista— y su *autenticación* —procedimiento que consiste en declarar que el texto redactado corresponde a la intención de los negociadores y que lo tienen por definitivo—. En principio un texto autenticado no es susceptible de modificación». JENNINGS, Robert and Arthur WATTS. *Ob. cit.*, p. 1223: «Cuando los Estados han negociado un tratado ellos acuerdan su forma de contenido redactando un texto que contiene estas provisiones. Expresando su acuerdo con este texto, los Estados dicen que han “adoptado” el texto: esto es distinto de su acuerdo con verse ligados con las provisiones del texto».

que contiene el acuerdo al que han llegado los negociadores. En otras palabras, la adopción significa únicamente acuerdo sobre el proyecto de texto del tratado.

El artículo se refiere a la norma a seguir a fin de determinar la forma y el contenido de este proyecto. En esta etapa, los Estados negociadores no tienen otra finalidad que la de redactar el proyecto de texto del tratado. Por consiguiente, el voto emitido en esta etapa no constituye en sentido alguno un acuerdo sobre el texto definitivo del acuerdo ni una expresión del consentimiento del Estado en obligarse por las disposiciones del texto, consentimiento que tendrá que manifestarse de otra manera.¹⁵¹

Antiguamente, el texto de un tratado casi siempre se adoptaba por acuerdo de todos los Estados participantes en las negociaciones; el desarrollo de la práctica de redactar tratados en grandes Conferencias Internacionales ha llevado a la CDI a abandonar la regla de la unanimidad como norma general para la adopción de los textos de tratados redactados en conferencias o con organizaciones internacionales.¹⁵²

En este sentido, el párrafo 1 enuncia el principio clásico de la unanimidad como regla aplicable para la adopción del texto, esto es, que todos aquellos Estados que participaron en la negociación deben aprobar el proyecto de texto. La unanimidad se aplica esencialmente a los tratados redactados por un pequeño número de Estados (tratados bilaterales).

Para los tratados multilaterales, se acostumbra acordar una regla diferente. Así, el párrafo 2 se refiere a los tratados cuyos proyectos de texto se adoptan en una conferencia internacional. Cuando el objeto de un tratado reviste de un cierto grado de complejidad, se requiere para su elaboración de una organización (lugar de reunión, grupos de trabajo, comisión de redacción, traducciones) que facilite la participación de un elevado número de Estados; tal es el sentido de las conferencias internacionales, convocadas usualmente para la elaboración de tratados multilaterales.¹⁵³ La organización requerida puede ser una OI permanente¹⁵⁴ que brinde sus locales o servicios, o bien una organización *ad hoc*.¹⁵⁵

¹⁵¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1966, vol. II, p. 15. NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 134: «La adopción marca el fin de la fase de la negociación pero no significa que el tratado se impone a los Estados que los han firmado. Por regla general el texto obligatorio del tratado resulta de la expresión del consentimiento de ser obligado y no de la firma, a menos que las partes lo hayan decidido de otra manera».

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 58, § 103.

¹⁵⁴ Tal sería el caso de la ONU, la OEA o la Unión Europea.

¹⁵⁵ Sería el caso de las conferencias convocadas para fundar organizaciones internacionales: Conferencia de San Francisco para elaborar la Carta de las Naciones Unidas, Conferencia de Bogotá para elaborar la Carta de la OEA. La Conferencia de Bandung que funda el Grupo de los 77. La Conferencia de Roma que creó las Comunidades Europeas.

Este tipo de elaboración de tratados emplea el denominado método parlamentario, debido a la pluralidad de concurrentes y puntos de vista, lo que lleva normalmente a la elaboración de un reglamento para la conducción de la conferencia.

En estos casos, la regla de voto que establece la mayoría de dos tercios para la adopción del texto del tratado pertenece al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, incorporada, ahora, al Derecho Internacional positivo. Algunos miembros de la Comisión opinaron que la votación de procedimiento debía efectuarse por mayoría simple. Otros estimaron que esa regla no constituía protección suficiente para los grupos minoritarios de la Conferencia, pues los demás Estados podrían en todo caso decidir por mayoría simple que el texto del tratado se adopte por mayoría simple, descartando así la opinión de una minoría de Estados participantes en la conferencia, que puede ser muy importante. Entonces, la regla que figura en el párrafo 2 evita la parálisis de la conferencia por el voto de un Estado y al mismo tiempo tiene en cuenta los intereses de las minorías en cuanto impone que al menos dos tercios de los Estados participantes sean los que decidan adoptar el procedimiento de mayoría simple u otro. La Comisión estimó además que esta regla quedaba justificada por la práctica actual de los Estados donde es muy frecuente que los textos de los tratados multilaterales se adopten por mayoría de dos tercios.¹⁵⁶

Sobre este punto, las únicas modificaciones introducidas por la Conferencia al texto de la CDI fueron la sustitución de la expresión «consentimiento unánime» por «consentimiento de todos» y de «los Estados participantes» por los «Estados presentes y votantes». Esto último a fin de coordinar el texto con la práctica de las Naciones Unidas, que no tiene en cuenta a los Estados ausentes al momento de la votación.¹⁵⁷

Por otro lado, es en esta etapa de la adopción cuando se determina la estructura o composición del Tratado. Desde un punto de vista formal, los tratados se componen de un preámbulo y de un parte dispositiva. Antiguamente, a veces, se hallaban precedidos por alguna invocación preliminar a la divinidad.¹⁵⁸

El Preámbulo contiene indicaciones de carácter general como la enumeración de las Partes Contratantes, una exposición de los motivos que han determinado la celebración del tratado así como el fin perseguido por los signatarios.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 146.

¹⁵⁸ Reminiscencia de la Teoría del Derecho Divino como fundamento del poder político. ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., pp. 30-31.

¹⁵⁹ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 22 MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. Ob. cit., p. 216: Existe en doctrina una gran discusión en torno de el valor jurídico del Preámbulo, esto es, si tiene o no carácter obligatorio para las partes. Goodrich y Hambro afirman que al ser parte del Tratado, genera obligaciones

En cuanto al valor jurídico del Preámbulo, Scelle ha señalado que «no es raro que el preámbulo contenga verdaderas disposiciones de orden legislativo o reglamentario que encuadran o completan las estipulaciones del cuerpo del tratado».¹⁶⁰ Sin embargo, lo cierto es que, como dice Corriente Córdoba, la valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales debe efectuarse en cada caso concreto.¹⁶¹ No es posible establecer *a priori* reglas de validez general. Algunos preámbulos contienen verdaderas normas jurídicas suplementarias o complementarias de la parte dispositiva del tratado; en otros casos, los enunciados de propósitos y principios tienen su ámbito de aplicación tan solo en la interpretación de los tratados. Y es en este último sentido que ha sido utilizado por la jurisprudencia internacional.¹⁶²

En lo que respecta a la Parte Dispositiva, esta incluye propiamente el articulado que contiene los derechos y obligaciones acordados por las Partes, y los anexos, estos últimos destinados a reglamentar detalles muy técnicos.

Finalmente, al momento de la adopción del texto, las Partes también suelen acordar el idioma en que este será redactado. «Cuando las partes poseen el mismo idioma, no existe problema para la redacción del tratado, pero cuando poseen lenguas diferentes se ha recurrido a distintas soluciones».¹⁶³

Un primer sistema, sin duda preferible, consiste en redactar el tratado en una sola lengua. «En estos casos hasta el siglo XVIII se utilizaba el latín, luego fue el francés; ello, en razón de las condiciones técnicas propias de este idioma».¹⁶⁴ Actualmente se redactan tantas versiones como lenguas existen entre las partes. En este caso, o todas las versiones hacen fe o se elige una versión para que prevalezca sobre las otras.¹⁶⁵ En esta última situación, tenemos los tratados de paz de 1919 y 1920 concluidos entre los Aliados y los países satélites de Alemania en los que el texto francés hacía fe. La primera fórmula, no obstante las dificultades a que puede dar lugar el hecho que dos o más textos tengan un mismo valor, es el que lamentablemente se ha impuesto en la práctica. Para Rousseau, «por desgracia, como consecuencia de una concepción mal

para los Estados el igual que la parte dispositiva. Otros, como Pollux afirman que el preámbulo debe ser utilizado tan solo con fines de interpretación para esclarecer las partes oscuras del tratado.

¹⁶⁰ SCELLE, Georges. *Précis de Droit des Gens*. Vol. XI, p. 464.

¹⁶¹ CORRIENTE CÓRDOBA, José A. *Valoración Jurídica de los Preámbulos de los Tratados Internacionales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1973, p. 59.

¹⁶² C.I.J. *Recueil des arrêts*, 1966, p. 34.

¹⁶³ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 23.

¹⁶⁴ BASDEVANT, Jules. Ob. cit., p. 56 y ss. Véase PODESTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 24.

¹⁶⁵ PODESTA COSTA, Luis A. y José María, RUDA. Ob. cit., pp. 23-24.

entendida de la igualdad entre los Estados y de un empleo abusivo del argumento numérico, la práctica contemporánea se ha ido orientando de modo progresivo hacia este método, que acentúa al máximo las divergencias de interpretación».¹⁶⁶

En este sentido, la Convención de Viena en su artículo 33 adopta como regla general la igualdad de autenticidad de los idiomas, señalando en su inciso 1:

Artículo 33 (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.

5.1.3. Autenticación del Texto

Artículo 10

El texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo:

- a) Mediante el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración; o
- b) A falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.

La autenticación del texto de un tratado constituye un acto de especial importancia para los Estados negociadores, por tratarse del procedimiento por el cual se certifica que el proyecto de texto es el definitivo, el correcto y auténtico.¹⁶⁷ Es el momento en el cual el proyecto sobre el cual se han puesto de acuerdo las partes queda establecido como texto del tratado y no puede ser alterado,¹⁶⁸ antes de decidir llegar a ser partes en el mismo. Una vez autenticado, el texto del tratado solo podrá modificarse mediante la enmienda o la modificación, o, en el caso de que se hayan deslizado errores, mediante el procedimiento de corrección establecido en el tratado o según las normas del Derecho Internacional. Sobre esto señalan Jennings y Watts:¹⁶⁹

¹⁶⁶ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 29.

¹⁶⁷ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 133. BROWNLIE, Ian. Ob. cit., p. 606: «El resultado de la negociación es la adopción y autenticación del texto acordado. La firma tiene, como una de sus funciones, la autenticación, pero el texto puede ser autenticado de otras maneras, por ejemplo incorporándolo en el texto del acta final de una conferencia rubricándolo».

¹⁶⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1966, vol. II, p. 16.

¹⁶⁹ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., pp. 1223-1224.

Habiendo adoptado el texto del tratado es necesario autenticarlo para darle certeza, establecer definitivamente el contenido del tratado que los Estados negociadores desean suscribir. En muchos casos la autenticación no es un procedimiento distinto, el acto final de firma del tratado sirve como autenticación y como expresión de sentirse vinculado por el tratado. No obstante, en ciertos casos la autenticación se hace por separado, cuando el texto del tratado no firmado es incorporado en el acta final de una conferencia, o cuando el tratado es adoptado en el seno de una organización internacional y es autenticado por la firma del presidente de la organización.

Como puede apreciarse, la autenticación es de suma importancia en tanto permite a los Estados que han participado en la negociación conocer de modo definitivo cuál es el contenido del tratado que van a suscribir.

La CDI señala que, en el pasado, los juristas no solían referirse a la autenticación como parte del procedimiento para la celebración de tratados. La razón de ello parece ser que, hasta época relativamente reciente, la firma era el procedimiento general de autenticar un texto. Sin embargo, actualmente, la firma tiene otra función como un primer paso para la ratificación, aceptación o aprobación de un tratado.¹⁷⁰ Adicionalmente, la firma es también entendida como una forma de que el Estado manifieste su voluntad de quedar definitivamente obligado por un Tratado.

El artículo 10 de la Convención, en relación con la autenticación, señala en su primer literal la «libertad de los Estados negociadores para convenir acerca del procedimiento autenticatorio». «No habiéndose establecido ningún método de autenticación en el tratado mismo, entra a jugar la cláusula residual contenida en el apartado b, que incluye la firma, la *firma ad referendum*¹⁷¹ y la rúbrica».¹⁷²

Otras formas de autenticar un texto son la inclusión de los textos de proyectos de tratados en las actas finales de conferencias diplomáticas o en una resolución de un órgano de una Organización Internacional, a través de la firma del Presidente o de otra autoridad competente de la Organización, como es el caso de la OIT, donde la firma «del Presidente de la Conferencia Internacional del Trabajo y del Director de la Oficina Internacional del Trabajo autentican los textos de los convenios internacionales emanados de tal Organización».¹⁷³

¹⁷⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, 1950, vol. II, pp. 233-234.

¹⁷¹ La firma *ad referendum*, se efectúa de modo provisional y requiere confirmación ulterior para poder producir efectos jurídicos. En este caso, «a diferencia de la "ratificación", la "confirmación" no es una confirmación del tratado, sino simplemente de la firma, por lo que, en principio, hace que el Estado sea signatario a partir de la fecha original de la firma». DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 148.

¹⁷² La rúbrica es una firma abreviada que puede cumplir los mismos fines de autenticación que los dos mecanismos ya señalados. *Ibidem*, p. 149.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 148.

Sin embargo, la CDI señaló que se trataba de supuestos comprendidos en la disposición general del artículo 5.º, relativo a las normas específicas de las Organizaciones Internacionales, por lo cual, consideró que no era preciso mencionarlos específicamente.¹⁷⁴

Finalmente, debe precisarse que la autenticación del texto del tratado, aun cuando no obliga formalmente a los Estados respecto al texto de dicho tratado, si los obliga a abstenerse de todo acto que atente contra el objeto y fin del tratado, en virtud del principio de la buena fe reconocido por el propio Convenio de Viena en su artículo 18,¹⁷⁵ como veremos más adelante.

5.2. Etapa de Manifestación del Consentimiento

Artículo 11

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiera convenido.

Esta norma de carácter general no fue inicialmente prevista por la CDI en su Proyecto, en el cual se limitaba a enunciar, una por una, dichas formas de manifestación. En el primer periodo de la Conferencia, los Estados Unidos y Polonia presentaron conjuntamente una propuesta para incorporar un nuevo artículo general comprehensivo de todas ellas, que la Conferencia aprobó en su segundo periodo.¹⁷⁶

Así, «el artículo 11 enumera todas las formas en que un Estado puede» quedar obligado por las cláusulas de un tratado, incluyendo tanto las complejas o solemnes como aquellas en forma simplificada.¹⁷⁷

¹⁷⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*. 1966, vol. II, p. 16.

¹⁷⁵ Sobre lo mismo, señala THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. *Ob. cit.*, p. 78: «De manera más general, la firma del tratado como cierre de la negociación y autenticación del texto implica consecuencias jurídicas respecto de los Estados firmantes, y esas consecuencias son idénticas para los Estados que han expresado definitivamente su compromiso en tanto que el tratado no se encuentre en vigor: Debe abstenerse de realizar actos que atenten contra el objeto y fin del tratado. Sin que el Estado este ligado por el principio *pacta sunt servanda*, no teniendo el tratado todavía fuerza jurídica obligatoria, existen ciertas obligaciones para el Estado en virtud de su participación en el proyecto de tratado, y son comunes a los Estados negociadores y a los Estados contratantes. Estas obligaciones se fundan en el principio de la buena fe».

¹⁷⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, pp. 149-150.

¹⁷⁷ Ídem. Véase también REUTER, Paul. *Ob. cit.*, pp. 60-61: «[La expresión definitiva del consentimiento en obligarse] ella se puede presentar en formas diversas, más o menos rápidas y que permitan referirse a las distinción de procedimientos cortos o largos. Sin embargo tal distinción no puede tener para los tratados multilaterales rasgos tan marcados como para los tratados bilaterales. [...] nada impide a un Estado comprometerse definitivamente por una simple expresión del consentimiento en obli-

5.2.1. Forma Simplificada

En la época actual, «el número de acuerdos en forma simplificada es enorme. La razón es doble: de un lado, en el Derecho Internacional la validez de los tratados no está ligada a ninguna forma especial. De otro lado, está el aumento progresivo de las relaciones interestatales de todo tipo, la necesidad de que estas sean fluidas y rápidas, a lo que se une el aumento progresivo de la importancia del Poder Ejecutivo. Desde otro punto de vista se han señalado como factores esenciales, el formalismo y la lentitud del procedimiento parlamentario, el tecnicismo creciente de las relaciones internacionales y las necesidades políticas y económicas. Todo ello hace que las formas simplificadas vayan en progresivo aumento».¹⁷⁸

Cuenta De la Guardia, que «el canje de notas, de uso cada vez más extendido en este siglo, fue siendo tolerado, con mezcla de repugnancia e indulgencia por los tradicionalistas», «pero la firma sin ratificación provocó resistencias mayores. El problema se centró en este nuevo tipo de firma que comprometía al Estado, pese a carecer de ratificación, a cuyo respecto se entabló una polémica de autores, escuelas y doctrinas».¹⁷⁹

No obstante este debate, es innegable que desde mucho tiempo atrás, «la práctica de los Estados concedía pleno valor de tratado a instrumentos no ratificados y canjes de notas». La Corte Permanente de Justicia Internacional en 1931, reconoció definitivamente este hecho, «en su Opinión Consultiva sobre el Régimen aduanero entre Alemania y Austria». Posteriormente, sería la Convención de Viena la que terminaría definitivamente con la distinción, atribuyendo a los tratados complejos y simplificados los mismos efectos jurídicos.¹⁸⁰

La posición tradicional sostenía que la ratificación era indispensable para otorgar validez a un tratado. «Pero la cantidad abrumadora de

garse, como la firma (art. 12 CV) mientras que otros Estados no se obligan más que por la ratificación (ACDI, 1966, lim p. 213), pero sobre todo los tratados multilaterales abiertos tienen un procedimiento *simple, pero tardío*, de expresar el consentimiento en obligarse por un tratado: el consentimiento no pasa por un procedimiento previo como la firma y se expresa una vez por la *adhesión* (designada también por los términos *accesión*, *aceptación* o aún *aprobación*, aunque este último término califique usualmente un acto posterior a la firma). En efecto, la firma es hecha normalmente a continuación de una negociación y el tratado multilateral abierto puede ser firmado hasta un tiempo después del acta final de la Conferencia; transcurrido un plazo razonable, es normal prever que los Estados que no han firmado prefieran dar su consentimiento en un solo acto y en forma definitiva: no tendría sentido darlo dos veces ya que el Estado tiene todo el tiempo necesario para tomar su decisión, y si lo necesita, satisfacer exigencias constitucionales complicadas».

¹⁷⁸ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I, Madrid: Tecnos, 1996, p. 146.

¹⁷⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 152. Asimismo, BROWNLIE, Ian. Ob. cit., p. 607: «Cuando el tratado no es materia de ratificación, aceptación, o aprobación, la firma crea la misma obligación de buena fe y establece el consentimiento en estar obligado».

¹⁸⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 153.

compromisos internacionales celebrados sin esa formalidad movió al Primer Relator de la Cdi, Brierly, a proponer, aunque de manera indirecta, la eventual supresión de la ratificación, al expresar como regla general en su proyecto que ella era necesaria "sólo cuando un tratado establece que debe ser ratificado". Si no lo establecía, no era necesaria, con lo que estaba diciendo que la firma era el modo normal de celebrar un tratado». ¹⁸¹

Si bien Lauterpacht reconoció la tendencia de la práctica moderna, entendió que la ratificación debía mantenerse como regla, admitiendo excepciones. ¹⁸² Fitzmaurice, en cambio, se pronunció en sentido exactamente inverso. ¹⁸³ Waldock se inclinó en favor de la tesis de Lauterpacht. ¹⁸⁴ En 1966, la CDI, en un intento por conciliar estas dos posturas contrapuestas, resolvió que lo más procedente era evitar «la distinción entre los acuerdos en forma simplificada y los demás tratados, y considerar que el problema de la ratificación dependía de la intención de los Estados negociadores, sin necesidad de recurrir a la formulación de una norma supletoria discutible». ¹⁸⁵

Frente a esto, surgieron tres posiciones en la Conferencia: «la ratificación como regla, propiciada por algunos países latinoamericanos», «Suiza y otros; la firma como regla; y el mantenimiento del texto de la CDI, en una posición intermedia. La primera fue rechazada en votación, por cincuenta y tres votos en contra, veinticinco a favor y dieciséis abstenciones; la segunda fue retirada por sus proponentes». ¹⁸⁶ Se mantuvo entonces, la posición intermedia.

Los acuerdos en forma simplificada pueden ser, entonces, definidos como aquellos convenios que no responden a la forma tradicional, pues no exigen, para su perfeccionamiento, la ratificación otorgada por la autoridad investida por el derecho interno para celebrar tratados. Entonces, «estos acuerdos quedan definitivamente concluidos por medio de los negociadores que han intervenido en la celebración», «lo cual no significa que el acuerdo se haya concluido al margen de la autoridad investida de la capacidad de celebrarlos (*treaty-making power*); en rigor, debe interpretarse que, en el ámbito del ordenamiento jurídico interno, dicha autoridad ha autorizado expresa o tácitamente el acto». ¹⁸⁷

El proyecto de la CDI de 1962 contenía originalmente una definición de tratado en forma simplificada: «Todo tratado celebrado por canje

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 153: COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*. 1953, t. II, pp. 91 y 113.

¹⁸² *Ibidem*, 1956, t. II, p. 113.

¹⁸³ *Ibidem*, 1962, t. II, p. 58.

¹⁸⁴ *Informe de la CDI*. P. 32.

¹⁸⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 153.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 154-155.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 158.

de notas o de cartas, minuta aprobada, memorando de acuerdo, declaración conjunta u otro instrumento concertado de esa misma manera».

Pero, en 1966, la CDI «evitó esta definición por considerar que estaba incluida en la definición de tratado que incluía la Convención en su artículo 2».¹⁸⁸

Por otra parte, «en la doctrina norteamericana se distingue entre tratados (*treaties*) y acuerdos (*agreements*) celebrados por el Poder Ejecutivo (y de ahí su nombre de *executive agreements*) en el marco de una ley del Congreso o de un tratado aprobado por el Congreso, que exija la conclusión de acuerdos posteriores aplicativos y reglamentarios».¹⁸⁹ La doctrina francesa los denomina «acuerdos en forma simplificada», entendiéndolos como acuerdos internacionales concluidos en el momento de la firma de una manera directa y definitiva, sin que sea necesario ratificarlos.¹⁹⁰

Los artículos 12 y 13 de la Convención tienden a reglar, en el ámbito del Derecho Internacional Positivo, las dos modalidades de tratados simplificados: la firma y el canje de instrumentos.

Artículo 12

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:
 - a) Cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
 - b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
 - c) Cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.
2. Para los efectos del párrafo 1:
 - a) La rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido;
 - b) a firma *ad referendum* de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Este artículo se refiere a la firma como medio único por el que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado y no a

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 159.

¹⁸⁹ *Ídem*. Al respecto señala KELSEN, Hans. *Ob. cit.*, p. 138: «En la regla de derecho internacional que deja a la constitución del Estado determinar el o los órganos competentes para celebrar tratados, el término de constitución debe ser entendido en su sentido efectivo y no en el de constitución escrita, ya que es posible y sucede frecuentemente que la práctica seguida por un Estado en materia de tratados no este conforme a las normas de su constitución escrita. Así el artículo II, sección 2, párrafo 2 de la constitución de los Estados Unidos no confiere al Presidente el poder de celebrar tratados más que con el consentimiento del Senado, pero el Presidente celebra numerosos tratados y muy importantes desde el punto de vista político a los que dan el nombre de acuerdos ejecutivos (*executive agreements*)».

¹⁹⁰ ROUSSEAU, Charles. *Ob. cit.*, p. 18.

la firma como autenticación del texto de un tratado ni como paso previo a la ratificación internacional.

Cuando la firma es el sistema elegido para expresar el consentimiento, actúa simultáneamente como procedimiento para autenticar el texto; tiene así dos efectos jurídicos diferentes, pero simultáneos. Los dos primeros literales del artículo apuntan a la práctica de que explícita o implícitamente (a través de actos fehacientes) los Estados negociadores manifiestan su intención de que la firma tenga efecto vinculante. El inciso c fue insertado a raíz de las observaciones de los gobiernos de que muchas veces aquella intención ha sido plasmada en los plenos poderes del representante o fue manifestada durante la negociación.¹⁹¹

El párrafo 2 trata dos cuestiones subsidiarias ya comentadas. Baste agregar que en el proyecto de 1962 la norma relativa a la rúbrica del texto era muy estricta, pues se consideraba que la rúbrica tenía solo un efecto de autenticación y que, en todo caso, debería ir seguida por un nuevo acto de firma. Sin embargo, algunos gobiernos señalaron que, en la práctica, la rúbrica, especialmente de un Jefe de Estado, Primer Ministro o Ministro de Relaciones Exteriores, es con cierta frecuencia considerada como equivalente a la firma definitiva. La Comisión lo reconoció así, pero al mismo tiempo estimó que era importante que los demás Estados comprendieran y aceptaran el uso de la rúbrica como firma.¹⁹²

Artículo 13

El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

- a) Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o
- b) Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

En la Edad Media, «las convenciones revestían, por lo general, la forma escrita, haciendo cada parte en su nombre su propio ejemplar, llegado el caso en su propio idioma. Después se intercambiaban los documentos. La consignación del acuerdo en instrumentos independientes uno del otro y establecidos solamente en nombre de una de las partes fue la forma usada hasta el siglo XII. Pero, a partir del Tratado de Constanza de 1153, los acuerdos son consignados en un instrumento redactado en nombre de todas las partes». «Sólo en el período entre 1946 y 1952, sobre 1423 acuerdos registrados en la Secretaría de las Naciones Unidas había 444 por canje de notas». «Hoy en día esta cifra se ha cuadruplicado».¹⁹³

¹⁹¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 160.

¹⁹² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. cit., 1966, vol. II, p. 17.

¹⁹³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 160.

El artículo referido al canje de notas, no figuraba inicialmente en el Proyecto de la CDI. La delegación de Polonia fue la que presentó una propuesta para incluir en la Convención una norma que estipulara:

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado constituido por dos o más instrumentos conexos se manifestará mediante el canje de esos instrumentos, salvo que los Estados interesados acuerden otra cosa.

Los Estados participantes en la Conferencia de Viena aprobaron la regla, «pero invirtiéndola, en desacuerdo con la intención que la inspiró, al hacer que ella deba ser convenida por los Estados, en lugar del efecto directo que se había propuesto».¹⁹⁴

Conforme a la norma consuetudinaria del canje de notas, la primera nota, que constituye una oferta, termina con la fórmula: «Al hacer saber a vuestra excelencia que una respuesta favorable a la presente será considerada como un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos» u otra semejante. La segunda, que transcribe íntegra la primera (de ahí que se les denomine también notas reversales) acepta la propuesta.¹⁹⁵

5.2.2. Forma Compleja

Como señala De la Guardia, «la práctica moderna —en materia de celebración de tratados— tiende a procedimientos de concertación ágiles y menos formales». Sin embargo, en relación con materias de mayor importancia se exige, por lo general, «un contralor legislativo en lo concerniente a la celebración de los tratados».¹⁹⁶

En efecto, en los ordenamientos jurídicos internos, se suele distinguir los procedimientos simplificados de celebración de los tratados, de los procedimientos complejos o agravados, como es el caso de la ratificación.

Artículo 14 (1)

1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación:
 - a) Cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
 - b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
 - c) Cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹⁵ *Ídem*.

¹⁹⁶ *Ídem*.

- d) Cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

La palabra «ratificación» viene del latín *ratus*, que significa «confirmado», y *facere*, que significa «hacer»; es decir, ratificar es aprobar o confirmar actos, palabras o escritos dándolos por valederos o ciertos. El vocablo «ratificación» se emplea aquí, exclusivamente en el sentido de ratificación en la esfera internacional, distinta del caso de la ratificación (constitucional) que es un acto interno que ocurre con anterioridad a la ratificación internacional, en tanto condición de esta.¹⁹⁷

La ratificación puede definirse entonces como «el acto formal internacional por el cual un órgano superior del Estado, generalmente el jefe de Estado, confirma la firma de su plenipotenciario y declara que el tratado es tenido para el Estado que representa como jurídicamente obligatorio»,¹⁹⁸ al haber sido aprobada por el (los) órgano que internamente está dotado de competencia.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BROWNLIE, Ian. Ob. cit., p. 607: «La ratificación involucra dos actos procesales distintos: el primero es el acto propio del órgano de Estado, que en el Reino Unido es la Corona, y que puede ser llamado ratificación en sentido constitucional; el segundo es el procedimiento internacional que va a dar fuerza al tratado por intercambio formal o depósito de los instrumentos de ratificación. La ratificación en este último sentido es un acto importante que implica el sentimiento en obligarse».

¹⁹⁸ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 33. En el mismo sentido señala THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 80: «La ratificación es un acto solemne que emana generalmente del jefe de Estado». BASDEVANT, Jules. Ob. cit., p. 574: «Es la práctica establecida y no cuestionada en el momento actual que la firma de un tratado por los plenipotenciarios no basta para darle un carácter de obligatorio para los Estados. La celebración de un tratado implica en realidad dos operaciones distintas: una es la negociación, terminada por la firma, y cuyo objeto es fijar el contenido de la voluntad de los Estados contratantes; el otro es la ratificación que va a crear un vínculo de derecho entre esos Estados y una regla obligatoria para ellos».

¹⁹⁹ Al respecto, señalan NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 137: «La ratificación es el acto por el cual la más alta autoridad estatal, dotada de la competencia constitucional de celebrar tratados internacionales, confirma el tratado elaborado por sus plenipotenciarios, consentimiento que deviene en definitivo y obligatorio y se compromete solemnemente en nombre del Estado a ejecutarlo». Por su parte, KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 141: Para la teoría tradicional, la ratificación implica que no obstante un tratado firmado por los plenipotenciarios, su fuerza obligatoria queda suspendida hasta el momento de la ratificación. La función de la ratificación sería entonces hacer el tratado obligatorio. Esta interpretación del acto de ratificación según Kelsen no es correcta. Igual posición asume BASDEVANT, Jules. Ob. cit., p. 579: «Se distingue así la competencia para declarar la voluntad del Estado, la cual pertenece, según el derecho internacional, al jefe de Estado y a los ministros acreditados; y la competencia para formar la voluntad del Estado, la cual, en un país dado, puede pertenecer al jefe de Estado y al Parlamento actuando en colaboración. El primer punto es de orden internacional, el segundo de orden constitucional y uno no debe apoyarse sobre el otro».

El órgano interno competente ha de revisar el fondo y la forma del tratado para que con pleno conocimiento de causa conceda o niegue la ratificación, o, en su caso, formule las reservas correspondientes.²⁰⁰

La ratificación «assume la forma de una nota de un jefe de Estado a los otros Estados interesados, que contiene la promesa solemne de cumplir el tratado, cuyo texto se incluye en la nota. Esta nota recibe el nombre de instrumento de ratificación».²⁰¹

Siendo la ratificación un acto libre, los Estados que han firmado un tratado no están obligados a ratificarlo. Pueden negarse a ello sin incurrir en responsabilidad internacional.²⁰² Como sostiene Rousseau, «la negativa a ratificar podrá constituir un acto políticamente inoperativo o descortés, pero nunca será, jurídicamente, un acto ilícito».²⁰³

La institución moderna de la ratificación en Derecho Internacional se implantó en el siglo XIX. Anteriormente, la ratificación era un acto en virtud del cual, una vez redactado un tratado, un soberano confirmaba o finalmente ratificaba los plenos poderes anteriormente concedidos a su representante para negociar el tratado. No constituía, entonces, una aprobación del tratado propiamente dicho, sino una confirmación de que al representante se le había conferido la facultad de negociarlo, por lo cual el soberano debía ratificar los plenos poderes de su representante si se hallaban en debida forma. Un segundo paso en la evolución histórica de esta institución lo tenemos en la llamada «reserva de ratificación», de cuya práctica nos habla Wiequefort en su obra *L'Ambassadeur et ses fonctions*, publicada en La Haya en 1680, y que marca el abandono de la teoría del mandato. Finalmente, al transformarse el orden político en el siglo XVIII, con la caída de las monarquías absolutas, la soberanía nacional

²⁰⁰ Sobre este punto, señalan JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1227: «La necesidad de una institución como la ratificación es importante por varias razones, los Estados necesitan un tiempo después del acuerdo entre el texto definitivo del tratado y el consentimiento en obligarse. Otra razón puede ser la necesidad de volver a examinar no las cláusulas individuales sino el conjunto del tratado en función de sus intereses. Otra razón importante y frecuente es que el Estado puede tener problemas con su legislación interna para ser efectiva las obligaciones que asume por el tratado, y necesita un tiempo para disponer la legislación necesaria; o puede suceder que en asuntos políticos importantes que no implican a la legislación interna, se deba obtener algún tipo de consentimiento del parlamento».

²⁰¹ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 33.

²⁰² En este sentido, véase JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1230: «Antiguamente en alguna ocasión sucedió que la ratificación no fue considerada legal y fuera rechazada por que los representantes se habían excedido en sus poderes o habían violado instrucciones secretas, pero la ratificación es hoy día una práctica otorgada a discreción».

²⁰³ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 35. Igual posición asume BASDEVANT, Jules. Ob. cit., p. 589: «En el momento actual, no hay duda que existe libertad, no sólo para el parlamento sino también para el gobierno, de rechazar la ratificación. Este rechazo puede crear una situación política delicada, pero no es contrario al derecho».

depositada en el pueblo comienza a actuar a través de un sistema de división de poderes en el que el Parlamento comienza a imponerse como el órgano por excelencia de la representación popular. Es entonces que la ratificación comenzó a ser utilizada, en la mayoría de los casos, como un medio por el cual el parlamento empezó a verificar el ejercicio por el Poder Ejecutivo de su facultad de celebrar tratados.²⁰⁴

La ratificación comienza a ser empleada por todos los Estados de la Comunidad Internacional para obligarse en tratados internacionales sobre materias vinculadas a sus intereses vitales, las cuales requerían de un procedimiento de aprobación agravado.

Desde el punto de vista del Derecho Comparado, los sistemas constitucionales de ratificación de tratados comienzan a clasificarse en tres grupos, según la competencia de aprobación interna recaiga exclusivamente en el órgano ejecutivo, en el legislativo o en ambos simultáneamente.²⁰⁵

Si bien durante largo tiempo la ratificación fue la forma privilegiada de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, gradualmente se fue convirtiendo en una de las muchas maneras en que un Estado expresa su voluntad definitiva de ser parte en un tratado.²⁰⁶

En relación con la naturaleza jurídica de la ratificación, esta ha sido muy discutida por la doctrina. Una primera posición, defendida por Anzilotti y Sereni, sustenta que la ratificación no es un acto confirmatorio de una firma, sino una verdadera declaración de voluntad del Estado. Una segunda posición, sostenida por Phillimore, considera que los negociadores concluyen un tratado condicionado y es la ratificación el acto que le otorga ejecutabilidad. Una tercera, defendida por Balladore Pallie-

²⁰⁴ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. cit., 1966, vol. II, p. 18. La C.P.J.I. expresó en su fallo sobre la competencia de la Comisión Internacional del Oder, en 1929: «Las Convenciones, salvo algunas excepciones especiales, no se tornan obligatorias sino en virtud de su ratificación. *Serie A/B*, n.º 36, p. 20. Sobre este punto, sostienen NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 138: «La distinción entre la firma y la ratificación y su separación en el tiempo se justifican por más de un motivo: está en plena armonía con los principios modernos del derecho público que no admiten una delegación de competencias que no sea expresa. Por otro lado, permite efectivamente a las autoridades investidas del "treaty making power" verificar si los plenipotenciarios no han sobrepasado sus instrucciones. Ninguna dificultad diplomática puede surgir de esta verificación, ya que se trata de una evaluación de la palabra dada al momento que el tratado no esta definitivamente celebrado. El lapso entre la firma y la ratificación puede ser utilizado para proceder a un nuevo examen del texto del tratado antes de comprometer jurídicamente al Estado».

²⁰⁵ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 35.

²⁰⁶ Literalmente señala THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 80: «La ratificación ha sido tradicionalmente considerada el camino real del compromiso del Estado. Aparece hoy día como un procedimiento entre otros, y las fórmulas desarrolladas recientemente se le aproximan, como la aceptación o la aprobación. Hay entonces una relativización de su alcance como una atenuación de su especificidad».

ri, considera que la firma y la ratificación concurren en la formación del tratado. Finalmente, una cuarta posición, sostenida por Scelle, equipara la ratificación a un acto condicionado que, una vez realizado, provoca la aplicación de una situación jurídica objetiva.²⁰⁷ Para Basdevant, el intercambio de ratificaciones es el punto de partida de la obligatoriedad del tratado.²⁰⁸ Hoy en día, sin embargo, el grueso de los publicistas asume la primera teoría, esto es, entiende que la ratificación es una forma que tiene el Estado de manifestar su consentimiento de quedar obligado por un tratado.

Otro tema difícil en la práctica de los Estados es saber si la ratificación requiere o no de firma previa. Para Fitzmaurice, la ratificación implica la firma previa del tratado y agrega que sin firma no puede haber ratificación propiamente dicha.²⁰⁹ Para Lauterpacht, en cambio, la ratificación es la «confirmación del tratado o de su firma, entendiéndose que el acto de ratificación puede ser una aprobación sea de un instrumento que el Estado no ha firmado previamente o, lo que es la regla común, de una firma previamente puesta por el representante del Estado debidamente autorizado para firmar el tratado».²¹⁰

La CDI, «en su primer proyecto de 1962, se decidió por el principio que los tratados requerían ratificación, salvo las excepciones allí formuladas. Pero en 1966, debido a los comentarios de algunos gobiernos que deseaban invertir la norma, resolvió que lo más procedente era simplemente establecer las condiciones en que en el Derecho Internacional moderno se expresa, mediante la ratificación, el consentimiento de un Estado en obligarse por el tratado».²¹¹

En la Conferencia de Viena «se plantearon tres posiciones básicas. Los países latinoamericanos, en general, sostuvieron la tesis que debía incluirse una norma que reconociera la ratificación como necesaria en caso de silencio del tratado. Otros Estados como Suecia, Polonia y Checoslovaquia sostuvieron la tesis de la firma. Un tercer grupo de Estados se inclinó por el criterio sostenido por la CDI que fue el que finalmente prevaleció».²¹²

La cuestión ha sido definitivamente resuelta por la costumbre formada a partir de las reformas a la Carta de la ONU, las cuales fueron sometidas directamente a ratificación de los Estados sin necesidad de firma previa alguna.²¹³ En consecuencia, la ratificación —como señaló en su tiempo Lauterpacht— puede darse con o sin firma previa.

²⁰⁷ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. Ob. cit., pp. 175-176.

²⁰⁸ BASDEVANT, Jules. Ob. cit., p. 583.

²⁰⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. cit., 1956, t. II, pp. 112-113.

²¹⁰ *Ibidem*, 1953, t. II, p. 113.

²¹¹ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 35.

²¹² *Ibidem*, p. 36.

²¹³ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. cit., 1951, t. II, p. 72.

Para concluir, resta señalar que el párrafo 1 del artículo 14 citado dispone que el consentimiento del Estado se manifestará mediante la ratificación cuando los Estados negociadores así lo hayan convenido en el propio tratado o en un acuerdo anexo, pero también podrá hacerlo el Estado unilateralmente si firma a reserva de ratificación o si hace patente su intención a los otros Estados negociadores durante las negociaciones.

5.2.3. Forma Intermedia

Artículo 14 (2)

2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

En el texto de 1962 se regulaban en artículos distintos la «aceptación» y «aprobación». Ambas expresiones se emplean de dos modos distintos: como expresión del consentimiento en obligarse sin previa firma o como ratificación después de una firma anterior no vinculante,²¹⁴ respectivamente.

La «aceptación» se ha establecido en las últimas décadas como un nuevo procedimiento para llegar a ser parte de un tratado. «Comenzó a usarse en la constitución de la Organización Internacional para la Alimentación y la Agricultura (FAO), adoptada en 1943 en la Conferencia de Hot Springs. Este ejemplo fue seguido por las constituciones de la UNESCO, FMI, la OACI, etc».²¹⁵ «Recientemente se ha empezado a usar la palabra «aprobación» en lugar de «aceptación» en algunos instrumentos, pero con los mismos efectos». Acaso sea más exacto decir que es la denominación que se da a dos nuevos procedimientos, uno de ellos análogo a la ratificación y el otro a la adhesión. Cuando un tratado prescribe que quedará abierto a la firma «a reserva de su aceptación», el procedimiento en la esfera internacional es el mismo que el de la firma a reserva de ratificación. Igualmente, cuando un tratado queda abierto a la «aceptación» sin previa firma, el procedimiento es análogo al de la adhesión. Por ello se dice, que la «aceptación» es una innovación no tanto de procedimiento cuanto de terminología. En ambos casos, el que en un instrumento se hable de «aceptación», por una parte, o de ratificación o adhesión, por otra, es simplemente una cuestión de redacción del tratado.²¹⁶

La «firma a reserva de aceptación» se implantó principalmente para propiciar una forma simplificada de «ratificación», que permita a los gobiernos examinar una vez más el tratado cuando no estén obligados a someterlo al procedimiento constitucional de ratificación parlamenta-

²¹⁴ *Ibidem*, 1966, vol. II, p. 19.

²¹⁵ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Ob. cit.*, p. 36.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 36-37.

ria. En otros casos, se prevé esta modalidad para que les resulte más fácil a los Estados cuyos procedimientos constitucionales son diferentes, ser partes en un tratado.²¹⁷

El vocablo «aprobación» es mucho más reciente, y aparece más a menudo en forma de «firma a reserva de aprobación». Pero aparece en ambas formas. En realidad, su implantación se funda en las prácticas constitucionales de aprobación de tratados que existen en algunos países.²¹⁸

5.2.4. Otras formas de Manifestación del Consentimiento

Artículo 15

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión:

- a) Cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
- b) Cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
- c) Cuando todas las partes hayan convenido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

La evolución de la adhesión se caracteriza «por una progresiva atenuación de los procedimientos contractuales, de tal modo que la adhesión-acuerdo de los siglos XVIII y XIX, ha sido sustituida por la adhesión-acto unilateral de la época contemporánea».²¹⁹

En este sentido, «la adhesión es el procedimiento tradicional por el que un Estado deviene parte de un tratado del cual no ha sido signatario, pero cuya participación se haya prevista en éste, o se admite ulteriormente mediante una enmienda o por acuerdo entre las partes».²²⁰ Por la adhesión, un Estado que no ha participado en la negociación, adopción, autenticación ni en la firma de un tratado, deviene en Parte de él.

Es posible la adhesión en aquellos tratados abiertos o en los acuerdos que, siendo cerrados, posteriormente deciden abrirse para la incorporación de un nuevo Estado. También es posible la adhesión en tratados que no están aún en vigor.²²¹ Al respecto cabe recordar las observaciones de Lauterpacht:

²¹⁷ Ídem.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

²¹⁹ ROUSSEAU, Charles. *Ob. cit.*, p. 44.

²²⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 162.

²²¹ En sentido contrario se pronuncian FITZMAURICE, Gerald. Primer Informe sobre el Derecho de los Tratados, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1956, vol. II, pp. 125-126; y BRIERLY, J. Segundo Informe, *Yearbook of the International Law Commission*. 1951, vol. II, p. 73.

Muchos tratados parecen quizá no entrarían nunca en vigor si no fuera por la adhesión. Cuando en la conclusión de tratados se tiende a la elasticidad y a la eliminación de reglas restrictivas, no parece oportuno someter la adhesión a una condición que la práctica muestra más como una excepción que como una regla.²²²

5.2.5. Constancia del Consentimiento

Artículo 16

Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

- a) Su canje entre Estados contratantes;
- b) Su depósito en poder del depositario; o
- c) Su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido.

La ratificación, aceptación o aprobación y adhesión no producen efectos jurídicos en tanto no sean canjeados, depositados o notificados, según el caso, lo que significa poner en conocimiento de esa decisión a las demás partes contratantes.

El artículo consagra en sus dos primeros literales «las formas comunes aceptadas por la doctrina y la práctica internacionales, esto es el canje (tratados bilaterales) o el depósito (tratados multilaterales) de los instrumentos respectivos. La notificación de tales instrumentos a los Estados contratantes o al depositario, prevista en el inciso c), contempla una práctica menos frecuente».²²³

El único problema técnico que se plantea «es el de determinar si el depósito crea por sí mismo el nexo jurídico entre el Estado depositante y los otros Estados partes o si dicho vínculo surge solamente cuando tales Estados son notificados por el depositario».²²⁴ La C.I.J. se pronunció porque la «regla general vigente es claramente la de que el acto del depósito crea por sí mismo el nexo jurídico», criterio apoyado por la C.I.J. en el *Asunto del Paso por Territorio Indio*,²²⁵ en relación con el depósito de declaraciones de aceptación de la cláusula facultativa en virtud del párrafo 2 del artículo 36 del Estatuto de la Corte.

En el caso del canje de instrumentos no existe problema: el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado surte efecto con respecto de otros Estados contratantes al momento del canje. Finalmente,

²²² LAUTERPACHT, Hersch. *Yearbook of the International Law Commission*. 1953, vol. II, p. 120.

²²³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 163.

²²⁴ *Ibidem*, p. 163.

²²⁵ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. Ob. cit., 1953, t. II, p. 35.

en el caso de la notificación, el consentimiento surte efectos jurídicos cuando el otro Estado contratante la reciba.

5.3. Etapa de Entrada en Vigor

Artículo 24

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.
3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará en vigor con la relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticación de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

La entrada en vigor de un tratado determina el momento en que el mismo adquiere eficacia jurídica plena y por lo tanto «fuerza obligatoria».²²⁶

El primer párrafo deja al libre acuerdo de las partes el señalar la manera y la fecha de entrada en vigor del tratado, las cuales podrán disponer, por ejemplo, una fecha determinada, un cierto número de ratificaciones o adhesiones u otra circunstancia a ser pactada.

Los tratados «en forma simplificada, por su propia naturaleza, suelen establecer como fecha de entrada en vigor el día mismo de la firma o del canje de instrumentos».²²⁷ En los tratados multilaterales complejos, es común que se pacte la entrada en vigor a partir del depósito de un determinado número de instrumentos de ratificación o de adhesión, a veces con un plazo suplementario, como, por ejemplo, a partir de cierto número de días del depósito de determinado número de instrumentos; «también puede subordinarse la entrada en vigor a la ratificación de cier-

²²⁶ Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 166. En el mismo sentido REUTER, Paul. Ob. cit., p. 61: «Para los Estados que expresaron su consentimiento en estar ligados por el tratado, el tratado en tanto que tal adquiere su plena eficacia jurídica». THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 88: «Con la entrada en vigor el tratado adquiere su plena fuerza obligatoria respecto a los Estados contratantes que devienen en Estados partes, y se encuentran ligados en virtud del principio *pacta sunt servanda*».

²²⁷ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 41. Véase también REUTER, Paul. Ob. cit., p. 61.

tos Estados, tal como sucedió con la Carta de las Naciones Unidas y los miembros permanentes del Consejo de Seguridad». ²²⁸

El párrafo 2 opera supletoriamente y exige la unanimidad del consentimiento de los Estados negociadores en obligarse por el tratado, como condición para su entrada en vigor. El párrafo 3 señala lógicamente que si el consentimiento es otorgado por un Estado después de la entrada en vigor del tratado, la entrada en vigor para dicho Estado se producirá en la misma fecha en que se prestó tal consentimiento. La frase «entrará en vigor con relación a ese Estado» es la que normalmente se emplea en la práctica. Por ejemplo, en las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar y en la Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Relaciones Consulares.

El párrafo 4 no figuraba en el proyecto de la CDI, sino que «tuvo su origen en una enmienda británica tendiente a facilitar la aplicación del tratado», pues «se admite generalmente que, desde el momento de la adopción del texto de un tratado, ciertas disposiciones tienen efectos jurídicos que son tácitamente aceptadas por los países interesados aunque el tratado no se encuentre formalmente en vigor». ²²⁹

Artículo 25

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.
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.

Una vez establecido el texto de un tratado, nada impide que los Estados que participaron en su elaboración decidan aplicar el acuerdo o parte de él de manera provisional, antes de que dicho tratado entre en vigor. Se trata de una aplicación precaria, que cesará cuando el acuerdo alcance el número necesario de ratificaciones y entre en vigor, o si el Estado que lo aplica a título provisorio manifiesta su intención de no llegar a ser parte del tratado. ²³⁰

El artículo 25 recoge esta práctica moderna, a través de la cual, «por razones de urgencia o de necesidad, los Estados disponen que un tratado se aplique provisionalmente» antes de su entrada en vigor. ²³¹

²²⁸ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., pp. 41-42.

²²⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 167.

²³⁰ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 62-63.

²³¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 168.

El párrafo 1 recoge la posibilidad de que la aplicación provisional se disponga expresamente en el tratado o de otro modo, a través de otro instrumento convencional, «como un protocolo anexo, un canje de notas o de alguna otra manera».²³²

El párrafo 2 «viene de enmiendas presentadas en la Conferencia, para proveer un sistema de terminación de la aplicación provisional, que no contenía el Proyecto, consistente en notificar a los demás Estados negociadores la intención de no ser parte del tratado. De las propuestas de Checoslovaquia y Yugoslavia provino la sustitución de las palabras entrada en vigor provisional del Proyecto por aplicación provisional».²³³ Existe una diferencia entre ambos conceptos. «La entrada en vigor de un tratado es un hecho definitorio en el sentido de que el tratado adquiere fuerza obligatoria desde un momento determinado. En tanto que la aplicación provisional depende de la voluntad de las partes, que pueden libremente disponerla o anularla, independientemente de la entrada en vigor».²³⁴

Artículo 18

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

Este artículo presentaba originalmente un inciso a) que obligaba a los Estados a abstenerse de cualquier acto encaminado a «malograr» el objeto de un tratado si se había «convenido en entablar negociaciones para la celebración del tratado [...]».

La Conferencia consideró excesivo este requerimiento pues, mientras prosiguen las negociaciones, los Estados no se encuentran jurídicamente obligados, lo cual restringe de manera excesiva la soberanía de los Estados.

Por tal razón, este inciso fue finalmente suprimido y se establecieron dos pautas generales:

- a) Preservar el tratado de actos que puedan frustrar su objeto y fin, entre el momento de la firma o canje sujeta a ratificación y el de la expresión definitiva del consentimiento en obligarse por el tratado; y

²³² Informe CDI. P. 44.

²³³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 168.

²³⁴ *Ibidem*, p. 169.

- b) Entre la manifestación definitiva del consentimiento y su entrada en vigor.²³⁵

Esto ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional en el *Asunto relativo a ciertos intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, donde la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció que el abuso de sus derechos por parte de un Estado signatario de un tratado en el intervalo que precede a la ratificación puede equivaler a una violación de sus obligaciones con respecto del tratado.²³⁶

Por otro lado, en la Conferencia, «se sustituyó el verbo “malograr”, que no tenía aceptación en las delegaciones hispanoparlantes, por “frustrar”».²³⁷

5.4. Etapa de Registro y Publicación

Artículo 80 (1)

1. Los tratados, después de su entrada en vigor, se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación.
2. La designación de un depositario constituirá la autorización para que éste realice los actos previstos en el párrafo precedente.

Artículo 102, Carta ONU

1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertado 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.

Luego de la entrada en vigor de un tratado, la Convención de Viena en su artículo 80 y la Carta de Naciones Unidas en su artículo 102 inciso 1 establecen la obligación de enviar el texto del tratado a la Secretaría General de las Naciones Unidas para su registro o archivo e inscripción y publicación. Tratándose de Estados no miembros se utiliza la expresión «archivo» que, en el fondo, es una forma de registro voluntario.

Piombo observa que «un acto señalativo —registro o, contingentemente, publicación— marcará el momento a partir del cual la comunidad

²³⁵ Ibidem, p. 166.

²³⁶ C.P.J.I. (1926), *Serie A*, n.º 7, p. 30.

²³⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 165.

de naciones reconoce y garantiza lo estipulado en la medida de su potestad»,²³⁸

La publicación ha sido desde hace mucho condición esencial para que el tratado pueda ser aplicado sin cuestionamiento. Su origen puede encontrarse en las más remotas culturas de la Antigüedad. Así, en Egipto, los tratados eran grabados en tablas de plata o barro y expuestos en los templos como las principales leyes del Estado. En Grecia, los tratados eran celebrados en la Asamblea, grabados en mármol, bronce o madera y colocados en lugares públicos, generalmente en los templos de Minerva, Delfos y el Areópago. En Roma, eran publicados en láminas de bronce (los de carácter permanente) y en láminas de madera (los de carácter temporal).²³⁹

Más tarde, en 1888, el *Institut de Droit International* propuso en la sesión de Lausana la creación de la «Unión Internacional para la publicación de los Actos Internacionales», «decidiéndose la elaboración de proyectos de convenios y reglamentos, los cuales, elaborados por De Martens, fueron aprobados en la sesión de Ginebra en 1892».²⁴⁰ Esta constituyó la primera reglamentación formal de la obligación de registrar y publicar los tratados internacionales, no obstante que hasta 1894 no alcanzó mayor aplicación.

Posteriormente, la Sociedad de Naciones la incorporaría como una obligación de los Estados Miembros, hasta llegar a la actual Carta de las Naciones Unidas que ha consagrado la misma obligación, aunque con consecuencias diferentes en caso de incumplimiento.

En efecto, en caso no se cumpla con la obligación de registro y publicación, la Carta de Naciones Unidas dispone que el Estado Parte en el tratado no podrá invocar la existencia del mismo ante ningún órgano de la Organización, sea Asamblea General, Consejo de Seguridad o incluso Corte Internacional de Justicia. En consecuencia, el tratado puede existir, ser válido y estar en vigor, pero la Organización no lo reconoce en tanto se ha incumplido la obligación de ponerlo en su conocimiento.

Cosa distinta ocurrió en la Sociedad de Naciones, cuyo Estatuto sancionaba con nulidad aquellos tratados no registrados por la organización. El artículo 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones señalaba: «Todo tratado o compromiso concluido en el futuro por un miembro de la Sociedad deberá ser registrado inmediatamente por la Secretaría y publicado por ella tan pronto como sea posible. Ninguno de estos tratados o compromisos internacionales será obligatorio antes de haber sido registrado». Técnicamente, la nulidad no tenía justificación alguna, en tanto todas

²³⁸ PIOMBO, Horacio. *Teoría General de la Publicidad y Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 134. Véase MONROY CABRA, Marco. *Derecho de los Tratados*. Bogotá: Temis, 1978, p. 243.

²³⁹ MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. Ob. cit., p. 186.

²⁴⁰ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 243.

las condiciones para la validez de un acto jurídico habían estado presentes. Entonces, la nulidad no era la sanción más apropiada.

Esta disposición tuvo como punto de partida el primero de los catorce puntos que el Presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson presentó en 1918 y que constituían a su entender, la base de la paz futura. En él, propugnaba la transparencia y la buena fe como principios rectores de las relaciones interestatales y señalaba que los Pactos Secretos no coincidían con esta nueva visión, además de una larga experiencia histórica de conflictos armados provocados por acuerdos de esta naturaleza.²⁴¹

Por último, cabría precisar que la regulación del procedimiento de registro y publicación de los tratados en Naciones Unidas fue dada por Resolución de la Asamblea General núm. 97 del 14/12/1946 y modificada por dos resoluciones posteriores.²⁴² En ellos, se precisa que el registro procede de oficio (cuando los Estados Miembros autorizan el registro) o a petición de parte. En relación con esto último, el trámite del registro puede ser promovido por cualquiera de los Estados Partes en el Tratado. Se pueden registrar tratados ratificados y en vigencia antes de la Carta de la ONU. Con la solicitud de registro, se exige acompañar copia certificada del texto completo del acuerdo en todos los idiomas en que se haya adoptado. Cabe señalar que los tratados son registrados *en* el Secretariado y no *por* el Secretariado, en un plazo indeterminado que no tiene por que ser inmediato.²⁴³

Todo tratado registrado se publicará en una colección única denominada *Recueil des Traités o Treaty Series*; hasta 1992, se habían publicado más de 1300 volúmenes conteniendo cerca de 20,000 tratados.²⁴⁴ Otras Organizaciones Internacionales, como la OEA, OACI y Liga Árabe, tienen sus propios registros de tratados vinculados a sus actividades especifi-

²⁴¹ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 43. ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., pp. 48-49: La Declaración del Presidente Wilson señaló «Tratados de paz públicos, concertados públicamente, después de los cuales no volverá a haber entendimientos internacionales secretos de ninguna clase, sino que la diplomacia ha de proceder siempre francamente y ante la opinión pública». Como ejemplos célebres de tratados secretos se pueden citar: El tratado de alianza franco-ruso de 27 de agosto de 1891, los acuerdos franco-italianos de 1900 y 1902, el tratado de alianza germano-ruso de 1905, el tratado de Londres de 1915 entre Francia, Gran Bretaña e Italia, el acuerdo franco-ruso de 1917, el protocolo adicional al pacto de no agresión germano-soviético de 23 de agosto de 1939 que delimitaba las zonas de influencia de los dos Estados en Europa oriental, algunos de los acuerdos de Yalta de 11 de Febrero de 1945, algunos acuerdos de Potsdam de 2 de agosto de 1945 (reparto de la flota alemana, revisión del régimen de los estrechos turcos).

²⁴² MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 246: 364B del 1/12/1949 y 482 del 12/12/1950.

²⁴³ Así lo han señalado NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 162: «Hay que notar que según esta disposición, y la referencia del artículo 18, el tratado será registrado *en* la Secretaria y no *por* ella, "lo más pronto posible" y no "inmediatamente"».

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 163.

cas.²⁴⁵ No obstante, existe un número importante de tratados que no han sido registrados en ninguna de las instancias citadas.

El asunto relativo a la obligatoriedad del requisito de registro y las consecuencias de su incumplimiento lo ha zanjado ya la C.I.J., que en una de sus sentencias ha admitido que la ausencia de registro o el hecho que un tratado haya sido registrado tardíamente no tiene consecuencias sobre la validez de dicho tratado, que no por eso deja de vincular a las partes.²⁴⁶ La validez del tratado solo puede ser determinada por condiciones de fondo, no por un aspecto de mero trámite como el registro.²⁴⁷

6. Observancia de los Tratados

Nos cuenta Arellano que «en épocas remotas el fundamento de la obligatoriedad de los tratados internacionales se ubicó en un mandato divino y se invocó el nombre de Dios para apoyarlos. Tal base subsistió durante largos años, al grado que todavía en el siglo pasado encontramos tratados que aluden a la divinidad». «Esa injerencia de lo religioso en lo internacional puede ser constatada en el texto del Acta de la Santa Alianza» donde «en nombre de la muy Santa e Indivisible Trinidad», el emperador de Austria, el rey de Prusia y el emperador de Rusia, deciden suscribir el acuerdo.²⁴⁸

Paralelamente, existían una serie de Pactos destinados a asegurar la observancia de los tratados. Sobre el particular, Bello indica varios ejemplos: la garantía (pacto en que se comprometía auxiliar a una nación para constreñir a otra a que le cumpla lo pactado);²⁴⁹ caución o fianza (pacto

²⁴⁵ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 65.

²⁴⁶ C.I.J. *Recueil*, 1994, p. 122.

²⁴⁷ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 90. Sobre este punto, sostienen JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1317: «El problema surge cuando el Estado, al registrar un instrumento lo reviste de un carácter de tratado que no poseía previamente. Esto no puede suceder, desde que la naturaleza del instrumento depende de sus propias características y el registro es sólo adicional. En los casos de duda el hecho del registro puede ser considerado a la luz de la intención de las partes, en lo que concierne a la naturaleza legal del instrumento. La Secretaría de las Naciones Unidas ha concluido de que el registro de un instrumento por un miembro de las Naciones Unidas no implica un juzgamiento por la Secretaría sobre la naturaleza del instrumento, la calidad de parte, u otro asunto similar; y se debe entender que esta acción no confiere al instrumento categoría de tratado o acuerdo internacional si es que el no lo tiene, y tampoco confiere la categoría de parte a quien no la posee».

²⁴⁸ ARELLANO GARCIA, Carlos. Ob. cit., p. 641.

²⁴⁹ Es el caso del Protocolo de Amistad y Límites de Río de Janeiro de 29 de enero de 1942, suscrito entre Perú y Ecuador, que definió la línea de frontera entre ambos países. Este tratado contiene una cláusula de garantía a cargo de Estados Unidos, Argentina, Brasil y Chile que implica su asistencia para la demarcación (artículos V, VII y IX). Aquí el Protocolo y su ejecución queda bajo la garantía de los cuatro países

por el cual una potencia se obligaba a cumplir lo pactado con otra, si esta era infiel a su promesa); prenda (pacto por el cual se entregaban bienes o territorios para asegurar el cumplimiento de lo pactado),²⁵⁰ rehenes (personas de consideración que un Estado entregaba a otro en prenda de una promesa); la confirmación con juramento (especialmente en los tratados de paz); entre otros.²⁵¹

Al respecto, señala Montiel Argüello:

Para asegurar el cumplimiento de tratados, hasta mediados del siglo XVIII se usaron juramentos, la entrega de rehenes y la prenda de bienes muebles. Más recientemente se ha usado la garantía otorgada por terceros Estados y la ocupación de parte del territorio obligado.²⁵²

Sin duda alguna, la evolución del Derecho Internacional hizo desaparecer las prácticas mencionadas, basadas en la desconfianza, la desigualdad y el temor del cumplimiento de buena fe de los compromisos contraídos; asimismo, modificó el fundamento de la obligatoriedad de los Tratados para apoyarse en los principios del *pacta sunt servanda* y la buena fe.

Artículo 26

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

mencionados. Podían ser también objeto de garantía la constitución de un Estado (es el caso de Francia y Suecia en la Paz de Westfalia garantizando la constitución alemana); la independencia e integridad de un Estado (es el caso del Tratado de París de 1856 por el cual Austria, Inglaterra y Francia garantizan la independencia de Turquía o la independencia de Grecia garantizada por Francia, Inglaterra, Rusia y Dinamarca, por el tratado de 1863); la neutralidad permanente (es el caso de la neutralidad de Suiza, Bélgica y Luxemburgo); el estado de posesión (como el tratado de 4 de julio de 1878, donde Inglaterra promete a Turquía la asistencia armada para garantizar su posesión sobre Chipre) y, finalmente, la garantía a un préstamo (como el acuerdo de 18 de mayo de 1885 entre las seis grandes potencias europeas y Turquía para garantizar el préstamo a Egipto, o el acuerdo de 1898 entre Rusia, Francia e Inglaterra para garantizar los empréstitos griegos de 1832, 1833 y 1898). Véase VON LISZT, Franz. Ob. cit., pp. 244-245.

²⁵⁰ Es el caso de la ocupación de algunos departamentos franceses por Alemania, para garantizar el pago de la indemnización pactada en el tratado de Francfort; de la ocupación de Wei Hai-Wei por el Japón para garantizar el cumplimiento por China del tratado de Shimonoseki de 1895; de la ocupación de algunos departamentos peruanos por Chile en 1883, para garantizar la ratificación por el Congreso peruano del Tratado de Ancón; la ocupación por las tropas aliadas de la margen izquierda del Rin hasta que Alemania cumpliera sus compromisos. ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957, t. II, p. 237.

²⁵¹ BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Atalaya, pp. 231-232. Asimismo véase VON LISZT, Franz. Ob. cit., pp. 242-245.

²⁵² MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José: Educa, 1975, p. 165.

6.1. El Principio de la Buena Fe

Ya en el Derecho Romano el elemento de la *fides* era considerado «como fuente de carácter obligatorio de los convenios internacionales». «Tito Livio refiriéndose a la conclusión de un tratado de paz, sostenía que los beligerantes in *fidem venerunt*».²⁵³

La buena fe sugiere la actuación exenta de malicia. Es el procedimiento recto y honrado que realiza un Estado con la convicción de poseer alguna cosa con derecho legítimo. Significa un actuar honesto, fiel, exento de subterfugios y evasivas.²⁵⁴

La buena fe en las relaciones contractuales implica la observancia por las partes de determinado patrón de comportamiento razonable, sinceridad, honestidad, lealtad, en resumen, de ética a través de sus conductas. Todas estas cualidades pueden escaparse a una definición precisa, pero pueden considerarse como inherentes o al menos perceptibles para el hombre común. El Derecho Internacional aplica este patrón en las relaciones convencionales entre Estados con la extensión antes descrita. Particularmente, todos los sistemas legales de acuerdo con el principio de buena fe prescriben que las promesas debieran ser escrupulosamente mantenidas para que la confianza razonablemente puesta en ellas no sea violada.

La obligación de actuar de buena fe incluye la obligación de las partes en un tratado de abstenerse de actos destinados a frustrar el objeto y fin del tratado; incluye la obligación de hacer uso de todos los mecanismos —y entre ellos, en primer lugar del propio tratado— para lograr la plena ejecución del acuerdo.

El principio de buena fe, que gobierna las relaciones internacionales, controla también el ejercicio de derechos por parte de los Estados. La teoría del abuso del derecho (*abus de droit*), reconocida tanto por la Corte Permanente de Justicia Internacional como por la Corte Internacional de Justicia, es simplemente una aplicación de este principio al ejercicio de derechos. Así, el ejercicio de un derecho con el solo propósito de causar daño a otros está prohibido. Todo derecho es una protección legal a un legítimo interés, por lo que el supuesto ejercicio de un derecho no en apoyo de dicho interés sino con el propósito malicioso de dañar a otros no puede reclamar la protección del derecho (*Malitias non est indulgendum*).²⁵⁵

En el caso de los tratados, existe la consideración especial de que las partes al negociar y concluir el tratado han ingresado en una relación

²⁵³ MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. Ob. cit., p. 116; SCHACHTER, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. P. 130.

²⁵⁴ PODESTA COSTA, Luis. Ob. cit., pp. 81-83.

²⁵⁵ CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1953, pp. 792-793.

en la cual están presentes obligaciones particulares de buena fe [...] Se tiene la impresión de que la buena fe es una «obligación particular» dentro de lo que debe ser la buena voluntad de parte de los Estados. Esta impresión no es, por supuesto, enteramente nueva; estudiosos de asuntos internacionales tienden a identificar la paz, la estabilidad y el apaciguamiento del conflicto con nociones de confianza, buena fe, respeto mutuo y buena voluntad.²⁵⁶

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales, hay muchos precedentes para sostener que, en el presente contexto, el principio de la buena fe es un principio jurídico que forma parte integrante de la norma *pacta sunt servanda*.

Así, en el *Asunto de los Derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos* (fallo de 27 de agosto de 1952), la Corte, refiriéndose a ciertas evaluaciones previstas en los artículos 95 y 96 del Acta de Algeciras, dijo lo siguiente: «La potestad de efectuar la evaluación corresponde a las autoridades de Aduanas pero es una potestad que se ha de ejercer razonablemente y de buena fe».²⁵⁷ De igual modo, la Corte Permanente de Justicia Internacional, al aplicar las cláusulas de tratados que prohibían la *Discriminación contra las Minorías*, insistió en varios casos²⁵⁸ en que esas cláusulas debían aplicarse de tal manera que quedara asegurada la ausencia de toda discriminación tanto de hecho como de derecho; en otros términos, la obligación no ha de ser eludida mediante una aplicación meramente literal de las cláusulas. En la jurisprudencia de los tribunales arbitrales, pueden encontrarse también otros muchos precedentes. Por ejemplo, en el arbitraje sobre el *Asunto de las Pesquerías de la Costa del Atlántico Norte*, el Tribunal, refiriéndose al derecho de la Gran Bretaña a reglamentar la pesca en aguas canadienses en las que por el Tratado de Gante había concedido ciertos derechos de pesca a los nacionales de los Estados Unidos, dijo lo siguiente:

[...] del tratado resulta una relación obligatoria en virtud de la cual el derecho de la Gran Bretaña a ejercer su derecho de soberanía dictando reglamentos debe hacerse de buena fe y sin violar las disposiciones del tratado.²⁵⁹

²⁵⁶ DAVID, A. *The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Relations*. 1975, pp. 934-935.

²⁵⁷ C.I.J. *Reports*, 1952, p. 212.

²⁵⁸ Véase, el Asunto del Tratado a los Nacionales polacos y a otras personas de origen o de idioma polaco en el territorio del Danzig (C.P.J.I. 1932, Series A/B, n.º 44, p. 28) o el de las Escuelas para Minorías en Albania (C.P.J.I. 1935, Series A/B, n.º 64, pp. 19-20).

²⁵⁹ *Reports of International Arbitral Awards*. 1910, vol. XI, p. 188. Aquí el Tribunal mencionó expresamente el «principio de Derecho Internacional según el cual las obligaciones de los tratados se han de ejecutar con perfecta buena fe».

Por otra parte, la referencia a la buena fe no solo aparece en la doctrina y la jurisprudencia internacional, sino también en el Preámbulo de la Convención de Viena:

«Advirtiendo que los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma *pacta sunt servanda* están universalmente reconocidos».

La buena fe está también plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena como método de interpretación de los tratados internacionales. Así, cuando un tratado da pie a dos interpretaciones de las cuales una permite que el tratado surta los efectos adecuados y la otra no, la buena fe requiere que se adopte la primera interpretación.²⁶⁰

Asimismo, el artículo 2, numeral 2 de la Carta de las Naciones Unidas establece:

Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

[...] Los Miembros de la Organización, a fin de asegurar los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos [...].

Una disposición similar se encuentra en la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, adoptada por la Asamblea General el 24 de Octubre de 1970.²⁶¹

La consagración de la buena fe como principio rector de las relaciones internacionales no deja entonces, lugar a dudas.

6.2. El Principio del *Pacta Sunt Servanda*

La regla del *Pacta Sunt Servanda*, cuya formulación se debe a Cicerón, tiene su origen en el derecho natural romano, de donde deriva al derecho

²⁶⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 142-144.

²⁶¹ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 112.

natural escolástico medieval y a los iusnaturalistas protestantes,²⁶² hasta hoy, que es aceptada como norma del derecho consuetudinario.²⁶³

Ningún Gobierno declinaría aceptar el principio *pacta sunt servanda*, y el hecho de que los Gobiernos consideren necesario esforzarse en explicar en determinado caso que el «pacto» ha dejado de existir o que el hecho reclamado no constituye una violación de él, sea en razón de algún término implícito o por cualquier otra razón, es el mejor reconocimiento de tal principio.²⁶⁴ Una larga serie de discusiones intergubernamentales puede ser invocada para demostrar que existe una presunción general contra la existencia de algún derecho para dar por terminado unilateralmente un tratado. Así, la postura adoptada por la mayoría de Estados hacia un tratado es que esté pensado para tener una duración perpetua y no ser objeto de una terminación unilateral, a menos que, expresamente o por deducción, contenga el derecho a la terminación unilateral o alguna otra disposición respecto a su fin.²⁶⁵

Se trata de un principio fundamental reiteradamente afirmado en la práctica y en la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia; de una norma universalmente reconocida que constituye el fundamento moderno de la obligatoriedad de los tratados internacionales.²⁶⁶

En efecto, los publicistas han discutido mucho respecto de la naturaleza de la obligación de respetar los tratados y han razonado de diversos modos acerca del fundamento de la obligación mencionada.

Algunos han invocado el interés general de la sociedad, y este es el principal argumento de Vattel cuando afirma:

Todo aquello que la salud pública hace inviolable, es sagrado en la sociedad. Así, la persona del soberano es sagrada, porque la salud del Estado exige que se halle perfectamente seguro [...]. Todo lo que

²⁶² Así lo señala PUFFENDORF, Samuel. *De jure natura et gentium*. Libro III, capítulo IV, párrafos 1 y 2: «Es una de las máximas más inviolables del derecho nacional, y de su observancia depende todo el orden, toda la belleza todo el beneplácito de la vida humana: cada uno debe respetar inviolablemente su palabra, es decir efectivamente aquello a lo que se ha comprometido».

²⁶³ DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. Ob. cit., p. 275. Véase WHITTON, John. «La règle pacta sunt servanda». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49, p. 217 y ss.

²⁶⁴ Véase WHITTON, John. Ob. cit., pp. 152-153: «Nuestra sociedad internacional actual, caracterizada por una gran interdependencia, marcada por las relaciones más estrechas, no sabrá nunca ignorar esta regla fundamental, y no es mucho decir que la organización eficaz y permanente de la paz depende primeramente de la consolidación, de la precisión y del control jurídico de las obligaciones convencionales entre Estados».

²⁶⁵ MC NAIR. *The Law of Treaties*. 1961, pp. 26-27.

²⁶⁶ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 163.

para la salud común de los pueblos, para la salvación o la tranquilidad del género humano debe ser inviolable, es una cosa sagrada entre las naciones.²⁶⁷

Bentham, por su parte, recurrió a su principio favorito de la utilidad, puesto que si un Estado no fuese fiel a sus promesas —decía— perdería todo crédito y no encontraría quien quisiera tratar con él.²⁶⁸ Hoy, se entiende que es la norma del *pacta sunt servanda* la que constituye el fundamento de la obligatoriedad de los acuerdos internacionales.

En consecuencia, la fe debida a los tratados debe ser sagrada e inviolable, pues las relaciones internacionales serían imposibles entre los Estados si estos no estuviesen profundamente convencidos de que es un deber sagrado el de respetar los pactos.²⁶⁹

Así lo han establecido numerosos documentos internacionales. Podemos recordar la Declaración de la Conferencia de Londres del 13 de Marzo de 1871 sobre el Mar Negro y el Danubio, con participación de Alemania, Austria, Hungría, Francia, Italia, Gran Bretaña, Rusia y Turquía, que reconoció como «principio esencial del Derecho Internacional que ninguna potencia puede liberarse de los compromisos de un tratado ni cambiar sus decisiones salvo mediante un acuerdo de las partes negociadoras».

En el preámbulo del Pacto de la Sociedad de Naciones, se menciona expresamente la necesidad de respetar los tratados internacionales cuando afirma entre sus propósitos y fines: «Hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados».

Asimismo, en la Carta de la ONU, en el tercer párrafo del Preámbulo, se establece una disposición similar, cuando señala:

Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional.

Su importancia en el Derecho Internacional es, en consecuencia, fundamental puesto que, cuando un tratado debidamente perfeccionado entra en vigor, se convierte en norma obligatoria para los Estados; ya no hay la menor posibilidad de desconocer sus efectos, porque con ello se pone en peligro la estabilidad del ordenamiento internacional, además de que el Estado incurriría en responsabilidad internacional. Como seña-

²⁶⁷ VATTEL, Emer de. *Droit des Gens*. T. II, p. 218.

²⁶⁸ BENTHAM, Jeremy. *Traité de Legislation*. T. I, p. 298.

²⁶⁹ FIORE, Pasquale. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894, t. I, p. 48.

la Scelle, el fundamento sociológico de la norma *pacta sunt servanda* radica en que proporciona seguridad jurídica a las relaciones internacionales y asegura relaciones pacíficas entre los pueblos; mientras su fundamento jurídico radica en la costumbre o en los principios generales del derecho.²⁷⁰

Sobre esto último cabría afirmar que para algunos, la norma *pacta sunt servanda* llega incluso a alcanzar la categoría de *ius cogens*. Es el caso de Starke, quien sostiene:

Existe una falta de consenso acerca de cuáles son normas de *ius cogens* en la actualidad. Dos normas generalmente aceptadas como tales parecen ser la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza en los términos establecidos en el Artículo 2 párrafo 4 de la Carta de Naciones Unidas, y el principio *Pacta Sunt Servanda*, definido en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²⁷¹

Igual postura es la señalada por Henkin cuando afirma:

Es incuestionable, como escribió el Profesor JESSUP, que la máxima *Pacta Sunt Servanda* es un principio general de derecho, es un fundamento esencial del Derecho Internacional. Ninguna jurisdicción internacional alguna vez ha tenido la menor duda de la existencia, en Derecho Internacional, de la regla *pacta sunt servanda*: ha sido confirmada enérgicamente tanto en el laudo Aramco en 1958 como en el laudo Sapphire en 1963. Se puede leer en el laudo Sapphire que «es un principio fundamental de derecho, constantemente proclamado por tribunales internacionales, que los compromisos contractuales deben ser respetados. La regla "pacta sunt servanda" es la base de toda relación contractual. Ante esto, sólo queda reafirmar que la máxima *pacta sunt servanda* debiera ser considerada como un principio fundamental de derecho internacional».²⁷²

Este Principio cobra mayor importancia tratándose de acuerdos de límites. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*, cuando afirmó: «Cuando dos Estados establecen una frontera, uno de los objetivos principales es asegurar la estabilidad y finalidad. Ello es imposible si la línea establecida puede, en todo momento, ser cuestionada».²⁷³ En el asunto sobre la *Plataforma Continental del Mar Egeo* se sostuvo lo mismo.²⁷⁴

²⁷⁰ SCELLE, George. *Manual de Droit International Public*. Paris: Domat-Montchrestien, 1948, p. 647.

²⁷¹ STARKE, J. *An Introduction to International Law*. 1977, pp. 76-77.

²⁷² HENKIN, Louis y otros. Ob. cit., p. 1137.

²⁷³ C.I.J. *Recueil*.

²⁷⁴ C.I.J. *Recueil*, 1978. p. 36.

La regla *pacta sunt servanda*, «sin embargo, no debe ser entendida de modo mecanicista ya que no puede ser desligada de los factores de cambio capaces de alterar el contenido de una regla internacional». Se entiende que estamos hablando de acuerdos internacionales válidos, no de acuerdos nulos o anulables.²⁷⁵

Fue en virtud de lo dicho que, precisamente, la propuesta de países como Bolivia, Checoslovaquia, Ecuador, España y Tanzania alcanzada en la Conferencia de Viena de 1969 para incorporar la palabra «válido» al artículo 26 del texto fue considerada innecesaria, pues implícitamente se entiende que la norma *pacta sunt servanda* se aplica solo a los tratados válidos.²⁷⁶

6.3. Efectos de los Tratados frente a Terceros

Artículo 34

Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

El tratado, a tenor del art. 26 del Convenio de Viena, vincula a las partes y debe ser ejecutado por ellas; por eso, el artículo 35 subraya que un tratado no crea un vínculo entre terceros sujetos de Derecho Internacional Público, ya sean Estados u Organizaciones Internacionales que no hayan consentido ser parte de dicho tratado. Este principio está consagrado por la práctica y la jurisprudencia internacionales.²⁷⁷

Como corolario de la importancia del consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado, está el principio del «efecto relativo de los tratados», según el cual un tratado no crea derechos ni obligaciones para un Estado sin el consentimiento de este²⁷⁸ (*pacta tertiis nec nocent nec posunt*). Esta conclusión se deduce también del concepto mismo de tratado como obligatorio solo entre los Estados que lo concertaron (*res inter alios acta*). Lo contrario atentaría contra el principio de soberanía.²⁷⁹ De la mis-

²⁷⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 109.

²⁷⁶ Por otro lado, debe tenerse presente que todos estos países tenían a la fecha un problema internacional de límites.

²⁷⁷ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELET. *Droit International Public*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 238.

²⁷⁸ Ibídem, p. 239. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «International Law in the Past Third of a Century». En: *RCADI*. 1978-I, t. 159, p. 50.

²⁷⁹ REUTER, Paul. *Introduction au Droit des Traités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 93. CAHIER, Philippe. «Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers». En: *RCADI*. 1974-III, t. 143, p. 609: «Si dado un grupo de Estados, celebrando tratados, pudieran imponer derechos y obligaciones a otros Estados, sería el fin de esta regla base del derecho internacional que es aquella de la independencia y la igualdad de los Estados. Se puede deplorar, pero no es menos cierto que no existe en el momento actual, en la sociedad internacional, una autoridad central capaz de

ma forma, un Estado no podrá invocar los beneficios de un tratado si no forma parte del mismo, más aún si se trata de un convenio abierto a la adhesión de todos los Estados; la C.I.J. en su jurisprudencia ha confirmado la validez de este corolario del principio del «efecto relativo de los tratados».²⁸⁰

Ya sea que se creen obligaciones o derechos, a favor o a cargo de otro Estado, siempre se requerirá su consentimiento²⁸¹ y la manifestación de este consentimiento deberá ser expresa para que el compromiso adquiera valor jurídico.²⁸² Al discutirse este tema en la Comisión de Derecho Internacional, el profesor Ago expuso el siguiente punto de vista:

Un tratado celebrado entre dos Estados puede crear derechos y obligaciones para esos dos Estados, pero no puede crear ni derechos ni obligaciones para otro Estado. Para el tercer Estado un derecho no puede originarse más que de una regla general consuetudinaria o de un acuerdo del cual forma parte. Es dudoso que exista una regla general consuetudinaria según la cual ciertos Estados, por acuerdo entre ellos, puedan atribuir un derecho a un tercer Estado. Una regla tal parecería contraria al espíritu del Derecho Internacional, según el cual la actividad de un grupo de Estados no sabrá modificar la situación jurídica de un tercer Estado sin el consentimiento de éste. Que se trate de una obligación o de un derecho, el consentimiento del Estado interesado es siempre necesario.²⁸³

Finalmente, debe señalarse que en el mecanismo establecido por el Convenio de Viena se contempla la posibilidad del «acuerdo colateral»,

legiferar. Entonces, los Estados son a la vez sujetos y creadores de las reglas de derecho internacional. Ellos se reservan el derecho de obligarse y no admiten que otros puedan obligarlos contra su voluntad».

²⁸⁰ Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt, C.I.J. *Recueil*, 1969, pp. 25-26: «[...] No se podría presumir a la ligera que un Estado que no haya observado esas formalidades (adhesión o ratificación), cuando ha estado en todo momento en condición y derecho de hacerlo, no lo ha hecho de otra manera. Por lo tanto, si se trata de derechos y no de obligaciones, en otros términos, si un Estado trata de reivindicar derechos en virtud de un convenio al cual no ha dado ni su ratificación ni su adhesión aún cuando era hábil para hacerlo, y si el alega con este fin que ha proclamado su voluntad de estar ligado por el convenio o ha manifestado por su comportamiento su aceptación del régimen convencional, se le responderá simplemente que no habiendo devenido parte en el convenio no puede reivindicar ningún derecho con ese título, en tanto que no haya expresado su voluntad o su aceptación con las formas prescritas».

²⁸¹ Véase CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 985-VI, t. 195, p. 207: «En ese caso el principio es claro: ningún tratado puede imponer obligaciones a un tercer Estado sin el consentimiento de este último. Imponer una obligación es en efecto un acto más grave que aquel que conceder un derecho». JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Ob. cit.*, p. 1261: «Entonces, es una regla reconocida del derecho internacional consuetudinario que un tratado no puede obligar a un tercer Estado».

²⁸² REUTER, Paul. *Ob. cit.*, pp. 94-95.

²⁸³ AGO, Roberto. *Ob. cit.*, 1964-I, p. 89.

que se establece entre el Estado que acepta el derecho u obligación creados y los Estados parte en el tratado de creación,²⁸⁴ sin que esto lo haga formar parte del tratado original.

Efectos según mecanismos particulares

- A. Cláusula de la nación más favorecida: Es la cláusula según la cual un Estado A ofrece a un Estado B todas las condiciones favorables que en el futuro pueda otorgar a otro Estado. Por lo tanto, los efectos que pueda producir el tratado son en parte referidos a otro tratado celebrado entre el Estado A y el Estado C. Cuando este último tratado deja de tener vigor, finaliza también la aplicación de sus efectos y nuevamente se aplica el tratado original entre los Estados A y B,²⁸⁵ salvo que dicho tratado haya previsto la subsistencia de las cláusulas más favorables pactadas en acuerdos posteriores.²⁸⁶
- B. El tratado como hecho ilícito frente a terceros: En un caso de tratados contradictorios, en el cual el tratado celebrado entre los Estados A y C viola las obligaciones contraídas por el Estado A con respecto del Estado B en otro tratado. Ambos tratados son válidos, pero contradictorios, por lo cual solo uno de ellos podrá ser ejecutado. La ejecución de un tratado implicará la violación del otro, lo que comprometerá la responsabilidad internacional del Estado y la consiguiente obligación de reparar.²⁸⁷
- C. El tratado como precedente de una costumbre: Si un tratado codifica una regla consuetudinaria, esta conserva su valor de costumbre independientemente de su codificación. Pero también un tratado

²⁸⁴ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 96.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 98: «En realidad para decir las cosas de una manera más general, las partes han determinado sus obligaciones no solamente describiéndolas, sino también introduciendo un *parámetro* variable en función de otros compromisos que ellos asumirán. El tratado determina entonces una parte de sus efectos por reenvío a otro tratado».

²⁸⁶ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 119: «En esta hipótesis, perfectamente compatible con el principio del efecto relativo, la extensión de las disposiciones de los eventuales tratados ulteriores es prueba para el primer tratado, y su fundamento reposa en ese primer tratado. Esto implica que, si desaparece, la extensión que engendró debe igualmente finalizar, salvo si la permanencia de las ventajas resulta claramente del texto de la cláusula».

²⁸⁷ Véase REUTER, Paul. Ob. cit., p. 99: «Los dos tratados son válidos, pero siendo contradictorios sólo uno podrá ser ejecutado. La ejecución de ese tratado constituirá una violación de la obligación asumida por el otro tratado y dará lugar a reparar esta violación». JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1214: «Entonces, cuando un Estado ha celebrado un tratado que está en conflicto con anteriores obligaciones contractuales, el último tratado usualmente no debe afectar al primero. Debemos considerar otras consecuencias que surgen en estos casos de la celebración del último tratado inconsistente».

puede dar origen a una regla que con el tiempo se convierta en consuetudinaria, asunto que se desarrolla con mayor amplitud en el capítulo relativo a la costumbre.²⁸⁸

D. Tratados en relación con un nuevo sujeto de derecho: Los casos posibles son:

- a) creación de un nuevo Estado u organización internacional;
- b) sucesión de sujetos de Derecho Internacional.

La hipótesis b) se desarrolla *in extenso* en el capítulo relativo a la sucesión de Estados. Por lo tanto, se verá lo concerniente a la hipótesis a) sobre la creación de un nuevo sujeto de Derecho Internacional.

Cuando un tratado crea un nuevo sujeto de Derecho Internacional, este es el objeto del tratado, pero no es parte en el tratado. A decir verdad, no es el tratado el que *crea* un nuevo Estado (lo que sí sucede en el caso de una organización internacional), ya que se requiere la existencia de los elementos objetivos que son territorio y población, y el tratado en cuestión constituye el impulso final a una situación de hecho que ya se viene produciendo y requiere un efectivo reconocimiento.²⁸⁹ Un ejemplo histórico es el de la creación de Bélgica, y más recientemente los procesos de descolonización pacífica en África y Asia.

En el caso de una organización internacional, esta sí es creada por el tratado que determina sus condiciones de existencia.²⁹⁰ En tal sentido, la OI no es parte en el tratado que la constituye, ¿podríamos decir entonces que es un tercero frente al mismo? El tratado constitutivo le es oponible; a su vez, la OI puede invocarlo; no se requiere la aceptación de la OI para que el tratado entre en vigor, ni se requiere su autorización para modificarlo.²⁹¹ Para autores como Reuter, se trata de una dicotomía entre

²⁸⁸ Al respecto, señala REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 99-100: «La inserción en un tratado de una regla consuetudinaria no impide a esta última continuar como regla consuetudinaria y regir las relaciones entre los Estados parte en ese tratado y las relaciones entre esos Estados y terceros. A la inversa, en ausencia de una regla consuetudinaria, una regla convencional que no vincule más que a los Estados parte en un tratado, puede constituir un precedente para el nacimiento de una regla consuetudinaria».

²⁸⁹ Ibidem, p. 101: «En primer lugar, cualquiera sea el efecto del tratado, no es que el tratado de nacimiento a un Estado sino el hecho de que se encuentren reunidos los requisitos de hecho (gobierno responsable que asegura el control estable de un territorio y de la población en él establecida) que condiciona la existencia del Estado».

²⁹⁰ CAHIER, Philippe. Ob. cit., 1974 p. 699: «En efecto, no se cuestiona que el tratado que instituye la organización está en la base de su vida jurídica y contiene de manera más o menos precisa la lista de las competencias, el poder de sus órganos, etc. Así, el tratado le atribuye toda una serie de derechos y obligaciones que ella debe respetar en sus actividades».

²⁹¹ Ibidem, p. 700: «En realidad, las organizaciones internacionales no parecen cuestionar que sus cartas constitutivas le pueden imponer obligaciones sin su consentimiento».

«parte» y «tercero» sin que se pueda invocar una excepción al efecto relativo de los tratados;²⁹² sin embargo, no se puede negar que el grado de complejidad alcanzado por algunas OI, especialmente el caso de la ONU,²⁹³ merece un análisis más profundo, que se efectuará en el acápite correspondiente. Finalmente, en lo que respecta a los efectos de tratados celebrados por las Organizaciones Internacionales, Cahier señala que dichos efectos «proviene del consentimiento dado anteriormente por las partes por su adhesión a la organización».²⁹⁴

- E. Tratados que instituyen una situación objetiva: Son situaciones objetivas aquellas que, fundadas en un estatuto, son oponibles a los Estados que no son parte en el tratado que las establece.²⁹⁵ Por estatuto o régimen objetivo debe entenderse, según Waldock:

Un tratado establece un régimen objetivo cuando resulta de sus disposiciones y de las circunstancias de su celebración que la intención de las partes es crear obligaciones y derechos de carácter general concernientes a una región, un Estado, un territorio, una localidad, un río o una vía de agua determinada, o una zona determinada del mar, del lecho marino o del espacio aéreo, a condición que entre las partes se encuentre un Estado que tenga competencia territorial con respecto al objeto del tratado, o que tal Estado haya consentido la disposición en cuestión.²⁹⁶

6.4. Concurrencia de Tratados sobre una misma materia

Artículo 30

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

²⁹² REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 102: «Se está en presencia de una situación donde la dicotomía es simple: o bien "parte" o bien "tercero", respecto de los efectos del tratado. En nuestra opinión sería inexacto decir que se está en presencia de una excepción al efecto relativo de los tratados, ya que este último principio no ha tenido jamás el efecto singular de prohibir a un tratado tener un objeto que sea la constitución de un sujeto de derecho internacional».

²⁹³ CAHIER, Philippe. Ob. cit., 1974, p. 706: «De hecho el problema tiene poca importancia práctica para la ONU ya que, de una manera u otra todos los Estados han reconocido su existencia».

²⁹⁴ Ibidem, p. 723: «Así, para concluir, es posible afirmar que si los tratados celebrados por organizaciones internacionales tienen en ocasiones efectos respecto a los Estados miembros, estos efectos provienen del consentimiento dado anteriormente por los Estados en el hecho de su adhesión a la organización».

²⁹⁵ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 112.

²⁹⁶ WALDOCK, Humphrey. Ob. cit., p. 24.

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:
 - en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
 - 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.

El problema presenta dos aspectos diferentes: primero, entre los Estados que firman tratados sucesivos sobre idéntica materia; segundo, la situación de los Estados que son parte en uno de esos tratados.²⁹⁷ Para el primer caso, se deberán tomar en cuenta dos principios generales del derecho: *lex specialis derogat lex generalis*, y la prioridad de la norma más reciente sobre la más antigua; estos principios solo se aplicarán en caso de incompatibilidad entre los dos acuerdos.²⁹⁸ La compatibilidad de la aplicación simultánea de ambos acuerdos será determinada por la intención

²⁹⁷ REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 118-119, § 200: «La hipótesis de que ha sido objeto el artículo 30 CV. Un ejemplo dado por uno de los autores más calificados del proyecto, permite concretarla. Dado un convenio consular celebrado por un cierto número de Estados y que prevé un amplio régimen de inmunidades y privilegios consulares; más tarde los mismos Estados celebran, con otros Estados un convenio consular que prevé un régimen bastante más restringido de privilegios y de inmunidades. ¿Cómo se determinara las relaciones de esos dos tratados? Este ejemplo muestra que el problema implica dos aspectos muy diferentes: la situación de los Estados partes en dos tratados sucesivos que versan sobre la misma materia, y la situación de los Estados que son parte en uno de los tratados en cuestión».

²⁹⁸ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 114: «De una manera más general, es difícil mantener en vigor tratados incompatibles, y más allá del campo de aplicación, se puede dirigir hacia una revisión o terminación del primer tratado».

de las partes.²⁹⁹ En el segundo caso, deberá ser tomado en cuenta el principio de la relatividad de los tratados, es decir, la ausencia de efectos frente a terceros. Tenemos entonces dos órdenes de relaciones jurídicas: un primer orden constituido por los Estados que son partes en ambos tratados y un segundo orden constituido por los Estados que solo son parte en uno de los tratados. La cuestión principal estriba en saber si es posible descomponer en dos órdenes las relaciones jurídicas, cuestión que depende de los tratados mismos, si es que ellos permiten tal descomposición y si además es posible su aplicación simultánea, de manera tal que puedan cumplirse las obligaciones que nacen de ambos tratados, o si debe darse prioridad a unas sobre otras.³⁰⁰

7. Interpretación de los Tratados

7.1. Aspectos Generales: Principios Generales y Complementarios

La cuestión relativa a la interpretación de los tratados internacionales «ha sido objeto de preocupación en la doctrina de los publicistas desde Alberico Gentili, aunque tanto él como sus inmediatos seguidores no utilizaron la palabra interpretación. Fue el español José de Ortega», en 1747, uno de los primeros en incluir en el título de su obra esta palabra: «Questions del Derecho Público en Interpretación de los Tratados de Paces». Wolff, ampliando las ideas de Grocio y Pufendorff, formuló cinco reglas de interpretación, fundamentales para la evolución de esta materia. Sin embargo, los impulsos posteriores para la determinación de las reglas de interpretación procedieron no tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, tanto arbitral como judicial. Gracias a la obra de estos tribunales, se facilitó enormemente la labor codificadora realizada en la Conferencia de Viena.³⁰¹

²⁹⁹ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 119, § 201: «Si se considera la situación de los Estados partes en dos tratados sucesivos el caso más simple es aquel en el cual todos los Estados partes en el primer tratado lo son igualmente en el segundo; el principio que se aplica es muy simple, es el de la autonomía de la voluntad: si los tratados no contienen ninguna cláusula al respecto o contienen cláusulas oscuras, simplemente hay que resolver un problema de interpretación».

³⁰⁰ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 115: «Sir Humphrey Waldock (2e rapport, An. C.D.I. 1963, vol. II, p. 62) Indica que "los conflictos entre tratados deben ser resueltos en función de la prioridad relativa de las normas contradictorias, antes que de la nulidad del segundo tratado" (hay que notar que si la convención trata de la concurrencia entre convenios sucesivos, el nudo del problema es el conflicto entre tratados). El paso de la primera solución a la segunda se explica por el deseo de dar ante todo efecto a la voluntad más reciente del Estado, por la preocupación de respetar su soberanía y de no limitar su competencia. Las únicas reglas limitativas a este respecto son aquellas que tienen fuerza de *ius cogens*, y que son establecidas sobre otra base».

³⁰¹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 182.

Rousseau define la interpretación como «la operación intelectual consistente en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y aclarar los puntos oscuros o ambiguos». ³⁰² La función de toda interpretación jurídica, señala De Visscher, «es la de elegir entre diversas significaciones posibles de un texto o de un comportamiento humano, aquella que aparezca al mismo tiempo la más conforme a los presupuestos respectivos y mejor adaptada a ciertos fines». ³⁰³ Para Jennings y Watts «el propósito de interpretar un tratado es establecer el sentido que las partes han querido dar al texto». ³⁰⁴ Para Ehrlich, la interpretación puede tener hasta cinco fines diferentes, dependiendo de la intención de las partes. ³⁰⁵ Yasseen entiende la interpretación como «la operación intelectual que tiene como fin comprender el tratado, precisar su sentido y determinar su alcance; es por naturaleza declarativa, ella deduce lo que está y no está enunciado no lo que debería ser, sobre todo no está llamada a revisar las reglas ni a llenar lagunas». ³⁰⁶ El mismo autor piensa, siguiendo a Scelle, que no hay aplicación sin interpretación. ³⁰⁷

El problema, «en el ámbito del Derecho Internacional, plantea dos cuestiones esenciales: quién puede interpretar y cómo se interpreta». ³⁰⁸

³⁰² ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 55.

³⁰³ DE VISSCHER, Charles. «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités». En: *RCADI*. 1976, t. III, n.º 151.

³⁰⁴ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1267: «El propósito de interpretar un tratado es establecer el sentido del texto que las partes quieren darle en relación con la circunstancia a la que este se refiere y a las cuestiones que surgen de la interpretación».

³⁰⁵ EHRLICH, Ludwik. Ob. cit., p. 40: «Los publicistas que se han ocupado del tema de la interpretación del tratado, emplean la palabra "interpretación" dándole cinco significados diferentes desde el punto de vista del fin de la interpretación: se trata de descubrir la intención de los que han elaborado el texto; o encontrar el sentido del texto sin averiguar la verdadera intención de sus autores; o establecer las consecuencias que se desprenden de un texto para un caso individual, o de establecer una regla para un caso que no fue previsto por los autores del texto; o de restringir o ampliar el alcance de un texto sin considerar el texto en sí ni la intención que quisieron expresar sus autores».

³⁰⁶ YASSEEN, Mustafá. «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151, p. 9: «¿Qué significa entonces la interpretación del tratado? La interpretación del tratado es la operación intelectual que tiene como fin comprender el tratado, precisar su sentido y determinar su alcance; es declarativa por naturaleza, ella descubre lo que es y no enuncia lo que debe ser, no está llamada a revisar las reglas ni a llenar las lagunas».

³⁰⁷ Ídem: «El fenómeno de la interpretación es conocido por todos los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales; un contrato, una ley o un tratado debe ser comprendido para ser aplicado. Es una necesidad lógica. Se debe hacer un esfuerzo intelectual más o menos grande para precisar el sentido del texto y determinar su alcance. Con justicia a dicho Georges Scelle que "no hay aplicación sin interpretación". Todos los que aplican un texto lo interpretan, sin persivirlo siempre, y siguen con este fin un cierto método».

³⁰⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 218.

En cuanto al quién, la interpretación puede ser realizada por los propios Estados Partes en el tratado mismo o en un acto posterior, lo que se conoce como interpretación auténtica; por órganos jurisdiccionales internacionales, llamados a decidir por las partes en un litigio, en cuyo caso la interpretación limita su fuerza obligatoria a dichas partes del caso *sub litis*;³⁰⁹ o por órganos estatales de derecho interno (ejecutivo, legislativo o judicial), no oponible al otro u otros Estados contratantes.³¹⁰ Al respecto señala Ehrlich:³¹¹

La interpretación oficial es la que incumbe a los órganos de las partes contratantes actuando como tales. Puede tratarse de órganos de derecho interno, legisladores, administradores, jueces, o de órganos encargados de las relaciones internacionales, como los ministerios de relaciones exteriores o los diplomáticos. La interpretación dada por los órganos de una de las partes contratantes no tiene para las otras partes contratantes más valor que el de una interpretación de parte contratante. Esta interpretación se llama interpretación unilateral.

A estos habría que agregar la interpretación doctrinal, que es aquella llevada a cabo por los juristas por medio de dictámenes, resoluciones y acuerdos de institutos científicos, publicaciones, etc.

En cuanto al cómo, desde los autores clásicos «del Derecho Internacional-Gentili, Grocio, Puffendorf, Wolff, Vattel —que crearon una serie de reglas de interpretación, hasta otros modernos— Lawrence, Austin, Oppenheim —que niegan su existencia o valor, el tema ha sido objeto de grandes controversias».³¹²

Se afirma, «en primer lugar, la existencia de premisas previas e inamovibles, partiendo de la regla *pacta sunt servanda* como expresión del principio general de la buena fe».³¹³ Erlich señala así que «la base misma de toda interpretación de tratados es la regla *pacta sunt servanda*, puesto que sobre esta regla está basado todo tratado internacional».³¹⁴ Esta posición coincide con la de De Visscher para quien el principio *pacta sunt servanda* «debe iluminar y guiar toda interpretación».³¹⁵

³⁰⁹ Así lo señala ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 55. EHRlich, Ludwik. Ob. cit., p. 38: «Hay interpretación jurisdiccional por un órgano internacional cada vez que un órgano común a dos o más Estados, sea un órgano constituido *ad hoc* o un órgano permanente, procede a la interpretación de un tratado durante el examen de una controversia internacional a la que es sometida con el fin de provocar su decisión».

³¹⁰ Ibidem, p. 642.

³¹¹ Ibidem, p. 35.

³¹² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 219.

³¹³ Ídem, p. 219.

³¹⁴ ERLICH, Ludwik. Ob. cit., p. 80.

³¹⁵ DE VISSCHER, Charles. *Problèmes d'interprétation judiciaire en Droit International Public*. Paris: Pedone, 1963, p. 50. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 219.

En segundo lugar, existen tres métodos o escuelas de interpretación:

- a) Método Textual: Este método incide en el análisis del texto, su forma u objeto (unidad o pluralidad de textos); idiomas empleados; vocabulario empleado (sentido ordinario o técnico de los términos); etc.³¹⁶ Se pueden contar en esta corriente entre otros a Cavaré,³¹⁷ Beckett,³¹⁸ Mc Nair³¹⁹ y Huber.³²⁰
- b) Método Subjetivo: Este método busca establecer la voluntad de las partes³²¹ en el texto y fuera de él. Para ubicar la intención de las Partes se vale del texto como primer elemento; de los trabajos preparatorios; de la conducta ulterior de las partes; etc.³²² Aquí destacan Schwarzenberger,³²³ Sorensen,³²⁴ Guggenheim³²⁵ y Verdross.³²⁶
- c) Método Teleológico o Funcional: A los dos métodos anteriores se ha procurado sumar un tercero, «cuyo punto de partida es el fin o función general del tratado, según el momento en que se realiza la interpretación y no según la voluntad primitiva de las partes».³²⁷ «No es raro, entonces, que aparezca, entre los defensores de este método, una tendencia a las consideraciones y valores extrajurídicos».³²⁸ Así, Cavaré señala:

³¹⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 219. EHRLICH, Ludwik. Ob. cit., p. 95: «La costumbre es fuente de una regla que hoy día prevalece sin ninguna duda, aquella que establece una presunción a favor de la aceptación del texto como testimonio de la voluntad de las partes. Pero puede ser imposible aceptar el texto como testimonio único; la presunción es más o menos fuerte según las circunstancias del caso: Cuanto más un texto ha sido cuidadosamente preparado, más debe ser considerado como testimonio de la verdadera voluntad de las partes; [...] Es entonces la voluntad de las partes la que hace más o menos fuerte la presunción a favor del texto».

³¹⁷ CAVARÉ, L. *Le Droit International Public Positif*. Vol. II. París, 1951, p. 95.

³¹⁸ *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Bath, 1950, vol. 43-I, pp. 438-439.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Session de Sienne, vol. 44, p. 199.

³²¹ BERLIA, Georges. «Contribution a l'interprétation des traités». En: *RCADI*. 1965-I, t. 114, p. 295: «En la interpretación de los tratados internacionales, la expresión "intención de las partes" significa, en realidad, "intención de los autores del acto"».

³²² EHRLICH, Ludwik. Ob. cit., p. 117.

³²³ SCHWARZENBERGER, Georg. *Manual of International Law*. Londres, 1952, p. 73.

³²⁴ SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*. P. 214.

³²⁵ GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. I. Ginebra: 1953, p. 133.

³²⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1957, p. 96.

³²⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 220.

³²⁸ *Ídem*.

En la medida en que el tratado es ley, debe situárselo, para interpretarlo, en el medio social en que está llamado a funcionar. Conteniendo reglas destinadas a regir ese medio, teniendo por fin dar satisfacción a sus necesidades sociales, la interpretación debe adoptar el texto a las necesidades del grupo social.³²⁹

El Derecho Internacional actual se inclina por un pluralismo metódico, con primacía de la interpretación textual; tal es la posición tomada por la Corte Internacional de Justicia, especialmente en el *Asunto de los Derechos Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*,³³⁰ por la Comisión de Derecho Internacional y la Convención de Viena de 1969 en su artículo 31.

Artículo 31

1. 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.
2. 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.
3. 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;
 - c) Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Las normas jurídicas relativas «a la interpretación de los tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la Conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser considerados como declaratorios del derecho en vigor».³³¹

³²⁹ CAVARÉ, Louis. *Le Droit International Positif*. 2.^a ed. París: Pedone, 1962, t. II, p. 94. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 221.

³³⁰ C.I.J. *Recueil*, 1962. Asimismo, la República Argentina, en su Memoria y Contramemoria presentadas ante el Tribunal Arbitral en el caso del *Río Encuentro*, sostuvo que correspondía efectuar la interpretación textual del laudo de 1902 en aquellas partes del mismo que fuesen suficientemente claras, y no ir en búsqueda de la intención del árbitro.

³³¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 55.

El proyecto de la CDI se inspiró en una Resolución del *Institut de Droit International*³³² así como en el proyecto elaborado por Fitzmaurice, basado en la jurisprudencia internacional.³³³

En efecto, «los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la C.I.J. y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido».³³⁴

Este artículo sienta la regla general de interpretación acogiendo el método textual y objetivo. El artículo 31 utiliza la expresión «Regla» en singular y no en plural, a fin de indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirán una sola operación combinada. El proceso de interpretación constituye una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí.³³⁵ Se establecen así los siguientes Principios de Interpretación:

7.1.1. Principio del Sentido Ordinario y Natural de los Términos del Tratado
De acuerdo con este principio se busca «dar a los términos de un tratado su sentido natural y corriente, pues los convenios no son siempre redactados por juristas, que podrían emplear una terminología más técnica».³³⁶ Sobre esto señala Yassen:³³⁷

Es el sentido más habitual, el sentido ordinario, según la Convención de Viena, el que debe ser en principio retenido. Pero los términos pueden no tener un sentido único, ellos pueden reflejar ciertos matices o tener un sentido diferente según su posición en las frases de las que forman parte. No se trata de un sentido ordinario abstracto, sino de un sentido ordinario concreto que solo puede ser discernido por el examen del término en cuestión en el contexto de dicho término y a la luz del objeto y fin del tratado. Es ese el sentido que puede ser el conservado en el proceso de interpretación del tratado.

La Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva en el *Asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Muje-*

³³² *Annuaire de l'Institut de Droit International*. 1956, pp. 364-365.

³³³ *British Yearbook of International Law*. 1957, vol. 33, pp. 211-212.

³³⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 55.

³³⁵ *Informe CDI*. P. 53.

³³⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 221. Sobre lo mismo véase EHRLICH, Ludwik. Ob. cit., p. 104: «Se ha reconocido generalmente desde Grocio que hay una presunción ("si no hay ninguna conjetura que conduzca a otra parte") a favor del sentido ordinario de las palabras empleadas».

³³⁷ YASSEEN, Mustafá. Ob. cit., p. 26.

res, se refirió a este principio, cuando en relación con la Convención señaló:

El sólo hecho de que en el momento en que se concluyó la convención relativa al trabajo nocturno de las mujeres no se pensara en ciertos hechos o situaciones que los términos de la convención, según su sentido normal, son bastante amplios para comprender, no permite interpretar las disposiciones de esta convención que tengan un alcance general de manera distinta a la que sea conforme a sus términos.³³⁸

La C.I.J., en su Opinión Consultiva sobre *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas*, ha expresado:

La Corte cree necesario decir que el primer deber de un Tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse para dar efecto, según su sentido natural y ordinario a estas disposiciones. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más.³³⁹

Esto no implica «que si se trata de términos jurídicos o técnicos deba tomarse en consideración su significado jurídico».³⁴⁰ Así lo confirma Ehrlich cuando señala:³⁴¹

La presunción de que se debe tomar las palabras en su sentido ordinario, tiene como fin llegar a establecer la verdadera intención de las partes contratantes. Es todavía la idea sobre la que, en el fondo, se basa Gentile al proclamar que la simplicidad es una característica del derecho de gentes [...] Es evidente que si se trata de términos jurídicos, tales como «propiedad», «nacionalidad», «sociedad por acciones», se debe tomar en consideración la significación jurídica y especialmente aquella que se puede presumir estuvo en el pensamiento de los autores del tratado.

Esto sucedió en el *Asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental*, en que la C.P.J.I. declaró: «El sentido geográfico del término "Groenlandia", es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera, debe considerarse como acepción corriente del término. Si una de las partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación».³⁴²

³³⁸ C.P.J.I. *Serie A/B*, 1932, n.º 50, pp. 377-378.

³³⁹ I.C.J. *Reports*, 1950, p. 8.

³⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 221.

³⁴¹ EHRlich, Ludwik. *Ob. cit.*, p. 107.

³⁴² C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53, p. 49.

7.1.2. Principio del Contexto

Conforme a este principio «los términos no deben ser tomados aisladamente, sino en el contexto, que puede atribuirles un significado diferente o particular. El contexto es el conjunto del tratado, cada una de sus partes y todas ellas interrelacionadas entre sí».³⁴³

La C.P.J.I., en la Opinión Consultiva sobre la *Competencia de la OIT para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de trabajo de las Personas empleadas en tareas Agrícolas*, expresó: «a menos que el contexto indique que debe ser interpretado en forma diferente. Pero el contexto es el criterio definitivo».³⁴⁴ El mismo Tribunal, en su opinión sobre los *Servicios Postales Polacos en el Danzing*, señaló: «Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tendrían normalmente en su contexto».³⁴⁵ Finalmente, la C.I.J. en su Opinión Consultiva antes citada concluye: «según su sentido natural y ordinario a esas disposiciones tomadas en su contexto».³⁴⁶

El artículo 31 dispone que el contexto comprende el texto, el preámbulo³⁴⁷ y los anexos; además, todo otro acuerdo concertado entre las mismas partes que se refiera al tratado así como los actos de carácter unilateral, tales como las declaraciones interpretativas.

De tal forma, «el contexto del tratado puede también desprenderse de otros instrumentos diferentes al tratado mismo, como podrían ser las resoluciones dictadas por la misma Conferencia en la que se negoció y adoptó el tratado o las declaraciones formuladas por los representantes de un Estado al momento de la firma del tratado y que los otros contratantes aceptan como un instrumento conexo al tratado».³⁴⁸

7.1.3. Principio de la Conformidad con el Objeto y Fin del Tratado

Se refiere a adecuar el tratado «al propósito que guió a las Partes a contratar (principio de la *ratio legis*)».³⁴⁹

³⁴³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 211. Al respecto, nos dice YASSEEN, Mustafá. Ob. cit., pp. 33-34: «El contexto es entonces el texto en su totalidad, preámbulo y anexos incluidos, y además ciertos acuerdos y ciertos instrumentos. Esta definición, subrayémoslo, no es una definición general, sino una definición adoptada a los fines de la interpretación del tratado. Lo que hace parte del contexto no necesariamente debe ser parte integrante del texto».

³⁴⁴ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 2 y 3, pp. 32-35.

³⁴⁵ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 11, p. 39.

³⁴⁶ C.I.J. *Recueil*, 1950.

³⁴⁷ C.I.J. *Recueil*, Asunto de los Derechos de Nacionales de Estados Unidos en Marruecos.

³⁴⁸ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 180.

³⁴⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 222. Asimismo, YASSEEN, Mustafá. Ob. cit., p. 55: «En derecho interno, conviene recordarlo, cada uno de esos dos términos tiene un sentido preciso. Así debe ser en derecho internacional. El objeto de un tratado es lo que las partes han hecho, las normas que ellos han enunciado, los derechos y obligaciones que de ellas se desprenden, mientras que el fin del tratado es aquello que las partes quieren alcanzar».

En el voto disidente del Juez Anzilotti en la Opinión Consultiva de la C.P.J.I. sobre la *Convención sobre el Trabajo Nocturno de Mujeres*, señaló: «La primera cuestión que se plantea es la de saber cuáles son el objeto y el fin de la convención en la que se encuentra el artículo a interpretar». ³⁵⁰ Asimismo, en la Opinión Consultiva de la C.I.J. sobre la *Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio*, se expresó que las reservas debían ser compatibles con el objeto y fin del tratado para ser admitidas, lo cual, aunque no se sitúa en el plano de la interpretación, indica con claridad la adopción definitiva de este criterio en todas los terrenos. ³⁵¹ Finalmente, en el asunto del *Estatuto Internacional del África Sudoccidental*, dijo la Corte:

Esta tesis pretende fundarse en el sentido natural y ordinario de los términos empleados en la disposición. Pero no se trata de una regla de interpretación absoluta. Cuando este método de interpretación conduce a un resultado incompatible con el espíritu, el objeto y el contexto de la cláusula o del acto donde figuran los términos, no podría dársele crédito válidamente. ³⁵²

7.1.4. Principio de la Conducta Ulterior

Apunta al análisis del comportamiento de las Partes al momento de ejecutar las cláusulas del acuerdo, lo que implica una interpretación auténtica. Yassen define este principio de la siguiente manera: ³⁵³

Aplicar el tratado supone haberlo comprendido, es decir interpretado. La práctica seguida en la aplicación de un tratado tiene en consecuencia, como fundamento, un cierto sentido aceptado por aquellos que la siguen. Pero más que nadie, las partes en el tratado deben comprender el sentido del tratado que ellas han celebrado, lo que ellas han querido verdaderamente.

Se trata de una práctica que no puede ser más que subsecuente a la celebración del tratado porque ella concierne a la aplicación del mismo. Esta práctica no debe ser confundida con los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que el tratado fue celebrado.

En el *Asunto de la Reclamación Rusa contra Turquía*, la Corte Permanente de Arbitraje señaló: «La ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados como entre particulares, el comentario más seguro del sentido de esos compromisos». ³⁵⁴ La C.P.J.I. en la Opinión Consultiva *sobre la Competencia de la O.I.T. para regular el Trabajo Agrícola*, dijo: «Si hubiera

³⁵⁰ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 50, p. 383.

³⁵¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 222.

³⁵² C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 336.

³⁵³ YASSEEN, Mustafá. Ob. cit., p. 47.

³⁵⁴ IGLESIAS, Eduardo. *L'accord ulterior dan l'interprétation des traités*. Centre de Recherches, Academie D.I., La Haye, 1970. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 222.

alguna ambigüedad, la Corte podrá, con el fin de determinar el verdadero sentido, examinar la forma en que se ha aplicado el tratado».³⁵⁵ En el *Asunto del Estrecho de Corfú*, la C.I.J. manifestó: «La actitud ulterior de las partes demuestra que, al participar en el Convenio especial, no tenían la intención de impedir que la Corte fijase el importe de la indemnización».³⁵⁶ Finalmente, en el *Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España*, entre Honduras y Nicaragua, en el que este último, entre otros puntos, objetaba el tratado en el cual se designaba al árbitro, la C.I.J., señaló: «Las medidas adoptadas de común acuerdo por las dos partes para designar al rey de España como árbitro demuestran sin la menor duda cuál era su intención [...]».³⁵⁷

Es evidente, entonces, la importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las Partes en cuanto al sentido del tratado.³⁵⁸

Artículo 32

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 con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

El artículo 32 describe los medios complementarios de interpretación a los que solo se puede recurrir para confirmar el resultado de la aplicación de los métodos de interpretación generales señalados en el artículo 31, o bien si tal aplicación deja ambiguo u oscuro el sentido, o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. La frase «se podrá acudir» señala el carácter facultativo de los medios complementarios. Si se llega a resultados claros, razonables, convincentes, no hay obligación de recurrir a los medios complementarios. La C.I.J., en su Opinión Consultiva sobre *la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas*, sostuvo:

La Corte considera que el texto es suficientemente claro; por consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la convención es suficientemente claro por sí mismo.³⁵⁹

³⁵⁵ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 2, pp. 40-41.

³⁵⁶ I.C.J. *Reports*, 1949, p. 25.

³⁵⁷ I.C.J. *Reports*, 1960, p. 208.

³⁵⁸ *Informe CDI*, párrafo 15, p. 55.

³⁵⁹ I.C.J. *Reports*, 1947-48, p. 63.

Estos medios complementarios serían:

7.1.5. Principio del Efecto Útil

Este principio fue definido por la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto de la *Isla Timor*, al señalar:

Las convenciones entre Estados, como aquellas entre particulares, deben ser interpretadas más bien en el sentido a través del cual pueden tener efecto que en el sentido a través del cual no podrían producir ninguno.³⁶⁰

De igual modo, la C.P.J.I. en el *Asunto de las Zonas Francas*, expresó: «En la duda, las cláusulas [...] deben [...] ser interpretadas de manera que les permita desarrollar sus efectos útiles».³⁶¹ En el *Asunto del Estrecho de Corfú*, la C.I.J. señaló: «Pero ya que se trata de la cuestión específica de competencia actualmente debatida, el Tribunal al determinar la naturaleza y el alcance de una disposición debe prever sus efectos prácticos más que el motivo predominante por el cual se supone haberla inspirado».³⁶² Más recientemente, la C.I.J., en su *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz de 18 de julio de 1950*, dijo:

La Corte está llamada a interpretar los tratados, no a revisarlos. El principio de interpretación expresado en la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, principio designado frecuentemente bajo el nombre de principio del efecto útil, no puede autorizar a la Corte a extender la cláusula de arreglo de diferencias inserta en los tratados de paz en un sentido que sería contrario a su letra y a su espíritu.³⁶³

7.1.6. Principio de los Trabajos Preparatorios³⁶⁴

Es el procedimiento «encaminado a averiguar la voluntad o intención de las Partes» «a través de la investigación de la historia de la elaboración del texto». «Se denominan trabajos preparatorios al conjunto de instru-

³⁶⁰ CPA, 24/06/14.

³⁶¹ C.P.J.I., *Serie A/B*, n.º 35, p. 13.

³⁶² C.I.J. *Recueil*, 1949, pp. 23-24.

³⁶³ C.I.J. *Recueil*, 1950, p. 229.

³⁶⁴ Sobre este punto LAUTERPACHT, Hersch. «Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités». En: *RCADI*. 1934-I, t. 48, pp. 785-786: «Es el tratado —y nada más— lo que constituye la expresión final de la voluntad de las partes. Hay que admitir como regla absoluta que cada vez que existe una contradicción evidente entre el tratado y los trabajos preparatorios, es el primero el que prevalece. Los trabajos preparatorios no deben modificar, aumentar o disminuir el tratado. Pero ellos pueden interpretarlo. Es un tribunal al que corresponde decidir en cada caso, si esta interpretación puede modificar, aumentar o disminuir el tratado. En la práctica, la parte que se apoya en los trabajos preparatorios raramente admitirá que ellos contradicen abiertamente el sentido aparente del tratado».

mentos, actas, declaraciones o debates en las que constan o se hallan registrados los diversos antecedentes y trabajos de una conferencia, congreso, convención o tratado». ³⁶⁵ En este sentido señala Yasseen: ³⁶⁶

Como quiera que sea situándose en el marco de la historia de la celebración del tratado, los trabajos preparatorios pueden ser *inter alia*: la correspondencia intercambiada, notas, cartas, memorándum, resúmenes de las secciones. Pero por naturaleza, lo que es considerado como trabajo preparatorio debe concernir a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto. Ciertos trabajos ulteriores que tuvieran lugar entre la firma y la ratificación podrían tener un efecto en la interpretación del tratado, pero no son trabajos preparatorios.

La C.P.J.I., en su Opinión Consultiva sobre la *Interpretación de la Convención de 1919 relativa al trabajo nocturno de mujeres*, dijo:

Los trabajos preparatorios confirman por consiguiente la conclusión a que lleva el estudio del texto de la Convención, es decir, que no existe motivo válido alguno para interpretar el artículo 3º de modo distinto del que es conforme con el sentido natural de sus términos. ³⁶⁷

El mismo tribunal manifestó en el *Asunto de los Faros entre Francia y Grecia*:

Si el contexto no es suficientemente claro para establecer el sentido exacto en que las Partes en litigio han empleado estas palabras en el compromiso, el Tribunal, según su jurisprudencia, debe recurrir a los trabajos preparatorios de este Acto para informarse sobre la verdadera intención de las Partes. ³⁶⁸

Anteriormente, en la Opinión Consultiva sobre la *Jurisdicción de la Comisión Europea sobre el Danubio*, la C.P.J.I. señaló:

Si pudiese existir, sin embargo, alguna duda en cuanto al sentido verdadero de las palabras «en las mismas condiciones que en el pasado y sin ninguna modificación a sus actuales límites», se verá a continuación que los trabajos preparatorios confirman plenamente la conclusión a la que acaba de llegar el tribunal. ³⁶⁹

³⁶⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 223.

³⁶⁶ YASSEEN, Mustafá. Ob. cit., p. 83.

³⁶⁷ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 50, p. 38.

³⁶⁸ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 62, p. 13.

³⁶⁹ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14, p. 28.

7.2. Obligatoriedad de los Principios de Interpretación

Existen dudas sobre la obligatoriedad de los principios de interpretación recogidos por la Convención de Viena de 1969. «El Derecho Internacional positivo, consuetudinario o convencional, nunca había fijado reglas de interpretación jurídicamente obligatorias ni jamás se pretendió que ellas asumieran tal carácter».³⁷⁰

Rousseau se pronuncia en este sentido, al señalar que «los métodos aplicados por la jurisprudencia internacional no son sino directivas, y no fórmulas rígidas».³⁷¹ La CDI sobre lo mismo ha señalado:

En consecuencia, sería posible hallar pruebas suficientes del empleo de esos principios y máximas en la práctica internacional para justificar su inclusión en la codificación del derecho de los tratados si se tratara simplemente de su pertenencia en el plano internacional. Pero la cuestión que plantean muchos juristas se refiere más bien al carácter no obligatorio de muchos de esos principios y máximas. Se trata, en su mayor parte, de principios lógicos y de buen sentido que son útiles únicamente como orientación para apreciar la significación que las partes hayan querido dar a las expresiones que han empleado en el documento. Dicho de otro modo, el empleo de muchos de esos principios es más discrecional que obligatorio y la interpretación de documentos es hasta cierto punto un arte, no una ciencia exacta.³⁷²

No obstante, desde 1969 a la fecha, los principios contenidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena se han convertido indudablemente no solo en guías para la interpretación, aún para quienes no son Partes de la Convención, sino en verdaderas normas jurídicas obligatorias.

Como señala Jiménez de Aréchaga:

Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la Corte mundial y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido.³⁷³

Por lo tanto, nos encontraríamos frente a un conjunto de normas convencionales que se han convertido a la vez, en normas consuetudi-

³⁷⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 229.

³⁷¹ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 725. En el mismo sentido, véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 230.

³⁷² Informe CDI. pp. 51-52.

³⁷³ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 55.

narias, con una amplia base jurisprudencial y plena aceptación de la doctrina.

7.3. Aspectos No Regulados

Un principio de interpretación no regulado por la Convención de Viena es el de intertemporalidad.

Fitzmaurice sobre este principio de interpretación señaló:

Ahora puede considerarse como un principio de Derecho Internacional establecido que en tales casos la situación en cuestión debe ser apreciada y el tratado interpretado, a la luz de la reglas de Derecho Internacional existentes en ese tiempo, y no como son hoy en día.³⁷⁴

El juez Max Huber en el *Asunto de la Isla de Palmas* entre Estados Unidos y los Países Bajos, señaló el principio y continuó:

[...] un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho contemporáneo suyo, y no (a la luz) del derecho vigente en el tiempo cuando surge, o ha de zanjarse, una controversia con él relacionada. El efecto del descubrimiento por parte de España debe ser determinado, en consecuencia, mediante las reglas de Derecho Internacional en vigor durante la primera mitad del siglo XVII o (para tomar la fecha más próxima) durante el primer cuarto de él.³⁷⁵

En consecuencia, en virtud de este principio, los términos de un tratado deben ser interpretados conforme al derecho de la época en que se concluyó el acuerdo,³⁷⁶ y no del derecho vigente en el momento en que surge una controversia relativa al tratado o en que ella es sometida a decisión judicial.³⁷⁷

³⁷⁴ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford, 1990, p. 129.

³⁷⁵ Asunto de la Isla de Palmas. *Corte Permanente de Arbitraje*. 1906, Estados Unidos vs. Países Bajos.

³⁷⁶ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 126. DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. Ob. cit., p. 321 y ss.

³⁷⁷ No obstante, la C.I.J. en su opinión consultiva sobre *Namibia* señaló una posición contraria. La Corte dijo: «Además, la interpretación y aplicación de un instrumento internacional debe hacerse dentro del marco del sistema jurídico general que prevalece en el momento de la interpretación». I.C.J. *Reports*, 1971, p. 31. De igual forma, en el asunto de la *Plataforma Continental del Mar Egeo*, la Corte señaló: «[...] es difícilmente concebible que se intentara dar a expresiones como "jurisdicción doméstica" y "estatuto territorial" un contenido invariable cualquiera fuera la evolución subsiguiente del Derecho Internacional». I.C.J. *Reports*, 1978, pp. 32, párr. 77. Todo lo cual, ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que la más reciente jurisprudencia de la Corte ha variado el sentido original de este principio, estableciendo que el derecho aplicable a una controversia será el vigente al momento de su resolución.

No obstante la consagración del principio de interpretación intertemporal por la doctrina de los publicistas, la Comisión de Derecho Internacional no lo recogió en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.³⁷⁸ Cuando se examinó tal disposición en el 16.º periodo de sesiones,³⁷⁹ algunos miembros señalaron que no trataba del problema de los efectos de la evolución del derecho sobre la interpretación de los términos jurídicos de un tratado y que por lo tanto era inadecuada. Algunos gobiernos apoyaron la norma en sus observaciones, otros la criticaron desde diferentes puntos de vista.

Al volver a examinar la disposición, la Comisión estimó que la fórmula que se utilizaba en el texto de 1964 no era satisfactoria, ya que no se refería más que parcialmente a la cuestión del llamado derecho intertemporal en su aplicación a la interpretación de los tratados y, por consiguiente, podría dar lugar a interpretaciones erróneas. Opinó, asimismo, que, en todo caso, la pertinencia de las normas de Derecho Internacional para la interpretación de los tratados en un caso determinado dependía de la intención de las partes, y que sería difícil formular una norma que abarcara totalmente el elemento temporal. Consideró, además, que normalmente se llegaría a una aplicación correcta del elemento temporal interpretando de buena fe el término de que se tratase. Por ello, la Comisión decidió omitir el elemento temporal.

De otro lado, y relacionado con este principio, la jurisprudencia más respetada y respetable sostiene que, tratándose de la interpretación de un laudo arbitral o una sentencia judicial, se deben tomar en cuenta únicamente los hechos examinados en el caso correspondiente, con exclusión de los hechos posteriores a dichos fallos. En otras palabras, no solo se exige que el tratado o el fallo sea analizado e interpretado conforme al derecho de la época, sino también conforme a los hechos o conocimientos que se tenían en ese momento.

Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional, tuvo ocasión de declarar: «Por otra parte, la Corte descarta en sus interpretaciones toda apreciación de los hechos que no sean los que examinó en la sentencia que interpreta y, en consecuencia, a dicha sentencia».³⁸⁰

El Tribunal Arbitral que conoció de una controversia sobre *Delimitación Marítima entre Francia y Gran Bretaña* expresó igualmente en su sentencia interpretativa de 1978:

La interpretación plantea la cuestión de saber lo que el tribunal ha zanjado con fuerza obligatoria en su decisión y no la de saber lo que

³⁷⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo y otros. *Curso de Derecho Internacional Público*. T. I, 1979, p. 189.

³⁷⁹ Párrafo 11, Comentario de los artículos 69 a 71. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1964, vol. II, p. 197.

³⁸⁰ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 13, p. 21.

el tribunal debería decidir ahora a la luz de hechos o argumentos nuevos.³⁸¹

Finalmente, en la *Controversia sobre recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy*, entre Argentina y Chile, resuelto por un Tribunal Arbitral en 1994, Chile en sus alegatos orales se refirió extensamente a este principio, al señalar:

Quisiera ante todo denunciar, para no tener necesidad de volver sobre la cuestión, la inaceptable manipulación temporal que subyace en la argumentación argentina que yo espero haber resumido sin traicionarla. Se nos dice que Chile no ha reivindicado en 1902, y el Laudo no le ha atribuido en 1902, la menor parcela de cuenca atlántica del lago Viedma y del río de las Vueltas. Por consiguiente, se concluye de ello, Chile no puede reivindicar hoy, y vuestro Tribunal no puede acordarle hoy, la menor parcela de esta cuenca. Este razonamiento es francamente sorprendente porque no se trata de la misma cuenca en la premisa y en la conclusión. En la primera parte del razonamiento, se trata de lo que se creía *en esa Época* que constituía la cuenca atlántica del Lago Viedma y del río de las Vueltas. En la segunda parte del razonamiento se trata de lo que se sabe *hoy* que constituye la cuenca atlántica del lago Viedma y del río de las Vueltas. Se sabe *hoy* que el *divortium aquarum* continental corre de distinta manera de como se imaginaba hace un siglo. Se sabe *hoy* que la cuenca del río Gatica o de las Vueltas se extiende mucho más al norte de lo que se pensaba en 1902 y que no tiene de ninguna manera la configuración que entonces se suponía. Y se conoce *hoy* una Laguna del Desierto cuya existencia no se sospechaba hace un siglo. Cuando nuestros adversarios se apoyan con tanta insistencia, decenas de veces, sobre la secuencia de la "cuenca del Viedma, de la cual forma parte la cuenca de las Vueltas, a la que pertenece la Laguna del Desierto", se refieren a un dato totalmente desconocido en 1902 porque, en esa época, la región donde se sabe hoy que está la Laguna del Desierto era considerada como enteramente en la cuenca pacífica y la existencia de la Laguna era desconocida.³⁸²

Galindo Pohl, en su voto disidente en el mismo caso, concluyó:

La contemporaneidad no se limita ni puede limitarse al entendimiento de los términos con el significado que tuvieron cuando se les usó. No es un principio de los términos solamente sino un principio general de derecho. Así, no se puede atribuir al Arbitro de 1898-1902 conocimientos geográficos que no tuvo ni pudo tener por la sencilla razón de que nadie los tenía, ni procede aplicar conocimientos posteriores para entender el sentido de hechos pasados. Cada cosa en su tiempo y en su lugar.

³⁸¹ NACIONES UNIDAS. *Recueil des Sentences Arbitrales*. Vol. XIX, p. 239.

³⁸² Acta del 13 de Abril de 1994, pp. 28-29.

Analizar el caso colocándose en la situación de la época, y tratar de reproducir el escenario que conformó la visión y el juicio del Arbitro, así como los puntos de vista y los propósitos de la Partes es, además, un dictado de la lógica.

Colocándose fuera de la época, como si el fallo fuese pronunciado hoy, las decisiones del pasado pierden su sentido original. Particularmente en diferendos relacionados con fronteras, los fallos deben entenderse de acuerdo con los conocimientos geográficos, las informaciones y los argumentos presentados al juez, en la época y en conformidad con la época. De otro modo se corre el riesgo de perturbar la cosa juzgada y la estabilidad de las fronteras.

La influencia, frecuentemente atractiva, de hechos y conocimientos posteriores, por ejemplo de nuevas y más precisas exploraciones geográficas mediante técnicas muy perfeccionadas, tienen que descartarse cuando se trata de interpretar sucesos y dichos alejados en el tiempo, en este caso noventa y dos años atrás. Por medio de la interpretación se incursiona en el pasado, y a través de la aplicación que se hace en conformidad con lo que hoy se conoce y sabe, se retorna al presente.

Las Partes aceptaron que el Arbitro laudara con base en los conocimientos geográficos de la época e incluso en presencia de áreas que se sabían inexploradas. En relación con esta última circunstancia, el sector que se extiende entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy no fue una excepción. En el Mapa del Arbitro aparecen diecisiete zonas en blanco, es decir, diecisiete zonas inexploradas. Al aceptar esta circunstancia geográfica, e incluso apremiar al Arbitro para que pronunciara pronto su fallo, presionada por una compleja situación política, las Partes aceptaron implícitamente por anticipado los riesgos y las consecuencias.³⁸³

Finalmente, Santiago Benadava, árbitro del Tribunal, expresó en su voto disidente:

Los conocimientos geográficos adquiridos con posterioridad al Laudo no pueden servir de base para su interpretación. El Laudo y los instrumentos que lo integran deben ser interpretados a la luz de las circunstancias que los rodean y, especialmente, del conocimiento geográfico que el Arbitro tomó en cuenta al dictarlo. Es misión de este Tribunal tratar de interpretar el límite que el Arbitro de 1902 fijó para la zona controvertida y no el que hubiera fijado si hubiera tenido una percepción exacta y completa de la realidad geográfica. Los nuevos descubrimientos geográficos constituyen un "hecho nuevo" que no pueden alterar lo decidido por el Laudo ni servir de base para su interpretación.³⁸⁴

³⁸³ Opinión Disidente de Galindo Pohl, pp. 119-121.

³⁸⁴ Opinión Disidente de Santiago Benadava, pp. 268-271.

De otro lado, la Convención de Viena tampoco recoge el principio de interpretación *in dubio mitius*, «en virtud del cual si uno de los términos del tratado es ambiguo debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o que entrañe menos restricciones para los signatarios». ³⁸⁵

En la opinión Consultiva de la C.P.J.I. en el *Asunto de la Frontera entre Turquía e Irak* se admitió la validez de este principio al señalar que «si la redacción de un precepto del tratado no es clara y se tiene que elegir entre varias interpretaciones admisibles, habría que adoptar aquella que implique el mínimo de obligaciones para las partes». ³⁸⁶

Con relación a ambos principios de interpretación, tan solo nos resta señalar que el hecho de no haber sido incorporados al listado de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena no niega la consagración de los mismos por la jurisprudencia internacional y por la práctica de los Estados. En consecuencia, es posible acudir a ellos válidamente a fin de establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional, complementariamente a los demás principios de interpretación ya estudiados.

8. Las Reservas

8.1. Concepto

Sostiene Bonet que «la necesidad de delimitar conceptualmente una institución jurídica de la relevancia de las reservas a los tratados internacionales se enfrenta a una serie de dificultades»; «básicamente, los problemas surgen de la ineludible necesidad de pormenorizar y condensar en una definición los aspectos característicos de esta institución jurídica». ³⁸⁷

No obstante, «para la delimitación de la noción de reserva, es comúnmente aceptada» «la definición enunciada en el artículo 2 (1d) de la Convención de Viena de 1969». Advierte Gamble que se trata de la más consensual de las declaraciones que delimitan la noción de reserva; ³⁸⁸ mientras que Díaz Barrado destaca su validez como definición a partir de su aceptación por la doctrina y la jurisprudencia internacionales. ³⁸⁹ Así, en la sentencia arbitral relativa a la *Delimitación de la Plataforma Conti-*

³⁸⁵ LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 204.

³⁸⁶ C.P.J.I. Serie B, n.º 12, p. 15.

³⁸⁷ BONET PÉREZ, Jordi. *Las Reservas a los Tratados Internacionales*. Barcelona: Bosch, Cuaderno de Cátedra n.º 5, 1996, p. 57.

³⁸⁸ GAMBLE, J.K. «Reservations to Multilateral Treaties: a macroscopic view of States Practice». En: *American Journal of International Law*. 74, 1980, 2, p. 374.

³⁸⁹ DIAZ BARRADO, C. *Reservas a la Convención sobre tratados entre Estados*. Madrid: Tecnos, 1991, 1, pp. 74-75.

mental, entre el Reino Unido y Francia, el tribunal señaló que las partes litigantes habían admitido que dicho artículo definía correctamente a las reservas.³⁹⁰

Artículo 2 (1d)

Se entiende por «reserva» una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Como lo señala la Convención de Viena, la reserva implica una declaración unilateral de voluntad, destinada a excluir o modificar los efectos de una o más cláusulas de un tratado, como condición para ser parte del mismo.³⁹¹ En tal sentido, se diferencia claramente de la enmienda, que modifica las disposiciones del tratado para todos los Estados partes en el mismo.³⁹² «Una reserva no es realmente efectiva hasta que no ha sido aceptada por otro Estado parte en el tratado». Entonces, «pese a su aparente carácter de acto unilateral, la reserva no puede ser analizada separadamente de su aceptación o rechazo por los demás Estados contratantes; si bien se trata de un acto unilateral en su formulación, solo produce efectos jurídicos una vez aceptada: la voluntad de la otra parte convierte a la reserva en un acto jurídico bilateral, que pasa a integrar el tratado; por lo tanto, es un acto unilateral aparente».³⁹³

³⁹⁰ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 58. Nations Unies, RSA, vol. XVIII, pp. 169-170.

³⁹¹ Ibidem, pp. 60-62. Al respecto, señala CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 171: «Las dos características son ser un acto unilateral y tener como efecto el modificar las obligaciones de un tratado a favor del Estado que hace esa declaración. Se trata de un acto relativamente importante, ya que la reserva tiene como efecto alterar el equilibrio del tratado a favor del Estado que la hace. Ahora bien, las disposiciones de un tratado son el fruto de un compromiso entre los intereses divergentes de los Estados. El Estado que formula reservas trata de hacer triunfar unilateralmente un punto de vista que encontró, durante las negociaciones, la posición de la mayoría de los otros Estados».

³⁹² Véase BISHOP, William. «Reservations to treaties». En: *RCADI* 1961-II, t. 103, pp. 252-253: «¿Hace la práctica internacional una distinción clara entre "reservas" a los tratados y enmiendas a los tratados? Hay circunstancias en que el término es usado indistintamente para considerar las propuestas hechas por un Estado de que el tratado sea modificado en lo que concierne a sus derechos y obligaciones. En el caso del tratado bilateral, no existe diferencia real entre ambos: sólo puede haber un acuerdo que debe ser aceptado por ambas partes; ya sea en la forma de un documento simple, de un documento simple por enmienda, o de un documento modificado por reserva, no se hace mayor diferencia. Tal vez el término "enmienda" pueda ser más claro y aceptable por la otra parte cuando la modificación es necesaria para un tratado entre ellas. En el caso del tratado multilateral el término "enmienda" toma el sentido de cambio que va a modificar el tratado entre todas las partes; mientras que la "reserva" hecha por un Estado (y aceptada por las otras partes) modifica el tratado sólo en lo que concierne a las relaciones entre el Estado reservante y los otros, y deja sin modificar las relaciones *inter se* de las partes que aceptan el tratado sin reservas».

³⁹³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 170.

Sobre la posibilidad de formular reservas en los tratados bilaterales, señala Rousseau:

Por lo que hace a los tratados bilaterales, la determinación de los efectos jurídicos de la reserva es simple: si es aceptada, se integra al tratado como una nueva cláusula convencional; si es rechazada por la otra parte, el tratado no puede concluirse, por falta de acuerdo de voluntades.³⁹⁴

Verdross señala: «En los tratados bilaterales [...] las reservas han de considerarse como ofrecimiento de concretar nuevo tratados».³⁹⁵ Ruda es del mismo punto de vista.³⁹⁶ Mientras, Maresca pone de manifiesto que las reservas son desde la perspectiva técnica convencional solo posibles en relación con los tratados internacionales de carácter multilateral.³⁹⁷ Para Reuter es técnicamente posible, pero no es práctico ni original,³⁹⁸ mientras que Cahier se adhiere al fundamento de la CDI.³⁹⁹ Thierry y Combacau tan sólo señalan su efecto de «reabrir las negociaciones y eventualmente modificar el tratado».⁴⁰⁰

En este sentido, llamó la atención de los asistentes a la Conferencia que el Comité de Redacción suprimiera la expresión «Reservas a los Tratados Multilaterales» por la expresión «Reservas», dejando abierta la posibilidad de formular reservas en tratados bilaterales. Roberto Ago, a la sazón Presidente de la Conferencia, señaló:

Que [a él] le había sorprendido que el Comité de Redacción tomase en consideración la idea de las reservas en los tratados bilaterales. En su época de estudiante aprendió que esto constituye una *con-*

³⁹⁴ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 298.

³⁹⁵ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 112.

³⁹⁶ RUDA, José María. «Reservations to treaties». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146, p. 109: «Un tratado bilateral es en esencia, un acuerdo entre ambas partes sobre todas y cada una de las provisiones del tratado. La formulación de reservas por una de las dos partes revela una intención del Estado reservante de cambiar o invalidar la cláusula en cuestión, e implica formular una nueva oferta de negociación».

³⁹⁷ MARESCA, A. *Il Diritto dei Trattati*. Milano: Giuffrè Editore, 1971, p. 281.

³⁹⁸ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 72: «En efecto, aún cuando es técnicamente posible para un tratado bilateral, la "reserva" no constituye en el marco de este último una figura jurídica práctica ni original, ya que ella conduce a reabrir las negociaciones después de su clausura».

³⁹⁹ CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 172: «Hay que decir que el problema de las reservas no puede surgir más que respecto de los tratados multilaterales; como ha mostrado la Comisión de Derecho Internacional: en el caso de un tratado bilateral la reserva debe ser considerada como una proposición de reapertura de las negociaciones».

⁴⁰⁰ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 83: «En el marco de un tratado bilateral en efecto, ellas conducirían a reabrir las negociaciones y eventualmente a modificar el tratado».

tradictio in terminis, eso es una nueva propuesta y no una reserva. Estima que la abreviación del título de la Sección 2 supone admitir que las reservas son sólo aplicables a los tratados multilaterales.⁴⁰¹

La respuesta de Yaseen, Presidente del Comité de Redacción, fue señalar que aunque «la práctica de algunos Estados puede dar la impresión de que es posible formular reservas a los tratados bilaterales», esta supresión no implica que se «admita la posibilidad de formular reservas a los tratados bilaterales».⁴⁰² Con ello, dejó cerrado el debate.

Por otro lado, «el propósito de la reserva debe ser excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado. La exclusión, es decir, la no aplicación lisa y llana de ciertas cláusulas es aceptada por la doctrina y en la práctica de los Estados, es el tipo más común de reserva. Por el contrario, la reserva que tiende a modificar una cláusula ha dado lugar a críticas sobre si ella puede o no ser considerada como tal cuando su propósito es aceptar obligaciones más amplias que las establecidas en el tratado, tesis que ha sido sostenida por varios autores, aunque reconociendo no estar de acuerdo con la práctica de los Estados».⁴⁰³

No obstante, tanto la doctrina como la práctica internacional parecen hoy establecer que las reservas solo pueden tener una significación restrictiva, es decir de exclusión o modificación, en su acepción limitativa, de las obligaciones convencionales. Así, las presuntas reservas de carácter extensivo no son nada más que declaraciones unilaterales por las cuales los Estados manifiestan asumir obligaciones sin recibir nada a cambio.⁴⁰⁴ Sin embargo, todo tratado es libre de determinar su propio régimen de reservas.⁴⁰⁵

8.2. Evolución Histórica

Las reservas se han configurado, tanto desde un punto de vista técnico-jurídico como socio-jurídico, en una de las más complejas y discutidas figuras del Derecho Internacional Contemporáneo, y han originado polémicas en los círculos académicos y problemas en la práctica de los Estados.

La incorporación de la figura de la reserva al Derecho de los Tratados fue el resultado de la primacía de la tesis de la «universalidad» sobre

⁴⁰¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 171-172.

⁴⁰² Naciones Unidas. *Documento A/CONF. 39/11*, p. 39, p. 20.

⁴⁰³ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 47

⁴⁰⁴ SINCLAIR, I. *The Vienna Convention of the Law of the Treaties*. Londres: Melland Schill Fund, 1984, p. 54.

⁴⁰⁵ Así señala REUTER, Paul. Ob. cit., p. 72: «Cada tratado puede determinar su régimen de reservas con entera libertad, la mayoría de las veces no se trata más que de un problema de política convencional».

la de la «integridad». Esta última planteaba originalmente que los tratados debían mantenerse intactos tal como fueron negociados y no aceptaba así, la figura de la reserva. Posteriormente, esta tesis aceptaría los efectos de la reserva pero siempre y cuando fuera aceptada por todos los Estados Partes.

La tesis de la universalidad, por el contrario, buscaba extender las disposiciones del tratado a la mayor cantidad de Estados, para lo cual admitía la divisibilidad del tratado. «La finalidad práctica de la reserva es lograr una mayor difusión de los tratados multilaterales, haciendo posible que llegen a ser parte de estos el mayor número posible de Estados. En efecto, puede suceder que un Estado esté de acuerdo con lo sustancial del tratado, pero que discrepe respecto de algunos asuntos secundarios, o bien, que en virtud de su derecho interno no pueda aceptar ciertas cláusulas no esenciales del tratado. Si no existiese la institución de la reserva, el Estado no podría participar en el tratado. De este modo, la institución de la reserva contribuye a lograr una mayor participación de los Estados en los tratados multilaterales». ⁴⁰⁶

El empleo de las reservas dentro de la práctica convencional tiene su origen en el Acta Final del Congreso de Viena de 1815 y experimentó un progresivo desarrollo durante el siglo XIX y principios del siglo XX. ⁴⁰⁷

Relata Podesta que «antes del establecimiento de la Sociedad de las Naciones, a fines del siglo pasado y comienzos del actual, los Estados depositarios tuvieron que definir su posición en varias oportunidades y en todos los casos aplicaron como una norma consuetudinaria establecida, que era necesaria la aceptación de la reserva por todos los Estados firmantes en el caso de un tratado multilateral, para que pudiera ser admitida y considerar al Estado reservante como parte en el tratado. Si el acuerdo unánime de los firmantes no podía ser obtenido, el Estado reservante tenía como alternativa el retiro de la reserva o abstenerse de ser parte en el tratado». ⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., 1977, p. 169.

⁴⁰⁷ QUEL LÓPEZ, J. *Las Reservas a los Tratados Internacionales (Un examen de la Práctica Española)*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1991, p. 66. BISHOP, William. Ob. cit., p. 260: «La materia de las reservas en los tratados es relativamente nueva en el derecho internacional, y ha crecido su importancia legal conforme se ha incrementado la práctica de reservas. No encontramos mayor discusión en los procedimientos de celebración de tratados en los autores clásicos del derecho internacional de los siglos XVII y XVIII, y no encontramos que las reservas fueran un fenómeno usual. No es posible fijar con certeza la fecha de la primera reserva a un tratado (usando el término "reserva", en su sentido moderno generalmente aceptado)».

⁴⁰⁸ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 49. Así, en la Convención de la Haya de 1899 sobre Guerra Marítima como en el Convenio Sanitario Internacional, Holanda y Francia señalaron que no podían admitir como depositarios las reservas de Gran Bretaña si no se contaba con el consentimiento de todos los Estados firmantes. Ver RUDA, José María. «Los Efectos Jurídicos de las Reservas a los Tratados Multilaterales». En: *Anuario del Comité Jurídico Interamericano*. OEA, 1982, p. 9.

En 1927, en la Sociedad de Naciones, el Comité para la Codificación Progresiva del Derecho Internacional, integrado por Framageot, Diena y Mc Nair, antecesor de la CDI, se inclinó por la tesis de la «integridad». Así, en su Resolución del 21 de setiembre de 1931 y al referirse a unas reservas de Cuba al Estatuto de la C.P.J.I., el Consejo de la Sociedad de las Naciones declaró que «una reserva sólo podía ser formulada al tiempo de la ratificación si todos los otros Estados firmantes están de acuerdo o si tal reserva ha sido prevista en el texto de la Convención».⁴⁰⁹ Mientras tanto, en el ámbito interamericano, en la Convención sobre Tratados de la Habana, de 20 de Febrero de 1928, artículo 6.º, se consagró la tesis de la «universalidad», al señalar:

En los tratados internacionales celebrados entre diversos Estados, la reserva hecha por uno de ellos en el acto de la ratificación sólo afecta a la aplicación de la cláusula respectiva, en las relaciones de los demás Estados contratantes con el Estado que hace la reserva.

Esta cláusula —conocida como «regla panamericana máxima»— «aceptaba plenamente el principio de la divisibilidad, al disponer que la reserva sólo afecta la cláusula sobre la que recae».⁴¹⁰ De igual manera, la Unión Panamericana emitió en 1932 una resolución aplicable a los convenios interamericanos, en la cual disponía que un Estado podía formular una reserva y llegar a ser parte del convenio, a pesar de la oposición de otros Estados, pero estos últimos tenían el derecho a no sentirse obligados respecto del que formulaba la reserva («regla panamericana mínima»).

Otro sistema contemporáneo, el de la Organización Internacional del Trabajo, tomaba por esas mismas épocas una posición radicalmente distinta, al prohibir todo tipo de reservas a los convenios celebrados bajo sus auspicios.⁴¹¹

Posteriormente, en 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió una Opinión Consultiva a la C.I.J. sobre la posibilidad planteada por algunos países del bloque socialista de formular reservas a la *Convención sobre Prevención y Represión del Delito de Genocidio*,⁴¹² señalando las siguientes interrogantes:

⁴⁰⁹ Harvard. *Research in International Law*. Supplement to the A.J.I.L., vol. 29, 1935, pp. 910-911. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 49. BASTID, Suzanne. *Les Traités dans la vie Internationale*. París: Economica, 1985, p. 72.

⁴¹⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 175.

⁴¹¹ CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 173: «El sistema de la Organización Internacional del Trabajo es más radical ya que prohíbe toda reserva a los convenios celebrados bajo sus auspicios».

⁴¹² Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, I.C.J. Reports, 1951, p. 15.

- a) Un Estado que ratifica o adhiere con reservas ¿es parte en la Convención si algunas partes formulan objeciones?
- b) En caso afirmativo, ¿cuál es el efecto de la reserva entre el Estado que la formula y el que la objeta, por una parte, y el que la acepta, por otra?
- c) Con referencia a la primera, ¿cuál es el efecto jurídico de una objeción hecha por: 1) un signatario que no haya ratificado, y 2) un Estado capacitado para firmar o adherir, pero que aún no lo haya hecho?

La C.I.J. el 28 de mayo de 1951 —por siete votos contra cinco— dio respuesta a cada una de estas preguntas:⁴¹³

- a) Sí, puede ser considerado Parte aunque algunos Estados no acepten su reserva si esta es compatible con el objeto y el fin del tratado; en caso contrario no puede ser admitido como Parte.
- b) Los Estados que acepten la reserva como compatible con el objeto y el propósito del tratado pueden considerar que el Estado que formuló la reserva es Parte y el tratado rige entre ellos; los Estados que objetaron la reserva pueden considerar que dicho Estado no es Parte en la convención.
- c) La objeción 1) solo tendrá efecto cuando el objetante haya ratificado el Acuerdo y 2) no tiene efecto jurídico.

Cuenta Podesta que «los jueces disidentes Guerrero, Mc Nair, Read y Hsu Mo defendieron la teoría clásica de la unanimidad del consentimiento. Dijeron que la integridad del tratado no puede sacrificarse a la universalidad. El juez Alvarez se apartó de este criterio y del de la Corte y sostuvo que los tratados cuyo objeto era determinar el status territorial de ciertos Estados y de establecer nuevos e importantes principios de Derecho Internacional, no podían ser objeto de reservas».⁴¹⁴

No obstante, el criterio expuesto por la Corte representa la consagración definitiva de la figura de la reserva en el Derecho de los Tratados, pues recoge básicamente la «regla panamericana mínima», con el agregado del nuevo concepto sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado.⁴¹⁵

Posteriormente, en 1959, durante la VI reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en Santiago de Chile, surge la denominada «Regla Panamericana Media», que admite la divisibilidad pero como excepción, esto es, plantea que el principio general sea la no entra-

⁴¹³ C.I.J. *Recueil*, 1951. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 177.

⁴¹⁴ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., p. 64.

⁴¹⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 177.

da en vigor del tratado entre el Estado autor de la reserva y el Estado objetante, salvo pacto en contrario, que permita la entrada en vigor del acuerdo con exclusión de las cláusulas sobre las cuales recae la reserva.

En 1966, la CDI recogería la tendencia de la «regla panamericana mínima» en su Proyecto de Convención sobre Derecho de los Tratados,⁴¹⁶ pero sería la Conferencia de Viena la que consagraría la regla panamericana *máxima* en escala mundial.⁴¹⁷

En relación con este punto, se plantea la cuestión de si las normas jurídicas incluidas en los artículos 19 a 23 de la Convención se pueden considerar que forman parte del Derecho Internacional General.

Gaja —según Bonet— «se muestra crítico en este punto, afirmando que la práctica internacional no confirma plenamente que todas las disposiciones de la Convención de Viena de 1969 relativa a las reservas se correspondan con normas de Derecho Internacional General.⁴¹⁸ Es evidente, por otro lado, que tampoco la Corte Internacional de Justicia ha afirmado en forma taxativa que todas las reglas jurídicas de los artículos 19 a 23 constituyen normas consuetudinarias, sino que en ellos están codificadas las reglas de Derecho Internacional General en relación con las reservas. Como indica Edwards: «la Convención de Viena no ha pretendido congelar el derecho mediante su codificación, sino coadyuvar a su desarrollo»;⁴¹⁹ por tanto, solo la evolución de la práctica internacional y

⁴¹⁶ Informe CDI. 1966, párrafo 12, pp. 39-40: «Aunque la Comisión reconoció el peso de los argumentos aducidos a favor de que se mantuviera, en toda la medida de lo posible, la integridad de la convención aprobada, estimó que no se debía exagerar el efecto perjudicial de las reservas en cuanto a la integridad del tratado. El tratado mismo sigue siendo la única declaración auténtica del acuerdo entre los Estados partes. La mayoría de las reservas se refieren a un punto particular que un Estado, por una u otra razón, no puede aceptar, y el efecto de la reserva en la integridad general del tratado es con frecuencia mínimo; lo mismo ocurre incluso cuando la reserva se refiere a una disposición relativamente importante del tratado, siempre y cuando la reserva sea formulada por unos pocos Estados. En suma, la integridad del tratado se vería quebrantada considerablemente sólo en el caso de que cierto número de Estados formulara una reserva un tanto fundamental. No cabe duda de que podría darse ese caso pero, aún entonces, el tratado mismo seguiría siendo el acuerdo principal entre los demás Estados parte. Lo esencial para garantizar la eficacia y la integridad del tratado es que un número suficiente de Estados llegue a ser parte en él y acepte la mayoría de sus disposiciones. Además, en el caso de los tratados multilaterales generales, puede comprobarse que no es raro que un Estado sólo pueda participar en el tratado con una o más reservas. La Comisión estimó también que, en la época actual en que se modifican y cuestionan los conceptos tradicionales, la norma apropiada para lograr la mayor aceptación posible del acuerdo mayor o menor que pueda alcanzarse y expresarse en un tratado multilateral es aquella que más convenga a las necesidades inmediatas de la colectividad estatal».

⁴¹⁷ Ibidem, p. 179.

⁴¹⁸ GAJA, G. «Unruly treaty Reservations». En: *Le Droit International à l'heure de sa codificación. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*. Vol. I. Milán, 1987, pp. 307-308. Véase BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 43.

⁴¹⁹ EDWARDS, R.W. «Reservations to Treaties». En: *Michigan Journal of International Law*. 10, 1989, 2, p. 405. Véase BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 43.

del Derecho Internacional Público pueden permitir comprobar en qué medida las reglas de estos artículos de la Convención forman parte del Derecho Internacional General.⁴²⁰

De este modo, las reservas cumplen hoy una doble función: en primer lugar, permiten «que puedan participar en los tratados internacionales un gran número de Estados, fomentando así una amplia cooperación internacional»,⁴²¹ y, en segundo lugar, y en tanto en cuanto que manifestación de la soberanía estatal, facilitan que el Estado se comprometa únicamente respecto a aquellas obligaciones jurídicas que esté dispuesto a asumir, al tiempo que expresa su voluntad de vincularse jurídicamente.⁴²²

El dilema teórico que presenta la institución de las reservas es visto de la siguiente manera por Thierry y Combacau:

En teoría, las reservas colocan al tratado ante un dilema. Si se rechaza admitirlas, se corre el riesgo de limitar el número de Estados que se comprometerán, ya que pocos pueden aceptar el conjunto de sus disposiciones. Esto es incómodo sobre todo en el caso de los convenios multilaterales que se consideran ampliamente abiertos. En cambio, se salvaguarda la unidad del tratado y la integridad de las reglas que este propone. A la inversa, si se admiten las reservas de manera demasiado liberal, se asegura una extensión fácil del tratado, pero puede ser una extensión falaz, en la medida que cada Estado tendrá una tendencia a reescribir el tratado por su cuenta, desmantelando de esa forma su unidad jurídica. Entonces hay que escoger entre la unidad de las reglas del tratado y la extensión del número de participantes. Pero, la ausencia de homogeneidad de la sociedad internacional, las profundas divergencias ideológicas y políticas entre los Estados, conducen a no ser demasiado rigurosos a este respecto, si se quiere llegar a convenios generalmente aceptados.⁴²³

⁴²⁰ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 43.

⁴²¹ Documento A/CONF. 39/11, Nueva York, 1969, p. 118, pár. 2. Sobre este punto señala CHAUMONT, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCA-DI*. 1970-I, t. 129, pp. 448-449: «La diversificación de los acuerdos posibles no parece llevada a su extremo. Sacrificar la cláusula en su integridad en beneficio de la reserva, es sacrificar al Estado objetor; sacrificar la reserva en beneficio de la integridad de la cláusula, es sacrificar al autor de la reserva. La única manera de evitar uno u otro de esos sacrificios es considerar que, aplicando todas las otras cláusulas del tratado, la cláusula objeto de la reserva queda en una suerte de suspenso entre el autor de la reserva y el Estado objetor. Queda solamente la posibilidad de un acuerdo futuro. ¿Qué formas puede tomar este acuerdo futuro? Primeramente es concebible que al cabo de cierto tiempo uno de los Estados haya modificado su punto de vista: por ejemplo se haya levantado la objeción a la reserva».

⁴²² BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., pp. 43 y ss.

⁴²³ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., pp. 83-84.

8.3. Oportunidad de la Reserva

Artículo 19

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) Que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) Que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) Que, en los casos no previstos en los apartados a y b, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

La reserva como acto formal debe presentarse por escrito y ser registrada en un instrumento diplomático. Si se la formula al tiempo de la firma, debe quedar incluida en el instrumento original del tratado; si es formulada al tiempo de la ratificación o de la adhesión, debe ser incluida en el correspondiente instrumento de ratificación o adhesión. La reserva puede también registrarse en un protocolo separado o *procès verbal*. En este sentido, es acertado el comentario de Quel López al afirmar que el «formalismo de la reserva contrasta en su primer momento con la tendencia general en Derecho Internacional orientada hacia la atenuación de la exigencia de requisitos formales, sobre todo en relación con la prestación del consentimiento». ⁴²⁴ Sin embargo, por los efectos jurídicos que produce la reserva, se impone como exigencia lógica una certeza jurídica en cuanto a su contenido y efecto. ⁴²⁵

Específicamente, «el artículo sanciona la norma consuetudinaria sobre el momento en que debe formularse la reserva», ⁴²⁶ esto es, el momento de manifestación del consentimiento.

Adicionalmente, el artículo establece como regla general la procedencia de la reserva en los tratados internacionales señalando tan solo tres excepciones: a) que la reserva esté expresamente prohibida; b) que la reserva esté implícitamente prohibida o c) que la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

De este modo, y a diferencia de anteriores proyectos, el artículo 19 perfiló en sentido positivo la posibilidad de formular reservas; es decir, en él se ha establecido en principio el derecho de los Estados de formular reservas, se ha impuesto unos límites al mismo y se ha evitado cualquier constatación negativa en la concepción de su régimen jurídico.

En relación con la imposibilidad de formular reservas incompatibles con el objeto y fin del Tratado, debemos realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, es necesario señalar que «objeto» y «fin» son dos términos que no significan lo mismo. La Corte Permanente de Justicia

⁴²⁴ QUEL LÓPEZ, J. Ob. cit., p. 24. Véase BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 62.

⁴²⁵ BONET, Jordi. Ob. cit., p. 62.

⁴²⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 181.

Internacional en el *Asunto Relativo a las Escuelas Minoritarias en Albania*, señaló que: «El objeto de un acto reside en la norma que él crea mientras el fin se caracteriza por el resultado que persigue conseguir el autor del acto a través de la norma creada»,⁴²⁷

De esto se desprende, en segundo lugar, que lejos de servir de freno a posibles reservas que atenten contra el «objeto y fin» del tratado, el grado de subjetividad de estos términos sumado al margen de discrecionalidad de los Estados que serán los que al final de cuentas determinen si existe o no tal incompatibilidad, que esta norma resulta insuficiente.⁴²⁸ Más grave es la situación en el caso de los tratados de derechos humanos, donde la apreciación individual, discrecional y subjetiva de los Estados sobre esta incompatibilidad podría determinar la desnaturalización del instrumento. Incluso, nada impide que uno o más Estados acepten una reserva contraria al objeto y fin de un tratado, por consideraciones de tipo político o económico.

En atención a todo esto, se han propuesto soluciones diversas. Una primera consiste en identificar las normas consideradas como fundamentales por el propio pacto y por tanto inderogables en situaciones de excepción, como normas compatibles con el objeto y fin del tratado, no sujetas a reserva. Esta identificación entre normas inderogables y normas no sujetas a reserva ha sido recogida por la doctrina y jurisprudencia internacionales como criterio general a ser tomado en cuenta, aunque con ciertas excepciones.⁴²⁹ Una segunda consiste en designar en el tratado ciertos órganos capacitados para establecer si existe o no tal compatibilidad.⁴³⁰ Finalmente, una tercera posibilidad consiste en contar con un sistema colegiado, según el cual, cuando se alcanza determinado número de objeciones a una reserva, esta será considerada como incompatible con el objeto y fin del tratado.⁴³¹ Sobre este sistema ha señalado Carrillo Salcedo:

⁴²⁷ C.P.J.I. *Asunto Relativo a las Escuelas Minoritarias en Albania*, 1935.

⁴²⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 72.

⁴²⁹ BONET, Jordi. Ob. cit., p. 141. Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OC-3/83, 8/9/1983, *Serie A: Fallos y Opiniones*, 3, 61.

⁴³⁰ Como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la Convención Americana. GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 200; y del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comentario General n.º24 (52). Documento CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 6 (11-11-1994).

⁴³¹ Es el caso del artículo 20 (2) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, donde se considera «que una reserva es incompatible e inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de la Convención formulan objeciones a la misma».

[...] contribuye a reducir el margen de discrecionalidad y subjetivismo que, de hecho, siempre es posible en la aplicación de la directriz racional de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del convenio, y puede servir para establecer un equilibrio entre el tratado y los intereses de los Estados al evitar una excesiva fragmentación del régimen jurídico convencional conservando, sin embargo, un mínimo de flexibilidad.⁴³²

En el caso específico de los tratados de Derechos Humanos, se plantea la cuestión de si, al consagrar derechos que se consideran inderogables en cualquier circunstancia, estos pueden ser objeto de reserva. Al respecto, indica Imbert que la identidad entre inderogabilidad e incompatibilidad de las reservas no puede ser ni absoluta ni general.⁴³³

Esto —según Bonet— «no significa que el derecho pueda ser privado de su contenido básico ni ser a su vez sometido a derogación. Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda reserva está destinada a permitir al Estado la suspensión de un derecho fundamental, resultando entonces que la reserva sobre aquellos derechos cuya derogación esté en toda hipótesis prohibida debe ser considerada incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana de Derechos Humanos. En cambio, si la reserva persigue solamente restringir ciertos aspectos específicos de un derecho inderogable sin privarle de su propósito básico, no puede decirse entonces lo mismo».⁴³⁴

8.4. Aceptación y Retiro de la Reserva

Artículo 20

1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga.
2. Cuando el número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.
3. Cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

⁴³² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 73.

⁴³³ IMBERT, P. H. *La question des réserves et les Conventions en matière de droits de l'homme*. En: *Conseil de l'Europe*. París: Pedone, 1982, p. 105.

⁴³⁴ C.I.D.H. Opinión Consultiva OC-3/83, 8/Setiembre/1983, *Serie A: Fallos y Opiniones*, 3, p. 61. Véase BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 141.

4. En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa:
 - a) La aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados;
 - b) La objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria;
 - c) Un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.
5. Para los efectos de los párrafos 2 y 4, y a menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado cuando éste no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior.

La principal idea que inspira el artículo 20 de la Convención es que el consentimiento es la base de la validez de una reserva. Esta simple norma fue puesta en tela de juicio en 1950 por los Estados socialistas; para estos, en aquel tiempo, un Estado tenía el derecho no solo de proponer, sino de hacer una reserva, la que, en su opinión, produciría efectos jurídicos desde el momento de su formulación, sin que, para ello, sea necesaria ninguna aceptación.

La Convención consagra en el artículo 20, la norma básica de que no se pueden imponer obligaciones a un Estado sin su consentimiento. «El concepto de soberanía opera en ambos sentidos, para el Estado que formula la reserva o para el Estado que la acepta o la rechaza».⁴³⁵

El primer párrafo de este artículo «asienta una norma lógica: en ausencia de disposición contraria, una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación de los demás contratantes».⁴³⁶

La aceptación expresa puede otorgarse al tiempo que la reserva es formulada, o por adelantado, en el tratado mismo. En este último caso, como ya lo hemos dicho, no necesita otra nueva aceptación.

En cuanto al segundo párrafo, en sus comentarios, los gobiernos pusieron en duda que la expresión «un grupo reducido de Estados» tuviera la suficiente precisión para suministrar por sí misma un criterio suficiente sobre los casos exceptuados de las normas generales de ese flexi-

⁴³⁵ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. Ob. cit., pp. 70-71.

⁴³⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 181.

ble sistema. La Comisión volvió a examinar este punto y llegó a la conclusión de que lo decisivo era la intención de las partes de que el tratado se aplique cabalmente entre todas ellas.⁴³⁷ Por lo demás, es el caso de los tratados regionales, de integración, entre otros.

Asimismo, cabe aclarar que, cuando la norma ordena la aceptación por todas las «Partes», no debe entenderse esta expresión en el sentido del artículo 2, inciso 1, literal g de la Convención de Viena de 1969. Aquí, debemos entender que se está refiriendo a los Estados que han manifestado su voluntad de quedar obligados por el tratado, aunque este no esté en vigor, pues de lo contrario, «sería muy fácil dejar de lado el principio de la unanimidad».⁴³⁸

El párrafo 3 tiene como precedente un Informe del Secretario General de Naciones Unidas de 1959, en relación con la decisión adoptada respecto a una pretendida «reserva» a la Convención de la OMCI, en el cual expuso que consideraba invariablemente que debía remitir el asunto al organismo autorizado para interpretar la convención de que se tratará.⁴³⁹ La Comisión estimó que en el caso de las constituciones de las organizaciones internacionales, la integridad del instrumento es una consideración de mayor entidad que otras y que corresponde a los miembros de la organización decidir, por conducto del órgano competente, si es aceptable algún menoscabo de la integridad del documento.⁴⁴⁰

En el párrafo 4 figuran las tres normas básicas del sistema flexible que han de regir la situación de los Estados contratantes por lo que respecta a las reservas a los tratados multilaterales que no estén comprendidos en los párrafos anteriores. El apartado a) reproduce una norma general ya admitida. El apartado b) se explica pues si bien la objeción a una reserva indica normalmente una negativa a entrar en relaciones contractuales sobre la base de la reserva, a veces se hacen objeciones a las reservas, por razones de principio o de política, pero sin intención de impedir la entrada en vigor del tratado entre el Estado que hace la objeción y el Estado autor de la reserva. Finalmente, el apartado c) determina el momento en que el Estado autor de una reserva puede ser considerado como Estado parte del tratado.

⁴³⁷ *Anuario de la CDI*. Vol. II, 1966, p. 28.

⁴³⁸ RUDA, José María. *Ob. cit.*, 1982, p. 46.

⁴³⁹ Documentos Oficiales de la Asamblea General. Decimocuarto Periodo de Sesiones, Anexos, Tema 65 del Programa, Documento A/4235.

⁴⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 181. Sobre lo mismo, THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. *Ob. cit.*, p. 86: «Cuando se trata de un *tratado constitutivo de una organización internacional*, la reserva deberá ser eventualmente aceptada por el órgano competente de la organización, dependiendo al respecto de las disposiciones pertinentes del tratado, que podrá ser más liberal o más restrictivo».

Al igual que las reservas, las objeciones

tienen como objetivo permitir a los Estados proteger en el ámbito convencional sus intereses esenciales, propiciando a su vez la mayor participación posible en tratados internacionales de carácter multilateral cuya razón de ser, es precisamente su deseo de constituirse en universales. De ello, y considerando además que *per se* las objeciones no impiden la entrada en vigor del tratado internacional entre quien formula la reserva y el autor de la objeción, se infiere que no es descartable que un Estado pueda realizar una objeción sin que ésta se sustente en la presunta incompatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado internacional.⁴⁴¹

El párrafo 5 introduce la aceptación tácita (automática luego de vencido un plazo de doce meses), en dos casos concretos: si la reserva se formula cuando un Estado ya manifestó su consentimiento en obligarse por el tratado o cuando un Estado manifiesta su voluntad de obligarse por un tratado con posterioridad a la formulación de la reserva. En el primer caso, el Estado tendrá doce meses, computados desde la fecha en que le fue notificada la reserva, para objetarla; de lo contrario, se presumirá su aceptación. En el segundo caso, si la objeción no se plantea en el momento mismo de obligarse por el tratado, se considerará aceptada la reserva.

Esta norma recoge así la práctica de los Estados.⁴⁴² La propia Corte en el asunto de las *Reservas a la Convención sobre el Genocidio* dijo que en la práctica internacional se admitía la aceptación tácita de reservas. Y por último, en 1959, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos recomendó que, si dentro del término de un año no se recibía contestación alguna de un Estado al cual se hubiere comunicado una reserva, debía presumirse que el Estado interesado no tenía objeción a la reserva.⁴⁴³

Con ello, se abandonó el plazo de noventa días que el Secretario General empleaba para incluir al Estado a los efectos de sumar las ratificaciones necesarias para la entrada en vigor del Tratado Internacional y los tres meses propuestos por Lauterpacht o Fitzmaurice, que respondían a una cierta práctica internacional.⁴⁴⁴

De esto se desprende que la reserva tácita no podría ser planteada en el caso de una reserva expresamente autorizada (inciso 1), ni en el caso de un tratado constitutivo de una Organización Internacional que requiere la aceptación de su órgano competente (inciso 3).

⁴⁴¹ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 114.

⁴⁴² Así, en algunas Convenciones, se presume el consentimiento una vez transcurridos tres meses o en algunos casos seis. Por ejemplo, el Convenio Internacional de 1952 para facilitar la importación de muestras comerciales y material de propaganda (90 días); y el Convenio Internacional de 1929 para la represión de la falsificación de moneda (6 meses).

⁴⁴³ *Anuario de la CDI*. Vol. II, 1966, p. 29.

⁴⁴⁴ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 154.

8.5. Efectos Jurídicos

Artículo 21

1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:
 - a) Modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma; y
 - b) Modificará, en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.
2. La reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.
3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiere ésta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva.

La expresión «una reserva que sea efectiva» hace alusión a aquella reserva que ha sido formulada, aceptada y produce plenos efectos jurídicos.⁴⁴⁵

Los párrafos 1 y 2 hacen alusión a que toda reserva produce efectos recíprocos entre el Estado que la formula y cualquier otra de las partes que la acepte, de modo que modifica el tratado en cuanto a las relaciones entre las partes, en lo que se refiere a las disposiciones objeto de la reserva; pero no modifica las disposiciones del tratado con respecto de las demás partes, *inter se*, puesto que no la han aceptado como un elemento del tratado en sus relaciones mutuas.⁴⁴⁶

Entonces, «tal y como está prevista la aceptación en la Convención de Viena de 1969, se constituye, por un lado, en un condicionamiento de los efectos jurídicos del tratado internacional desde el punto de vista de las relaciones bilaterales que se producen a partir del mismo y, por otro lado, como un requisito para la entrada en vigor del tratado internacional respecto a quien la formula».⁴⁴⁷

Si un Estado acepta la reserva formulada por otro Estado constituye al Estado autor de la reserva en parte del tratado con respecto del Estado que ha aceptado la reserva. En este caso, se excluyen o modifican las disposiciones del tratado objeto de la reserva.⁴⁴⁸ En otras palabras, la relación jurídica entre el reservante y el aceptante versará únicamente res-

⁴⁴⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 183.

⁴⁴⁶ *Anuario de la CDI*. Vol. II, 1966, p. 30.

⁴⁴⁷ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 150.

⁴⁴⁸ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1244.

pecto de aquellas disposiciones del tratado que no han sido reservadas⁴⁴⁹ (reserva excluyente); o regirá el tratado modificado por el contenido de esta reserva (reserva modificatoria).

Por su parte, «las objeciones son declaraciones unilaterales vinculadas directamente a las reservas y, por consiguiente, sus efectos jurídicos» se producen en relación con ellas. «En definitiva, son la otra cara o contrapartida de la aceptación de la reserva». A partir de estas consideraciones, pueden distinguirse dos modalidades de objeciones: la objeción total, que es aquella que expresamente establece como efecto jurídico la no entrada en vigor del tratado internacional respecto al autor de la reserva; y la objeción parcial, cuando el tratado entra en vigor entre el Estado reservante y el objetante, con excepción de la disposición que constituye el objeto de la reserva (en el caso de la reserva excluyente).⁴⁵⁰ En palabras de Yaseen, Presidente del Comité de Redacción: «En caso de que la reserva formulada por un Estado solo se refiere a los tres primeros párrafos de un artículo, estos tres párrafos serían los únicos que no se aplicarían entre el Estado autor de la reserva y el Estado que hubiese formulado una objeción a esa reserva sin oponerse a la entrada en vigor del propio tratado».⁴⁵¹

Como podemos apreciar, la consecuencia de una objeción parcial es la misma que una reserva excluyente aceptada por un Estado Parte. En el caso de la objeción total, que debe manifestarse en forma expresa, se busca resguardar el derecho de un Estado a no ser parte de un tratado que a raíz de la reserva no es el originariamente convenido.

El párrafo 3 prevé el caso especial en el que un Estado, al objetar una reserva, declara, no obstante, que considera que el tratado está en vigor entre él y el Estado autor de la reserva. En este caso, las disposiciones a que se refiere la reserva no se aplicarán entre los dos Estados en toda la amplitud de la reserva.⁴⁵²

⁴⁴⁹ RUDA, José María. Ob. cit., p. 196: «La aceptación de la reserva y la objeción a la reserva crean, cada una, una nueva situación jurídica respecto al tratado original, que produce importantes efectos legales. Finalmente la reserva es una nueva cláusula que modifica el alcance de ciertas provisiones del tratado».

⁴⁵⁰ BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 161. Asimismo, THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 87: «En cuanto a la objeción, que debe ser formulada por escrito, ella no impide salvo indicación contraria la entrada en vigor del tratado entre el autor de la reserva y el Estado objetor. Ella simplemente excluye entre ambos la aplicación de la disposición controvertida, y solamente sobre los puntos a que la reserva se refiere. La exclusión puede no ser más que parcial. La objeción puede en principio ser retirada en todo momento, lo mismo que la reserva. En cambio, la aceptación no puede ser retirada unilateralmente. Así es manifiesto el deseo de facilitar al máximo la participación en los tratados, y conducir a una extrema diversificación del contenido de los compromisos convencionales en el marco de un mismo tratado».

⁴⁵¹ Documento A/CONF, 39/11 Add. 1, pár. 10.

⁴⁵² BONET PÉREZ, Jordi. Ob. cit., p. 161.

Finalmente, ¿cuál sería el estatus jurídico de un Estado que ha manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado formulando reservas hasta que estas son aceptadas y objetadas parcialmente?

El asunto resulta complicado, pues si bien por el artículo 2, 1f, estaríamos frente a un Estado Contratante; conforme al artículo 20, 4a y 20, 4f, el ingreso del Estado al tratado, esto es, su calidad de Estado Contratante estaría condicionada por la voluntad de un tercero.

En atención a estas últimas disposiciones, que tienen carácter especial, nos inclinamos por afirmar que el Estado no puede ser considerado como Estado Contratante en tanto su reserva no sea aceptada, objetada parcialmente o transcurra el plazo de doce meses sin mediar objeciones. Tampoco es un Estado negociador en tanto el texto del Tratado ya fue autenticado y el Estado ya manifestó su consentimiento en obligarse por el Tratado. Se trata entonces de una situación transitoria, cuya definición y efectos jurídicos serán determinados por un tercero. En todo caso, dicho Estado conforme al artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 estará obligado a respetar el objeto y fin del tratado, y no podrá con su conducta atentar contra dichas normas.

8.6. Retiro de Reservas y Objeciones

Artículo 22

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva, podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado.
2. Salvo que el tratado disponga otra cosa, una objeción a una reserva podrá ser retirada en cualquier momento.
3. Salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa:
 - a) El retiro de una reserva sólo surtirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando ese Estado haya recibido la notificación;
 - b) El retiro de una objeción a una reserva sólo surtirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el Estado autor de la reserva.

Se ha sostenido algunas veces que cuando un Estado acepta una reserva formulada por otro Estado, no puede esta ser retirada sin el consentimiento del que la aceptó, porque la aceptación de la reserva establece entre los dos Estados una relación que no puede modificarse sin el consentimiento de ambas. No obstante, la Comisión consideró preferible la norma según la cual, salvo que el tratado disponga otra cosa, el Estado que formula la reserva tendrá siempre la libertad de modificar su actitud para conformarse con todas las disposiciones del tratado. A su juicio, debe presumirse que las partes en un tratado desean que el Estado que ha formulado una reserva la retire, a menos que se haya incluido en el tra-

tado una limitación con respecto del retiro de la reserva. En consecuencia, el párrafo 1 del artículo formula la norma general.⁴⁵³

Por otro lado, puesto que una reserva constituye una «derogación» de las disposiciones del tratado hecha a petición del Estado que la formula, la Comisión estimó que debe corresponder a ese Estado comunicar a los demás Estados el retiro de la reserva. Estos últimos no pueden ser responsables del quebrantamiento de las obligaciones del tratado a que se refiera la reserva en que se incurriera por ignorancia de su retiro.⁴⁵⁴

La Comisión estimó también que los Estados podían necesitar en cierto tipo de tratados un breve plazo para adaptar su derecho interno a la nueva situación resultante del retiro de la reserva. No obstante, llegó a la conclusión de que formular esa necesidad como una norma general implicaba ir demasiado lejos; incluso, en muchos casos, conviene que el retiro surta efectos inmediatamente.⁴⁵⁵

8.7. Declaraciones Interpretativas

La doctrina ha discutido si algunas «declaraciones» o «entendimientos» pueden ser considerados como reservas. Se trata de declaraciones por las que un Estado intenta dar una interpretación o entendimiento a una cláusula de un tratado. Si la declaración intenta excluir o modificar algunas de las disposiciones del tratado, esta puede ser considerada como una reserva.⁴⁵⁶ De lo contrario, implica una simple manifestación de voluntad del Estado destinada a señalar una posición.⁴⁵⁷

En efecto, una «declaración» interpretativa «es un acto unilateral, que tiene por objeto hacer una interpretación total o parcial de un tratado, y que no debe ser confundido con una reserva».⁴⁵⁸ «Las declaraciones tienen su origen en tratados que prohíben la formulación de reservas; su

⁴⁵³ *Anuario de la CDI*. Vol. II, 1966, pp. 30-31.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 31

⁴⁵⁵ *Ídem*.

⁴⁵⁶ Así lo señala JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, *RCADI*. p. 38: «Las palabras cruciales en esta definición son "excluir" o "modificar": estos verbos distinguen las reservas de las meras declaraciones interpretativas y cada declaración debe ser tratada como reserva sólo si tiene como efecto excluir o restringir el efecto legal de ciertas provisiones del tratado».

⁴⁵⁷ *Ídem*. Por su parte, LACHS, Manfred. *Ob. cit.*, pp. 302-303: «Se conocen también declaraciones por las cuales un Estado emite una reserva según la cual las disposiciones del tratado no prejuzgan en nada su posición en ciertas cuestiones que son esenciales para él. [...] Estas reservas no tienen los rasgos característicos de las reservas, sino que ellas pueden tener más bien un significado para la interpretación de otros tratados que conciernen a problemas parecidos. Todas las declaraciones de este tipo no tienen el carácter de reservas [...] Lo mismo sucede con las declaraciones que conciernen al tratado pero que tienen un carácter de protestas teóricas».

⁴⁵⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, p. 187. VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 112.

objeto no es excluir la aplicación de una disposición del tratado o modificar sus efectos jurídicos, sino solamente atribuir una interpretación determinada en un campo de posibilidades de interpretación».⁴⁵⁹

Al interior de la CDI, «las opiniones se dividieron entre quienes consideraban la declaración interpretativa como “reserva”, quienes dijeron que era un acto parecido a una reserva y quien señaló una distinción muy clara entre una y otra. Primó este último criterio, en tanto quien formula una declaración interpretativa» no busca modificar ni extinguir una cláusula del acuerdo sino interpretarla en determinado sentido, por lo que resultaba más apropiado que tal declaración se rigiera por las normas sobre interpretación de la Convención.⁴⁶⁰

En este sentido, se rechazó la posibilidad de incluir en el artículo 2 (1d) de la Convención de Viena una referencia a una finalidad interpretativa de las reservas, propuesta por una enmienda húngara, así como por el Delegado Nettel de Austria durante la 6ta. Sesión de la Comisión Plenaria, de 1 de abril de 1968.⁴⁶¹

Sin embargo, en la práctica resulta difícil distinguir una reserva de una declaración interpretativa, pues muchas veces esta última es formulada de tal forma que en verdad esconde una reserva. En tales casos, habrá que analizar la verdadera intención del declarante con el propósito de atribuirle a dicho acto los efectos correspondientes.

Por último, según lo señala Remiro Brotóns, la declaración interpretativa no será oponible a los demás Estados a menos que la acepten expresamente.⁴⁶²

8.8. Situación Actual

La norma consuetudinaria codificada por el artículo 19 de la Convención, poco a poco empieza a ser abandonada por la nueva práctica de los Estados de aprobar los tratados por consenso, lo que no admite la posibilidad de reservas, aunque sí de declaraciones interpretativas.⁴⁶³

Ello fue formulado en el informe de la delegación norteamericana al IX periodo de la Conferencia sobre el Derecho del Mar:

Como la Convención es en su conjunto un acuerdo global que refleja distintas prioridades para diferentes Estados, permitir la formulación de reservas sería, inevitablemente, permitir que un Estado

⁴⁵⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 187.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 189. *Informe CDI*. P. 24.

⁴⁶¹ NACIONES UNIDAS, Documento A/CONF, 39/C.1./L.23.

⁴⁶² REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 260.

⁴⁶³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 186.

eliminase el «quid» del «quo» de otro Estado. Por ello, hubo acuerdo general en la Conferencia en el sentido de que en principio las reservas no serían permitidas.⁴⁶⁴

Siguiendo este criterio, la Convención expresa en su artículo 309 que «no se podrán formular reservas ni excepciones a esta Convención, salvo las expresamente autorizadas».

Por otro lado, las Resoluciones 48/31/ y 49/51 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1993 y 1994, respectivamente, aprobaron encargar al profesor Alain Pellet la relatoría sobre la práctica actual en materia de reservas, lo que dio como resultado un Primer Informe en 1995, un Segundo Informe en 1996 y un Tercero en 1999.

Así, en estos Informes se plantea la moderna tendencia de los órganos internacionales de derechos humanos, europeos e interamericanos, de cuestionar las reservas efectuadas a los pactos de derechos humanos, planteando de esta forma la inquietud de instituir un régimen especial para dichos tratados.⁴⁶⁵

Se señala que, tratándose de normas contenidas en tratados de derechos humanos, pertenecientes a la categoría de *ius cogens*, no sería posible formular reservas y sustraerse a su cumplimiento. Esto tiene como base la opinión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuando señaló: «Las disposiciones [...] que representan reglas de derecho internacional consuetudinario no pueden ser objeto de reservas».⁴⁶⁶

Con mayor razón no podrán ser objeto de reservas aquellas normas imperativas y universales, comúnmente llamadas de *ius cogens*. Debemos subrayar, sin embargo, que no todas las normas contenidas en tratados de derechos humanos tienen carácter de *ius cogens*, sino tan solo algunas de ellas (sustantivas e incluso procesales). Por lo cual, habrá que prever diferentes tratamientos según se trate de normas de derechos humanos con categoría de *ius cogens* o de simples normas dispositivas.

Por último, en dichos Informes también se plantea la necesidad de establecer criterios prácticos de diferenciación entre la figura de la «reserva» y la de la «declaración interpretativa», lo que está trayendo algunos problemas en su aplicación práctica.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Ídem.

⁴⁶⁵ Ídem.

⁴⁶⁶ COHEN-JONATHAN, Gérard. «Les Réserves dans les Traités institutionnels relatifs aux Droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux». En: *Revue Générale de Droit International Public*. T. 100, 4, 1996, p. 930. En el mismo sentido, se pronunció BOUTROS-GHALI. *Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos (1945-1995)*. Introducción. Nueva York, 1995, p. 109: «la universalización de las convenciones de derechos humanos no debe ir acompañada de la formulación sistemática de reservas, lo cual restaría fuerza al compromiso de los Estados [...]».

⁴⁶⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 191.

9. Nulidad de los Tratados

El tratado, como todos los actos jurídicos «está sometido a ciertas condiciones de validez y deja de ser válido si es afectado por causas que provoquen su nulidad; deja de tener valor jurídico, si faltan algunas de las condiciones de fondo o de forma necesarias para su validez»⁴⁶⁸

El derecho interno distingue entre la nulidad y la anulabilidad, y en segundo lugar, entre nulidad absoluta o relativa. «La nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico determinado». Entonces, un acto nulo «autoriza al órgano judicial competente, una vez probada la causal, a constatar directamente la nulidad del acto, pudiendo actuar *ex officio*». Los actos anulables, por el contrario, «son aquellos cuya causa de invalidez deja al arbitrio judicial la apreciación amplia de la eventual nulidad».⁴⁶⁹

La segunda distinción se refiere a la nulidad absoluta, concebida por el legislador como apuntando a la protección del orden público, y la nulidad relativa, si el ámbito de protección legal ampara solo intereses particulares. Por otro lado, el derecho de pronunciar o invocar la nulidad corresponde al juez, a la parte interesada o a terceros en el caso de la absoluta y, es privativo de la parte interesada, en el caso de la relativa.⁴⁷⁰

En el Derecho Internacional, autores como Verdross admiten la existencia de actos nulos y anulables. Así, este autor señala que: «Los tratados cuya celebración adoleciera de un vicio del consentimiento no son de suyo inválidos (nulos), sino tan solo total o parcialmente impugnables (anulables)».⁴⁷¹

Por su parte, como Guggenheim, distingue entre actos inexistentes y actos nulos (de nulidad absoluta o relativa) pero no se refieren para nada a los anulables. Como ejemplo de acto inexistente el autor señala el caso de un acto producido por un sujeto sin capacidad para crear actos jurídicos internacionales.⁴⁷²

⁴⁶⁸ RUDA, José María. «Nulidad de los Tratados». En: *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 661.

⁴⁶⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 267.

⁴⁷⁰ Ibidem, pp. 267-268.

⁴⁷¹ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 116. Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 268.

⁴⁷² Ibidem, p. 269. Véase GUGGENHEIM, Paul. «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74, pp. 203-204: «Como todo orden jurídico, el derecho internacional debe igualmente prever la situación en la cual la manifestación exterior de una cierta voluntad no está en capacidad de crear ni un acto jurídico válido, ni un acto jurídico nulo, sino que se trata de la formación de un acto que la doctrina del derecho interno, como aquella del derecho internacional, califican de "acto inexistente". Es cuando los individuos o las entidades jurídicas tienen la pretensión de haber creado un acto jurídico, aún cuando la carencia de los elementos de tal acto es tal que esto no será puesto en cuestión».

Ago y Rosenne «conducen con Guggenheim en cuanto a que no es posible aplicar el sistema general de las nulidades propio del derecho interno al Derecho Internacional. El primero dice textualmente: «La anulabilidad es un concepto aplicable únicamente en derecho interno, en el cual se puede recurrir a una autoridad competente para pronunciar la nulidad».⁴⁷³

No obstante, la CDI se inclinó por diferenciar dos tipos de nulidad: la nulidad absoluta, que puede ser alegada por cualquier Estado interesado y que debe ser declarada por un tribunal competente o por cualquier órgano internacional encargado de la aplicación del tratado, aún si no ha sido invocado por las partes del caso; y la nulidad relativa, que solo puede ser alegada por el Estado que ha sido víctima de las consecuencias de la causal. La primera es imposible de ser subsanada; la segunda es posible de ser subsanada por el acuerdo expreso o la aquiescencia ulterior de la parte interesada.⁴⁷⁴

9.1. Causales de Nulidad Absoluta

La Convención de Viena contempla cuatro causales de nulidad absoluta: «dos de ellas obedecen a un vicio sustancial de consentimiento», el cual es la violencia, coacción o uso de la fuerza. El primer supuesto, coacción contra el representante, «es uno de los supuestos más clásicos y unánimemente aceptados de nulidad», en tanto que la coacción contra el Estado es aceptada solamente desde 1945 con la Carta de Naciones Unidas, «donde aparece la ilicitud de la amenaza o uso de la fuerza con alcance general».⁴⁷⁵

Los otros dos casos de nulidad absoluta responden a un hecho jurídico: «la existencia o la aparición de una norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*)».⁴⁷⁶

Con el fin de preservar el orden público internacional, la nulidad absoluta se produce automáticamente y el tratado no es susceptible de confirmación ulterior por la voluntad de las partes.

⁴⁷³ Ídem. *Anuario CDI*. 1996, t. I. 1.ª parte, pp. 24-25. En el mismo sentido se pronuncia RUDA, José María. Ob. cit., p. 662.

⁴⁷⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., pp. 85-86. También RUDA, José María. Ob. cit., p. 662.

⁴⁷⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 277.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 278.

9.1.1. Vicios Sustanciales del Consentimiento

a) Coacción sobre el Representante del Estado

Artículo 51

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.

Los actos de coacción o amenaza dirigidos contra los representantes de un Estado, en su calidad de tales o en su calidad personal, para obtener la celebración de actos tendientes a expresar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado, invalidan dicho consentimiento.⁴⁷⁷

Sobre el tema, Waldock aclara los alcances del artículo:

Cuando con actos o amenazas se haya coaccionado física o mentalmente, en su persona o asuntos de interés personal, a los representantes individuales de un Estado o a los miembros de un órgano del mismo a fin de inducir a esos representantes o a ese órgano a firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o adherirse al mismo.⁴⁷⁸

Fitzmaurice «incluía los actos o amenazas dirigidos a miembros de familia o personas a su cargo, pero no aceptaba los actos dirigidos contra los bienes del representante [...] criterio verdaderamente discutible, pues los bienes no son elementos poco importantes para ejercer una coacción ilegítima».⁴⁷⁹

La coacción comprende entonces no solo la amenaza contra su persona sino también contra su carrera, su patrimonio o su situación social, por la revelación de indiscreciones de su vida privada, y, también, la amenaza de perjudicar a un miembro de su familia como medio de coacción sobre el representante. Así lo señalan Thierry y Combacau.⁴⁸⁰

La coacción ejercida contra el representante se presenta de una manera todavía más imprecisa que el dolo, aún cuando sus efectos sean más rigurosos. No es indispensable que ella emane de un Estado negociador. Si ella se dirige a la persona del representante y no a su calidad oficial —ya que ello devendría en una coacción directa contra el Estado—, sea por presiones físicas, sean por un chantaje o aún por amenazas contra parientes próximos, esto constituye un supuesto de coacción.

⁴⁷⁷ Ídem.

⁴⁷⁸ *Yearbook ILC*. 1963, t. II, p. 50. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 278.

⁴⁷⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 279.

⁴⁸⁰ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 98.

La invalidez, en este caso, adopta la forma de nulidad absoluta («cacerá de todo efecto jurídico») y opera *ipso facto* debido a la gravedad de la causal. Un ejemplo es el señalado por De la Guardia en relación con las amenazas al presidente checoslovaco Hácha y su ministro de Relaciones Exteriores, en 1939, para obtener su firma en un tratado por el que se creaba un protectorado alemán sobre Bohemia y Moravia, repetido en 1968 con el presidente Dubcek del mismo país por parte de las tropas soviéticas. Otros casos son el de la Dieta de Polonia en 1773, rodeada militarmente hasta que los diputados aprobaran los tratados que sancionaban el reparto y la consciente desaparición de su propio país,⁴⁸¹ o el del Tratado de Madrid de 1526, celebrado mientras Francisco I de Francia estaba preso en un castillo en Madrid. Otros ejemplos son señalados por Sierra: el Concordato concluido en 1111, entre el rey Enrique I de Inglaterra y el Papa Pascual II, obtenido por la fuerza, luego de haber estado el Papa prisionero durante dos meses. Un último ejemplo es el Tratado de Protectorado impuesto por el Japón en 1905 al emperador de Corea y a sus ministros, el cual fue firmado cuando los representantes se hallaban estrechamente vigilados por guardias militares y, por tanto, bajo evidente coacción.⁴⁸²

Si bien para Mc Nair la coacción, para sustentarse válidamente, debe presentarse en el momento último de perfeccionamiento de la voluntad, en razón de que si la presión es ejercida únicamente en las etapas iniciales se entiende que tal distorsión no existió en el momento definitivo, coincidimos con Remiro Brotóns en el sentido de entender que tal regla tiene sentido en tanto la coacción ejercida en las etapas iniciales no hayan influido en la posterior manifestación del consentimiento. Si este fuera el caso, la coacción elegida debería tener éxito.⁴⁸³

b) Coacción sobre el Estado

Artículo 52

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.

Señala De la Guardia que «hasta 1945, la violencia no causaba la invalidez de los tratados; el derecho positivo reconocía la efectividad del acontecimiento histórico; de otro modo, se hubieran puesto en tela de juicio todos los tratados de paz, por lo general impuestos por los vencedores a los vencidos, doctrina consecuente con la que admitía la guerra como última solución de los conflictos internacionales». «Así pensaron

⁴⁸¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 279.

⁴⁸² SIERRA, Manuel J. Ob. cit., p. 649.

⁴⁸³ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 278.

muchos internacionalistas del siglo XIX como J.F. De Martens, Fiore, Blunstchli, Westlake, Oppenheim y, en nuestros días, Mc Nair, Rolin, Cavaré y O'Connell». ⁴⁸⁴ Postura distinta es la que ha sostenido Kelsen. ⁴⁸⁵

En este sentido, se pronunció la jurisprudencia de la época. Así, la Comisión de Conciliación Franco-Italiana, en el asunto del *Tratado de Paz con Italia*, señaló:

Es bajo la coacción que el Estado vencido ha dado su consentimiento, pero sin embargo él lo dio y es por este consentimiento que el acuerdo nació [...] Los Estados vencedores no pueden [...] exigir que el Tratado de Paz no negociado sea interpretado de acuerdo a lo que era su voluntad interna; el Tratado de Paz no negociado debe ser interpretado según la voluntad de los Estados vencedores tal como ellos la han concretado y que aparece objetivamente en el Tratado. ⁴⁸⁶

Esta tendencia sería progresivamente modificada a partir del Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919) que prohibió que se recurriese a la guerra antes de haber agotado los medios de solución pacífica de controversias que el propio Pacto establecía, y el Tratado General de Renuncia a la Guerra (Pacto Briand-Kellog), de 1928, por el cual los Estados renunciaban a la guerra en sus relaciones con los demás. Asimismo, la doctrina Stimson del no reconocimiento por Estados Unidos de situaciones de hecho establecidas por medios contrarios al Pacto de la Sociedad de Naciones y el Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación de 1933, cuyos principios básicos fueron incorporados a la Carta de la OEA en 1948. ⁴⁸⁷

El principio de ilicitud de la guerra es ratificado por la declaración del carácter criminal de la guerra de agresión en los estatutos militares de Nüremberg y termina consolidándose en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de la ONU. ⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 281.

⁴⁸⁵ KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 139-140: «Uno de los principios más importantes del derecho nacional de los pueblos civilizados es que la celebración de un contrato debe ser voluntaria de una parte y de otra. Un contrato impuesto por una amenaza ilegal o por el uso de la fuerza es nulo o anulable. En cambio este principio no ha sido reconocido generalmente como una regla de derecho internacional positivo aplicable a los tratados [...] A este respecto el derecho internacional general parece tener el carácter de un derecho primitivo, ya que no reconoce el principio que una manifestación de voluntad impuesta por la fuerza no tiene efectos jurídicos. El hecho que la amenaza y el uso de la fuerza no sean tenidos como causas de nulidad o de anulación de los tratados puede ser considerado como una consecuencia de la teoría según la cual en el derecho internacional general la amenaza y el uso de la fuerza armada no son ilícitas en las relaciones entre Estados. Ellas lo son sin embargo en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, de tal forma que los órganos de las Naciones Unidas pueden tener por nulo o anulable un tratado impuesto por la fuerza».

⁴⁸⁶ Decisión n.º 136, del 25 de junio de 1952.

⁴⁸⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 282-283.

⁴⁸⁸ Ibidem, pp. 283-284.

Su incorporación a la Convención de Viena fue el resultado de una larga discusión. Así, mientras para Fitzmaurice «una amenaza de que, si el negociador no firma, su país será invadido, o la capital bombardeada, no es violencia [...]». ⁴⁸⁹ Lauterpacht, en su proyecto de 1953, creía en la invalidez de los tratados impuestos por la fuerza, condicionado a que ello fuera declarado por la C.I.J. En el mismo sentido, Waldock señaló que «la invalidez de un tratado obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza es un principio que constituye *lex lata* en el Derecho Internacional». ⁴⁹⁰

Una interrogante que plantea este artículo es el alcance del concepto mismo de «coacción». En la Conferencia de Viena, un grupo de Estados afroasiáticos, teniendo como representante a Afganistán propuso la siguiente fórmula amplia: «El Tratado es nulo, si su celebración fue resultado de la amenaza o aplicación de la fuerza, incluso de una presión económica, en violación de la Carta de la ONU». Otro grupo de Estados afroasiáticos (no comunistas) exigió la inclusión de la presión política, aún más subjetiva que la económica. ⁴⁹¹

Frente a esta posición, en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, Fitzmaurice no tuvo dudas al señalar:

En realidad debería limitarse evidentemente al empleo de la fuerza física o a la amenaza de ella, ya que son demasiado numerosas las normas de violencia que un Estado podría alegar para sostener que ha sido inducido a participar en un tratado por presión de alguna clase (p.ej., económica). Ello se prestaría con demasiada facilidad a la invalidación de los tratados. ⁴⁹²

En el mismo sentido, concluye Waldock:

Si se considera que el término coacción abarca otras formas de presión sobre el Estado —presiones políticas o presiones económicas— la puerta que permitirá eludir las obligaciones convencionales quedaría demasiado abierta ya que esas formas de coacción escapan a toda definición precisa y se prestan mucho más a apreciaciones subjetivas. Por lo demás, la aplicación de presiones económicas y políticas forma parte del juego normal de las relaciones entre los Estados y el Derecho Internacional no parece todavía disponer de las normas necesarias para formular distinciones entre los usos lícito o ilícito de esas formas de presión encaminadas a obtener el consentimiento de los tratados. Por lo tanto, si bien se acepta el punto de vista de que algunos tipos de tratados desiguales concertados por un Estado bajo presión, han de considerarse carentes de validez, el Relator Especial esti-

⁴⁸⁹ *Yearbook*. 1958, t. II, p. 26.

⁴⁹⁰ *Informe CDI*. P. 79. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 284.

⁴⁹¹ HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa DOMÍNGUEZ. Ob. cit., p. 89.

⁴⁹² *Yearbook ILC*. 1958, t. II, p. 38.

ma que en el estado actual del Derecho Internacional sería arriesgado ampliar el concepto de coacción para que abarque algo más que el uso o amenaza de uso de la fuerza.⁴⁹³

En este sentido, la CDI estimó que limitar el concepto de coacción a la amenaza o al uso de la fuerza, limitaba también las probabilidades que se alegue esta causal de nulidad para eludir ilícitamente el cumplimiento de las obligaciones del tratado.⁴⁹⁴ Todo lo cual brindaba una mayor seguridad jurídica a las relaciones interestatales.

En la Conferencia de Viena, muchas delegaciones opinaron que la presión económica o política era una noción demasiado imprecisa y vaga como para tipificarla como vicio del consentimiento, pues la mayor parte de los tratados responden a las necesidades económicas o políticas de las Partes. «Muchas delegaciones experimentaban el temor de que tal enmienda, de ser aceptada, podría transformarse en una invitación permanente a los Estados para desligarse de los tratados suscritos, utilizándola como un pretexto toda vez que decidieran haber hecho un mal negocio».⁴⁹⁵

En definitiva, «la Conferencia de Viena no incluyó en el texto de la Convención ninguna referencia a las presiones políticas o económicas, pero en otra Declaración» señaló:⁴⁹⁶

Condena solemnemente la amenaza o el uso de la presión en cualquier forma, militar, política o económica por parte de un Estado con el fin de coaccionar a otro Estado para que realice un acto relativo a la celebración de un tratado con violación del principio de la igualdad soberana de los Estados y de la libertad de consentimiento.

Esta Declaración fue adoptada por consenso, «tras laboriosas negociaciones que en un momento hicieron temer por el fracaso de la Conferencia». Su aprobación como instrumento independiente de la Convención fue producto de una transacción entre aquellos países (particularmente de Europa Occidental) que expresaron que no podrían llegar a suscribir la Convención si ella contenía una causal de nulidad más amplia y diecinueve países que se inclinaron por la ampliación.⁴⁹⁷ En todo caso, la Declaración aporta un importante elemento para su interpretación.⁴⁹⁸

Esto último significa que ciertas formas extremas de presión económica o política no pueden quedar completamente excluidas de este

⁴⁹³ *Anuario CDI*. 1963, t. II, p. 60.

⁴⁹⁴ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 70.

⁴⁹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 78.

⁴⁹⁶ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 201.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, pp. 201-202.

⁴⁹⁸ *Ídem*.

artículo.⁴⁹⁹ Lauterpacht, el primer ponente de esta causal de nulidad, dijo en su informe de 1955:

[...] en casos tales como tentativas o amenazas de someter a un Estado por el hambre impidiendo sus importaciones o su acceso al mar, por más que no se utilice la fuerza física directamente contra personas, sería difícil negar que el tratado deba considerarse como concluido a consecuencia del uso o la amenaza de fuerza.⁵⁰⁰

Otro punto interesante a comentar es que el uso o amenaza del uso de la fuerza capaz de provocar la nulidad de un tratado es el uso ilícito. Esto queda confirmado con la última frase del artículo 52 que señala: «en violación de los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas». Se distingue así el tratado impuesto por el agresor (inválido) del que se impone, por la fuerza, al propio agresor.⁵⁰¹

En relación con el elemento temporal, si bien no existe indicación expresa, por el artículo 4to. de la Convención se desprende que no cabe entender que el artículo 52 tenga efectos retroactivos sobre la validez de los tratados concertados con anterioridad al establecimiento del moderno derecho, esto es, los tratados celebrados después de la entrada en vigor de la Convención, pero «sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención y, una de esas normas es el artículo 2, párrafo 4 de la Carta de la ONU».⁵⁰²

Más aun, la propia CDI estimó que no cabe entender que el artículo tenga efectos retroactivos sobre la validez de los tratados concertados con anterioridad al establecimiento del moderno derecho. Un acto jurídico debe apreciarse a la luz del derecho de la época. El presente artículo concierne a las condiciones en que puede concertarse válidamente un tratado, es decir, las condiciones para la creación de una relación jurídica por el tratado.⁵⁰³

La evolución del derecho que rige las condiciones para la ejecución de un acto jurídico no produce el efecto de restar validez a un acto jurídico ya ejecutado de conformidad con el derecho que antes estaba en vigor. «Por consiguiente, la norma codificada en el presente artículo no puede interpretarse adecuadamente en el sentido que anule *ab initio* los tratados de paz o cualesquiera otros tratados obtenidos mediante coacción antes

⁴⁹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 78.

⁵⁰⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1953, II, p. 149.

⁵⁰¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 286.

⁵⁰² *Ibidem*, pp. 288-289. AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 142.

⁵⁰³ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 71.

de establecerse los principios del moderno derecho con respecto a la amenaza y el uso de la fuerza». ⁵⁰⁴

9.1.2. Por el Objeto

Todo orden jurídico que faculta a sus sujetos a crear normas jurídicas mediante un acuerdo de partes contiene normas que los contratantes pueden suprimir o modificar y otros que ellos no pueden derogar. Se suele decir que las primeras constituyen el *ius dispositivum*, en tanto que las segundas pertenecen al *ius cogens*. ⁵⁰⁵

El Derecho Internacional, como todo orden jurídico, posee normas que pertenecen al *ius cogens*, las cuales, de ser contradichas por un tratado provocan la nulidad del acuerdo. Así lo señala Thierry y Combacau: ⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Ídem. MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 134: «Por su redacción se reconoce implícitamente que la norma que formula sería, en todo caso, aplicable a todos los tratados concluidos después de la entrada en vigor de la Carta».

⁵⁰⁵ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 54.

⁵⁰⁶ Sobre este tema señalan THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU y otros. Ob. cit., p. 102. Sin embargo, en 1952 Paul Guggenheim sostuvo que no existía limitación de carácter moral a la capacidad contractual del Estado, véase: GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., 1952, pp. 74-75: «Las reglas convencionales de derecho internacional público no tiene un carácter imperativo. El derecho internacional admite en consecuencia que un tratado puede tener cualquier contenido, sin limitaciones ni restricciones de ningún tipo, y que cualquier materia puede ser objeto de un tratado. No existe ninguna norma que prohíba la celebración de convenios cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres o que prevea sanciones al respecto. Es erróneo pretender que se puede apreciar la validez de un convenio según el criterio de su moralidad. Eso sería admitir implícitamente que existe un orden público internacional que limita la autonomía de los sujetos en la creación y aplicación de reglas de derecho internacional. La apreciación de la moralidad de un tratado conduce fácilmente a la reintroducción de los principios del derecho natural en el derecho de gentes. Ahora bien, este último no obtiene validez del hecho que coincide más o menos exactamente como un ideal desprovisto de fuerza de aplicación efectiva, sino de su conformidad con los principios legislativos que regulan el procedimiento de su creación». JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., pp. 216-1217: «Antiguamente el deseo de restringir la aparente libertad de los Estados de celebrar cualquier tipo de tratado, que fuera reprobable por la consciencia de la comunidad internacional, tomaba la forma de una regla que establecía que las obligaciones inmóviles no podían ser objeto de un tratado. En verdad el significado de "inmoral" en este contexto va contra la efectividad de cualquier regla, no encuentra contraparte en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En nuestros días la supremacía de la Carta de las Naciones Unidas y las reglas relativas a los tratados en conflicto con normas de *ius cogens* constituyen suficiente salvaguarda.

Una obligación en conflicto con una norma perentoria de derecho internacional no puede ser objeto de un tratado. Por otro lado no está prohibido según las partes en un tratado modificar *inter se*, reglas de derecho internacional consuetudinario en la medida que no afecte derechos de terceros Estados o no atente contra una norma con carácter de *ius cogens*. *Modus et conventio vincunt legem*. No está prohibido a las partes contratantes renunciar entre ellas a todas o algunas de las reglas referidas a la inmunidad diplomática o a la inmunidad jurisdiccional de los Estados en general».

Las normas imperativas se distinguen de las normas obligatorias en el sentido de que su respeto es exigido de manera más interior. Mientras que la violación de una regla obligatoria acarrea la responsabilidad del Estado al que es imputable, la de una norma imperativa conduce a la nulidad del acto contrario. Se desemboca así al establecimiento de una rigurosa jerarquía de normas en derecho internacional, destinada a asegurar una coherencia mínima en el conjunto de compromisos convencionales.

El surgimiento de estas normas es uno de los aspectos más novedosos y a la vez difíciles del Derecho Internacional contemporáneo.⁵⁰⁷

La limitación a la libertad contractual de los Estados por una norma de *ius cogens* se planteó por primera vez en el *Asunto de las Pesquerías del Atlántico Norte*, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, en 1910. Aquí, la Corte Permanente de Arbitraje no llegó a pronunciarse sobre la existencia de normas imperativas en el Derecho de Gentes, pese al alegato de Estados Unidos en el sentido que no podía renunciar por Convención a que sus nacionales pesquen en alta mar, en tanto ello era contrario a una norma de *ius cogens*.

La jurisprudencia de la C.P.J.I. no ofrece ningún precedente. No obstante, es posible encontrar algunos votos particulares como el de ANZILOTTI, en el *Asunto del Régimen Aduanero Austro-Alemán*, donde se afirmó: «Puede preguntarse si no existe una cierta contradicción en imponer a un Estado el vivir y al mismo tiempo ponerlo en una situación que haga su vida extremadamente difícil».⁵⁰⁸

En el caso *Oscar Chinn*, entre Gran Bretaña y Bélgica, el juez Schücking expresó: «Nunca [...] la Corte aplicará un convenio cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres».⁵⁰⁹

En el proceso seguido contra *Alfried Krupp* por haber empleado prisioneros de guerra franceses en sus fábricas de armamentos, este alegó que los mismos habían sido empleados en virtud de un acuerdo internacional concertado entre el Reich alemán y el gobierno de Vichy, por lo cual, el acto no tenía carácter ilícito. El Tribunal Militar de Nüremberg sentenció:

⁵⁰⁷ Véase VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, pp. 175-178: «La idea de una jerarquía entre los principios y reglas de derecho internacional, a despecho de la ausencia de jerarquía entre los modos de formación de ese derecho, es también uno de los signos del enriquecimiento ideológico del derecho internacional contemporáneo. [...] Es difícil afirmar hoy día si una sola regla de derecho internacional ha podido satisfacer el criterio definido por el artículo 53 de la Convención de Viena. Este sin duda es uno de los aspectos de la crisis actual del derecho internacional».

⁵⁰⁸ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 41, p. 72: «Se puede preguntar si no hay una cierta contradicción en imponerle a un Estado el vivir y al mismo tiempo ponerlo en una situación que hace su vida extremadamente difícil».

⁵⁰⁹ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 63, pp. 149-150: «La Corte nunca aplicará un convenio cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres».

Bajo esas circunstancias no tenemos duda en llegar a la conclusión que Laval o el embajador de Vichy en Berlín no realizó ningún acuerdo tal como reclama sobre el uso de prisioneros de guerra franceses en la producción de armamento en Alemania, eso fue manifiestamente *contra bonos mores* y carente de contenido.⁵¹⁰

En la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, se suelen citar los *Asuntos de las Reservas a la Convención sobre Genocidio*, y del *Estrecho de Corfú*.⁵¹¹ En cuanto a las opiniones particulares de los jueces, Moreno Quintana reconoce la existencia del *ius cogens* en el caso relativo a la aplicación del *Convenio de 1902 sobre la Tutela de Menores* cuando afirmó:

El orden público internacional se confina en el sistema del Derecho Internacional Público cuando establece ciertos principios, tales como los principios generales del derecho de gentes y los derechos fundamentales de los Estados, cuyo respeto es indispensable para permitir la coexistencia jurídica de las unidades políticas que componen la comunidad internacional. Estos principios [...] tienen un carácter imperativo y un alcance universal.⁵¹²

En el *Asunto sobre el Derecho de Paso*, el juez ad hoc Fernández sostuvo la existencia de ciertas reglas generales imperativas no susceptibles de ser derogadas por una práctica particular.⁵¹³ En su voto disidente anexo a la Opinión Consultiva de la Corte sobre el *Suroeste Africano*, el juez Tanaka señaló que la protección de los derechos humanos podrá ser considerada como un principio de *ius cogens*.⁵¹⁴ En la sentencia de 20 de febrero de 1969 concerniente a la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, los jueces Padilla Nervo,⁵¹⁵ Tanaka,⁵¹⁶ Lachs⁵¹⁷ y Sorensen,⁵¹⁸ hicieron mención a la institución del *ius cogens* en derecho de gentes. Por último, es posible hallar otra referencia al *ius cogens* en el voto del juez Ammoun anexo a la Opinión Consultiva sobre *Namibia*.⁵¹⁹

⁵¹⁰ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law, n.º 10, Washington, 1950, vol. IX, p. 1395.

⁵¹¹ C.I.J. *Recueil*, 1949, p. 22.

⁵¹² C.I.J. *Recueil*, 1958, p. 106.

⁵¹³ C.I.J. *Recueil*, 1960, p. 135.

⁵¹⁴ C.I.J. *Recueil*, 1966, p. 298.

⁵¹⁵ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 97.

⁵¹⁶ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 182.

⁵¹⁷ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 229.

⁵¹⁸ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 248.

⁵¹⁹ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 90.

a) Tratados en Oposición a una norma de *Ius cogens* existente

Artículo 53

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.

Entre los ejemplos que sugiere el referido artículo están: «a) un tratado relativo a un caso de uso ilegítimo de la fuerza en violación de los principios de la Carta; b) un tratado relativo a la ejecución de cualquier otro acto delictivo en Derecho Internacional»; c) un tratado destinado a tolerar la trata de esclavos, la trata de blancas, la piratería, el genocidio, etc.⁵²⁰

La C.I.J. en el *Asunto Barcelona Traction* en 1970, «afirmó que el Derecho Internacional impone a los Estados ciertas obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones que se tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto y agrega que "tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la ilegalidad de los actos de agresión y de genocidio,⁵²¹ así como de los principios y normas que conciernen a los derechos básicos de las personas humanas, incluida la prohibición de la esclavitud⁵²² y la discriminación racial"⁵²³.

Queda muy claro «en el pensamiento de la CDI, que el *ius cogens* no es un derecho imperativo inmutable de contenido iusnaturalista, sino

⁵²⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 289-290. La consagración en Derecho Internacional del principio que prohíbe la trata de mujeres se inicia con el Acuerdo de París de 18 de Mayo de 1904, continuando con la Convención de 4 de Mayo de 1910, la Convención de Ginebra de 1921, la Convención de 11 de Octubre de 1933, hasta la Convención para la Represión de la Trata de Seres Humanos, sin discriminación de sexo, y de la explotación de la prostitución. En su preámbulo se expresa que: «la traite des êtres humains en vue de la prostitution est incompatible avec la dignité et la valeur de la personne humaine».

⁵²¹ La C.I.J. afirmó: «Los principios que constituyen la base de la Convención (para la Prevención y Represión del Genocidio), son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados aun fuera de cualquier relación convencional». C.I.J. *Recueil*, 1951, p. 23.

⁵²² La prohibición de la esclavitud se inicia con la Declaración contra la Trata de Negros de 1815, en la cual califican este comercio como «répugnant aux principes d'humanité et de la morale universelle», pasando por numerosos tratados europeos como la Convención de Ginebra de 25 de Setiembre de 1926, suscrita bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, hasta llegar a la Carta de Naciones Unidas que la consagrará a nivel universal.

⁵²³ I.C.J. *Reports*, 1970, p. 32. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 140.

un derecho positivo, definido formalmente por el método de producción de la norma y no por el contenido de ésta». ⁵²⁴

La aprobación de este artículo por 87 votos contra 8 y 12 abstenciones fue resultado de serias controversias, en tanto muchas delegaciones consideraron el artículo inaceptable. Así, el delegado francés señaló que era «absurdo admitir la existencia actual y futura de una ley suprema y atribuirle efectos tan graves como la nulidad *ab initio* de los acuerdos internacionales, sin definir la esencia de esta regla de derecho positivo, las condiciones de su desarrollo y el control de su aplicación». «El británico calificó el artículo de "Caja de Pandora". El delegado de Turquía fue más allá desconociendo el *ius cogens* internacional: «La CDI ha traspuesto del derecho civil al Derecho de los Tratados todas las causas de nulidad que existen en el derecho de obligaciones. Lo que antecede demuestra que no se trata de una norma sólidamente establecida sino de una norma nueva mediante la cual se intenta introducir en el Derecho Internacional por la vía convencional, el concepto de orden público del derecho civil. A diferencia del derecho interno, el Derecho Internacional no conoce legislador que le imponga sus órdenes. Así, pues, [...] la CDI ha propuesto un texto que puede dar lugar a toda clase de abusos». ⁵²⁵

El artículo específicamente se refiere a la hipótesis en que un tratado es nulo en el momento mismo de su celebración por el hecho de que sus disposiciones están en pugna con una norma ya existente de *ius cogens*. Obviamente, la pugna no será con disposiciones accesorias o de segunda importancia del tratado, sino con aquellas vinculadas al objeto y fin del acuerdo. ⁵²⁶

b) Tratados en Oposición a una norma de *Ius cogens* emergente

Artículo 64

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.

Un punto importante a destacar en el comentario de esta norma es su carácter no retroactivo. En efecto, en el artículo 64 las palabras «será nulo y terminará» expresan con toda claridad que la aparición de una nueva norma de *ius cogens* no tiene efectos retroactivos sobre la validez

⁵²⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 290.

⁵²⁵ Conferencia, t. I, DO, pp. 331-332. Cita de DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 291.

⁵²⁶ *Informe CDI*, p. 81. Sobre esto señala GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions». En: *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 141: «Cuando la Convención entonces, prescribe la nulidad absoluta eso quiere decir que están en juego intereses muy graves de la comunidad internacional en tanto tal».

del tratado. La nulidad se produce únicamente a partir del momento en que se establece la nueva norma de *ius cogens*. La discusión teórica se presenta respecto a si el tratado deviene nulo, por una causal sobreviniente, o si esta causal lo es de terminación del tratado, aún cuando las consecuencias prácticas a las que llegan ambas posiciones son idénticas, por lo que dicha discusión tiene más de sutileza teórica que de sentido práctico.⁵²⁷

En todo caso, el artículo consagra el consenso existente en el Derecho Internacional de que la nulidad, cuando su causa son vicios del consentimiento, es retroactiva desde la celebración del acto cuestionado. Pero, no lo es cuando la causa tiene un origen diferente. Así, lo expresa Guggenheim:

Salvo en lo que concierne a los actos nulos por vicios de la declaración de voluntad, a los cuales una regla consuetudinaria limita la nulidad al acto mismo, como a los efectos surtidos posteriormente a la época en la cual la invalidez ha sido explícitamente invocada, la jurisprudencia arbitral y judicial no ha creado una doctrina coherente respecto de la retroactividad o irretroactividad del acto nulo ejecutado.⁵²⁸

Más aun, la CDI en su Proyecto de 1966, examinó esta norma y decidió colocarla entre los artículos relativos a la terminación de los tratados. Aunque la consecuencia de la norma era privar al tratado de su validez, su efecto no es hacerlo nulo *ab initio*, sino solo desde la fecha en que se establezca la nueva norma de *ius cogens*. Por ello, la CDI se inclinaba por una ubicación diferente a la actual.⁵²⁹

En consecuencia,

la terminación causada por el surgimiento de una nueva regla de *ius cogens* no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados durante y por la ejecución del tratado; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho Internacional general.⁵³⁰

Pueden servir de ejemplo de esta norma, los antiguos tratados que reglamentaban la trata de esclavos, cuya ejecución dejó luego de ser compatible con el Derecho Internacional como consecuencia del reconoci-

⁵²⁷ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 114.

⁵²⁸ GUGGENHEIM, Paul. «La Validité et la Nullité des Actes Juridiques Internationaux». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74, p. 259.

⁵²⁹ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 86.

⁵³⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 85.

miento general de la ilegitimidad absoluta de todas las formas de esclavitud.⁵³¹

Por último, debemos referirnos a si el principio de divisibilidad de las cláusulas de un tratado permite en ambos casos que el instrumento pueda permanecer válido si la oposición con normas de *ius cogens* es solo parcial.

La Comisión de Derecho Internacional elaboró una propuesta en el sentido de «que la oposición de una cláusula del tratado con una norma de *ius cogens* afecte la totalidad del instrumento. La Comisión llegó a esta conclusión después de estudiar una propuesta de su Comité de Redacción en el sentido de que se rechace la disyunción en el caso del *ius cogens*».⁵³² Previamente, el relator Waldock había propuesto que solamente las cláusulas incompatibles con el *ius cogens* fuesen afectadas por la nulidad.⁵³³

Posteriormente, «en su informe de 1963 a la Asamblea General, la Comisión examinó este problema, mencionó las opiniones divergentes de sus miembros sobre el particular y concluyó que dado el carácter fundamental del *ius cogens* la nulidad deberá afectar a todo el instrumento. En caso de nulidad del instrumento por razón del *ius cogens* —prosiguió la Comisión— «las propias partes tienen la posibilidad de revisar el tratado con el fin de conformarlo a derecho; y sino la hacen así, el derecho debe aplicar la sanción de nulidad a todo el acuerdo».⁵³⁴

Finalmente, con el propósito de guardar coherencia con el «carácter fundamental del *ius cogens*, la Comisión desestimó la distinción entre violación importante y violación secundaria del *ius cogens*».⁵³⁵

9.2. Causales de Nulidad Relativa

El proyecto de la CDI señaló las figuras tradicionales de los vicios del consentimiento bajo las formas de «error» y «dolo»; de esta última extrajo un subtipo doloso: la «corrupción». «La mayoría niega o minimiza la posibilidad de que el error y el dolo puedan materializarse, y ello en razón del complejo mecanismo administrativo o legislativo que sigue la conclusión de un tratado. Sin embargo, LE FUR afirma que han existido casos».⁵³⁶

⁵³¹ *Ibidem*, p. 84.

⁵³² C.D.I. *Anuario*. Vol. I, 1963, p. 305, párr. 21. Véase GALINDO POHL, Reynaldo. «*Ius cogens*». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977, p. 226.

⁵³³ C.D.I. *Anuario*, vol. I, 1963, p. 70, párr. 77. *Ídem*.

⁵³⁴ C.D.I. *Anuario*, vol. II, 1963, p. 232. *Ídem*.

⁵³⁵ C.D.I. *Anuario*. Vol. I, 1963, p. 67, párr. 47. *Ídem*.

⁵³⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. *Ob. cit.*, pp. 270-271.

A estos vicios del consentimiento se agregaron dos de forma vinculados a defectos de competencia y restricción de poderes.⁵³⁷

Los tres primeros casos enuncian la nulidad relativa de modo asertivo pero voluntario: «el Estado perjudicado podrá alegar las causales respectivas como vicios del consentimiento. Los dos casos formales lo hacen de modo negativo y condicional: la causal no podrá ser alegada por el Estado perjudicado "a menos que"».⁵³⁸

En estos casos, la nulidad no opera automáticamente, sino que tiene que ser alegada.⁵³⁹ No obstante, si el Estado que considera haber otorgado inválidamente su consentimiento quiere convalidar el acto, puede hacerlo expresamente o mediante una conducta posterior concluyente.

9.2.1. Vicios del Consentimiento

a) Error

Artículo 48

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.

El error como causal de nulidad relativa de los tratados puede definirse como una falsa concepción de la realidad,⁵⁴⁰ que conduce a un Estado a la celebración de un tratado que no hubiera celebrado de haber conocido las circunstancias originales y reales que rodearon al mismo.⁵⁴¹

La mayoría de autores admite el error como vicio del consentimiento de los tratados internacionales. «Algunos hablan que existiría una norma

⁵³⁷ Ibidem, p. 271.

⁵³⁸ Ibidem, p. 272.

⁵³⁹ GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., 1949. Pp. 234-235: «Como todos los actos nulos, aquellos marcados por un defecto en la declaración de voluntad de un órgano del sujeto de derecho deben ser objeto de un procedimiento de anulación».

⁵⁴⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993, p. 651. CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, 1983, t. I, p. 467: «por ejemplo, cuando en un mapa de límites, base de un tratado, no aparece el *divortium aquarum* incluido en una de sus cláusulas».

⁵⁴¹ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 156: «El error vicia la sustancia del consentimiento si incide sobre un elemento determinante, "una base esencial" (art. 48 CV.) del consentimiento».

consuetudinaria en este sentido (Paul Guggenheim), mientras otros consideran que el error como vicio del consentimiento es un principio general del Derecho (María Rita Saule).⁵⁴²

De estas definiciones, compartidas por la doctrina de los publicistas,⁵⁴³ es posible extraer tres elementos constitutivos de la figura que a continuación pasamos a estudiar.

a.1. Error de Hecho

En cuanto al error, hay consenso en el sentido que el error de derecho no es vicio alguno de consentimiento.⁵⁴⁴ Para algunos, la razón estriba en el viejo principio romano de que nadie puede alegar ignorancia de la ley.⁵⁴⁵ Para otros, la prohibición se basa además en que su introducción en el Derecho Internacional «podría debilitar peligrosamente la estabilidad de los tratados».⁵⁴⁶

Si bien la Comisión de Derecho Internacional estimó que, a veces, un error en el tratado puede entrañar simultáneamente cuestiones de hecho y cuestiones de derecho y que la línea de separación entre el error de hecho y el error de derecho no siempre puede trazarse fácilmente, concluyó que su inclusión en la Convención resultaba peligrosa para la estabilidad de los tratados.

En consecuencia, el error debe estar siempre referido a un hecho o a una situación.

Son raros los casos en que se han alegado errores de fondo como vicios que menoscaban la validez esencial de un tratado. Casi todos los

⁵⁴² MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Río de Janeiro: Renovar, 5

⁵⁴³ PODESTA COSTA, Luis. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Tea, 1955, t. 1, p. 396; GONZÁLEZ-HONTORIA, Manuel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid, libro tercero, p. 307. JENNINGS, R. y A. WATTS. Ob. cit., p. 1288.

⁵⁴⁴ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966, p. 350; PODESTA COSTA. Ob. cit., p. 409; SCHWARZENBERGER, Georg. *The Fundamental Principles*. Pp. 270-271; MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995, p. 71. Véase también las observaciones del Juez Anzilotti en el Caso del Estatuto de Groenlandia Oriental, C.P.J.I., 1933 y el Laudo de Lord Asquith en el Arbitraje Abu Dhabi. Alberto Ulloa, sin embargo, señala la posibilidad de un error de derecho «cuando el Estado contrataba respecto de derechos que creía de su libre disposición. Si este caso se presentara, al definirse tales derechos la Convención caería por su base y la responsabilidad del Estado contratante se graduaría por consideraciones diversas». ULLOA, Alberto. Ob. cit., p. 204.

⁵⁴⁵ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1992, p. 196: «El error de derecho, que muy excepcionalmente puede invocarse en algunos sistemas jurídicos de derecho interno, no puede jamás aducirse en Derecho Internacional, ya que sería imposible suponer que los Estados pueden hacer valer su ignorancia o equivocación respecto de las consecuencias jurídicas de sus propios actos».

⁵⁴⁶ Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios. Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 18 Período de Sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 6.

casos que se conocen se refieren a errores geográficos y la mayoría de ellos a errores en los mapas. En algunas ocasiones, se ha resuelto la dificultad mediante un nuevo tratado; en otras se ha considerado que el error influía más bien en la aplicación del tratado que en su validez y se ha resuelto la cuestión por arbitraje.⁵⁴⁷

Las partes han encontrado que en ocasiones una localidad determinada, descrita en un tratado, no existía, o que una línea de delimitación fronteriza estaba a una distancia considerable⁵⁴⁸ de la que habían creído.

En el *Asunto de la Isla Timor* entre los Países Bajos y Portugal, el Tribunal Arbitral en su fallo de 1914 «interpretó la aparentemente errónea descripción de la frontera, aclarando cuidadosamente las intenciones de las partes en las etapas sucesivas de las negociaciones».⁵⁴⁹ En el *Arbitraje Británico de 1902* entre Argentina y Chile, se alegó un error geográfico. El tratado de 1881 suscrito por ambos Estados, en su artículo 1, establecía que «la línea fronteriza correrá por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se viertan a un lado y otro». Tiempo más tarde, se revela inaplicable a la realidad geográfica la línea fronteriza trazada al sur del paralelo 39. Este fue un caso típico de error común, y la solución fue declarar inaplicable el tratado en esta parte y someter su solución a un árbitro que estableció el límite en 1902. También tenemos el *Arbitraje Británico de 1966*, llamado del *Río Encuentro* en Argentina, y de *Palena* en Chile. Aquí el error alegado fue cartográfico, en tanto el mapa no reflejaba con exactitud la localización de un pequeño sector de la frontera, el cual era el origen del Río Encuentro en las cuestas occidentales del Cerro de la Virgen; ello debió ser corregido por el árbitro.⁵⁵⁰

En el *Asunto relativo a la Soberanía de Ciertas Parcelas Fronterizas*, entre Bélgica y Holanda, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1959, el gobierno holandés alegó error al momento de transcribir las conclusiones del proceso verbal-comunal seguido por ambas partes entre 1836 y 1841 ante la Comisión de Delimitación, en la Convención de 1843 (error de transcripción). Este argumento fue desestimado por la Corte quien señaló que la referida Convención recogía textualmente las conclusiones del proceso verbal comunal, en el cual se atribuyó estos territorios a Bélgica.⁵⁵¹ En el *Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España de*

⁵⁴⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1966, vol. II, p. 266.

⁵⁴⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1985, p. 234.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 234.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 392.

⁵⁵¹ C.I.J. Sentencia en el Asunto relativo a la soberanía de ciertas parcelas fronterizas, 1959.

1906,⁵⁵² entre Honduras y Nicaragua, la Corte Internacional de Justicia decidió desestimar la presencia de error alegada por este último país. Según Nicaragua, el fallo del rey incurrió en error esencial, en la medida que este no gozaba de mayor discrecionalidad para emitir su fallo, pese a lo cual puso énfasis preferente y excluyente en ciertos documentos que consideró más relevantes. La Corte descartó este planteamiento, en tanto el árbitro tenía la facultad, según el tratado de sometimiento arbitral Gámez-Bonilla celebrado el 7 de octubre de 1894, de dar preminencia a los planos, mapas y otros documentos similares que parecieran más racionales y justos.

Luego, en el *Asunto sobre Diversas Cuestiones de Límites entre Colombia y Venezuela*, en 1922, Venezuela planteó la imposibilidad de ejecutar la sentencia arbitral de 1891, emitida por el entonces Rey de España Alfonso XIII, que resolvió los problemas de límites pendientes entre ambos países. Venezuela sustentó tal imposibilidad en los errores cometidos por el árbitro al momento de delimitar la frontera en la zona de la Guajira, provocados por la falta de exploración de la zona antes de su delimitación. El Consejo Federal Suizo, que resolvió el asunto, no hizo sin embargo referencia alguna sobre este punto en su sentencia.⁵⁵³ El Consejo se limitó a resolver la única materia sometida a su conocimiento, el cual era establecer si, como señalaba Colombia, era posible ocupar progresivamente los territorios asignados a cada parte en la sentencia arbitral de 1891 o si, en cambio, y tal como señalaba Venezuela, la ocupación solo podía producirse luego de concluido el proceso demarcatorio. Finalmente, el Consejo optó por la primera tesis.

En la segunda etapa del *Asunto del Templo de Preah Vihear*, también se alegó error; y el error, que era geográfico, se planteó en circunstancias un tanto especiales. No hubo error en la celebración del tratado original, en el cual las partes acordaron que la frontera en determinado lugar sería cierta línea divisoria de aguas, sino que el error se refería a la posterior aceptación de las fronteras delimitadas en un mapa. Según Tailandia, la línea fijada por el mapa se basó en una investigación errónea del terreno; es decir, el error era material, en tanto la línea de frontera establecida en el mapa no era la real línea del divisor de aguas, que

⁵⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Recueil des Arrêts, avis consultatifs et ordonnances*. Affaire de la sentence arbitrale rendu par le Roi d'Espagne le 23 Decembre 1906. Arrêt du 18 novembre 1960, p. 215: «El examen del tratado muestra que las reglas enunciadas en el artículo II apuntaba no solamente a guiar a la Comisión mixta, a la cual se referían expresamente, sino que estaban también destinadas a servir de guía para el arbitraje. En los términos del párrafo 7 del artículo II de tratado Gámez Bonilla, "estudiando los planos cartas y otros documentos análogos que le (serían) presentados por los dos gobiernos" el arbitro debería de dar preferencia a aquellos que estimara "los más racionales y más exactos"».

⁵⁵³ Sentence Arbitrale du Conseil Fédéral Suisse sur Diverses Questions du Limites Pendantes entre la Colombie et le Vénézuéla. Berna, 24 mars 1922.

ubicaba el templo erróneamente en el lado de Camboya. Finalmente, en el Asunto del *Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, Noruega hacía valer que cuando el Embajador de Dinamarca le había pedido declarar que no se oponía a que el gobierno danés extendiese a toda Groenlandia sus intereses políticos y económicos, el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega no había comprendido que se trataba de aprobar la extensión del monopolio danés al conjunto de Groenlandia y que, en consecuencia, el consentimiento que había dado al pedido danés había estado viciado de error. La Corte se limitó a declarar que la respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega había sido definitiva e incondicional y, al parecer, no consideró que mediara ningún error que hubiera de tenerse en cuenta.

Basados en esta copiosa jurisprudencia, Schwarzenberger elaboró una clasificación. Así, señala tres tipos de error:⁵⁵⁴

- i) Unilateral: Es decir, de una sola de las partes y siempre que la otra no haya contribuido a él, en cuyo caso habría dolo o fraude; en este caso las reglas de la buena fe no requieren que tal error afecte la validez del consentimiento.
- ii) Mutuo: Es el error sobre las intenciones de la otra parte o sobre el objeto del consentimiento; dependerá entonces de las circunstancias si, según la buena fe, el tratado debe ser considerado nulo o no; es una cuestión de interpretación de la intención común de las partes contratantes.
- iii) Común: Si ambas partes están de acuerdo sobre un punto, pero ese punto es falso; en tal caso, el tratado será nulo; un error en la formulación de una intención común existente autoriza a proceder a la rectificación de un acuerdo.

El profesor Waldock, en su Proyecto presentado a la Comisión de Derecho Internacional que elaboró la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, también distinguió el error mutuo (artículo 8) del error unilateral (artículo 9).⁵⁵⁵ La Comisión reconoció incluso que algunos ordenamientos jurídicos distinguen entre el error mutuo y el error de una sola parte; pero estimó que no era conveniente establecer esta distinción en Derecho Internacional.

⁵⁵⁴ SCHWARZENBERGER, Georg. Ob. cit., pp. 268-271.

⁵⁵⁵ Proyecto Waldock, *Anuario de la CDI*, 1963, vol. II, p. 48.

a.2. Error Esencial

Según la doctrina de los publicistas, el error solo vicia el consentimiento cuando es un error esencial, es decir, un error en una materia que constituya la base esencial del consentimiento en el tratado.⁵⁵⁶

En este sentido, el error podría recaer en la cosa objeto del tratado, sobre aquellas condiciones del acuerdo que hubieran dado principal motivo a celebrarlo o sobre el Estado mismo, cuando la consideración a él hubiera sido la causa principal (hipótesis que muy difícilmente se presenta).⁵⁵⁷

En la jurisprudencia, se ha consagrado el mismo criterio. Así, en el *Asunto de la Readaptación de las Concesiones Mavrommatis en Jerusalén*, referente a una concesión y no a un tratado, la Corte sostuvo «que el error respecto de una cuestión que no constituye una condición del acuerdo no basta para anular el consentimiento». ⁵⁵⁸ En el *Asunto del Templo de Preah Vihear* se señaló lo mismo, cuando la Corte afirmó: «la principal importancia del error, cuando existe, es poder afectar la realidad del consentimiento considerado como dado».⁵⁵⁹

En consecuencia, de tales decisiones podemos desprender que, para viciar el consentimiento de un Estado en un tratado, el error ha de referirse a una cuestión que constituya una base esencial de su consentimiento en el tratado, es decir, que sea a tal extremo importante que, si las partes hubieran tenido previo conocimiento de este, no hubieran suscrita el acuerdo.

a.3. Error Excusable

Finalmente, para alegar la causal de error no basta con probar que se trata de un error de hecho y esencial, sino que este debe ser excusable.

⁵⁵⁶ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 141: «Un convenio sólo es impugnabile por causa de error si este guarda una conexión causal con él, si afecta a un elemento esencial del mismo y, finalmente, si es común a ambas partes o fue provocado por la otra parte». DIEZ DE MEDINA, Federico. *Derecho Internacional Moderno*. París, 1906, p. 253: «Para que el error o dolo sean causales de nulidad, es preciso que sean evidentes, como por ejemplo, la no existencia de algún hecho u objeto a que se refiera el tratado». GLAHN, Gerhard von. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. 1986, p. 509: «El tratado es nulo —o en algunos casos nulo *ab initio*— si en un principio el acuerdo fue celebrado como resultado de un error sustancial concerniente a los hechos». HENKIN, Louis y otros. *International Law: Cases and Materials*. 1987, p. 462; SOLARI TUDELA, Luis. *Derecho Internacional Público*. Lima: Studium, 1991, p. 45: «Dos requisitos son necesarios para que el error constituya causal de nulidad: a) que el supuesto hecho o situación que resultó falso haya sido esencial para otorgar el consentimiento, con lo que debemos rechazar aquellos errores de hechos o situaciones accesorios». MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 71. «El error debe versar sobre los motivos fundamentales que llevaron a las partes a contratar». NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLET y PELLET, Alain. Ob. cit., p. 193.

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ-HONTORIA, Manuel. Ob. cit., p. 307

⁵⁵⁸ C.P.J.I. Serie A, n.º 11.

⁵⁵⁹ C.I.J. *Recueil*, 1961, p. 30.

Esto quiere decir que el Estado que lo alega no debe haber contribuido en cierta medida a causar el error. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del *Templo de Preah Vihear*, donde declaró:

Es un principio reconocido de derecho que una parte no puede alegar un error como vicio del consentimiento si ha contribuido a ese error con su propia conducta, si ha estado en condiciones de evitarlo o si las circunstancias eran tales que quedó advertida de la posibilidad de error.⁵⁶⁰

Aquí la Corte señaló que el mapa prestó tal atención a la región de Preah Vihear que nadie encargado de revisarlo pudo haber ignorado lo que el mapa representaba en dicha región:

Si, como Tailandia ha afirmado, la configuración geográfica del lugar es tal que hace obvio para cualquiera que haya estado en el lugar que el divisor de aguas deba reposar a lo largo de la línea del cliff, entonces el mapa representaba claramente que la línea del Anexo I no seguía el acantilado en esta región, desde que dicha línea estaba dibujada hacia el norte del promontorio de Preah Vihear. Nadie que mirase el mapa podía dejar de percatarse de ello. El mapa indicaba con un gran símbolo que Preah Vihear estaba del lado de Camboya.⁵⁶¹

En el mismo sentido cabe destacar la opinión del juez Anzilotti en el *Asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental*, donde dijo:

Pero aun aceptando por un momento la hipótesis de que el Sr. Ihlen estuviese equivocado en cuanto a los resultados que podía tener la extensión de la soberanía danesa, hay que admitir que este error no era de tal naturaleza que pudiera entrañar la nulidad del acuerdo. Si se alega un error, ese error ha de ser de carácter excusable; y es difícil creer que un gobierno puede desconocer las consecuencias legítimas de una extensión de la soberanía [...].⁵⁶²

La Comisión de Derecho Internacional estima como fundada la tesis de que la formulación hecha por la Corte en ambos casos es restrictiva y deja poco margen para la aplicación de la norma.⁵⁶³ Sin embargo, coincide con ella, razón por la cual la tomaron casi textualmente en la redacción del artículo 48 del Convenio de Viena, salvo en el párrafo «si ha estado en condiciones de evitarlo», por considerarlo excesivo.

⁵⁶⁰ C.I.J. Reports, 1962, p. 26. Véase también la opinión individual de Sir Gerald Fitzmaurice (ibidem, p. 57).

⁵⁶¹ Ídem.

⁵⁶² C.P.J.I. 1933, Series A/B. N.º 53, pp. 71 y 91.

⁵⁶³ Anuario de la CDI. 1989, vol. II.

Esta posición es, además, compartida por autores como De la Guardia y Delpech;⁵⁶⁴ Sorensen;⁵⁶⁵ Moncayo, Gutiérrez y Vinuesa;⁵⁶⁶ Monroy Cabra;⁵⁶⁷ Henkin,⁵⁶⁸ entre otros,⁵⁶⁹ en la medida que nadie puede alegar su propia torpeza. Incluso algunos como Sierra⁵⁷⁰ niegan la posibilidad de que el error pueda servir como causal de nulidad de un tratado. Este autor afirma que se debe excluir «el error como vicio del consentimiento en los tratados internacionales». Considera que en la práctica, dada la importancia de un tratado, sus cláusulas son siempre estudiadas con cuidado especial, por lo que el error queda descartado.⁵⁷¹ Díez de Medina, en el mismo sentido, señala que «no es natural admitirlo como general causa de nulidad en las negociaciones entre los Estados, en vista de muchas formalidades y condiciones que rodean su elaboración, pues se hallan sujetos, a más de las instrucciones que deben tener los agentes diplomáticos a la aprobación de los Congresos y ratificación de los Gobiernos». Finalmente, Sepúlveda afirma: «No parece que tenga cabida el error como factor para lograr la invalidez de un pacto, por más que varios autores lo admiten en hipótesis. Ni siquiera el caso de un mapa equivocado, que contemplan algunos autores, podría traer la anulación de un tratado de límites. Se pone tanto cuidado e intervienen tantas personas doctas en la negociación y en la conclusión de pactos internacionales que no resulta admisible el error».⁵⁷²

Todo lo dicho refleja que tanto la doctrina de los publicistas como la jurisprudencia aceptan un criterio restringido del error, limitado en todo caso a que sea excusable; es decir, que el Estado que invoca la causal no

⁵⁶⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: FEYDE, 1980, p. 393: «Se trata de que el Estado que haya contribuido con su conducta al error —o si las circunstancias fueron tales que dicho Estado hubiera quedado advertido de la posibilidad del error— en ningún caso podrá ejercer la facultad de alegarlo como vicio del consentimiento».

⁵⁶⁵ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 224.

⁵⁶⁶ MONCAYO, Guillermo, Hortencia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Victor P. de Zavallía, 1981, t. 1, p. 132.

⁵⁶⁷ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 71: «Desde luego, un Estado que haya contribuido con su conducta al error, en ningún caso podrá ejercer la facultad de alegarlo como vicio del consentimiento».

⁵⁶⁸ HENKIN, Louis y otros. Ob. cit., p. 462.

⁵⁶⁹ Como GONZÁLEZ-HONTORIA, Manuel. Ob. cit., p. 307. Waldock afirma que «el proceso de concertación de los Tratados es de tal naturaleza que reduce al mínimo el peligro de errores en cuestiones importantes de Sustancia». *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, vol. II, p. 56.

⁵⁷⁰ DIEZ DE MEDINA, Federico. Ob. cit., p. 253.

⁵⁷¹ SIERRA, Manuel. Ob. cit., pp. 401-402.

⁵⁷² SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1964, p. 106. Asimismo, Ulloa sostiene: «en el caso de error de hecho, no es posible que sobreviva a la ratificación dentro de las formas de la vida internacional contemporánea». ULLOA, Alberto. Ob. cit., p. 204.

haya conocido el error con anterioridad a la celebración del Acuerdo y no haya tenido siquiera la posibilidad de conocerlo.

Efectos Jurídicos

En caso de producirse un error de hecho, esencial y excusable, estaremos frente a una «causal de nulidad relativa, toda vez que queda al arbitrio del Estado perjudicado por el error, la facultad de alegar éste como vicio del consentimiento, lo que significa que tal error no invalida *ipso facto* el tratado». ⁵⁷³

El efecto jurídico del error se basa en que este altera la realidad del consentimiento que se supone manifestado, por lo cual, ante la distorsión, no queda más que facultar a la parte afectada a solicitar la nulidad del acto.

Lo dicho «no impide, sin embargo, que las partes que hayan concertado un tratado con error mutuo sobre su sustancia, puedan de común acuerdo» modificarlo en la medida necesaria para subsanar la causal de invalidez que lo afectaba. ⁵⁷⁴

No debemos olvidar que el error, al ser una causal de nulidad relativa de un tratado supone la posibilidad de que el acuerdo se vea convalidado por un acuerdo expreso entre las partes o por un comportamiento tal que equivalga a su aquiescencia. ⁵⁷⁵

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia y a la doctrina de los publicistas, un tratado celebrado con error (total o parcialmente) puede dar lugar a diversas posibilidades:

- a. Que la parte afectada alegue la nulidad (total o parcial) del tratado;
- b. Que ambas partes convaliden expresamente el error sin modificar el tratado;
- c. Que ambas partes modifiquen de común acuerdo el tratado de forma tal que subsanen la invalidez que lo afectaba;
- d. Que ambas partes interpreten de buena fe el acuerdo o dejen tal interpretación a un tercero; o
- e. Que la parte afectada convalide tácitamente el error a través de una conducta o comportamiento concluyente (estoppel).

b) Dolo

Artículo 49

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.

⁵⁷³ DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. Ob. cit., p. 392.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 393.

⁵⁷⁵ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, t. I., p. 147.

El concepto de dolo existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pero su alcance no es el mismo en todos ellos. Reuter entiende el dolo de la siguiente manera:⁵⁷⁶

En condiciones diversas, en la mayor parte de los derechos nacionales, existen reglas que sancionan en materia convencional el engaño; sin ser equivalentes, las nociones francesa de «dol» en inglesa de «fraude» toman en consideración la conducta fraudulenta que tiene como objeto incitar a contratar. El dolo tiene el mismo efecto que el error: un Estado se hará una representación inexacta de la realidad. Pero el dolo implica además un elemento ilícito característico, un engaño.

La escasez de precedentes en Derecho Internacional significa que no es posible encontrar mucha orientación en la práctica ni en la jurisprudencia de los tribunales internacionales en cuanto al alcance que ha de darse al concepto; esta misma carencia de precedentes lleva a la mayor parte de la doctrina a desestimar el dolo como una posibilidad real de vicio del consentimiento.⁵⁷⁷ Por ello, la Comisión consideró si debía tratar de definir el dolo en el Derecho de los tratados. Pero llegó a la conclusión de que bastaría formular el concepto general de dolo aplicable en el Derecho de los Tratados y dejar que la práctica y las decisiones de los tribunales internacionales se encarguen de fijar su alcance exacto.⁵⁷⁸

No obstante, «el dolo puede manifestarse en declaraciones falsas; la exposición falsa de hechos; la omisión de actos, hechos o situaciones importantes si tales elementos de juicio son esenciales para lograr el consentimiento de la otra parte; entre otros supuestos».⁵⁷⁹ Según Vitta, es el error debido al fraude de otro, esto es, toda especie de maniobras o artificios dirigidos a inducir a una parte para la conclusión de un tratado, sea provocando el error (dolo positivo) o aprovechando el error existente (dolo negativo).⁵⁸⁰ Por ello, la Comisión ha procurado utilizar una expresión no técnica, cuya significación sea, en la medida de lo posible, equi-

⁵⁷⁶ REUTER, Paul. Ob. cit., pp. 156-157.

⁵⁷⁷ CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 190: «Es poco probable que a fines del siglo XX un Estado pueda inducir a otro Estado a un error por medios fraudulentos. La prueba está en que la Comisión fue incapaz de citar un precedente en la materia». NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 195: «Los ejemplos de dolo en la celebración de tratados son prácticamente inexistentes. Algunos precedentes muy antiguos son sacados de negociaciones realizadas en la época colonial, en el contexto especial de las relaciones entre potencias europeas y jefes de tribus del África central, a quienes les mostraron mapas voluntariamente falsificados».

⁵⁷⁸ Ídem.

⁵⁷⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 276.

⁵⁸⁰ Véase MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Direito Internacional Público*. Río de Janeiro: Renovar, t. I, p. 107.

valente en los tres idiomas: «*fraudulent conduct*», «*conduite frauduleuse*» y «conducta fraudulenta».⁵⁸¹

En definitiva, la Comisión estimó conveniente tratar el dolo y el error en diferentes artículos. Cuando hay dolo, este ataca a la raíz del acuerdo de manera un tanto diferente de la inexactitud inocente y del error.⁵⁸² No afecta únicamente el consentimiento de la otra parte en los términos del acuerdo, sino que destruye totalmente la base de la confianza recíproca entre las partes.⁵⁸³

Para que el error quede tipificado «es necesario que medie un elemento psicológico (la intención del negociador de engañar) y un elemento material (las maniobras que constituyen la conducta fraudulenta).⁵⁸⁴ Si estas conductas emanan de un tercer Estado y no de un negociador, el dolo no quedará configurado. El dolo además debe de ser esencial (determinante del consentimiento) y excusable (la víctima no debe haber sido negligente al dar su consentimiento)».⁵⁸⁵

Resulta, sin embargo, poco probable que se materialice en la realidad la hipótesis de este artículo, en tanto los Estados suelen tomar todas las precauciones normales de información y prudencia a través de sus diferentes órganos, para la celebración de un tratado. Más aun, la práctica internacional registra pocos casos en que un Estado haya invocado el dolo de la otra parte para invalidar un tratado. Un ejemplo de dolo es el mencionado por el profesor Moncayo en relación con el Tratado de Uccialli entre Italia y Abisinia, en 1889. «Los negociadores italianos habían recurrido a una maniobra dolosa redactando en italiano y en amárico el tratado, con textos que no correspondían exactamente en puntos importantes. En el texto etíope, la disposición del artículo 17, relativa al recurso a los servicios del gobierno italiano por el emperador etíope en materia de relaciones exteriores, era simplemente facultativa, en tanto que en el texto italiano era obligatoria. Fundándose en este último el gobierno italiano proclamó unilateralmente el protectorado sobre Abisinia poco des-

⁵⁸¹ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 68.

⁵⁸² Sobre esto señala REUTER, Paul. Ob. cit., p. 157: «El dolo queda todavía próximo al error en el sentido que solo el Estado víctima del dolo puede invocarlo y puede subsanar el vicio por su consentimiento expreso o por su comportamiento. Pero se aleja por sus efectos más rigurosos ligados a la idea de delito internacional».

⁵⁸³ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 68. MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 132.

⁵⁸⁴ Véase MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 132. También REUTER, Paul. Ob. cit., p. 157: «Si se invoca un engaño del que se ha sido víctima, es el autor del fraude quien por su maniobra, efectúa la demostración que el error que el provocó tuvo un carácter determinante para el compromiso. En realidad, se trata menos de la cuestión de la amplitud del error que de la carga de la prueba». JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., p. 1289: «Cuando un Estado es inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, puede invocar el fraude para invalidar el consentimiento en obligarse por el tratado».

⁵⁸⁵ Ídem.

pués de la firma del tratado. El Emperador Menelik II rechazó esta interpretación y denunció el tratado. Italia, como consecuencia, declaró la guerra a Etiopía en 1895». ⁵⁸⁶

No obstante, la CDI se pronunció a favor de la inclusión de la figura del dolo. ⁵⁸⁷

c) Corrupción del Representante de un Estado

Artículo 50

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.

El proyecto de artículos sobre invalidez de los tratados, aprobado provisionalmente por la Comisión en 1963 y remitido a los gobiernos para que formularan observaciones, no tenía disposición alguna que tratara específicamente de la corrupción del representante de un Estado por otro Estado negociador. ⁵⁸⁸

La incursión de este artículo produjo numerosos y complejos debates en el seno de la CDI. Para algunos, la corrupción del representante de un Estado era una forma de dolo, comprendida en la expresión «conducta fraudulenta». Para otros, como Jiménez de Aréchaga, su introducción creaba un nuevo vicio del consentimiento, que vendría a añadirse al dolo, al error y a la coacción. Precisaba que él no había podido encontrar ningún precedente en la práctica de los Estados que admitiese la invalidez de un tratado por corrupción, para aclarar, finalmente, que si bien se habían señalado algunos precedentes de nulidad de laudos por corrupción, había una gran diferencia entre la situación del árbitro y la de un representante del Estado. ⁵⁸⁹ Finalmente, otro grupo apoyó su inserción en el Proyecto. ⁵⁹⁰

En efecto, la mayoría de la Comisión opinó que la corrupción de un representante por otro Estado negociador desvirtúa de modo muy especial el consentimiento que el representante pretende expresar en nombre de su Estado, lo cual diferencia esta hipótesis del caso del dolo. La Comisión consideró además que en la práctica son más probables los intentos de corrupción que los de coacción sobre el representante y que,

⁵⁸⁶ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 133. En el mismo sentido se citan los tratados norteamericano-canadienses de 1842.

⁵⁸⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 275.

⁵⁸⁸ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 69.

⁵⁸⁹ *Yearbook ILC*. 1966, t. I. 2.ª parte, p. 143. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 276.

⁵⁹⁰ *Informe CDI*. P. 78. Ídem.

por consiguiente, era conveniente incluir una disposición específica al respecto.⁵⁹¹

Luna la define diciendo que «existe corrupción cuando el representante, antes de expresar el consentimiento en nombre del Estado, ha aceptado ofertas, promesas o dones cuyo objeto es inducirlo a expresar en determinado sentido el consentimiento del Estado que representa».⁵⁹²

Se utiliza expresamente en el artículo el término «corrupción» para indicar que solamente los actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en la disposición del representante para concertar el tratado pueden alegarse como vicio del consentimiento que se supone manifiesta el representante en nombre de un Estado.⁵⁹³ La Comisión quería excluir con ello cualquier intento de invalidar un tratado por cualquier pequeño favor o cortesía a un representante con motivo de la celebración de un tratado.⁵⁹⁴ En el mismo sentido se manifiesta Elias:⁵⁹⁵

Es usual en muchos casos, que el problema real sea determinar qué constituye «corrupción», especialmente en vista de las infinitas circunstancias que constituyen los primeros pasos hacia el inicio de la idea o al posible tratado, su negociación y su celebración. Pueden ofrecerse incentivos de diversos tipos en diferentes etapas y con diferentes propósitos, de acuerdo con la naturaleza de cada caso particular y las predilecciones personales del representante concernido. Ciertamente, el término corrupción no puede ser usado para designar cortesías usuales e intercambios normales en las legítimas relaciones diplomáticas.

Debe anotarse que la corrupción debe ser efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, lo que implica una imperfección de la norma, «porque pasa por alto los intentos de soborno provenientes de entidades privadas, por lo general más poderosas que muchos Estados».⁵⁹⁶

Por último, «debemos entender que la corrupción del representante en la fase inicial de celebración del tratado debe ser igualmente relevante para alegar la nulidad en la medida en que su actividad ha podido inducir al error de los órganos competentes para autorizar y expresar el consentimiento del Estado».⁵⁹⁷

⁵⁹¹ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 69.

⁵⁹² DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: La Ley, 1970, p. 399.

⁵⁹³ *Informe CDI*. 78, párr. 4.

⁵⁹⁴ Ídem. NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 195: «Un simple gesto de cortesía o un favor mínimo no constituirán un acto de corrupción».

⁵⁹⁵ ELIAS, Taslim. «Problems concerning the validity of treaties». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134, p. 376.

⁵⁹⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 277.

⁵⁹⁷ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 278. REUTER, Paul. Ob. cit., p. 158: «Para que la corrupción sea un vicio del acto es necesario que haya sido de tal naturaleza que implique la aceptación del tratado tal como es: aún si su efecto no ha

9.2.2. Vicio Formal

a) Transgresión del Derecho Interno

Artículo 27

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Refiere De la Guardia que este artículo,

que no tenía antecedentes en el Proyecto de la CDI, se originó en una propuesta de Pakistán para añadir al artículo 26 la siguiente frase: «las partes no podrán invocar las disposiciones de su constitución o de sus leyes como justificación del incumplimiento de este deber».⁵⁹⁸

La propuesta poseía ya un amplio reconocimiento doctrinario⁵⁹⁹ y jurisprudencial.⁶⁰⁰ Así, en el *Asunto de las Zonas Francas* se señaló: «Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales. Esto vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al Derecho Internacional».⁶⁰¹ Igualmente, las sentencias arbitrales en los *Asuntos Montijo* (26/7/1875), *Cleveland* (1888),⁶⁰² *Georges Pinson* (19/10/28), aunque no entrañen decisiones en esta materia, contienen algunas observaciones a favor de la pertinencia de las disposiciones constitucionales en relación con la validez internacional de los tratados.⁶⁰³ La C.P.J.I. en el *Asunto de los Nacionales Polacos en el Danzig* también señaló: «Un Estado no puede invocar contra su propia constitución con miras a evadir obligaciones que la incumben por el De-

incidido más que en una sola cláusula, que no es esencial en el acto, pero que un representante fiel del Estado no habría aceptado, ella vicia el acto».

⁵⁹⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 196.

⁵⁹⁹ DE VISSCHER, Charles. «Cours Général de Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1954-II, t. 86, pp. 449-450; GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. I. Ginebra, 1967, p. 141; VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid, 1967, p. 110.

⁶⁰⁰ No obstante, la sentencia arbitral de 1886 del Presidente Cleveland de los Estados Unidos declaró nulo un tratado celebrado entre Costa Rica y Nicaragua por haber sido ratificado por este último en violación a su derecho interno. MOORE, J. B. *History and Digest of International Arbitration*. Vol. II, p. 1946.

⁶⁰¹ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46, p. 167.

⁶⁰² Aquí el Presidente Cleveland, el 24 de diciembre de 1886 afirmó que las limitaciones estatales del *treaty-making power* han de tenerse en cuenta también en Derecho Internacional. Pero añade que cabe subsanar posteriormente los vicios que en la celebración del tratado se hayan producido.

⁶⁰³ MOORE. *International Arbitrations*. Vol. 2, p. 1946. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 129.

recho Internacional». ⁶⁰⁴ La C.P.J.I. igualmente expresó en su Opinión Consultiva sobre el *Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas*, de 1925, que «un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos». ⁶⁰⁵ Finalmente, en los *Asuntos del Régimen Aduanero Franco-Suizo* ⁶⁰⁶ (1912) y del *Río Martín* (1824), ⁶⁰⁷ los árbitros se pronunciaron claramente cuando se negaron a tener en cuenta supuestas infracciones de las limitaciones constitucionales y sostuvieron la validez de un protocolo y de un canje de notas, respectivamente. La misma observación se dio en el *Asunto Metzger*. ⁶⁰⁸

En el Comité de Redacción se prefirió hacer un artículo separado con esta propuesta. Se aprobaron así dos artículos, se reemplazó las palabras «de su constitución o de sus leyes» por «de su derecho interno»; y se le añadió también la última frase. ⁶⁰⁹

En el caso de los Estados, es el ordenamiento constitucional el que regula la capacidad para celebrar tratados, tradicionalmente conocida por su expresión en inglés: *treaty making power*. El principio general en derecho interno es que un tratado «no es obligatorio sino cuando ha sido concluido por los órganos competentes, es decir, cuando se han observado todas las disposiciones del derecho constitucional que determinan» la capacidad de cada parte contratante. ⁶¹⁰ Sin embargo, en el Derecho Internacional existen hasta tres tendencias, reseñadas por la CDI. ⁶¹¹

a. La primera, según la cual, todo consentimiento en obligarse expresado en el plano internacional en infracción de una norma constitucional anula tal acto. Guggenheim comparte esta posición, y se apoya en el fallo del presidente Cleveland (24/12/1886) entre *Costa Rica y Nicaragua*, en que

⁶⁰⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 44, p. 24. Hasta aquí la jurisprudencia citada por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 196.

⁶⁰⁵ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 10, p. 20.

⁶⁰⁶ *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. V, p. 411: Aquí se señaló que la autoridad parlamentaria prescrita por el derecho interno es irrelevante en Derecho Internacional.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 724.

⁶⁰⁸ *Foreign Relations of the United States*. 1901, p. 262.

⁶⁰⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 196.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 197. REUTER, Paul. Ob. cit., p. 155: «Manteniendo el principio de la nulidad de los tratados celebrados por órganos incompetentes según el derecho interno, las condiciones prácticas en cuestión en esta nulidad hacen que ella no pueda intervenir, como lo demuestra la práctica internacional, sino en casos completamente excepcionales. La naturaleza del yicio que alcanza a tal consentimiento es muy clara: El consentimiento de una persona moral, en este caso el Estado, no puede en efecto tener existencia sino después de un procedimiento jurídico, si este procedimiento no es respetado, no hay consentimiento».

⁶¹¹ *Informe CDI*. Pp. 73-75. *Ídem*.

el árbitro se pronunció por la nulidad del tratado ratificado en violación del derecho interno.⁶¹² También el lando George Pinson de 1928.⁶¹³ Asimismo, Wenzel sostenía que la validez de todo el Derecho Internacional descansa en las reglas constitucionales que establecen el modo de celebrar los tratados.⁶¹⁴

Por su parte, Scelle entiende que la violación de los procedimientos internos debía ser considerada como una irregularidad internacional que debía ser sancionada, en tanto, estas normas no eran más que el ejercicio de una competencia internacional para completar el procedimiento de celebración de los tratados. Se trata de normas internas que mediante lo que Scelle denomina *dédoublement fonctionnel*, son también por su naturaleza y objeto, normas internacionales.⁶¹⁵

La CDI, en su proyecto de 1951, adoptaba esta doctrina, al condicionar la obligatoriedad del tratado a la expresión de voluntad del Estado «conforme a su derecho y práctica constitucionales, por intermedio de un órgano competente a ese efecto».⁶¹⁶

Esta tesis se fundamenta en el principio de la primacía de la seguridad jurídica interna, que ve en la preservación de esa seguridad el valor más importante. Asimismo

se fundamenta en la Soberanía de los Estados y argumenta que el Derecho Internacional remite al derecho interno la determinación de los órganos y los procedimientos de los cuales depende la formación y expresión de la voluntad de un Estado de obligarse por un Tratado. Los acuerdos internacionales no podrían válidamente nacer sin haber observado las reglas de derecho interno.⁶¹⁷

Esta tesis fue adoptada en la Convención de La Habana, de 1928, cuyo artículo 1 y 6 establecían que los tratados debían ser concluidos y ratificados conforme al derecho interno de los Estados contratantes. El «Proyecto de Harvard» disponía que un Estado no estaba obligado por un tratado concluido en su nombre por un órgano que en virtud de su derecho interno no era competente para concluirlo.⁶¹⁸

⁶¹² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 199.

⁶¹³ *Reports of International Arbitral Awards*, 1952, p. 327.

⁶¹⁴ WENZEL. *Juristische Grundprobleme*. 1920, pp. 397 y ss. Citado por VERDROSS, Alfred. «Le fondement du Droit International». En: *RCADI*. 1927-I, t. 16 pp. 268-269: «En efecto esta teoría busca el fundamento del derecho de gentes en las disposiciones de las constituciones nacionales que autorizan al jefe de Estado a celebrar tratados internacionales.

Las constituciones nacionales instituyen según esta doctrina dos fuentes de normas jurídicas: La ley para el derecho interno y el tratado para el derecho internacional».

⁶¹⁵ SCELLE, George. *Manuel de Droit International Public*. Paris, pp. 608-609.

⁶¹⁶ *Yearbook ILC*. 1951, t. II, p. 74.

⁶¹⁷ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 81.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 81.

Contra esta teoría, Jiménez de Aréchaga ha señalado:

Si el Derecho Internacional se fundara en el derecho constitucional, sería la caída de todo el Derecho Internacional. Un Estado que quisiera desligarse de sus obligaciones internacionales podría hacerlo de un modo muy simple, mediante el procedimiento de modificar su Constitución, suprimiendo, por ejemplo, la facultad de los órganos internos de suscribir tratados.⁶¹⁹

b. Una segunda, que señala que «el Estado que impugna la validez de un tratado por razones constitucionales sólo puede invocar las disposiciones de este orden que sean patentes y evidentes a los demás Estados con los cuales contrata»⁶²⁰

En este sentido se pronuncia Verdross cuando señala:

Pero un tratado ya ratificado es impugnabile si la efectiva limitación del *treaty-making power* era conocida por la otra parte o tenía que haberlo sido con la debida diligencia. Si, por el contrario un Estado concertó un tratado de buena fe sin conocer la limitación de la competencia del *treaty-making power* de la otra parte, tendrá ésta el deber de resarcir si no reconoce ulteriormente la obligatoriedad del tratado.⁶²¹

De Visscher entiende que el tratado celebrado con apartamiento de la ley interna no compromete al Estado cuando las prescripciones de esta son suficientemente notorias.⁶²²

Simma nos habla de la Teoría de la Evidencia, que parte de la consideración de que, en las relaciones interestatales, darle importancia a cualquier violación del derecho interno debilitaría en forma insoportable

⁶¹⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «La Estipulación a favor de Terceros en el Derecho Internacional». En: *Cuadernos del Centro de Estudios de Derecho Comparado*. N.º 1, Montevideo, 1956, p. 30.

⁶²⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 199.

⁶²¹ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 110. Ídem.

⁶²² DE VISSCHER, Charles. «Cours Général de Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1954-II, t. 86, pp. 499-500; «Es bien sabido que un Estado está internacionalmente obligado a hacer en su legislación interna las modificaciones necesarias para la ejecución de tratados por el celebrados, y es igualmente cierto que en las relaciones entre las partes contratantes de un tratado las disposiciones de la ley interna no podrán prevalecer sobre las del tratado. En consecuencia, un Estado no podrá invocar frente a otro Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el derecho internacional o los tratados en vigor. De otro lado, la práctica internacional no ha aprobado la tesis extrema de la escuela dualista según la cual el desconocimiento por el jefe de Estado de las prescripciones constitucionales relativas a la celebración de tratados —por ejemplo, la necesidad de aprobación parlamentaria— no podrá ser obstáculo a la validez internacional del tratado. Es hoy día reconocido que un tratado celebrado en esas condiciones no compromete al Estado cuando las prescripciones de constitucionalidad extrínsecas desconocidas tienen un carácter suficientemente notorio».

la seguridad del negocio, pero por la misma razón sería igualmente insoportable que el Derecho Internacional cerrase los ojos ante toda violación del orden constitucional.⁶²³ Finalmente, Basdevant es de la opinión de que un Estado no está obligado por el consentimiento dado en violación manifiesta de la Constitución, porque dicha violación sería contraria al respeto mutuo que los Estados deben a sus propias instituciones para considerarse como válidamente obligado, respeto que exige que ninguno pueda inmiscuirse en cuestiones dudosas concernientes a las limitaciones internas para celebrar tratados.⁶²⁴

c. Un tercer grupo plantea que cuando un representante sea competente según el Derecho Internacional para comprometer al Estado ha de considerarse que el Estado queda obligado por el tratado. Entonces, el incumplimiento de las normas internas puede entrañar la invalidez del tratado como norma interna así como motivar que al representante se le apliquen las sanciones pertinentes, pero ello no menoscaba la validez del tratado en Derecho Internacional.⁶²⁵

Anzillotti, partiendo de una concepción dualista, entiende que la violación constitucional es un asunto interno que no tiene efectos en el plano internacional, pues así como el Derecho Internacional no produce efectos en el derecho interno, este último tampoco produce efectos jurídicos en el ámbito internacional.⁶²⁶

Esta teoría se apoya en que hay que garantizar la seguridad y estabilidad de las relaciones internacionales, siendo aceptada en ciertas sentencias arbitrales,⁶²⁷ como en el caso de la interpretación

de una disposición de la Convención de Comercio entre Francia y Suiza, así como en el acuerdo verbal firmado en Berna el 20 de octubre de 1906. Igualmente, fue reafirmada por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el *Asunto de Groenlandia Oriental*,⁶²⁸ en que la Corte juzgó sobre una declaración hecha por el Ministro de Relaciones

⁶²³ SIMMA, pp. 444-445. Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 201.

⁶²⁴ BASDEVANT, Jules. «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités». En: *RCADI*. 1926-V, T. 15, pp. 580-581: «Dado esto, cuando el jefe de Estado ratifica un tratado, da fe que el órgano competente (él mismo y el Parlamento en ciertos casos) quiere que el tratado sea obligatorio para el Estado. Según el derecho internacional consuetudinario, la voluntad exteriorizada por un jefe de Estado corresponde a la voluntad del órgano competente. El otro Estado no la puede controlar, ni verificar su exactitud constitucional. Un Estado no debe inmiscuirse en las cuestiones dudosas sobre los límites del poder contractual de un jefe de Estado extranjero: esas cuestiones dudosas deben ser tratadas en el orden interno».

⁶²⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 200.

⁶²⁶ ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International*. 1929, p. 367.

⁶²⁷ *Recueil des Sentences Arbitrales des Nations Unies*. Vol. XI, p. 418.

⁶²⁸ C.P.J.I. *Serie AB*, n.º 46, p. 170.

Exteriores noruego Ihlen que «obligaba a Noruega, a pesar de que este país aducía que su ministro había sobrepasado sus poderes constitucionales». En el *Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del país de Gex*, entre Francia y Suiza, «la Corte consideró que este último país estaba obligado por ciertas proposiciones reglamentarias, no obstante que el agente francés alegaba dudas en cuanto al carácter obligatorio, desde el punto de vista constitucional, de la declaración del gobierno suizo».⁶²⁹

La Convención de Viena, finalmente consagró el segundo criterio. Así:

Artículo 46

1. 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 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.

Este artículo, redactado en una fórmula negativa, establece la excepción del artículo 27 señalando que la violación del derecho interno puede ser alegada para anular un tratado siempre que:

- a. Se trate de una disposición fundamental del derecho interno, esto es, de rango constitucional o incorporada a la ley fundamental del Estado, así como las leyes que se integran en el llamado «bloque de la constitucionalidad». Al respecto define Remiro Brotóns:

Las normas internas a tener en cuenta son las vigentes al concluirse el tratado, no las anteriores ni las posteriores, con independencia de su origen y legitimidad. Entre ellas no han de considerarse los tratados en vigor suscritos con terceros por los que un Estado aceptó limitaciones de su capacidad convencional, pues el problema que se plantea en este caso no es de validez o nulidad, sino de compatibilidad y eventual responsabilidad ante la inevitable infracción de un tratado que implica la observancia del otro. No obstante, estaríamos ante el supuesto del artículo 46 si las obligaciones pactadas han sido incorporadas materialmente a la Constitución o a otra norma interna de importancia fundamental.⁶³⁰

⁶²⁹ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 84.

⁶³⁰ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 275.

- b. Se trate de una disposición constitucional referida específicamente a la capacidad de los órganos para celebrar tratados y no de cualquier norma contenida en tal documento. En opinión de Remiro Brotons, la norma debe concernir a la competencia para celebrar tratados, como por ejemplo, la que prescribe la autorización parlamentaria, y no al procedimiento (mayoría o quorum).⁶³¹ Un punto importante de análisis es si la norma hace alusión o no a los límites constitucionales que tiene un gobierno para concertar tratados.
- c. La violación sea manifiesta, esto es, objetivamente evidente para cualquier Estado que actúe conforme a la práctica usual y de buena fe.

Actuar conforme a la práctica usual y de buena fe significa que el Estado debe haberse informado conforme a las exigencias de la normal prudencia, más no haber procedido a una investigación exhaustiva y haber desplegado grandes esfuerzos para obtener interpretaciones autorizadas de la Constitución y de la práctica del otro Estado.⁶³²

Implica que los otros Estados contratantes debieron tener conocimiento de la violación o era evidente que debían tener conocimiento de ella.⁶³³

En este punto, merece destacarse la intervención de Perú y Ucrania, quienes formularon una propuesta de enmienda a fin de que se agregara al artículo «[...] a menos que esa violación de su derecho interno fuese manifiesta y de fundamental importancia». Con ello, se buscaba precisar aún más la excepción propuesta, al establecer un requisito adicional, lo que fue aceptado por la Comisión.

b) Ausencia de Capacidad de Representación

Artículo 7

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:
 - a) Si presenta los adecuados plenos poderes; o
 - b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

⁶³¹ Ídem.

⁶³² MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 131.

⁶³³ Ibídem, p. 91.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:
 - a) Los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
 - b) Los Jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
 - c) Los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

Artículo 2 (1c)

Se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

Este artículo establece tres grupos de personas que pueden representar a su Estado en el proceso de celebración de un Tratado:

- a. Un primer grupo, compuesto por aquellos que cuentan con los adecuados «plenos poderes», que es un documento en virtud del cual se acredita la capacidad de una persona para representar a su Estado desde la negociación.

Los plenos poderes pueden constar en instrumentos específicos y pueden ser de carácter restringido o entrañar un otorgamiento general de poderes que comprenda la ejecución de ese acto particular.⁶³⁴

En otros tiempos, la presentación de plenos poderes se exigía en casi todos los casos y es aún práctica usual en la elaboración de los tratados más formales. Sin embargo, gran parte de los tratados modernos se concertan en forma simplificada y no se suele exigir la presentación de plenos poderes.⁶³⁵

Por otro lado, la Conferencia no aceptó la sustitución del término «documento» por «instrumento», teniendo en cuenta las cartas o telegramas que la práctica de los Estados muestra con asiduidad en casos de demoras o dificultades en la remisión del instrumento formal de plenipotencia, y que no son propiamente instrumentos.⁶³⁶

⁶³⁴ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 135.

⁶³⁵ Informe CDI. P. 27. Ídem.

⁶³⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 135.

- b. Un segundo grupo, cuya representación deriva de la práctica estatal o de la costumbre y no requiere la presentación de plenos poderes.
- c. Un tercer grupo, cuya capacidad de representación deriva de la función o cargo que se desempeña, independientemente de la presentación de plenos poderes.

En primer término, los jefes de Estado, jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores,⁶³⁷ «con facultad para ejercer todos los actos relativos a la celebración de un tratado», esto es, desde la negociación hasta la manifestación del consentimiento.

En segundo término, los jefes de misión diplomática, desde la negociación hasta la adopción del texto de un tratado. Existe «una práctica consuetudinaria y un consenso doctrinario en el sentido de que éstos no pueden comprometer el consentimiento del Estado sin presentar plenos poderes».⁶³⁸

En tercer término, los representantes acreditados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional, para efectos de la adopción del texto de un tratado.

En relación con estos dos últimos supuestos cabe observar que las propuestas hechas al interior de la CDI para agregar a la «adopción» la capacidad de «negociación» no prosperó: primero, porque el poder para adoptar el texto de un tratado implica el de negociarlo previamente y, segundo, porque «la negociación no es un acto jurídico, sino una gestión diplomática normal y como tal no requiere plenipotencia».⁶³⁹

Artículo 8

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.

Esta norma consagra como causal de nulidad relativa la falta de autorización de un representante para obligar al Estado representado. «Si no existe la autorización pertinente, el Estado tiene derecho a desautori-

⁶³⁷ La capacidad de los Ministros de Relaciones Exteriores para obligar a un Estado es admitida desde la decisión de la C.P.J.I. en el asunto del *Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental*, con relación a la llamada Declaración Ihlen. *Serie A/B*, n.º 53, p. 71. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 136.

⁶³⁸ Ídem.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 137. Cavaré observa que a los jefes de misión se les llamaba plenipotenciarios, porque, en otro tiempo, su gobierno les entregaba, desde el comienzo de esa misión, plenos poderes. CAVARÉ, Louis. Ob. cit., t. II, p. 73. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 137.

zar el acto de su representante y tal acto no surtirá efectos jurídicos. Pero puede también confirmarlo, y con ello dar su consentimiento en obligarse». ⁶⁴⁰

En 1908, por ejemplo, el ministro de Estados Unidos en Rumania firmó dos convenios sin estar facultado para ello. Para uno de esos convenios su Gobierno no le había conferido facultad alguna y para el otro había obtenido plenos poderes dando a entender a su Gobierno que iba a firmar un tratado muy diferente. También en 1951, con ocasión de un convenio sobre denominación de quesos concertado en Stressa, un delegado firmó en nombre de Noruega y de Suecia, cuando en realidad solo estaba facultado para hacerlo en nombre de Noruega. En ambos casos el tratado tenía que ser ratificado y lo fue en efecto. Otro caso en que puede plantearse la misma cuestión, y que es más probable que ocurra en la práctica, es el de que un representante esté facultado para concertar determinado tratado pero se exceda de sus facultades aceptando ampliaciones o modificaciones de ese tratado no autorizados. Ejemplo de esta situación es la tentativa de Persia, en los debates del Consejo de la Sociedad de las Naciones, de rechazar el tratado de Erzerum de 1847 basándose en que el representante de Persia se había excedido en sus facultades al aceptar determinada nota explicativa con ocasión del canje de ratificaciones. ⁶⁴¹

Artículo 47

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.

La CDI señala que el artículo «se limita a los casos en que un representante que tiene poderes, sometidos a determinadas condiciones, reservas o a limitaciones para manifestar el consentimiento de su Estado en obligarse por determinado tratado, se excede en sus atribuciones por no observar las restricciones que se le han impuesto». ⁶⁴² El Estado podrá entonces optar entre repudiar el texto suscrito por su representante o aprobar el tratado; en caso de que opte por esto último, se entenderá que ha confirmado el acto no autorizado de su representante y, con ello, subsanado la carencia de facultad inicial. El artículo busca brindar entonces seguridad jurídica en tanto opera solo si las restricciones fueron notificadas con anterioridad a la manifestación del consentimiento. ⁶⁴³

⁶⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 138.

⁶⁴¹ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 14.

⁶⁴² *Informe CDI*. P. 76.

⁶⁴³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 138.

Japón propuso trasladar este artículo a la parte V de la Convención, pero no tuvo éxito. En contra de la propuesta japonesa, José María Ruda, delegado argentino, expresó que el artículo no trata sobre nulidad sino sobre falta de efectos jurídicos. Pero, si el acto no produce efectos jurídicos, ¿se trata de un acto inexistente o nulo? La respuesta está en que el acto inexistente no es susceptible de confirmación, mientras la nulidad relativa sí lo es.⁶⁴⁴

Entonces, «si el Estado puede confirmar ulteriormente el acto ejecutado por una persona no autorizada, la Convención lo ubica en la categoría de actos pasibles de nulidad relativa, por lo cual, creemos, que la enmienda japonesa tenía razón de ser».⁶⁴⁵

9.3. Consecuencias de la Nulidad

Artículo 69

1. Es nulo un tratado cuya nulidad queda determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.
2. Si no obstante se han ejecutado acto 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 haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el sólo hecho de la nulidad del tratado.
3. En los casos comprendidos en los artículos 49, 50, 51 ó 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 esté viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.

El párrafo 1 «es coherente con el concepto de que las nulidades de que se trata son absolutas *ab initio*» y no solo a partir de la fecha en que se ha alegado la causal de nulidad. Si no se ha realizado ningún acto desde la celebración del tratado, se desprende que bastará determinar la existencia de nulidad para que opere la retroactividad. Pero, si se han realizado actos posteriores, surgen problemas más complejos.⁶⁴⁶

En este sentido, el párrafo 2 a) parte del supuesto de que se hayan ejecutado actos sobre la base del tratado nulo «y, resuelve con simplicidad

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 138. GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., pp. 203-208.

⁶⁴⁵ *Ídem*.

⁶⁴⁶ RUDA, José María. Ob. cit., pp. 676-677.

la difícil situación». «En tal caso, se reconoce que en principio la nulidad del tratado ha de tener plenos efectos a partir de la fecha de su celebración y cualquier parte puede pedir que en lo posible se restablezca el *statu quo ante*». ⁶⁴⁷

En el inciso b) «se trata de proteger los actos ejecutados de buena fe *inter partes* antes de la invocación de la causal de nulidad, con el deliberado propósito de impedir que tales actos resulten ilícitos solamente por la posterior constatación de la nulidad del tratado». ⁶⁴⁸

El párrafo 3 dispone que en los casos de dolo, corrupción o coacción, el párrafo 2 «no se aplicará con respecto a la parte a la que sean imputables los actos inválidos». Así, «la parte que ha obrado con dolo, corrupción o coacción no tendrá la acción que reconoce el párrafo 2a) para lograr la restauración del *statu quo ante* ni habrá posibilidad de actos ilícitos (2b)». ⁶⁴⁹

Finalmente, «el párrafo 4 extiende todo el sistema del artículo a los tratados multilaterales». El propósito de esta norma es disponer que, en caso de vicio del consentimiento en un tratado multilateral, dicho instrumento carece de fuerza jurídica solo entre el Estado afectado por el vicio y las otras partes, pero no entre ellas. Ruda señala como ejemplo:

Supongamos un caso de coacción sobre una de las partes en un tratado multilateral, el tratado no será obligatorio para esa parte, porque su consentimiento está viciado, pero ello no quiere decir que el tratado no continúe vigente entre las otras partes, no afectadas por dicho vicio del consentimiento. ⁶⁵⁰

Artículo 71

1. 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 situacio-

⁶⁴⁷ Informe CDI. P. 97. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 293-294.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 294.

⁶⁴⁹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 294.

⁶⁵⁰ RUDA, José María. Ob. cit., p. 678.

nes 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.

El párrafo 1 del artículo regula las consecuencias de la nulidad del artículo 53 y dispone dos obligaciones esenciales y acumulativas para las partes: 1) eliminar en lo posible los efectos del tratado y «2) ajustar sus relaciones mutuas a la norma de *ius cogens*».⁶⁵¹

Esta obligación deriva, precisamente, «del carácter excepcional del supuesto de invalidez emergente de los artículos 53 y 64, que obliga necesariamente a que las partes, adecuen sus comportamientos futuros a las nuevas reglas imperativas».⁶⁵²

El párrafo 2, en cambio, apunta a la hipótesis del artículo 64 que implica una solución distinta. La primera consecuencia (inciso a) «consiste en que tal nulidad eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado», lo que resulta lógico «pues el tratado se ha convertido en nulo, resultando sus disposiciones carentes de fuerza jurídica».⁶⁵³

Con relación a los actos

ya ejecutados en virtud de un tratado hasta ese momento válido, el inciso b) determina, acertadamente, que los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas creadas por la aplicación del tratado podrán «en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma de *ius cogens*», con lo que se quiere señalar que el efecto retroactivo de la nulidad no afectará los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas originadas válidamente en el tratado, aún cuando su operatividad ulterior solo será admisible si se adecuan a la nueva norma imperativa.⁶⁵⁴

10. Terminación y Suspensión de los Tratados

Las causales de terminación y suspensión previstas en la Convención de Viena de 1969, «pueden derivarse de un acto jurídico o de determinados hechos»; pueden tener efectos generales o parciales o pueden ser de naturaleza intrínseca o extrínseca.⁶⁵⁵ En relación con esto último, se puede establecer la siguiente clasificación.

⁶⁵¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 295.

⁶⁵² Ídem. Sobre lo mismo, señala CAHIER, Philippe. Ob. cit., p. 201: «Es indudable que un tratado que colisiona con una norma de *ius cogens* está viciado de nulidad absoluta».

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 295.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 296.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 297. Véase también CAPOTORTI, Francesco. «L'extinction et la suspension des traités». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134, p. 470: «La extinción y la suspensión

10.1. Causales de Terminación y Suspensión de los Tratados

10.1.1. Causales Intrínsecas

Son aquellas que tienen su origen en las disposiciones mismas del tratado. Aquí pueden incluirse:

a) Disposiciones de Terminación o Suspensión en el Tratado

Artículo 54, literal a

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

a) Conforme a las disposiciones del tratado;

Artículo 57, literal a

La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada:

a) Conforme a las disposiciones del tratado;

La terminación o suspensión de un tratado conforme a sus disposiciones constituye la regla en la materia, pues generalmente los tratados contemplan un plazo de duración,⁶⁵⁶ una condición resolutoria⁶⁵⁷ o señalan su objeto y fin, el cual, una vez cumplido da por concluido el acuerdo.

En efecto, la mayoría de los tratados modernos contiene cláusulas en las que fijan su duración o la fecha de su terminación o una condición o suceso que ha de poner término al tratado o se establece el derecho a denunciarlos o retirarse de él. En esos casos, la terminación del tratado se produce por efecto de sus propias disposiciones y la cuestión de saber cómo y cuándo ha de producirse esencialmente una cuestión de interpretación y aplicación del tratado.⁶⁵⁸

de los tratados puede ser resultado de una serie de causas. Entiendo por "causas" de extinción o de suspensión los actos o los hechos jurídicos que provocan el cese, temporal o definitivo, de los efectos del tratado».

⁶⁵⁶ Sobre este punto, sostiene MC NAIR, Arnold. «La terminaison et la dissolution des traités». En: *RCADI*. 1928-II, t. 22, p. 465: «Se pueden adoptar diversos métodos para determinar la duración de los tratados. Ciertos tratados contienen una disposición que estipula que finalizarán al expirar un determinado número de años. Otros prevén que quedaran en vigor en todo caso por un periodo fijo, y luego de la expiración de este periodo, hasta su denuncia por una de las partes».

⁶⁵⁷ La condición es un hecho futuro e incierto cuya realización produce la terminación del tratado. Esta condición puede ser afirmativa (si el hecho debe ocurrir) o negativa (si el hecho no llega a ocurrir). Por ejemplo, el Pacto de Varsovia contenía una condición resolutoria según la cual dejaba de producir efectos jurídicos cuando se concluyera un tratado previendo un sistema de seguridad colectivo para toda Europa. Así disponía su artículo 11: «En caso de creación en Europa de un Sistema de Seguridad Colectiva y de la conclusión con ese objeto de un tratado general europeo de Seguridad Colectiva, a los que tenderán invariablemente los esfuerzos de las Partes Contratantes, el presente tratado perderá su fuerza desde el día de la entrada en vigor del tratado general europeo».

⁶⁵⁸ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 73

Un caso extremadamente raro es que las Partes convengan en otorgar a un tercero el poder de dar por concluido el tratado por ellas suscrito. La historia parece registrar un único caso que es el artículo 8 del Tratado de Locarno de Garantía Mutua, celebrado entre Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña e Italia, que otorgaba al Consejo de la Liga de las Naciones el poder de poner fin al tratado.⁶⁵⁹

b) Denuncia de un Tratado

Artículo 56

1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:
 - a) Que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
 - b) Que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.
2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1.

La denuncia de un tratado puede ser definida como la declaración unilateral de voluntad de un Estado en virtud de la cual este manifiesta su deseo de retirarse del tratado. La denuncia, en los tratados bilaterales, produce como efecto jurídico la terminación de los mismos, mientras que en los tratados multilaterales el efecto se limita al retiro del Estado denunciante.⁶⁶⁰

El artículo establece como principio general la improcedencia de la denuncia en los tratados internacionales, señalando dos excepciones de este principio:

- a. Que se prevea expresamente una cláusula de denuncia o dicha intención se desprenda implícitamente de los términos del acuerdo; y
- b. Que la denuncia se infiera de la naturaleza no perpetua del tratado.

⁶⁵⁹ MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. Ob. cit., 1977, p. 300.

⁶⁶⁰ Al respecto, señala CAPOTORTI, Francesco. Ob. cit., pp. 478-479: «Se debe recordar que el poder de denunciar puede ser acordado en el marco de un tratado bilateral o multilateral; en el primer caso su ejercicio provoca la extinción del tratado, en tanto que el segundo puede llevar a la extinción completa, o bien hacer cesar los efectos del tratado solamente respecto del Estado denunciante, según lo que el tratado haya establecido. En caso de duda hay que pensar en la extinción subjetivamente limitada. En cuanto al retiro, este no puede ser previsto más que por los tratados multilaterales, y es que hace cesar los efectos solamente en las relaciones entre el Estado que se retira y las otras partes».

Como sostiene la CDI, «existen ejemplos de tratados importantes que no contienen estipulaciones expresas sobre la denuncia, comenzando por la propia Carta de la ONU».⁶⁶¹ Por otra parte, existe cierto tipo de tratados, como los tratados de paz o los que establecen una frontera, que por su naturaleza no pueden ser objeto de denuncia o retiro;⁶⁶² mientras resulta inherente a la naturaleza de ciertos tratados la posibilidad de denuncia. Waldock señala entre estos los tratados de comercio, alianza, cooperación y los tratados generales de conciliación, arbitraje y arreglo judicial.⁶⁶³

Por otro lado, en relación con la existencia o no de un derecho implícito a denunciar un tratado, «la tesis tradicional, basada en la norma contenida en la Declaración de Londres de 1871,⁶⁶⁴ no admitía el derecho implícito de denuncia a los tratados internacionales. Por su parte, autores como Giraud consideran que, a falta de disposiciones relativas a la denuncia, un tratado multilateral puede ser denunciado en cualquier momento».⁶⁶⁵ «Oppenheim-Lauterpacht,⁶⁶⁶ así como Mc Nair y Fitzmaurice,⁶⁶⁷ sostienen, en principio, la tesis tradicional. Waldock tomó la posición inversa, admitiendo la denuncia, pero también rodeándola de excepciones».⁶⁶⁸ La CDI optó por un criterio intermedio, en el sentido de que cierto tipo de tratados justifica la existencia de excepciones a la regla tradicional.

Finalmente, la Comisión consideró indispensable que cualquier derecho implícito a denunciar el tratado o a retirarse de él esté sujeto a la concesión de un plazo de notificación razonable.⁶⁶⁹ En tal sentido, la Comisión estimó conveniente establecer un periodo largo a fin de dar suficiente protección a los intereses de las otras partes en el tratado, especificando en el párrafo 2 de este artículo que la notificación habrá de hacerse con doce meses de antelación, por lo menos. «El propósito de esta norma es entonces preservar la seguridad de las transacciones interna-

⁶⁶¹ Informe CDI. P. 83. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 299.

⁶⁶² LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 277.

⁶⁶³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1963, t. II, p. 64.

⁶⁶⁴ Yearbook ILC. 1963, t. II, p. 50. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 299.

⁶⁶⁵ GIRAUD, E. «Modification et termination des traités Collectifs». En: AIDI, 1961, t. I, pp. 66-67. Ídem.

⁶⁶⁶ OPPENHEIM, Georg y Hersch LAUTERPACHT. *International Law*. London: Longman, 1955-1960, t. I, pp. 938-941. Ídem.

⁶⁶⁷ MC NAIR. *The Law of Treaties*. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 493 y 504; FITZMAURICE, Gerald. Anuario CDI. 1957, t. II, p. 23. Ídem.

⁶⁶⁸ Anuario de la CDI. 1963, t. II, p. 74. Ídem.

⁶⁶⁹ En torno de este punto, sostiene CAPOTORTI, Francesco. Ob. cit., p. 482: «El ejercicio del poder de denuncia o de retiro exige generalmente el respeto de ciertas modalidades de forma y de procedimiento. En particular, es necesario un acto escrito, y es necesario que este acto sea notificado a la contraparte o a las otras partes, o bien al depositario indicado en el tratado, el cual es usualmente el órgano de una institución internacional».

cionales, evitando que el retiro o la denuncia tenga efectos jurídicos inmediatos». ⁶⁷⁰

c) Reducción del Número de Partes en un Tratado

Artículo 55

Un tratado multilateral no terminará por el sólo hecho de que el número de partes lluegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, salvo que el tratado disponga otra cosa.

Los tratados multilaterales generalmente establecen el número de partes necesario para su entrada en vigor, pero guardan silencio sobre lo que sucede en caso que luego dicho número quede reducido por debajo de esta cifra. Pocos tratados fijan el número mínimo para que el tratado conserve su vigencia. Es el caso de la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer o la Convención Aduanera sobre la Importación Temporal de Vehículos Comerciales de Carretera. ⁶⁷¹

Sin embargo, el artículo 55 establece una regla supletoria opuesta, en el sentido de que los tratados deben subsistir hasta que la voluntad de las partes decida su terminación. ⁶⁷²

Esta disposición tiene como fundamento que no parece conveniente que la aplicación de los tratados dependa de que el número de partes llegue a ser inferior a un número determinado de Estados. Si las Partes que quedan no quieren seguir aplicando el tratado con un número reducido de ellas, pueden perfectamente ponerse de acuerdo para terminarlo o ejercer separadamente su derecho a denunciarlo. ⁶⁷³

10.1.2. Causales Extrínsecas

Son aquellas que tienen su origen en razones exógenas al acuerdo. En este rubro pueden incluirse:

a) Consentimiento de las Partes (Abrogación Expresa)

Artículo 54, literal b

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

- b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratante.

Artículo 57, Literal b

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

⁶⁷⁰ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 147.

⁶⁷¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 301.

⁶⁷² Ídem.

⁶⁷³ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 74.

En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes.

La Convención de Viena prevé como causal de terminación y/o suspensión de un tratado el consentimiento de todos los Estados contratantes en dar por concluido o suspendido el acuerdo. Al respecto señala Capotorti:⁶⁷⁴

Entre las causas de extinción de la categoría por examinar, hay que considerar primero el acuerdo abrogatorio expreso. En estos términos, se puede designar tanto un tratado cuya sola función consiste en poner fin a reglas creadas por un tratado o por varios tratados anteriores, como una cláusula abrogatoria de las reglas de uno o varios tratados anteriores contenida en un tratado que comprende también otras disposiciones.

Los Estados interesados tienen siempre libertad de elegir la forma en que acuerdan poner término al tratado. Al hacerlo, los Estados tendrán indudablemente en cuenta sus propios requisitos constitucionales, pero el Derecho Internacional solo exige que los Estados consientan en poner término al tratado. Asimismo, la Comisión estimó conveniente subrayar que, cuando un tratado termina por alguna razón ajena a sus propias disposiciones, es necesario el consentimiento de todas las partes.⁶⁷⁵

La abrogación expresa puede ser de dos tipos: abrogación expresa general, sin referencia a ningún tratado en particular, o la abrogación expresa específica, referida a un tratado en especial. Un ejemplo del primer caso es el tratado celebrado entre Estados Unidos y China el 11 de enero de 1963 que estableció:

Se abrogan todas aquellas disposiciones de tratados o acuerdos entre los Estados Unidos y la República China que autorizan al gobierno de los Estados Unidos o a sus representantes a ejercer jurisdicción sobre sus nacionales en territorio de China. Los nacionales de los Estados Unidos en tal territorio estarán sujetos a la jurisdicción de la República de China, de acuerdo a los principios generales del derecho internacional.⁶⁷⁶

b) Ruptura de Relaciones Diplomáticas o Consulares

Artículo 63

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes en un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones

⁶⁷⁴ CAPOTORTI, Francesco. Ob. cit., p. 490.

⁶⁷⁵ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 73.

⁶⁷⁶ LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 279.

diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado.

Esta disposición concuerda «con la corriente doctrinaria transformada ya en Derecho Internacional positivo, según la cual la ruptura de relaciones diplomáticas —o consulares» se agregó en la Conferencia— no constituye, por sí sola, una causal válida para extinguir las relaciones convencionales entre las partes».⁶⁷⁷

En realidad, muchos autores no incluyen la ruptura de relaciones diplomáticas al estudiar las causas que permiten poner fin a los tratados o suspender su aplicación.

La frase final del artículo tiene importancia, pues la ruptura de relaciones diplomáticas puede en realidad afectar a las relaciones jurídicas que se establecen en dos categorías de tratados: en aquellos que requieren de las mismas para poder resultar operativos, como son los de cooperación técnica o aquellos donde las relaciones diplomáticas son el objeto directo y exclusivo del tratado, como es el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.⁶⁷⁸

c) Celebración de un Tratado Posterior (Abrogación Tácita)

Artículo 59

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:
 - a) Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o
 - b) Las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.
2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

Esta disposición consagra el principio según el cual un «tratado posterior puede poner fin o suspender implícitamente al anterior». «El artículo se basa en la opinión separada del juez Anzilotti en el caso de la *Sociedad de Electricidad de Sofía y Bulgaria*»,⁶⁷⁹ donde señaló:

No hubo abrogación expresa. Pero se conviene, en general, en que, además de la abrogación expresa, hay también la tácita, debido a que las nuevas disposiciones son incompatibles con las anteriores o a

⁶⁷⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 302.

⁶⁷⁸ Ídem.

⁶⁷⁹ Ibídem, p. 214.

que todas las cuestiones que eran objeto de estas últimas se rigen en lo sucesivo por las nuevas disposiciones.⁶⁸⁰

Cierto es que ese caso se refería a una posible incompatibilidad de las declaraciones unilaterales hechas de conformidad con la cláusula facultativa y un tratado, y que el tribunal no aceptó la opinión de Anzilotti de que existía incompatibilidad entre los dos instrumentos. Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión estimó que los dos criterios expuestos por el magistrado Anzilotti comprenden el aspecto esencial del problema.⁶⁸¹

El inciso 1 establece las condiciones en que tiene lugar la abrogación tácita. En primer lugar, no es necesario que el nuevo tratado quede circunscrito a las partes del tratado anterior; por supuesto que debe contar con el consentimiento de todas ellas para que el anterior quede terminado, pero nada impide que se incorporen otros Estados. En otras palabras, la primera condición indispensable es que todas las partes en el tratado anterior lo sean del nuevo, pero también puedan sumarse nuevas partes; si las partes tienen capacidad para celebrar un nuevo tratado, la tienen indudablemente para aumentar la participación.

Las otras dos condiciones dependen de la interpretación que se dé a los tratados. Estas condiciones son alternativas, no acumulativas: el tratado anterior termina por la operación de cualquiera de ellas.

La primera condición se refiere a la intención de las partes de abrogar el tratado anterior, que se desprenda del mismo tratado o conste de otro modo. La segunda condición surge de la incompatibilidad que puede existir en la aplicación simultánea de ambos tratados. La incompatibilidad debe ser total; si la incompatibilidad es parcial, el tratado anterior es aplicable, siempre que no exista intención de darlo por terminado.

Cuando las partes en los dos tratados son las mismas, no hay ninguna duda de que, al concertar el segundo tratado sobre la misma materia, tienen competencia para abrogar el primero; esa es la esencia misma de la norma enunciada en el artículo 59.

d) Violación Grave del Tratado

Artículo 60

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.
2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

⁶⁸⁰ C.P.J.I. Serie A/B, n.º 77, p. 92.

⁶⁸¹ Anuario de la CDI. 1966, vol. II, p. 77.

- a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado, sea:
 - i) En las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o
 - ii) Entre todas las partes:
 - b) A una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación.
 - c) A cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.
3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:
 - a) Un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o
 - b) La violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.
 4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.
 5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

En principio, hay acuerdo en la doctrina «en cuanto a que la violación de un tratado por una o varias de las partes da lugar a un derecho de la otra u otras a considerar terminado el tratado o suspender el cumplimiento de las obligaciones en él estipuladas». ⁶⁸² Así, Taube señala que la violación del tratado por una de las partes faculta a la otra a ponerle fin de

⁶⁸² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 303. Véase también MC NAIR, Arnold, Ob. cit., 1928, pp. 519-520: «¿Cuáles son los efectos de la violación de los tratados cometida por una de las partes sobre la duración del tratado y su fuerza de ejecución? Las dos proposiciones siguientes parece que pueden ser consideradas como incuestionables y no es necesario demostrar su exactitud con argumentos: 1.º la violación del tratado no desvincula *ipso facto* a la parte culpable de la obligación de ejecutar ulteriormente los compromisos contraídos por ella en virtud de sus disposiciones, ya que nadie puede prevalerse de su propia falta; 2.º la violación del tratado no libera *ipso facto* y sin declaración expresa de su parte, a la otra parte, a la parte que es víctima, de la ejecución de las obligaciones contraídas en virtud de sus disposiciones. El efecto de una violación (del género de aquellas que vamos a definir) es únicamente dar a la otra parte la facultad de poner fin al tratado en lo que concierne a su ejecución ulterior; si no hace uso de esta facultad en un plazo razonable, el derecho de ejercerla desaparece».

pleno derecho.⁶⁸³ Sinha entiende que «la doctrina de la denuncia unilateral —en el supuesto de violación por la otra parte— es una antigua norma del derecho internacional consuetudinario, siempre que ese derecho sea ejercido en un plazo razonable».⁶⁸⁴ Para Capotorti, se trata de un principio de equilibrio contractual, que salvaguarda la relación entre la prestación de una parte y la contraprestación de la otra parte.⁶⁸⁵

Algunos autores, fundándose «en la falta de un sistema internacional apropiado para asegurar el cumplimiento de los tratados, piensan que la parte afectada por la violación goza de un derecho casi absoluto para dar por terminado un tratado».⁶⁸⁶ «A otros autores les preocupa el problema de la inseguridad jurídica resultante de que un Estado pueda aducir arbitrariamente esta causal como pretexto para poner fin a la relación convencional. Tienden entonces, a restringir el derecho de alegar la terminación del tratado solamente a las “violaciones graves” o “fundamentales”, subordinándolo a determinadas condiciones».⁶⁸⁷

La práctica de los Estados no es de gran utilidad para determinar el verdadero alcance de este derecho ni las debidas condiciones para su ejercicio. Las jurisdicciones nacionales se han pronunciado no pocas veces a favor del reconocimiento del principio de que la violación de un tratado puede dar derecho a la Parte inocente a denunciarlo.⁶⁸⁸

La jurisprudencia internacional «ha contribuido relativamente poco a esta materia. Los dos únicos casos que han tratado concretamente el problema, el *Asunto de la Desviación de las Aguas del Río Mosa* entre Bélgica y Holanda⁶⁸⁹ y el *Arbitraje de Tacna y Arica*, entre Chile y Perú,⁶⁹⁰ no

⁶⁸³ TAUBE, Michel de. Ob. cit., p. 374: «Se comprende que la “inviolabilidad” del tratado cesa de pleno derecho —lo que puede ser constatado por una declaración unilateral de la parte lesionada— cuando la otra parte contratante ha violado sus compromisos».

⁶⁸⁴ SINHA, Bhik Parti. *Unilateral Denunciation of Treaty because of prior violations of obligations by other Party*. La Haya: Martinus Nijhoff, 1966, p. 206.

⁶⁸⁵ CAPOTORTI, Francesco. Ob. cit., pp. 548-549: «No es necesario recordar que este principio tiene sus raíces en el criterio del equilibrio contractual, de donde se desprende la exigencia de salvaguardar la relación, establecida al momento de la estipulación del tratado, entre la prestación de una parte y la contraprestación de la otra parte».

⁶⁸⁶ DUPUIS, Ch. «Liberté des voies de communication». En: *RCADI*. 1924-I, t. 2, p. 340. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 304.

⁶⁸⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 304. En este sentido contrario se pronunciaba Grocio cuando señalaba que no cabría establecer diferencias entre las disposiciones principales y las secundarias, puesto que todas ellas eran suficientemente importantes para ser observadas. GROCIO, Ugo. *De Jure Belli ac Pacis*. II, cap. XV, 815. También Vattel señaló que todas las cláusulas de un tratado constituían un todo, y por ello cualquier infracción daba derecho a la denuncia. VATEL, Emeric de. *Le Droit des Gens*. II, & 200 y IV, & 47.

⁶⁸⁸ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, p. 78.

⁶⁸⁹ C.P.J.I., Serie A/B, n.º 70.

⁶⁹⁰ *Reports of International Awards*. Vol. II, pp. 929, 943-944.

ahondaron a fondo la cuestión». ⁶⁹¹ En el primero, en su opinión disidente, el juez Anzilotti expresó el parecer de que el principio que servía de base de alegación belga «es tan justo y equitativo y está reconocido de modo tan universal que debe aplicarse también en las relaciones internacionales». En el segundo, el Perú sostenía que, al impedir la aplicación del artículo 3 del Tratado de Ancón, en el que se estipulaba la celebración de un plebiscito en ciertas condiciones, Chile había relevado al Perú de las obligaciones que le imponía dicho artículo.

La CDI, siguiendo a Waldock, «consideró que una violación de un tratado, por grave que sea, no pone término *ipso facto* al tratado y también que un Estado no puede nunca alegar simplemente una violación del tratado y declarar que este ha terminado». En tal sentido, se debía reconocer el derecho de una parte a invocar la violación de un tratado como motivo para ponerle término o para suspender su aplicación. ⁶⁹²

En primer lugar, «se exige que la violación sea "grave", es decir, que implique un rechazo del tratado no admitido en la Convención, o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto y fin del Tratado». ⁶⁹³ Esto para evitar el riesgo de que una parte pueda alegar un quebrantamiento menor o trivial. La jurisprudencia arbitral confirma esta regla. Así, en el Arbitraje de *Tacna y Arica* en 1925 el laudo llegó a la conclusión de que para que una violación tuviera el efecto de extinguir un acuerdo «sería necesario demostrar que la consecuencia de los errores administrativos es crear condiciones tan serias que frustren el objeto del acuerdo». ⁶⁹⁴

En su opinión consultiva sobre *Namibia*, la Corte aplicó esta disposición cuando consideró que la resolución de la Asamblea General poniendo fin al mandato sudafricano determinó que ambas formas de violación grave habían ocurrido en este caso: ⁶⁹⁵

En vista de estas normas, sólo una violación grave de un Tratado justifica su terminación, habiendo sido definida dicha violación como: a) un rechazo de un tratado no admitido por la presente Convención; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto del fin del tratado.

La Resolución 2145 (XXI) establece que ambas formas de violación grave han tenido lugar en este caso [...] La Resolución en cuestión debe ser vista como el ejercicio del derecho de terminar una relación en caso de una persistente y deliberada violación de obligaciones que destruyen el objeto y fin mismo de esta relación. ⁶⁹⁶

⁶⁹¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 304.

⁶⁹² *Anuario de la CDI*, 1966, vol. II, p. 78. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 305.

⁶⁹³ Ídem.

⁶⁹⁴ UNRIAA, vol. II, p. 943.

⁶⁹⁵ I.C.J. Reports, 1971, p. 47.

⁶⁹⁶ I.C.J. Reports, 1971, pp. 46-47.

El párrafo 1, referido a los tratados bilaterales, «establece que la violación grave por una parte faculta a la otra a una triple opción: demandar la terminación lisa y llana del tratado, o requerir su suspensión total o la suspensión parcial del mismo».⁶⁹⁷ La expresión «alegar» tiene por finalidad subrayar que el derecho que se deduce del artículo no es el derecho a declarar arbitrariamente la terminación del tratado, sino tan solo de alegarlo.

El párrafo 2, referido a los tratados multilaterales, distingue tres situaciones:

- a. A que las otras partes actuando por acuerdo unánime opten por: 1) dar por terminado el tratado en forma total; 2) demandar la suspensión en forma total; o 3) demandar la suspensión en forma parcial. Estas alternativas pueden afectar las relaciones entre las otras partes y el autor de la violación; o las relaciones entre todas las partes, lo que podría causar la terminación del tratado o su suspensión entre todas las partes.⁶⁹⁸

En todo caso, como señaló la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de Namibia*: «Por razones obvias, el consentimiento del culpable no puede ser requerido para semejante terminación».⁶⁹⁹

- b. A que una parte especialmente perjudicada por la violación opte por: 1) demandar la suspensión total del tratado; ó 2) demandar la suspensión parcial del acuerdo.

Se establecen así dos limitaciones. La primera es que la parte especialmente afectada puede alegar la violación solo como causa de suspensión, pero no de terminación del tratado. La segunda limitación es que los efectos se limitarían a las relaciones entre el Estado especialmente perjudicado y el Estado autor de la violación. Entonces, el tratado seguirá funcionando entre los demás Estados Parte del tratado.

- c. Si la violación grave modifica radicalmente la situación de cada parte respecto a la ejecución posterior de las obligaciones, cualquier parte en el tratado tendrá la doble opción de 1) demandar la suspensión total del tratado o 2) demandar la suspensión parcial del tratado, con respecto de sí misma.

Este inciso fue concebido por la CDI para aquellos casos en que las disposiciones estipuladas en los incisos a) y b) del párrafo no basten para proteger los intereses de una parte determinada, que no pueda suspen-

⁶⁹⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 306.

⁶⁹⁸ Ídem.

⁶⁹⁹ I.C.J. Reports, 1971, p. 49.

der el cumplimiento de las obligaciones que le impone el tratado con respecto del Estado autor de la violación sin violar a su vez sus obligaciones con respecto de las demás partes. Para prever supuestos tan críticos, el artículo permite a cualquier parte alegar la violación grave como causa para suspender el tratado total o parcialmente, respecto de sí misma, sin necesidad de obtener previamente el consenso unánime de las demás partes, como lo exige el inciso a) del mismo párrafo.⁷⁰⁰

En el párrafo 3 se define la clase de violación que puede conferir el derecho a poner término a un tratado o a suspender su aplicación. La Comisión prefirió el término «grave» a la palabra «fundamental», para indicar la clase de violación que es necesaria a tal efecto. La palabra «fundamental» podría entenderse en el sentido de que únicamente la violación de una disposición que se refiera directamente a las finalidades más importantes del tratado es motivo suficiente para que la otra parte ponga término al tratado. Pero es posible que otras disposiciones que una parte considere esenciales para la eficaz ejecución del tratado hayan contribuido considerablemente a inducirlo a celebrar el tratado, aunque esas disposiciones sean de carácter secundario.⁷⁰¹

En el párrafo 4 se reservan los derechos de que gocen las partes de conformidad con cualesquiera disposiciones concretas del tratado que sean aplicables en caso de violación.⁷⁰²

El párrafo 5 fue introducido en la Conferencia por propuesta de la delegación Suiza y busca crear una excepción en beneficio de las convenciones de carácter humanitario. Al respecto, señala Podesta Costa:

El valor superior de la protección de la persona humana, no autoriza a dar por terminado o suspender un tratado, por violación grave de una de las partes. No se justifica el daño a personas inocentes, por el hecho que la otra parte no cumpla con el tratado. Sería inconcebible que un Estado dejara de cumplir con la Convención sobre el Genocidio o sobre la Represión de la Esclavitud, porque una de las partes deje de hacerlo.⁷⁰³

Cabe considerar que el mismo criterio alcanza a los convenios internacionales sobre derechos humanos, aun cuando la Convención de Viena guarda silencio al respecto.

⁷⁰⁰ Informe CDI, p. 88.

⁷⁰¹ Informe CDI, 1966, vol. II, p. 80.

⁷⁰² Informe CDI, 1966, vol. II, p. 80.

⁷⁰³ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 153. Véase también CAPO-TORTI, Francesco. Ob. cit., p. 554: «Es evidente que los tratados de carácter humanitario mencionados en el párrafo 5, son los tratados que conciernen a la protección de los heridos, los enfermos, los prisioneros, de la población civil en caso de guerra; se puede preguntar si los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos (que no tienen el mismo carácter "humanitario", aún cuando salvaguardan los intereses de la humanidad) entran en la disposición en cuestión».

Sobre esta excepción la C.I.J. en su resolución de 1971 señaló:

Se ha sostenido que el Pacto de la Sociedad de las Naciones no confiere al Consejo de la Sociedad el poder de terminar un mandato por inconducta del mandatario y que, por consiguiente, tal poder no podía ser ejercido por las Naciones Unidas, pues no podía heredar de la sociedad mayores poderes de los que tenía esta última. Para que prevaleciera esta objeción era necesario demostrar que el sistema de mandatos como fue establecido bajo la sociedad, excluía la aplicación de un principio general de derecho que la terminación en caso de violación, debe presumirse que existe con relación a todos los tratados, excepto con relación a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidos en tratados de tipo humanitario.⁷⁰⁴

e) Imposibilidad Subsiguiente de Cumplimiento

Artículo 61

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.
2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento es una aplicación del principio jurídico «nadie está obligado a lo imposible» (*ad impossibilia nemo tenetur*), por el cual un estado no es responsable por el incumplimiento de una obligación internacional si este obedece a una razón de *fuerza mayor*, entendiendo por ésta un evento imprevisible, irresistible y extraordinario que hace imposible la ejecución del convenio.⁷⁰⁵

El artículo dispone, entonces, que se puede alegar la desaparición o la destrucción permanente de un objeto indispensable para la ejecución del tratado como causa para ponerle término.⁷⁰⁶ La práctica de los Estados ofrece pocos ejemplos de terminación de un tratado por esa causa. Sin

⁷⁰⁴ I.C.J. Reports, 1971, pp. 46-47.

⁷⁰⁵ En este sentido se pronuncian REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1982, pp. 146-147; BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 1990, p. 619; OPPENHEIM, Lassa. Ob. cit., p. 1303; entre otros.

⁷⁰⁶ Sobre este punto señala CAPOTORTI, Francesco. Ob. cit., p. 527: «Un hecho objetivo que el derecho reconoce como una causa de extinción o de suspensión de las reglas convencionales es la imposibilidad sobreviniente de ejecución. El principio

embargo, la hipótesis prevista en el artículo es la de la sumersión de una isla, la desecación de un río o la destrucción de un dique o de una instalación hidroeléctrica indispensables para la ejecución del tratado.⁷⁰⁷

Como puede apreciarse, la Convención solo abarca el supuesto de imposibilidad física, dejando de lado otros previstos por la doctrina. Así, Antokoletz o González Hontoria señalan además de la imposibilidad física, la imposibilidad económica (que se enmarcaría dentro de la figura del estado de necesidad)⁷⁰⁸ y la jurídica (que sería propiamente una causal de nulidad).⁷⁰⁹ En este último caso, un ejemplo comúnmente citado es cuando un Estado que ha celebrado alianzas defensivas con otros dos Estados no puede cumplir con el acuerdo, ante una guerra entre estos; aquí existiría una imposibilidad legal de cumplimiento. Asimismo, los publicistas consideran como comprendida en esta figura los casos de fusión de dos o más Estados en uno, o de simple desaparición de un Estado, que torna en imposible el cumplimiento del tratado.⁷¹⁰

Finalmente, Ulloa considera que la imposibilidad de cumplimiento puede también ser resultado de un motivo extremo, como la guerra con un tercero, o de un hecho interno que no permite al Estado cumplir con sus obligaciones (como una guerra civil por ejemplo).⁷¹¹ No obstante, en estos casos más que en un caso de imposibilidad estaríamos ante un supuesto de cambio fundamental de las circunstancias, en la medida que el cumplimiento de la obligación no sería imposible sino excesivamente oneroso. La confusión proviene del hecho que los casos de imposibilidad subsiguiente de ejecución son, *ex hiphotesis*, casos en los que se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias existentes en el momento en que se concertó el tratado. Algunos miembros de la Comisión de Derecho Internacional estimaron que no era fácil establecer una clara distinción entre esta figura y la del *rebus sic stantibus* y se mostraron partidarios de que se refundieran estas. Sin embargo, la Comisión opinó que jurídicamente la imposibilidad de ejecución y el cambio fundamental en las circunstancias son causas distintas por las que se

general que se debe recordar aquí es que el comportamiento previsto por el tratado debe ser materialmente posible: *ad impossibilia nemo tenetur*. Un tratado que tenga un objeto imposible será nulo (aún si la Convención de Viena no toma en consideración esta causa de nulidad). Si de otra parte, un comportamiento previsto por el tratado, que era posible seguir en la época de la celebración, deviene a continuación definitivamente imposible, la regla general es que el tratado finaliza (el tratado en su conjunto, o solamente la cláusula cuya ejecución no es posible, según esta cláusula sea inseparable o no del resto del acuerdo).

⁷⁰⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Vol. II, 1966, p. 280.

⁷⁰⁸ GLAHN, Gerhard von. Ob. cit., pp. 516-517; MELLO, Celso. *Direito Internacional Público*. Renovar: Río de Janeiro, 1992, t. I, p. 203.

⁷⁰⁹ ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. III, 1951, p. 112. GONZALEZ-HONTORIA, Manuel. Ob. cit., p. 57.

⁷¹⁰ GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., p. 226.

⁷¹¹ ULLOA, Alberto. Ob. cit., p. 214.

puede considerar que un tratado ha terminado y debían de mantenerse separadas. Aunque pueden existir casos extremos en los cuales estas figuras tienden a superponerse, los criterios que sirven para la aplicación de cada uno no son los mismos.

La C.P.J.I. tuvo ocasión de referirse a la imposibilidad de cumplimiento en los *Asuntos de los Préstamos Serbios*⁷¹² y *Brasileros*.⁷¹³ Podesta Costa señala que en estos casos

[...] ambos Estados invocaron la ley francesa de 5 de agosto de 1914 que, según los Estados deudores, impedía el pago de dichas deudas en francos oro, como estaba estipulado en los acuerdos de préstamo. La Corte entendió que no podía considerar el argumento de la imposibilidad de cumplimiento, pues era posible y razonable interpretar las cláusulas que establecían el pago en oro, como aceptando el pago en francos calculados sobre la base del precio del oro.

El inciso 2.º del artículo 61 «fue incluido en la Conferencia de Viena a propuesta de la delegación de Holanda», y es corolario del «principio general de derecho que establece que nadie puede alegar su propia torpeza o del principio general, que reconoció la C.P.J.I. en el *Asunto de la Fábrica de Chorzow* de que una parte no puede obtener beneficios de sus actos ilícitos».⁷¹⁴

f) Cambio Fundamental de las Circunstancias (*Rebus Sic Stantibus*)

Artículo 62

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:
 - a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
 - b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.
2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
 - a) Si el tratado establece una frontera; o
 - b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

⁷¹² C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20, 1929. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 156.

⁷¹³ C.P.J.I. *Serie B*, n.º 21, 1929. Ídem.

⁷¹⁴ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 17, p. 27. Ídem.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

Con anterioridad al establecimiento de esta causal en la Convención de Viena, la misma «no había sido nunca aplicada por la Corte Internacional o por tribunales arbitrales y si bien existen varios ejemplos de su invocación en la práctica diplomática, tales invocaciones han dado lugar, en general, a serios diferendos internacionales. También la existencia y condiciones de esta causal de terminación han provocado mucha controversia entre los publicistas».⁷¹⁵

Existe discusión sobre si la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las condiciones permanezcan) tuvo su origen en el derecho romano justinianeo o si fue una elaboración posterior de los glosadores y posglosadores medievales.⁷¹⁶ «Una frase de Tomás de Aquino parece aceptarla cuando, examinando las excepciones al principio indiscutido de la observancia debida, estima que una de esas excepciones puede darse cuando el consentimiento fue prestado bajo la condición implícita de la existencia de ciertas circunstancias, que luego cambian o desaparecen».⁷¹⁷

En tiempos del Renacimiento, era bastante natural que el Estado invocara la *raggione di Stato* para incumplir los compromisos contraídos. Esto, combinado con la deificación del Estado por Hegel y su teoría de la soberanía absoluta, según la cual «la relación de los Estados entre sí es la de los seres independientes que estipulan entre sí, pero están al propio tiempo por encima de estas estipulaciones»,⁷¹⁸ relativizó el principio del *pacta sunt servanda*. Este pensamiento fue compartido por autores como Vattel⁷¹⁹ o Bluntschli, quien un siglo después señalaría: «Cuando el orden de hechos que había sido la base expresa o tácita del tratado se modifica de tal manera con el tiempo, que se ha perdido el sentido del tratado o su

⁷¹⁵ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 89. Asimismo, JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. Ob. cit., pp. 1304-1305: «El tratado es celebrado considerando todo tipo de circunstancias, que el Estado toma en cuenta para consentir en obligarse por el tratado. Es generalmente aceptado que un cambio fundamental en esas circunstancias autoriza a la parte a desligarse del tratado. La parte no puede simplemente alegar que el cambio de las circunstancias hace imposible las obligaciones del tratado y que no se considera vinculado por el tratado: El procedimiento adecuado es acercarse a la otra parte (o partes) requiriendo su acuerdo para la aprobación del tratado, es posible que responda a este requerimiento con una oferta de someter cualquier diferendo a una determinación judicial».

⁷¹⁶ Informe CDI. P. 88.

⁷¹⁷ *Summa Theologica*. T. II, 2.^a, Quaestio 110. Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 311.

⁷¹⁸ HEGEL. *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Claridad, 1937/44, párr. 333. Ídem.

⁷¹⁹ VATTEL, Emerich de. *Le Droit des Gens*. T. II, p. 298. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 312.

ejecución llega a ser contraria a la naturaleza de las cosas, a obligación de respetar el tratado debe cesar». ⁷²⁰

Grocio no rechaza en principio la cláusula, pero la admite muy estrictamente. «Suele disputarse —dice— si las promesas llevan consigo la condición tácita de que las cosas permanezcan en su estado actual». A esto habrá que responder negativamente, a no ser que sea del todo evidente que el presente estado de cosas estuvo contemplado en la razón única que llevó a concertar el tratado. ⁷²¹

Gómez Robledo describe el proceso de la cláusula *rebus sic stantibus* en la doctrina de los fundadores del Derecho Internacional:

Después de Grocio, Pufendorf adopta una actitud todavía más restrictiva, prácticamente negativa, en lo tocante a la cláusula, y Bynkershoek, el ilustre compatriota de Grocio, se coloca frente a ella en una actitud abiertamente hostil. A juicio de Bynkershoek, la cláusula *rebus sic stantibus* no es sino un expediente maquiavélico para eximirse de las obligaciones contraídas en los tratados, o de otro modo aún, la máscara de la ruptura de la fe jurada: *ruptae fidei velamentum*. ^{722 723}

Fue Gentili «quien introdujo la máxima *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus* en el siglo XVI, cuando afirmó la existencia de una condición tácita en los tratados perpetuos. Según esta condición implícita los tratados son obligatorios sólo si las circunstancias permanecen sin cambiar, si las cosas quedan como están». ⁷²⁴ Pero es Vattel a quien se reconoce el mérito de haber introducido la condición de la permanencia de las circunstancias en las que el tratado fue celebrado, ⁷²⁵ sustentado la importancia de la referida cláusula de la siguiente manera:

Una cuestión que se propone y se discute es la de saber si las promesas encierran la condición tácita de que las cosas se mantengan en el estado en que están, de tal suerte que el cambio que sobrevenga en el estado de cosas pueda introducir una excepción en la promesa, o inclusive anunciarla. *Si fuere cierto y manifiesto que la consideración del presente estado de cosas intervino en la razón que dio lugar a la promesa y que la promesa fue dada en consideración y en consecuencia de este estado*

⁷²⁰ BLUNTSCHLI, J. Caspar. *Le Droit International Codifié*. 2.ª ed. París: Guillaumin et Cie, 1874, art. 456, pp. 258-259. Ídem.

⁷²¹ GROCIO, Hugo. *De Iure belli ac Pacis*. Lib. II, cap. 16, par. 25.

⁷²² BYNKERSHOEK. *Quaestionum Iuris Publici Libri Duo*. Lib. II, cap. X.

⁷²³ GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. «La cláusula "rebus sic stantibus" (Estudio histórico-jurídico)». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 101-102.

⁷²⁴ GENTILI, Alberico. *De Iure Belli Libri Tres*. Lib. III, cap. XIV. Véase JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 89.

⁷²⁵ HARASZTI, György. «Treaties and the fundamental change of circumstances». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146, p. 11.

de cosas, la promesa, entonces, depende de la conservación de las cosas en el mismo estado. Es algo evidente, dado que la promesa no se hizo sino sobre este supuesto. Cuando, por consiguiente, viene a mudar el estado de cosas que es esencial a la promesa, y sin el cual ciertamente no se habría otorgado aquella, la promesa, entonces, cae con aquello que es su fundamento [...] Hay que ser, sin embargo, muy reservado en el uso de la presente regla [...] El único estado de cosas que es esencial a la promesa es aquel en razón del cual fue dada la promesa, y sólo la mudanza de este estado de cosas puede legítimamente impedir o suspender el efecto de esta promesa. En este sentido hay que entender la máxima de los jurisconsultos, de que *conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*.⁷²⁶

En el siglo XIX, el gobierno ruso dirigió notas por las que declaraba que en razón del cambio de circunstancias producido por la guerra franco-rusa, «se consideraba desligado del cumplimiento de ciertos artículos del Tratado de París del 30 de marzo de 1856, concernientes a la neutralización del Mar Negro y la limitación de las fuerzas rusas en dicho espacio». ⁷²⁷ Otros casos —señalados por De La Guardia— en los que se invocó la cláusula fueron: «la supresión del puerto franco de Batum (1886), la anexión de Bosnia-Herzegovina por Austria-Hungría (1908); la proclamación de la independencia búlgara (1908); la denuncia unilateral de China de los tratados de 1913 y 1915 con Rusia y Mongolia (1919); el rechazo por la Cámara de Diputados francesa del tratado de deudas con los Estados Unidos, basado sobre el supuesto del cobro de las reparaciones alemanas (1932); la declinación por parte de Francia, Gran Bretaña y los miembros de la Common Wealth, de la jurisdicción obligatoria de la C.P.J.I. (1939)». ⁷²⁸

La doctrina *rebus sic stantibus* fue invocada también ante la C.P.J.I. en los *Asuntos de los Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos*,⁷²⁹ *Interpretación del Tratado de Neuilly*,⁷³⁰ *Denuncia por China del Tratado con*

⁷²⁶ VATTEL, Emer de. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. Londres, 1758, Libro II, capítulo XVII, pár. 296.

⁷²⁷ ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International Public*. París: Sirey, 1929, t. I, pp. 458-459. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 313-314.

⁷²⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 314. Ver asimismo para una descripción detallada de estos casos a GOMEZ ROBLEDO, Antonio. «La cláusula *Rebus Sic Stantibus* (Estudio Histórico-Jurídico)». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977, p. 241 y ss.

⁷²⁹ C.P.J.I. *Série B*, n.º 4, 1923: Aquí, el gobierno francés adujo que siempre es posible poner término a los tratados en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus* y sostuvo por ello que el establecimiento del protectorado francés sobre Marruecos había surtido el efecto de extinguir ciertos tratados anglofranceses. El gobierno británico por su parte impugnó la interpretación de los hechos expuesta por el gobierno francés y señaló que el argumento de más peso era el de la doctrina del *rebus sic stantibus*.

⁷³⁰ C.P.J.I. *Série A*, n.º 3, 1924.

Bélgica de 1865,⁷³¹ *Zonas Francas*;⁷³² *Oscar Chinn*;⁷³³ *Desvío de las Aguas del Mosa*;⁷³⁴ y el *Asunto de la Sociedad Comercial de Bélgica*.⁷³⁵

Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia en numerosos fallos la consagrará definitivamente reconociendo el carácter de norma consuetudinaria de la cláusula *rebus sic stantibus*. Como ejemplos podrían citarse la Opinión Consultiva en el *Asunto del estatuto internacional del sudoeste africano*,⁷³⁶ y el *Asunto de las Pesquerías*⁷³⁷ entre el Reino Unido y la República Federal Alemana contra Islandia, donde este último país invocó un cambio de circunstancias como consecuencia de la creciente explotación de los recursos pesqueros en los mares circundantes de Islandia. La Corte puso de relieve dos características del principio. Sobre la primera dijo:

Más aún, para que un cambio de circunstancias pueda constituirse en una base invocable para la terminación de un tratado, es también necesario que haya resultado en una transformación radical del alcance de las obligaciones todavía a ser cumplidas. El cambio debe haber aumentado el peso de las obligaciones a ser ejecutadas tanto como para transformar el cumplimiento en algo esencialmente diferente de la que se asumió originalmente.⁷³⁸

La segunda característica del principio fue expresada de la siguiente forma:

En la memoria de Gran Bretaña se dice que hay un fallo en el argumento islandés sobre el cambio de circunstancias: que la doctrina nunca opera como para extinguir un tratado automáticamente o para permitir una denuncia inatacable por una parte: sólo opera para conferir un derecho a solicitar su terminación y, si esta solicitud es disputada, a someter la disputa a algún órgano o cuerpo con el poder de determinar si están presentes las condiciones para la aplicación de la doctrina.⁷³⁹

⁷³¹ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 18/19, 1929: En este asunto China invocó, en general, que se habían producido cambios en las circunstancias para justificar su denuncia de un tratado que se había concertado hacía ya 60 años, y apoyó su argumentación citando el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de las Naciones.

⁷³² C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46, 1932, pp. 156-168: En este caso, el gobierno francés subrayó que el principio no permitía la denuncia unilateral de un tratado del que se afirmaba que era anticuado.

⁷³³ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 63, 1934.

⁷³⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 70, 1937.

⁷³⁵ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 78, 1939.

⁷³⁶ C.I.J. *Recueil*, 1971, p. 47.

⁷³⁷ United Nations, *Summaries of Judgments, advisory and opinions and orders of the I.C.J.*, 1948-1991, New York, 1992, pp. 84-87. DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 317.

⁷³⁸ I.C.J. *Reports*, 1973, pp. 18-21. Véase PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 159.

⁷³⁹ Ídem.

Finalmente, en la práctica internacional, este principio «recibió aplicaciones explícitas en importantes tratados, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares». ⁷⁴⁰ Asimismo, los tribunales nacionales han reconocido a menudo la pertinencia del principio en Derecho Internacional, aunque por una u otra razón siempre han terminado por rechazar su aplicación en las circunstancias particulares de los asuntos que conocían. ⁷⁴¹

En vista de todos los antecedentes señalados, la Comisión de Derecho Internacional, después de un largo estudio del problema, decidió que el principio debía figurar en el actual derecho de los tratados. ⁷⁴² Sin embargo, debía consagrarse como una norma objetiva de derecho fundada en la equidad y en la justicia del asunto, y no como una cláusula implícita en todo tratado. Esta condición implícita era una mera ficción, que podía aumentar el riesgo de interpretación subjetiva y de abusos. No se aceptó esta causal como una condición resolutoria implícita en los tratados perpetuos, ⁷⁴³ sino como una causal extrínseca de terminación basada en una regla general de Derecho consuetudinario, que requiere condiciones estrictas y bien definidas para su admisibilidad. «Esta causal no funciona automáticamente en forma de extinguir un tratado de manera instantánea, ni tampoco permite la denuncia unilateral de una de las partes: únicamente confiere el derecho a reclamar la terminación». ⁷⁴⁴ Por ello, la Comisión decidió no usar la expresión *rebus sic stantibus*, ni en el texto del artículo ni en el título, y evitar así la connotación doctrinal de esa expresión.

Así, el artículo 62 señala en su primer párrafo, «la regla general sobre la materia». «En él se estipulan las cinco condiciones necesarias y acumulativas para que se pueda alegar el cambio en las circunstancias, que son»: ⁷⁴⁵

- a) El cambio debe ser respecto de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado, es decir, cuando se expresa el consentimiento definitivo del Estado en obligarse por el tratado.

⁷⁴⁰ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 318.

⁷⁴¹ Hooper v. United States, HUDSON. *Cases on International Law*. P. 930; Lucerne. Aargau (1888). *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse*. Vol. III, p. 57; Bremen v. Prussia, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1925-1926, Asunto n.º 266; Rothschild and Sons v. Egyptian Government, ibidem, 1925-1926, Asunto n.º 14; cantón de Thurgau v. Cantón de St. Gallen, ibidem, 1927-1928, Asunto n.º 289; Bertaco v. Bancel, ibidem, 1935-1937, Asunto n.º 201; Stransky v. Zivnostenska Bank, *International Law Reports*, 1955, pp. 424-427. Citados en el *Anuario CDI*, 1966, vol. II, p. 81.

⁷⁴² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 319.

⁷⁴³ HARASZTI, György. Ob. cit., p. 48.

⁷⁴⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 90.

⁷⁴⁵ Señaladas por DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 320-321.

- b) Tal cambio debe ser fundamental; esto fue confirmado por la C.I.J. en el *Asunto de la jurisdicción de pesca en aguas islandesas*, donde señaló que «uno de los requerimientos básicos incorporados en ese artículo es que el cambio de circunstancias debe haber sido fundamental». ⁷⁴⁶ Un cambio de circunstancia debe ser considerado como fundamental cuando su efecto está directamente relacionado con el objetivo y fin del tratado, destruyendo o transformando su razón de ser. ⁷⁴⁷
- c) El cambio no debe haber sido previsto por las partes.
- d) La existencia de esas circunstancias debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado. Este requerimiento fue aplicado como factor decisivo por la C.P.J.I. en el *Asunto de las Zonas Francas*, donde se señaló que a fin de determinar su presencia no solo debía analizarse el texto del tratado o sus trabajos preparatorios, sino que se debía tomar en consideración «todo el conjunto de circunstancias que deben tomarse en cuenta para determinar qué fue lo que indujo a ambas partes a llegar a un acuerdo». ⁷⁴⁸

Las circunstancias que constituyen la base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado son normalmente circunstancias de hecho, pero pueden también ser circunstancias de derecho. En el *Asunto de la Jurisdicción de Pesquerías* la Corte declaró que «los cambios en el Derecho pueden, bajo ciertas condiciones, constituir una razón válida para alegar un cambio de circunstancias que afecte la duración de un tratado». ⁷⁴⁹ «Un ejemplo en este sentido es el efecto que ha tenido respecto de los tratados de protección de minorías, celebrados después de la Primera Guerra Mundial, la inclusión en la Carta de Naciones Unidas, de disposiciones que establecen la protección universal de los derechos de todo ser humano». ⁷⁵⁰

- e) El cambio debe tener por efecto una modificación radical del alcance de las obligaciones que todavía hayan de ejecutarse en virtud del tratado. En el *Asunto de Jurisdicción sobre Pesquerías*, la C.I.J. señaló:

Respecto de las obligaciones que aquí conciernen a la Corte, esta condición no está cumplida de ningún modo: el cambio de circunstancias alegado por Islandia no puede decirse que haya transformado radicalmente el alcance de la obligación jurisdiccional impuesta por el cambio de notas de 1961 [...]. No sólo no se ha transformado radical-

⁷⁴⁶ I.C.J. Reports, 1973, pp. 18-19.

⁷⁴⁷ I.C.J. Reports, 1973, p. 20.

⁷⁴⁸ I.C.J. Reports, 1973, p. 17.

⁷⁴⁹ I.C.J. Reports, 1973, p. 17.

⁷⁵⁰ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 94.

mente el alcance de esa obligación, sino que ha seguido siendo exactamente la que era en 1961.⁷⁵¹

De todo esto se desprende que esta causal solo se aplica a aquellas obligaciones aun por cumplirse y no a aquellas ya ejecutadas.⁷⁵² La cláusula mira hacia el futuro y no al pasado; en consecuencia, alude a obligaciones de ejecución continuada. Este fue discutido en el *Asunto de las Zonas Francas*, donde las disposiciones en juego obligaban a Francia a abstenerse de imponer derechos aduaneros en ciertas zonas fronterizas (obligación de ejecución continuada).⁷⁵³

La redacción, en forma negativa del primer inciso de este artículo, «indica la confesada actitud de la C.D.I. y por supuesto de la Convención, de restringir la aplicación del principio, para que esta sea cuidadosamente circunscripta y reglamentada».⁷⁵⁴

El segundo párrafo del artículo 62, «restringe aún más el ámbito de aplicación de esta causal, no permitiendo su invocación si el tratado establece una frontera o si el cambio resulta de una violación del tratado por quien la alega».⁷⁵⁵ En el primer caso cabe aclarar, que la Comisión sustituyó la expresión «tratado que fijare una frontera» por la expresión «tratado que establezca una frontera», con el objeto de emplear una expresión más amplia que abarcaría tanto los tratados de cesión como los tratados de delimitación.⁷⁵⁶ El valor jurídico defendido en este inciso es la «estabilidad y la finalidad» de las fronteras, reconocido por la C.I.J. en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*.⁷⁵⁷ Aquí la Corte señaló que «en general, cuando dos países fijan una frontera entre ellos, uno de los objetivos fundamentales es lograr estabilidad definitiva»; de ahí que sería contradictorio con la naturaleza misma de esos tratados someterlos a la regla *rebus sic stantibus*. Para Gómez Robledo, hay muchas razones que justifiquen esta excepción. Además de la razón señalada, se aduce que un tratado de frontera es un tratado irrevocablemente ejecutado, de una vez por todas, por lo que no le es aplicable un principio que concierne a los tratados de ejecución continuada.⁷⁵⁸ Una última razón es la que da Reuter al

⁷⁵¹ I.C.J. Reports, 1973, p. 21. Ídem.

⁷⁵² Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. 1966, t. II, p. 47.

⁷⁵³ C.P.J.I., Serie C, n.º 58, pp. 136-143. Véase LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 282.

⁷⁵⁴ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 160.

⁷⁵⁵ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 322. Anuario CDI. 1963, t. II, pp. 92 y 98: «no podrá invocarse un cambio esencial en las circunstancias [...] si la parte que invoca el cambio lo ha causado, o ha contribuido en medida importante a él con sus actos u omisiones».

⁷⁵⁶ Anuario de la CDI. 1966, vol. II, p. 84.

⁷⁵⁷ I.C.J. Reports, 1962, p. 34

⁷⁵⁸ GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. Ob. cit., p. 258.

decir que «el territorio define el ser mismo de los Estados, y todo lo que a él se refiere está desprovisto de todo carácter circunstancial.⁷⁵⁹ En el segundo caso, desde luego, es una simple aplicación del principio general de derecho que establece que una parte no puede obtener beneficios de sus actos ilícitos, consagrado en el *Asunto de la Fábrica de Chorzow*.⁷⁶⁰

El tercer párrafo, fue incorporado en la Conferencia para suplir el silencio que guardaba el Proyecto de la suspensión de un tratado por esta causa.⁷⁶¹

Para concluir, debemos señalar que un cambio en la política del Estado no constituye en principio, un cambio esencial en las circunstancias que forman la base del tratado.⁷⁶² Un ejemplo se presentó cuando el instrumento de adhesión del Reino Unido al tratado de Roma entró en vigor, y el gobierno británico cambió. El nuevo gobierno se negó a aceptar algunas cláusulas y pidió una renegociación de las mismas, lo que era jurídicamente inaceptable.⁷⁶³ Por otro lado, se admite «la doctrina *rebus sic stantibus* en los tratados que no contienen disposiciones expresas o implícitas sobre su duración, con lo que quedan excluidos» los que contienen tales disposiciones.⁷⁶⁴ Finalmente, de producirse el cambio fundamental de las circunstancias que llevaron a un Estado a celebrar un tratado, dicho Estado podrá invocar la suspensión o terminación del mismo, mas no, de manera unilateral, su revisión o modificación.⁷⁶⁵ Esta regla se aplicará siempre bajo el presupuesto de la buena fe y no podrá ser alegada para liberarse unilateralmente de las obligaciones contraídas.⁷⁶⁶

⁷⁵⁹ REUTER, Paul. Ob. cit., p. 181.

⁷⁶⁰ C.P.J.I. (1927), *Serie A*, n.º 9, p. 31.

⁷⁶¹ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 322.

⁷⁶² *Anuario de la CDI*. 1963, t. II, pp. 92 y 98.

⁷⁶³ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 321.

⁷⁶⁴ Ídem.

⁷⁶⁵ Al respecto, señala HARASZTI, György. Ob. cit., pp. 78-79: «Vistos los efectos legales en referencia al cambio fundamental de las circunstancias, podemos concluir que la parte que invoca la cláusula demandando la terminación o suspensión de la vigencia del tratado en cuestión no puede pedir su modificación, pues la modificación del tratado puede tener lugar cuando existe acuerdo entre las partes. En el caso del rechazo del pedido de revisión, estando todas las otras condiciones presentes, la parte contratante puede hacer valer su derecho relativo a la terminación o suspensión de la vigencia del tratado. Entonces una solicitud de terminación o suspensión no es ni una revisión condicional ni una revisión abortada».

⁷⁶⁶ Sobre este punto afirma TAUBE, Michel de. «L'inviolabilité des traités». En: *RCADI*. 1930-III, t. 32, pp. 363-364: «En términos estrictamente jurídicos, la cláusula *rebus sic stantibus* no puede ser entonces invocada legítimamente y de buena fe más que cuando ella se aplica a una estipulación expresa o tácitamente convencional, a un tratado celebrado *sub conditione* en opinión de ambas partes contratantes. Por el contrario no es jurídicamente aplicable en los casos de alguna *reservatio mentalis* de uno de los firmantes, deseoso de no cumplir sus obligaciones en tanto las circunstancias le permitan desligarse».

10.1.3. Causales No Reguladas

Por último, debemos hacer una breve referencia a la guerra, como causal de terminación de los Tratados. Para la teoría clásica elaborada por la doctrina del siglo XVIII (Mably, Vattel) era cuestión prácticamente admitida que la guerra producía la extinción o terminación de todos los tratados. En el siglo XIX, se observa cierta vacilación en la doctrina, bajo la influencia de algunas decisiones de la jurisprudencia norteamericana en el sentido de no afectar intereses privados. Así, la guerra no debía producir sino un efecto suspensivo.⁷⁶⁷ Este criterio, sostenido por Politis en 1911 inspiró la sentencia dictada el 7 de setiembre de 1910 por el Tribunal Permanente de Arbitraje en el *Conflicto de las Pesquerías del Atlántico*, donde declaró:

El Derecho Internacional, en su desarrollo moderno, reconoce que gran número de obligaciones resultantes de los tratados no son anulados por la guerra, sino, a lo más, suspendidas por ella.⁷⁶⁸

Sin embargo, la mayoría entendió hasta fines del siglo XIX y principios del XX que la guerra tenía efectos abrogatorios. Fue posteriormente, hacia el final del periodo de entreguerras que Lord Mc Nair subrayó la concordancia entre la doctrina y la práctica de los Estados respecto a la capacidad contractual de los beligerantes, que los facultaba a concertar acuerdos entre ellos y a mantener en vigencia las obligaciones que emanaban de los acuerdos concertados con anterioridad al conflicto.⁷⁶⁹ De igual manera, señala Lord Mc Nair, los acuerdos entre las partes en conflicto, destinados a regular sus relaciones durante el conflicto, continúan en vigor durante el mismo y después de terminado este, de forma tal que no requieren ser renovados.⁷⁷⁰ No obstante, el mismo autor reconoce que cierto tipo de tratados, como los tratados de comercio, no puede quedar en vigor, y apunta por la terminación de los mismos si su suerte no es regulada por el tratado de paz.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 64. Véase también MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. «Terminação, Suspensão e Nulidade dos Tratados». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977, pp. 299-300.

⁷⁶⁸ Ídem.

⁷⁶⁹ MC NAIR, Arnold. «Les effets de la guerre sur les traités». En: *RCADI*. 1937-i, t. 59, p. 532: «Finalmente se debe hacer notar que según la práctica de los Estados y la opinión de los autores, no existe imposibilidad jurídica inherente para: 1.º la creación de obligaciones por tratados entre dos beligerantes enemigos durante una guerra; 2.º al mantenimiento durante la guerra de las obligaciones creadas antes de esa guerra».

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 556: «Numerosos testimonios muestran que los tratados que regulan en términos expresos las relaciones entre partes contratantes durante una guerra, comprendida la conducción misma de la guerra, quedan en vigor durante esa guerra y no requieren ser renovados una vez que ella termina».

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 564: «Consideremos el efecto de una guerra sobre los efectos del comercio [...] Será generalmente admitido que durante una guerra, los tratados de ese género no

Después de la Segunda Guerra Mundial y de manera especial en el Tratado de Paz con Italia, se reglamentó la suerte de los tratados en el sentido que los aliados comunicarían en un plazo de seis meses aquellos que deseaban mantener o debían continuar en vigor. Posteriormente, la práctica confirmaría que la guerra por sí sola no debía ser considerada como causal de terminación de los tratados. En todo caso, figuras como el «Cambio Fundamental de las Circunstancias» o «la Imposibilidad Subsiguiente de Cumplimiento», recogidas por la Convención de Viena de 1969, cubren cualquier posible contingencia en que la guerra obligue a dar por extinguido un tratado.

Por otro lado, la Convención de Viena no ha recogido en su articulado el desuso como causal de terminación. Aquí, el simple lapso del tiempo haría caer en desuso un tratado y, en consecuencia, este caducaría. Como precedente jurisprudencial se señala el *Asunto Yuille-Shortridge*, entre Gran Bretaña y Portugal, resuelto por arbitraje del 21 de octubre de 1861. La sentencia observó que para que el desuso de los privilegios acordados a los súbditos británicos en Portugal, por el artículo 7 de Tratado de Paz y Alianza de 1654, ocasionara la caducidad de los mismos, era menester que el desuso fuera atribuible al Estado Británico, único competente para abrogar un tratado o suspender su aplicación.⁷⁷²

Sin embargo, se puede arguir en contra de esta causal, por un lado, en que no hay principio objetivo de derecho que establezca la terminación de un tratado por el solo hecho de su obsolencia o desuso; y, por otro lado, con la escasísima práctica jurisprudencial al respecto.⁷⁷³

10.2. Consecuencias de la Terminación y Suspensión de un Tratado

Artículo 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 a un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de

podrán quedar en vigor, y que a continuación la cuestión que nos debe interesar es saber qué va a suceder con esos tratados después de la guerra si su suerte no es regulada por un tratado de paz.

⁷⁷² LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 303; VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 162.

⁷⁷³ Ibidem, p. 302.

las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

Artículo 72

Consecuencias de la suspensión de la aplicación de un tratado

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la suspensión de la aplicación de un tratado basada en sus disposiciones o conforme a la presente Convención:
 - a) Eximirá a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado de la obligación de cumplirlo en sus relaciones mutuas durante el período de suspensión;
 - b) No afectará de otro modo a las relaciones jurídicas que el tratado haya establecido entre las partes.
2. Durante el período de suspensión, las partes deberán abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado.

En caso de terminación «el tratado desaparece del orden jurídico internacional, deja de estar en vigor y, en principio, de producir efectos jurídicos, es decir, de ser obligatorio, salvo que las partes hayan acordado en el tratado mismo o al tiempo de darlo por terminado, las consecuencias de dicha terminación».⁷⁷⁴

El párrafo a) se refiere al futuro, «simplemente dispone que las partes quedan liberadas del cumplimiento del tratado. El párrafo b) se refiere al pasado, y no concede efectos retroactivos a la terminación, por lo que quedarán firmes los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes, creados por la ejecución del tratado».⁷⁷⁵

El régimen del artículo 72 se basa en los mismos fundamentos que el artículo 70 sobre la consecuencia de la terminación de los tratados, con las adecuaciones al supuesto de suspensión. Como acertadamente indica la Comisión, el apartado a) se refiere a las partes entre las que se suspenda la aplicación del tratado, porque en ciertos casos esa suspensión puede darse solo entre algunas de las partes en un tratado multilateral.⁷⁷⁶

El párrafo 2 «impone a las partes el deber de abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado. La CDI estimó que esa obligación está implícita en el propio concepto de la suspensión y que se impone a las partes por la misma obligación de ejecutar el tratado de buena fe que contraen en virtud de la regla *pacta sunt servanda*».⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. Ob. cit., p. 167.

⁷⁷⁵ Ibidem, p. 168.

⁷⁷⁶ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 325.

⁷⁷⁷ Ídem.

11. El Estoppel

Artículo 45

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 en los artículos 46 a 50 o en los artículos 60 y 62, 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.

11.1. Concepto

Si bien los autores coinciden en señalar que el estoppel es un instituto de origen anglosajón, lo cierto es que sus raíces se remontan al Derecho Romano, como consecuencia de las viejas reglas *nemo auditur turpitudinem suam allegans* y *nemo potest mutare consilium in alterius iniuram* (no es oído el que alega su propia torpeza y nadie puede cambiar su propio consentimiento en perjuicio de otros).⁷⁷⁸

En el derecho anglosajón es conocido bajo las denominaciones de *preclusión* o *estoppel*, en francés es llamado *forclusion* y en Hispanoamérica *doctrina de los actos propios*, aunque existen diferencias de matiz.⁷⁷⁹ Así, Waldock, por ejemplo entiende que el término *preclusión* tiene un significado más general, incluyendo la noción de estoppel.⁷⁸⁰

En todo caso, se le define como «término de procedimiento empleado en la lengua inglesa para designar la objeción perentoria que se opone a una parte en un proceso que ha asumido una posición que contraría la que anteriormente ha admitido, expresa o tácitamente, en la misma instancia».⁷⁸¹

En el mismo sentido, el juez Alfaro en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*, entre Tailandia y Camboya, expresó también el concepto del estoppel al señalar:

El Principio según lo entiendo, es que un Estado que es parte de un litigio internacional, está ligado por sus actos o actitudes anteriores, si ellos están en contradicción con sus pretensiones en el litigio.⁷⁸²

⁷⁷⁸ RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1994, p. 795.

⁷⁷⁹ MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 124.

⁷⁸⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1963, vol. I, p. 198.

⁷⁸¹ BASDEVANT, J. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París: Sirey, 1960, p. 203. C.P.J.I. Serie A, n.º 20/21, p. 39.

⁷⁸² *Asunto del Templo de Preah Vihear*, C.I.J., *Recueil*, 1962, pp. 23-32.

El efecto será entonces la inadmisibilidad de la pretensión de un Estado en cuanto contradice su actitud anterior. Sea por su reconocimiento, manifestación, su conducta o su silencio, dicho Estado ha mantenido una actitud contraria al derecho que ahora pretende reclamar de un tribunal internacional.⁷⁸³

Sin embargo, cabe resaltar la posición particular de los autores anglosajones, quienes suelen hacer una distinción entre el reconocimiento, la aquiescencia y el estoppel. Estos autores entienden que el reconocimiento expreso y el reconocimiento tácito (aquiescencia) de una situación jurídica son actos unilaterales de los Estados que impiden luego a estos desconocer la declaración anteriormente hecha; mientras el estoppel implica no solo una contradicción de conductas, sino un segundo elemento constituido por el perjuicio ocasionado a la contraparte.

Así, por ejemplo, Waldock señala como elementos característicos del estoppel:

- a) Que una parte no puede adoptar una conducta jurídica en contradicción con sus manifestaciones o actos anteriores,
- b) Cuando la otra o las otras partes han sido inducidas a vincularse jurídicamente con la primera, basándose en tales manifestaciones o conductas.⁷⁸⁴

En relación con esto último, vale decir, si el estoppel implica solo una contradicción de conductas o si requiere además de un perjuicio, la actitud del Derecho Internacional y de los Tribunales no ha sido siempre consistente.⁷⁸⁵ En ocasiones, se insiste en los dos requisitos del Derecho inglés del apoyo en la declaración de la otra parte y del perjuicio sufrido.

Es el caso de la Opinión del Juez Fitzmaurice⁷⁸⁶ en el *Asunto del Templo de Preah Vihear* resuelto por la Corte Internacional de Justicia. Aquí la Corte sostuvo que, si bien había dudas sobre si Tailandia había aceptado el mapa de 1908, esta no podía impugnarlo, ya que durante cincuenta años había gozado de las ventajas de una frontera estable. De igual modo, puede citarse el *Asunto Tinoco*.⁷⁸⁷ Se trata de un Ministro de

⁷⁸³ LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 259. Al respecto véase BOWETT, Derek. «Estoppel before International Tribunals and its relation to Acquiescence». En: *British Yearbook of International Law*. 1957, vol. 33, p. 176: «La regla del estoppel, es tratada como una regla de evidencia o como una regla de derecho sustantivo, que opera cuando precluye para una parte el derecho de negar ante un tribunal la verdad de una situación o hecho previo que la otra parte no puede invocar en su detrimento o hacer valer en su beneficio».

⁷⁸⁴ WALDOCK. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1963, p. 198.

⁷⁸⁵ BROWNLIE, Ian. Ob. cit., p. 642.

⁷⁸⁶ C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 6, 63 y 64.

⁷⁸⁷ Citado por MONCAYO Guillermo, GUTIÉRREZ POSSE y VINUESA. Ob. cit., p. 129.

Guerra de Costa Rica que accede al Poder en este país por un golpe militar en 1917. Moncayo nos cuenta que:

Durante su gobierno se concluyen diversos contratos de concepción y se emite moneda. Vuelto al Poder el gobierno constitucional declara nulos los contratos y las emisiones. Gran Bretaña reclama la ejecución de las obligaciones invocando el Principio de Identidad del Estado, pero Costa Rica alega el no reconocimiento por el demandante del gobierno de Tinoco para fundar la falta de derecho a toda reclamación ulterior; en su criterio se había producido estoppel.

El árbitro único Taft, rechaza este argumento declarando:

Un estoppel equitativo debe estar fundado en la actitud anterior de aquél contra quien se formula (primer elemento), actitud que colocó al demandante del estoppel en una posición tal que la verdad sería perjudicial (segundo elemento). Así, no reconociendo al gobierno de Tinoco, Gran Bretaña no manifestó un deseo de no consentir los contratos concluidos por dicho gobierno. Un no acto como éste «no reconocimiento» no podría tener un efecto supletorio.

Por otra parte, en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte estableció:

Teniendo en cuenta estas consideraciones de principio, aparece para la Corte que sólo la existencia de una situación de estoppel puede bastar para dar fundamento a esta pretensión -es decir, si la República Federal estuviese impedida ahora de negar la aplicabilidad del régimen de la Convención, por causa de una conducta pasada, declaraciones, etc., que no sólo evidenciaban clara y consistentemente la aceptación de tal régimen sino que también habían causado que Dinamarca y Holanda, confiando en dicha conducta, cambien de posición perjudicialmente o sufran algún daño. De esto no existe evidencia en el presente caso.⁷⁸⁸

Por último, en el *Asunto de la Disputa sobre el Territorio, Isla y Frontera Marítima*, entre Salvador y Honduras, la Corte consideró como elementos esenciales del estoppel «la manifestación o representación hecha por una parte a otra y, la confianza de la otra parte en ella respecto al perjuicio o provecho de la parte que realiza la manifestación o representación».⁷⁸⁹

Sobre la base de estos fallos, podríamos ratificar que el estoppel requiere la conjunción de dos elementos: por una parte, una conducta o una actitud de un Estado que incite a la otra parte a adoptar cierta posición o, al menos, a hacerse una determinada representación de la situa-

⁷⁸⁸ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 26.

⁷⁸⁹ I.C.J. *Reports*, 1990.

ción;⁷⁹⁰ y, por la otra, la existencia de un perjuicio para la parte que ha confiado en el otro Estado.⁷⁹¹

Sin embargo, existen otros supuestos en los que tales requisitos no fueron exigidos. Es el caso del *Asunto de Groenlandia Oriental*, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional,⁷⁹² o la Opinión del Juez Alfaro en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*, donde se consideró que el estoppel está presente en la simple contradicción de conductas de un mismo Estado.⁷⁹³

Resumiendo estas dos posiciones, cabría citar la Opinión Disidente del árbitro Galindo Pohl, en el reciente *Asunto del Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy*,⁷⁹⁴ donde señaló:

La aplicación del principio de los actos propios, conocido también con los nombres de preclusión y estoppel, prosigue suscitando numerosas controversias y dista de alcanzar una formulación consistente y de aceptación general. La elaboración debida al Dr. Ricardo J. Alfaro ha sido invocada muchas veces en el curso de las exposiciones orales y escritas. Dicho sea con el mayor respeto a la autoridad académica y judicial de este eminente jurista, su concepción es de aplicación muy amplia en cuanto omite elementos y matices incorporados en el derecho anglosajón, su fuente inmediata.

Eliminando esos elementos y matices de origen el principio deviene sencillo y de fácil aplicación, pero abarca comportamientos muy variados, que de tenerse sujetos a su aplicación, coartarían la libertad de acción de los Estados. Eliminando condicionamientos de origen se extiende su campo de aplicación, pues pierde especificaciones condicionantes y gran extensión tanto como pierde en contenido (los condicionamientos fundamentales para su aplicación en el derecho anglosajón).

⁷⁹⁰ MACGIBBON, I. «Estoppel in International Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*. Julio 1958, Vol. 7, p. 468: «Subyacente en las formulaciones de la doctrina del estoppel de derecho internacional está el requisito que el Estado debe ser consistente en su actitud para tener una situación legal o de hecho».

⁷⁹¹ En apoyo de esta posición podemos citar a BOUVIER quien considera que el estoppel «procede de actos y declaraciones de cualquier persona que ha llevado a otra a cambiar, de un modo perjudicial, la actitud que anteriormente había adoptado». *Bouvier's: Law Dictionary*. 1897, t. 1, p. 694.

⁷⁹² C.P.J.I. Serie A/B, n.º 53, p. 68.

⁷⁹³ Entre quienes apoyan esta postura destaca Witemberg quien la define como: «Un medio de no recepción frente a toda alegación que, aunque puede corresponder a la realidad de los hechos, es inadmisibles por contradictoria con la actitud anteriormente adoptada por quien la produjo». WITEMBERG. «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales». En: *Recueil des Cours*. T. 41, 1932-III, pp. 115-116. En el mismo sentido se pronuncia Guggenheim: «Es una excepción de no recepción oponible a la realidad de los hechos, es inadmisibles por que es contraria a la actitud anteriormente adoptada por la parte que la alega». GUGGENHEIM, Paul. Ob. cit., p. 158.

⁷⁹⁴ Sentencia Arbitral en el Asunto del recorrido de la traza del límite entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy, Opinión Disidente de Galindo Pohl, 1994, pp. 189-191.

Es entonces tan amplio que podría ser aplicado a la opinión. Si el derecho reconoce a los individuos la libertad de opinión, que comporta tanto la emisión como la rectificación y el cambio del pensamiento, el derecho internacional no podría castigar el ejercicio de la libertad de opinión de los Estados.

Si bien el meollo de este principio es la contradicción de posiciones con perjuicio de otro Estado, hay que cuidar de que no se reduzca a mera contradicción, pues no se podría objetar y menos aún castigar la mera contradicción, ya que el derecho no debe actuar como el maestro en el aula. La mera contradicción podría ser cosa de la política, pero no del derecho. La contradicción tiene que ser acompañada de perjuicio y, además, del derecho de haberse apoyado en la primera posición de otro Estado y confiado en ella como sostén de un derecho propio.

Con todo, en el presente caso no se dan las condiciones para la aplicación del principio de los actos propios, ni en el sentido restrictivo ya expresado ni en el sentido muy lato del Dr. Alfaro.

Como puede apreciarse, existen dos concepciones de estoppel; una amplia que solo tiene como requisito la simple contradicción de conductas de un mismo Estado; otra restringida que además de este requisito exige la presencia de un perjuicio a un Estado como consecuencia de haberse apoyado este en la posición inicial del otro Estado. Ambas posiciones —como hemos podido apreciar— gozan de reconocimiento en doctrina⁷⁹⁵ y en jurisprudencia. En todo caso, el artículo 45 antes referido, no da mayores luces sobre cuál postura asume. Por tal razón, cualquier análisis debe recoger ambas posturas a fin de evitar el mínimo riesgo.⁷⁹⁶

Por otro lado, el estoppel en algunos casos ha sido planteado con el propósito de impedir a una parte que contradiga su declaración anterior —como sucedió en los Asuntos del *Templo de Preah Vihear*⁷⁹⁷ y *Groenlandia*

⁷⁹⁵ SOLARI TUDELA, Luis. Ob. cit., p. 40; LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 258; DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. Ob. cit.; MONROY CABRA, Marco. Ob. cit., p. 124; FENWICK, Charles. Ob. cit.; AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 193; RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 771; MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Utet, 1985, p. 148; MOSCONI. *La Dottrina dell'estoppel in Diritto Internazionale*; DOMINICE, Christian. «A propos du principe de l'estoppel en droit des gens». En: *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*. Pp. 327-365; GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. 1953-1954, vol. I, pp. 158-159; VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 142; MARTIN, André. *L'estoppel en Droit International Public*. París, 1979, p. 260; BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 139; DIEZ-PICAZZO, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona, 1963, p. 79; entre otros.

⁷⁹⁶ Las diversas modalidades con que se ha aplicado este principio lo hacen irreductible a una sola definición. La doctrina y la jurisprudencia británicas no dan una noción unívoca del principio del estoppel. Por su parte, el ordenamiento jurídico norteamericano distingue más de diez figuras del estoppel: estoppel by conduct, estoppel by contract, estoppel by deed, estoppel by judgment, estoppel by laches, estoppel by negligence, estoppel by record, estoppel by silence, estoppel by verdict, estoppel by warranty, equitable estoppel, etc.

⁷⁹⁷ C.I.J. *Reports*, 1962, nota 9.

Oriental—⁷⁹⁸ en tanto que en otros ha sido invocado tan solo como un medio de prueba, limitándose por tanto a dificultar a una parte a que contradiga su declaración anterior —como en el *Asunto Minquiers y Ecréhous*—.⁷⁹⁹

En todo caso, es preciso agregar en este punto que, ya se trate de declaraciones o de actos de una de las partes, estas deben tener un sentido claro e inequívoco. Esta idea fue expresamente subrayada por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia del 12 de julio de 1929, referente al *Asunto de los empréstitos serbios*:

[...] cuando se examinan las condiciones requeridas con el objeto de establecer la pérdida de un derecho en virtud del principio del estoppel, es claro que la aplicación de este principio al caso carece de base. Los portadores no han hecho una declaración clara e inequívoca sobre la cual el Estado deudor pueda fundar jurídicamente su pretensión.⁸⁰⁰

El silencio como manifestación del estoppel

Son numerosos los casos en los que el silencio ha sido invocado con el propósito de probar el estoppel. Es el caso del *Asunto de la Compañía de Asfaltos de Francia*, el de las *Fronteras entre Colombia y Venezuela* o el de las *Pesquerías Anglo-Noruegas*.

En este último, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

Absteniéndose de emitir una protesta o su oposición a la legitimidad de los decretos noruegos, el Reino Unido, dada su posición de potencia marítima y teniendo en cuenta su interés en las zonas de pesca en cuestión, ha implícitamente reconocido su validez.⁸⁰¹

En el *Asunto de la Isla de Palmas*, el árbitro también subrayó la falta de protesta por parte de las autoridades españolas contra los actos de soberanía ejercidos por Holanda sobre la isla, como prueba de la soberanía de este último por prescripción.⁸⁰² En el *Asunto de la sentencia Arbitral del Rey de España del 23 de Diciembre de 1906 entre Nicaragua y Honduras*, la Corte consideró que Nicaragua no podía alegar vicios de un procedi-

⁷⁹⁸ Nota 10.

⁷⁹⁹ En este caso Gran Bretaña alegó que las islas Minquiers y Ecréhous habían sido históricamente reconocidas por Francia como británicas, en virtud de cartas oficiales, planos y su aquiescencia (silencio) frente a múltiples declaraciones británicas de soberanía sobre las islas. *Asunto Minquiers vs. Ecrehos*, C.I.J. *Recueil*, 1953.

⁸⁰⁰ C.P.J.I. *Serie A*, nn.º 20/21, pp. 38-39: «[...] cuando se examinan las condiciones requeridas para establecer la pérdida de un derecho en virtud del principio del "estoppel", es muy claro que la aplicación de este principio al caso carece de fundamentos. Los portadores no han hecho una declaración clara e inequívoca sobre la cual el Estado deudor pueda con derecho sustentar el estoppel».

⁸⁰¹ *Asunto de las Pesquerías*, C.I.J. *Recueil*, 1951.

⁸⁰² *Asuntos de la Isla de Palmas*, CPA, 1927.

miento arbitral en el que había libremente participado sin haber planteado objeciones, ni tampoco discutir la validez de un laudo que había reconocido como tal, por declaración expresa y por conducta subsiguiente. La Corte verificó que el mismo presidente de Nicaragua había hecho pública la aceptación del fallo, aun cuando se presentaba claramente en favor de Honduras. Si bien dicha aceptación se realizó sin perjuicio de solicitar algunas aclaraciones sobre puntos que aparecían contradictorios, estas jamás fueron pedidas efectivamente. Incluso, el fallo se publicó en la *Gazeta Oficial* de dicho país. Por todas estas razones la Corte concluyó que:

Nicaragua, por declaración expresa y por su conducta, reconoció el Laudo como válido, y no queda abierta para Nicaragua la posibilidad de desdecirse de dicho reconocimiento y cambiar la validez del Laudo. Nicaragua no puede cuestionar la validez del Laudo que por muchos años y en todos sus términos ha sido conocido y confirmado y esa es la conclusión a la que ha llegado la Corte.⁸⁰³

El silencio como prueba del estoppel fue alegado también por Argentina en el *Asunto de las Islas Malvinas*. Sostuvo que cuando Argentina ocupa las islas en 1820 hasta 1833, fecha en la cual Inglaterra las ocupa por la fuerza, este país mostró un silencio total frente a los actos de soberanía realizados por las entonces Provincias Unidas del Río de la Plata. La pública ocupación argentina de las Malvinas, de la que Gran Bretaña tomó conocimiento, no mereció objeción por parte de las autoridades de Londres; el Tratado de Amistad, Alianza, comercio y navegación argentino-chileno de 20 de noviembre de 1826 por el que Chile reconoció la soberanía argentina sobre estos territorios insulares, no mereció reparo alguno de Gran Bretaña pese a su publicidad; la ausencia de protesta de las autoridades inglesas frente a la negativa de las autoridades españolas en 1749 de conceder permiso para visitar las islas; entre otros, prueban el estoppel. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto Lotus* dio también valor de consentimiento a la falta de protesta ante preceptos relativos a la competencia en materia penal.⁸⁰⁴ En el *Asunto Relativo a la Soberanía de Ciertas Parcelas Fronterizas*, entre Bélgica y Holanda, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1959, tanto el juez Armand-Ugon como el Juez Moreno Quintana en sus votos disidentes señalan, que en su criterio, Holanda ejerció funciones de gobierno sobre las parcelas en litigio sin que Bélgica protestara o realizara algún acto de oposición. Esta tolerancia prolongada del Gobierno belga creó y benefició al gobierno holandés otorgándole un derecho soberano inalienable. Según ambos jueces no existía ninguna prueba de que Bélgica

⁸⁰³ The Arbitral Award made by the King of Spain. C.I.J. Reports, 1960, pp. 213-214.

⁸⁰⁴ Citado por VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 142.

hubiera reclamado la restitución de las parcelas hasta 1921 ni de sus actividades sobre estas, todo lo cual creaba un derecho en favor de Holanda.⁸⁰⁵

En el *Asunto de la Frontera de Alaska*, entre Gran Bretaña y Estados Unidos, el Tribunal Arbitral hizo referencia a que Gran Bretaña no objetó la posesión ni los actos de gobierno ejercidos por Rusia primero y Estados Unidos después, sobre el territorio situado alrededor de las cabeceras de los estuarios. Es así como los miembros estadounidenses del Tribunal señalaron:

Por más de 60 años después del Tratado, Rusia, y en sucesión de ella los Estados Unidos, ocupó, poseyó y gobernó el territorio alrededor de las cabeceras de los estuarios sin ninguna protesta u objeción, mientras que Gran Bretaña nunca ejerció los derechos o realizó los deberes de soberanía en ese lugar, ni intentó hacerlo, ni sugirió que se consideraba autorizada para hacerlo.

Precisando este argumento, basado en la figura del Estoppel, los miembros estadounidenses del Tribunal señalan que al realizarse la compra de Alaska por los Estados Unidos a Rusia en 1867, los oficiales de Estados Unidos tomaron posesión formal, con ceremonias apropiadas, del territorio ubicado en la cabecera del Canal Lynn, posesión que han retenido desde ese entonces hasta el presente realizando los deberes y ejerciendo los poderes de soberanía allí, sin existir ninguna sugerencia del Gobierno Británico de que la posesión no era legítima. Por el contrario, durante todo el tiempo transcurrido desde 1867, Gran Bretaña se abstuvo de ejercitar o intentar ejercitar alguna de las funciones de Gobierno en los alrededores de ese territorio. Es decir, la posesión que tenía Rusia y que en 1867 pasó a manos de Estados Unidos, sobre determinados territorios en el Continente Americano (Alaska, cabecera del Canal Lynn, Dyea, Skaguay, etc) fue reconocida y aceptada como legítima por una prolongada y continua aquiescencia de Gran Bretaña respecto a lo establecido en el Tratado de 1825 sobre la línea fronteriza entre Alaska y Columbia Británica, que dio los referidos territorios a Rusia y posteriormente a Estados Unidos.⁸⁰⁶

En el *Asunto de la Frontera Argentino-Chilena* (1966), Chile alegó estoppel, aunque sin mencionarlo expresamente. La Corte concluyó que «ni en la correspondencia de 1913-1915 ni en la de 1952, la Corte encuentra alguna prueba —como ha sido afirmado tantas veces por Chile— de un común entendimiento, expreso o implícito, entre las Partes acerca del límite que debería seguir la línea de frontera».⁸⁰⁷ En su réplica ante la

⁸⁰⁵ Asunto relativo a la soberanía de ciertas parcelas fronterizas, C.I.J., 1959, Opinión Disidente del Juez Armand-Ugon, p. 250.

⁸⁰⁶ Asunto de la Frontera de Alaska, Tribunal Arbitral, 1903.

⁸⁰⁷ Asunto de la Frontera argentino-chilena, Tribunal Arbitral, 1966.

Comisión Internacional de Límites en el *Asunto El Chamizal*, Estados Unidos alegó estoppel contra México. Estados Unidos señaló:

El territorio o región conocida como «El Chamizal», situada al sur de la línea divisoria entre México y Estados Unidos fijada por los tratados de 1848 y 1853, en la ribera mexicana del Río Grande o Bravo del Norte y por ende bajo dominio mexicano (según el argumento de México), fue colocado del lado estadounidense del río (margen izquierda) debido a un cambio en el curso de éste. Dicho cambio se produjo en forma lenta y gradual desde 1864. La conducta de México a partir de esta fecha, de no realizar ejercicio de jurisdicción sobre la zona ni oponerse a la jurisdicción ejercida por Estados Unidos configuraría el estoppel (pese a que en la réplica Estados Unidos no utiliza expresamente esta palabra).⁸⁰⁸

En el *Asunto del Templo de Preah Vihear*, la Corte Internacional de Justicia señaló:

La publicación y comunicación de los once mapas no fue un mero intercambio entre las partes (aún cuando este sólo hecho hubiera tenido efectos para el Derecho). Aún más, los mapas fueron publicitados ampliamente tanto en el nivel interno como externo (agencias interesadas alrededor del mundo y a otros gobiernos). Tailandia alega que esto fue hecho por propia iniciativa francesa, lo que no se había demostrado en los hechos. Pero aún si hubiera sido así, las circunstancias pedían algún tipo de reacción. Las autoridades tailandesas no reaccionaron durante muchos años. Así, la Corte entiende que Tailandia prestó su aquiescencia.⁸⁰⁹

Por último, en el *Asunto del Golfo de Maine*, entre Canadá y Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia en 1984, la cámara describió la aquiescencia como «equivalente al reconocimiento tácito manifestado por una conducta unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento».⁸¹⁰

En consecuencia, el silencio, la inacción, la aquiescencia o la pasividad sostenida deben ser considerados como el abandono tácito del Estado de algún derecho, o al menos, el reconocimiento de una situación.⁸¹¹ El silencio puede significar cualquiera de estas actitudes diversas: indiferencia, reprobación o aprobación; su verdadero significado ha de inferirse entonces de sus particulares circunstancias. El problema fundamental de la omisión consiste en preguntarse cuándo y en qué circunstancias

⁸⁰⁸ Asunto del Chamizal, Comisión Arbitral Mixta, 1910.

⁸⁰⁹ Sentencia del Templo de Preah Vihear, C.I.J., *Recueil*, 1962.

⁸¹⁰ I.C.J. *Reports*, 1984, pp. 246-301.

⁸¹¹ BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 139. Véase también AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 193.

tendrá el silencio el efecto jurídico de un reconocimiento de la validez de un tratado o de una renuncia a toda futura impugnación de su validez. La respuesta es que, el silencio ha de ser un silencio cualificado.⁸¹²

Finalmente, hay que entender que el silencio solo podrá dar lugar a ciertas consecuencias jurídicas cuando el Estado que calló pudo y debió actuar. Sobre este particular, volveremos más adelante.

11.2. Fundamento

La doctrina coincide en señalar a la buena fe como el fundamento de este principio.

Combacau⁸¹³ y Chaumont⁸¹⁴ señalan así que el estoppel se funda en la buena fe, en tanto no permite a un Estado contradecir ulteriormente una posición jurídica que él afirmó en un momento dado. Brownlie señala también que un considerable peso de autoridad sustenta el criterio de que el estoppel es un principio general del Derecho Internacional que se apoya en los principios de buena fe y consistencia, estando entre quienes apoyan este criterio los jueces Alfaro y Fitzmaurice en el caso del Templo de Preah Vihear; Bowett; Mc Gibbon, Waldock; entre otros autores.⁸¹⁵

11.3. Efectos Jurídicos

Uno de los efectos que genera el estoppel es que se constituye en una verdadera excepción frente a la pretensión actual del reclamante, a quien se le opondría su trayectoria o comportamiento anterior.⁸¹⁶ Algunos como Espeche Gil lo señalan como una excepción de inadmisibilidad,⁸¹⁷ otros como Mónaco prefieren identificarlo como una excepción de no recibimiento.⁸¹⁸ En la jurisprudencia podría citarse a manera de ejemplo el

⁸¹² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1963, vol. II, p. 45.

⁸¹³ THIERRY, Hubert, COMBACAU Jean y VALLE Charles. Ob. cit., p. 184.

⁸¹⁴ CHAUMONT, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En: *Recueil des Cours*. La Haya: Académie de Droit International, 1970, pp. 333-528.

⁸¹⁵ BROWNLIE, Ian. Ob. cit., p. 642. Igual opinión es expresada por MONCAYO Guillermo, GUTIÉRREZ POSSE y VINUESA. Ob. cit., p. 129; Comisión de Derecho Internacional, *Anuario*. Vol. II, 1969; HENKIN, Louis y otros. Ob. cit., p. 136; LAUTERPA-CHT, H. *Report on the Law of Treaties*. United Nations, Document A/CN. 4/63, Marzo 1953, p. 166; SCHWARZENBERGER, G. «The Fundamental Principles of International Law». En: *Recueil de Cours*. Vol. 87, 1955, p. 308.

⁸¹⁶ RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 796.

⁸¹⁷ ESPECHE GIL, Miguel Ángel. Tesis sustentada en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 1971, p. 9. Véase también MONCAYO Guillermo, GUTIÉRREZ POSSE y VINUESA Raúl. Ob. cit., p. 129.

Asunto entre Burkina Fasso y República de Malí, resuelto por la C.I.J. en 1986, donde la Corte resaltó el efecto procesal del estoppel.⁸¹⁹

Entonces se le concibe como una regla de derecho sustantivo,⁸²⁰ que genera efectos jurídicos en el ámbito procesal. Esta figura no crea, ni modifica ni extingue una situación jurídica, sino que solamente imposibilita una determinada alegación y hace que se le considere inadmisibile. Este, es el efecto jurídico que también le otorga el artículo 45 bajo comentario, al titularlo «pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado».

No obstante lo dicho, el estoppel también puede ser entendido como un método o técnica de interpretación. La conducta ulterior de las partes nos sirve para interpretar un tratado. Supone un examen de la manera como después de entrar en vigor un tratado las partes le han dado cumplimiento, la manera como aplicaron a través del tiempo las distintas cláusulas, creando con este comportamiento un acuerdo tácito de interpretación.⁸²¹ Se le concibe como una interpretación auténtica pero implícita.

Aquí podría citarse el *Asunto de la Reclamación Rusa contra Turquía* resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje, donde esta señaló: «La ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados como entre particulares, el comentario más seguro del sentido de esos compromisos».⁸²²

Finalmente, cabría destacar la opinión disidente de Galindo Pohl en la *Controversia sobre el Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy*, donde señaló:⁸²³

La conducta posterior enseña cómo las Partes entendieron el Laudo, y por lo tanto es un elemento útil para confirmar la interpretación del Laudo fundada en el estudio de sus componentes.

⁸¹⁸ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 148

⁸¹⁹ I.C.J. Reports, 1986.

⁸²⁰ En este sentido se pronuncia FERRARI BRAVO, L. *La prova nel processo internazionale*. Nápoles, 1958, n. 59, p. 143; MC GIBBON. Ob. cit., p. 512: «No primeramente como regla procesal sino como principio sustantivo de derecho»; BOWETT, Robert. Ob. cit., p. 176.

⁸²¹ SOLARI TUDELA, Luis. Ob. cit., p. 40; DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. Ob. cit., p. 315.

⁸²² Corte Permanente de Arbitraje. *Asunto de la Reclamación Rusa contra Turquía*.

⁸²³ Opinión Disidente de Galindo Pohl, p. 175. Además tenemos el *Caso de la Competencia de ILO para Regular la Labor Agrícola* (C.P.J.I., 1922); *Caso del Canal de Corfú* (C.I.J., 1949); *Caso del Status de Africa Sudoccidental* (C.I.J., 1950); *Admisión de Miembros a las Naciones Unidas* (Asamblea General, 1950); *Laudo Arbitral del Rey de España* (1960); *Caso del Templo de Preah Vihear* (C.I.J., 1962); *Ciertos Gastos de Naciones Unidas* (C.I.J., 1962); *Arbitraje sobre Transporte Aéreo Italia-Estados Unidos* (1965); *Arbitraje del Canal de Beagle* (1977); y el *Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (C.I.J., 1984).

Argentina señaló el diferente valor de la conducta posterior de las partes según se trate de la interpretación de un contrato, caso en el cual tiene enorme fuerza, o de un fallo, y en el plano más concreto cuando concierne a comportamientos de autoridades locales y personas privadas nacionales o extranjeras. (Acta n.º 9, 25/4/94, p. 31).

Chile ha considerado que la conducta de las partes es muy importante para probar la forma en que ellas entendieron el contenido e intención del texto.

Esta segunda manera de entender y aplicar el estoppel ha sido también consagrada por la Convención de Viena en su artículo 31, que lo califica como un principio general de interpretación de los tratados.

11.4. Limitaciones de la figura

Munkman señala dos dificultades para aplicar el concepto del estoppel a las relaciones interestatales.⁸²⁴

1. El tiempo: Los Estados tienen un lapso de vida largo (en promedio, mucho más largo que un individuo);
2. Multiplicidad de Representación: Cada Estado está constituido por muchos órganos, cada uno de los cuales está formado por muchos individuos.

En consencuencia, el concepto del estoppel encuentra considerables dificultades en su aplicación práctica; la larga vida de los Estados, su múltiple y cambiante representación y la multiplicidad de sus intereses se combinan para hacer de la «contradicción» y «estar entre sí y no» no una señal de mala fe en algún sentido moralmente censurable, sino simplemente un carácter normal y natural de sus actos en un periodo prolongado de tiempo.

Un Estado no habla necesariamente con una voz al mismo tiempo; muestra de ello son los *Asuntos del Templo de Preah Vihear*,⁸²⁵ de la *Fronte-*

⁸²⁴ MUNKMAN. *Adjudication & Adjustment International Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes (1972-1993)*. Citado por WESTON, Burns. *International Law and World Order*. 1980.

⁸²⁵ Así, Tailandia negaba el carácter obligatorio del Anexo I en lo que a ella respecta por el simple hecho de haber tomado una mera actitud pasiva frente al asunto. Afirmaba que una falta de objeción no podría obligarla a renunciar a la forma de delimitación fijada en el artículo I del Tratado de 1904 de tal manera que afectara su soberanía sobre el área en que se hallaba el templo.

Asimismo, sostenía que ninguno de los dos Estados se había conducido de manera tal que considerasen la línea del mapa como la frontera entre ambos países en la región del Dangrek. Tailandia ejerció en todo momento soberanía en dicha área y Camboya

ra *Argentino-Chilena* y de la *Frontera Occidental Indo-Pakistaní*. Estos casos muestran —según Munkman— que es muy posible para un Estado en la práctica administrar un territorio que no aparece en sus mapas oficiales, o fracasar en administrar territorios que aparecen en sus mapas, y que dicha situación puede persistir por un periodo de tiempo considerable, sin suscitar atención a nivel diplomático. En tales casos, concluye, no pueden ser formulados simples estoppels; la situación requiere sopesar las actividades y posiciones tomadas por los reclamantes.

Una consecuencia de estas dos dificultades acerca del tiempo y la multiplicidad de representación de los Estados es que no solamente puede un estoppel «teórico» ser fácilmente formulado contra una parte, sino también contra ambas. Esta situación surgió en el *Asunto del Templo*: Tailandia dejó de protestar acerca de los mapas mientras las autoridades francesas en Camboya dejaron de cuestionar los actos de administración realizados por Tailandia en el área en disputa. En tales casos una Corte podría: a) Atribuir mayor peso a un tipo de actividad que a otra, por ejemplo, los mapas en el caso del Templo; b) establecer que ninguna parte había formulado estoppel contra la otra y considerar las actividades simplemente como parte del cuadro general de prueba, que fue sustancialmente el razonamiento adoptado en el caso *Argentino-Chileno*; o c) establecer que técnicamente las pretensiones de estoppel por ambas partes habían sido formuladas, estando ambas partes impedidas de formular sus respectivos reclamos.

Aparte de lo dicho, Munkman señaló que la aplicación del estoppel podría —ante determinada situación— aparecer notablemente injusto. El estoppel puede colocar a un Estado relativamente débil, sin ningún deseo o sin ninguna razón para oponerse a un vecino poderoso, en una considerable desventaja si posteriormente se encuentra en posición de defender su derecho. Igualmente, Brownlie plantea que el estoppel puede implicar sujetar a un gobierno a una declaración que de hecho no corresponda a su real intención; por ello —señala— el estoppel debe ser usado con precaución, y más cuando se trata de problemas territoriales.⁸²⁶

La Comisión de Derecho Internacional que elaboró la Convención de Viena de 1969 sostiene también que el principio no será aplicable si el Estado interesado no ha tenido conocimiento de los hechos en que se basa el derecho o no ha estado en condiciones de ejercer libremente su derecho a invocar la nulidad del tratado como causa de su terminación.⁸²⁷

jamás ejerció acto administrativo alguno que negara la completa soberanía tailandesa. Adicionalmente, Tailandia sostenía que jamás había aceptado el mapa o la línea como obligatoria. En el caso negado que lo hubiera hecho, esto habría sucedido sobre la base de un error (la creencia que la línea establecida correspondía a la línea del watershed). No admitía así ninguna de las doctrinas que sobre aquiescencia, estoppel o prescripción alegaba Camboya.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 161.

⁸²⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. 1966, vol. II.

En consecuencia, el estoppel solo podrá formularse contra un Estado, si este tuvo la posibilidad de emitir una protesta y si conocía los hechos que hubieran permitido la impugnación. Solo así el estoppel evitaría crear situaciones injustas.

Por último, conforme al artículo 45, el estoppel solo podrá ser alegado respecto de los causales de nulidad relativa referidas a vicios formales y vicios del consentimiento, así como en relación con dos causales específicos de terminación: violencia y cambio fundamental de las circunstancias.

La Comisión estimó que el estoppel no debía ser extendido a las demás causales de nulidad y terminación, debido a la mayor gravedad que estas implican y también a la imposibilidad de que las Partes pudieran acordar convalidarlas.

12. Enmienda y Modificación de los Tratados

Artículo 39

Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa.

Artículo 40

1. Salvo que el tratado disponga otra cosa, la enmienda de los tratados multilaterales se regirá por los párrafos siguientes.
2. Toda propuesta de enmienda de un tratado multilateral en las relaciones entre todas las partes habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, cada uno de los cuales tendrá derecho a participar:
 - a) En la decisión sobre las medidas que haya que adoptar con relación a tal propuesta;
 - b) En la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado.
3. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado estará también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada.
4. El acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado no obligará a ningún Estado que sea ya parte en el tratado pero no llegue a serlo en ese acuerdo; con respecto a tal Estado se aplicará el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30.
5. Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado será considerado, de no haber manifestado ese Estado una intención diferente:
 - a) Parte en el tratado en su forma enmendada; y
 - b) Parte en el tratado no enmendado con respecto a toda parte en el tratado que no esté obligada por el acuerdo en virtud del cual se enmiende el tratado.

Los tratados, al igual que los contratos, «pueden ser modificados, y a ello están dedicados los artículos 39 y 40 de la Convención».⁸²⁸

Algunos tratados emplean el término «enmienda» cuando se trata de cambiar algunas disposiciones del tratado, y el término «revisión» cuando se trata de cambiar el tratado en su totalidad. Esa terminología ofrece ciertas ventajas, pero en la práctica de los Estados no hay uniformidad en su aplicación, y no parece que exista ninguna diferencia en los procedimientos jurídicos seguidos en la materia. La Comisión consideró suficiente, hablar en el proyecto de artículos de «enmienda», por ser un término que abarca tanto la modificación de disposiciones particulares como la modificación general de todo el tratado. Por lo que se refiere al término «revisión», la Comisión reconoció que suele encontrarse en la práctica de los Estados y que se emplea también en algunos tratados. No obstante, teniendo en cuenta los matices que cobró la expresión en el periodo que precedió a la Segunda Guerra Mundial, la Comisión prefirió utilizar el término «enmienda».⁸²⁹

El término «enmienda» entonces, alude al cambio de las disposiciones de un tratado con respecto de todas las partes en el tratado. El término «modificación» se emplea en relación con los acuerdos *inter se* concertados entre algunas de las partes únicamente, y encaminado a cambiar solo entre ellas algunas disposiciones del tratado.⁸³⁰

En relación con el artículo 39, debemos señalar que la enmienda de un tratado se efectúa normalmente mediante la conclusión de otro tratado por escrito, aunque también puede ser modificado por acuerdo verbal o por acuerdo tácito evidenciado por la conducta de las partes en la aplicación del tratado. Por consiguiente, al decir que las normas de la Parte II sobre la celebración y la entrada en vigor de los tratados son aplicables también a los acuerdos de modificación, la Comisión no quiso dar a entender que la modificación de un tratado por acuerdo verbal o tácito sea inadmisibles.⁸³¹

En lo que toca al artículo 40, la Comisión consideró la posibilidad de formular una norma expresa para los tratados bilaterales, pero llegó a la conclusión que ello no tendría ninguna utilidad. Cuando solo intervienen dos partes, la cuestión que se plantea es esencialmente de negociación y de acuerdo entre ellas y las normas de la parte II son suficientes para regular el procedimiento y proteger la posición de las distintas partes.⁸³²

⁸²⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 247.

⁸²⁹ *Anuario de la CDI*, 1966, vol. II, p. 55.

⁸³⁰ Ídem. REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 269: «Se entiende por enmienda toda modificación formal de las cláusulas de un tratado potencialmente extensible a todas las partes en él».

⁸³¹ *Ibidem*, p. 56.

⁸³² Ídem.

El artículo 40 se refiere entonces únicamente a la enmienda *strictu sensu* de los tratados multilaterales, es decir, a los casos en que se tiene la intención de celebrar un acuerdo solemne entre las partes en general a fin de modificar el tratado entre todas ellas, y no un acuerdo entre solo algunas de las partes.

En el párrafo 1 se subraya que las normas enunciadas en el artículo tienen carácter supletorio, en tanto solo son aplicables a falta de acuerdo expreso en el tratado que disponga lo contrario.

El párrafo 2 se basa en la práctica moderna interestatal, así como en el principio de igualdad jurídica de los Estados. En el pasado, los tratados han sido a menudo enmendados o revisados por algunas de las partes sin consultar a los demás. Ello ha inducido incluso a algunos juristas a afirmar que no hay ninguna norma general que obligue a un Estado a invitar a todas las demás a participar en la modificación de un tratado. La Comisión, sin embargo, consideró que la naturaleza misma de la relación jurídica establecida por los tratados exige que se consulte a todas las partes con respecto de cualquier enmienda. El hecho de que no siempre haya ocurrido así en el pasado no es razón suficiente para descartar un principio que parece emanar directamente de la obligación asumida por las partes de ejecutar el tratado de buena fe.⁸³³

El párrafo 3 confiere a los Estados facultados para llegar a ser partes en el tratado el derecho a llegar a serlo en el tratado enmendado por un acuerdo; en otras palabras, les confiere el derecho a llegar a ser partes tanto en el tratado como en el acuerdo de enmienda.

El párrafo 4 dispone que el acuerdo de enmienda no obliga a aquellos Estados que no suscribieron la modificación; entre ellos rige el tratado original. Asimismo, se dispone que entre los Estados parte del tratado enmendado y aquellos Estados parte del tratado original rige este último. Esto es una aplicación clara del principio general de que un tratado no impone ninguna obligación a un Estado que no es parte de él.⁸³⁴

El párrafo 5 busca dar solución a un problema que se presenta en la práctica, en los casos en que un Estado decide ser parte de un tratado después que el acuerdo de enmienda ha entrado en vigor. La Comisión estimó que debía plasmar una norma general que debía basarse en dos principios: a) el derecho del Estado al llegar a ser parte en el tratado, a decidir si es parte en el tratado únicamente, en el tratado y en el acuerdo de enmienda o en el tratado en su forma enmendada únicamente; b) a falta de toda indicación del Estado, convenía adoptar una solución que permitiera mantener relaciones mutuas en virtud del tratado al mayor número de Estados.⁸³⁵

⁸³³ *Anuario de la CDI*. 1966, vol. II, pp. 56-57.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁸³⁵ *Ídem*.

Artículo 41

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:
 - a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o
 - b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que:
 - i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.
2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

Este artículo se refiere a la modificación *inter se*, es decir, al acuerdo concertado entre solamente algunas de las partes en un tratado multilateral para modificarlo únicamente en sus relaciones mutuas. La historia ofrece cierto número de ejemplos de acuerdos *inter se* que han cambiado sustancialmente el régimen del tratado y que se han impuesto por encima de las objeciones de Estados interesados. Por tal razón, la cuestión principal en este artículo consistía en regular las condiciones en las cuales resultan admisibles los acuerdos *inter se*.⁸³⁶

En el apartado a) del párrafo 1 se admite el acuerdo *inter se* si tal posibilidad está prevista expresamente en el tratado; mientras el apartado b) la admite si tal posibilidad no está prohibida y concurren dos condiciones adicionales: en primer lugar, que la modificación no afecte al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones de las demás partes, es decir, que no lesione sus derechos ni acreciente sus obligaciones; en segundo lugar, que no se refiera a ninguna disposición cuya inobservancia sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y el fin del tratado. Estas condiciones no son alternativas sino acumulativas.⁸³⁷

El párrafo 2 trata de proteger aun más a las partes contra las modificaciones del tratado que ilegítimamente pueden efectuar alguna de las partes por medio de un acuerdo *inter se*; para impedirlo, se les exige que notifiquen previamente a las demás partes su intención de llevar a cabo tal modificación.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 58.

⁸³⁷ *Ídem*.

Modificación por Práctica Ulterior

El proyecto de la CDI contenía una norma titulada «modificación de los tratados por práctica ulterior», que no fue aprobada por la Conferencia.⁸³⁸ Esta norma estaba redactada en los siguientes términos: «Todo tratado podrá ser modificado por la práctica ulterior en la aplicación del tratado cuando tal práctica denote el acuerdo de las partes en modificar las disposiciones del tratado».

La propuesta tenía como base el fallo arbitral dictado en el *Asunto del Convenio de Servicios de Transporte Aéreo*, de 1963, entre Francia y Estados Unidos, en el que se dijo:

Este modo de proceder puede, de hecho, tenerse en cuenta no sólo como medio útil de interpretar el convenio, sino también como algo más, es decir, como posible fuente de modificación posterior derivada de determinados actos o actitudes, relacionadas con la situación jurídica de las partes y con los derechos que cada una de ellas puede legítimamente invocar.⁸³⁹

El Tribunal finalmente decidió que el convenio había sido modificado por práctica ulterior. El *Asunto del Templo de Preah Vihear* es también citado como ejemplo de un tratado modificado por la práctica subsiguiente.⁸⁴⁰ La misma postura es asumida por la doctrina de los publicistas.⁸⁴¹

Sin embargo, «la Conferencia no recibió bien este proyecto de artículo» exponiéndose diversas razones para suprimirlo. Entre las más importantes se señalan: a) que ello afectaba la estabilidad de los tratados, b) que el tema correspondía al derecho consuetudinario y no al convencional, c) que la Convención versaba solo sobre acuerdos por escrito, d) que la propuesta no tenía base en el derecho internacional, entre otros. Así, se votó por su eliminación por 53 votos contra 15 y 26 abstenciones.⁸⁴²

13. La Incorporación y Jerarquía de los Tratados en el Derecho Interno

13.1. La Incorporación de los Tratados en el Derecho Interno

En lo que respecta a la incorporación de las normas convencionales internacionales en los derechos internos, existen tres posturas claramente definidas:

⁸³⁸ DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 253

⁸³⁹ *Informe CDI*. P. 69.

⁸⁴⁰ C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 6.

⁸⁴¹ COT, J. P. «La Conduite Subséquente des Parties a un Traité». En: *RGDIP*. 1966, vol. LXX; DE VISSCHER, Charles. Ob. cit., pp. 123-124. Véase DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., p. 254.

⁸⁴² DE LA GUARDIA, Ernesto. Ob. cit., pp. 254-255.

13.1.1. Sistema de Recepción Automática

Este sistema supone «la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente».⁸⁴³

Este es el caso de la Constitución griega de 1975, cuyo artículo 28, inciso 1 señala:

Las normas de Derecho Internacional generalmente aceptadas y los tratados internacionales, una vez hayan sido sancionados por vía legislativa y hayan entrado en vigor según sus respectivas disposiciones, formarán parte integrante del derecho interno griego.

En el mismo sentido, tenemos la Constitución de los Estados Unidos de América de 1776, cuyo artículo 6, párrafo 2, señala:

Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulguen y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados serán la suprema ley del país.

Finalmente, la misma postura es asumida por la Constitución Peruana de 1993 en su artículo 55⁸⁴⁴ y por la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949 en su artículo 59, inciso 2. La Constitución Peruana establece: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

En todos estos casos, al entrar internacionalmente en vigor el tratado, el Estado queda automáticamente obligado, sin necesidad de ningún tipo de acto de incorporación al ordenamiento interno. No se debe entender como actos de incorporación los mecanismos administrativos que se sigan para facilitar el conocimiento de la administración o la intervención previa del legislativo para su aprobación interna.

13.1.2. Sistema de Recepción Formal (Especial)

Otros sistemas constitucionales «exigen algún tipo de procedimiento interno, con independencia del que se exija para la entrada en vigor internacional del tratado, para que las normas internacionales vinculen en el orden interno».⁸⁴⁵ En consecuencia, en estos sistemas la entrada en vigor interna e internacional del tratado se producen en momentos diferentes.

⁸⁴³ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 258.

⁸⁴⁴ En el mismo sentido se pronuncia la Ley 26647 sobre Perfeccionamiento de Tratados, al señalar su artículo 3 que estos: «[...] entran en vigencia y se incorporan derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos».

⁸⁴⁵ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Ob. cit., p. 258.

En este caso los ordenamientos internos exigen que la incorporación se produzca mediante una ley interna de transformación, a través de la aprobación por el legislativo de una norma que ordene su cumplimiento en el derecho interno o, mediante la publicación del tratado como acto equivalente a su promulgación.⁸⁴⁶ En relación con este último supuesto, puede citarse el caso de la Constitución francesa de 1958, cuyo artículo 55 dispone: «Los Tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes [...]».

La misma disposición la encontramos en la Constitución de los Países Bajos de 1985, cuyo artículo 93 señala:

Las disposiciones de los tratados y de las resoluciones de las instituciones internacionales que en virtud de su contenido pueden obligar a los particulares surtirán efecto vinculante después de que hayan sido publicadas.

Asimismo, la Constitución de Portugal de 1976 en su artículo 8, inciso 2, y la Constitución de España de 1978, en su artículo 96,⁸⁴⁷ señalan una postura similar. Esta última dispone: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno».

Entre las Constituciones que exigen la transformación del Tratado en una ley interna destacan la de Gran Bretaña, Irlanda, los Países Nórdicos, entre otros. Por último, en el caso de la Constitución de Italia, si bien no se exige la transformación del tratado en norma interna para que este obligue y sea aplicable en el derecho interno, el legislador ordena la aplicación de aquel en el derecho interno; es decir, aquí se requiere de una ley interna dirigida a los particulares para que obedezcan las disposiciones a su cargo estipuladas en el tratado internacional.

13.1.3. Ausencia de Regulación Expresa

Por último, en algunos sistemas constitucionales no existe una referencia expresa en relación con la incorporación de los tratados al derecho interno. En estos casos, habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es necesario o no un acto formal de incorporación.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 259.

⁸⁴⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Ob. cit.*, p. 170: «El sistema español actual sobre aplicación interna de los tratados puede ser calificado como dualista moderado y razonable. Dualista porque exige un acto de recepción. Y moderado y razonable porque tal recepción se hace por la simple publicación, no por la orden de ejecución del tratado mediante una ley». Contrariamente, señala CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Ob. cit.*, p. 158: «El sistema jurídico español pertenece, por tanto, al grupo en el que la recepción de las normas convencionales internacionales no precisa de transformación alguna, sino que tienen efectos directos desde su publicación oficial».

13.2. Jerarquía de los Tratados en el Derecho Interno

En lo que se refiere al rango de los tratados, existen también diferentes posturas a nivel del Derecho Comparado:⁸⁴⁸

13.2.1. Valor Supra Constitucional

Algunos sistemas constitucionales, aunque excepcionalmente, otorgan rango supra constitucional a los tratados, permitiendo que estos puedan derogar una norma constitucional opuesta. Este es el caso del artículo 63, inciso 1, de la Constitución de Holanda de 1956, que establece: «Cuando lo exija el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional, un tratado podrá derogar los preceptos de la Constitución».

De igual forma, en su artículo 93, esta Constitución admite que un tratado aprobado en el Parlamento por mayoría de dos tercios puede derogar disposiciones constitucionales.

13.2.2. Valor Supralegal

En algunas Constituciones modernas se prescribe que los tratados tengan un valor superior a las leyes internas, por lo que aquellos siempre primaran sobre estas.⁸⁴⁹

Este es el caso del artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que le otorga a los tratados un rango superior a ley federal. Asimismo, tenemos el caso del artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958 que le confiere a los tratados un valor superior a las leyes, al disponer:

Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados, desde su publicación, tienen una autoridad superior a las leyes, bajo reserva, para cada tratado o acuerdo, de su aplicación por la otra parte.

En similares términos que la Constitución francesa, se encuentra recogido este tema por las Constituciones de Benin, Congo, Costa de Marfil, Chad, Gabon, Guinea, Madagascar, Mali, Mauritania, Niger, República Centro Africana, Senegal y Togo.⁸⁵⁰

Finalmente, es la posición que asume Costa Rica en el artículo 7, párrafo 1 de su Constitución Política, al señalar que los tratados, convenios y concordatos tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

⁸⁴⁸ Véase VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 239 y ss.

⁸⁴⁹ Ibidem, p. 242.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 243.

13.2.3. Valor Legal

Otros sistemas otorgan rango de ley a los tratados y no pueden, en consecuencia, contravenir disposiciones constitucionales. De presentarse este último supuesto, la norma convencional sigue obligando internacionalmente al Estado, no obstante no formar parte de su derecho interno.

En estos casos surge la interrogante de si al equiparar el tratado a una norma con rango de ley, el primero puede ser derogado por una ley dictada posteriormente. La respuesta dependerá del sistema consagrado en cada país. Sin embargo, en caso de responderse afirmativamente, quedaría abierta la posibilidad de plantear la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Este es el sistema que admiten la mayoría de países latinoamericanos como es el caso del Perú⁸⁵¹ así como la jurisprudencia de países como Italia, Suiza y los Estados Unidos de América.

En este último caso, la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Whitney vs. Robertson* ha señalado:

Por la Constitución, el tratado ha sido colocado en el mismo plano, y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados por aquel instrumento como la ley suprema del país, y no se da superior eficacia a uno respecto del otro. Cuando los dos tratan el mismo asunto, los tribunales se esforzarán siempre de interpretarlos en forma de dar efecto a ambos, si se puede lograr tal cosa sin hacer violencia al texto de ninguno; pero si son incompatibles, el de fecha posterior predominará sobre el otro, siempre que la estipulación del tratado en el tema sea susceptible de ejecutarse por sí sola. Si el país con el cual se concluyó el tratado no está satisfecho con la acción del cuerpo legislativo, puede presentar sus quejas al Jefe del Poder Ejecutivo y toman las medidas que considere esenciales para la protección de sus intereses. Los tribunales no pueden remediar esta situación.⁸⁵²

13.2.4. Ausencia de Regulación

Finalmente, algunos sistemas carecen de regulación específica, pues no precisan qué rango corresponde internamente a los tratados celebrados por el Estado. En estos casos, habrá que realizar una labor de interpretación de la práctica administrativa o judicial de cada Estado.

Un buen ejemplo es el de la Constitución española de 1978 que, si bien no contiene una norma expresa al respecto, señala sucesivamente en sus artículos 95 (1) y 96, lo siguiente:

⁸⁵¹ Véase el artículo 200, inciso 4 de la Constitución Política del Perú de 1993. Al respecto nos remitimos a la obra de NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 2000, primera parte.

⁸⁵² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., 1959, pp. 216-217.

La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

De lo cual se desprende que los tratados en el sistema constitucional español parecerían tener rango supralegal en tanto no pueden contradecir una norma constitucional y, al mismo tiempo, solo pueden ser modificados conforme a sus propias estipulaciones,⁸⁵³ esto es, una ley posterior no puede modificar un tratado opuesto celebrado con anterioridad.

⁸⁵³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 169.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. III. Buenos Aires, 1951.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- BARBERIS, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editora Platense, 1973.
- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du Droit International*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1960.
- BASTID, Suzanne. *Les Traités dans la Vie Internationale*. París: Economica, 1985.
- BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Atalaya.
- BONET PÉREZ, Jordi. *Las Reservas a los Tratados Internacionales (Un examen de la práctica española)*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1991.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè Editore, 1995.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995.
- _____. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CAVARE, Louis. *Le Droit International Public Politif*. Vol. II. París: 1951.
- CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1953.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*. 18.º periodo de Sesiones. Anuario, vol. II. 1966.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Zavalía, 1995.

- CORRIENTE CÓRDOBA, José. *Valoración Jurídica de los Preámbulos de los Tratados Internacionales*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1973.
- DAVID, A. *The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Relations*. 1975.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, 1997.
- DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: La Ley, 1970.
- DÍAZ BARRADO, C. *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*. Madrid: Tecnos, 1991.
- DIEZ DE MEDINA, Federico. *Derecho Internacional Moderno*. París, 1906.
- DIEZ DE VELASCO, Luis. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. 1. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998.
- FENWICK, Charles F. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FIGUEROA, Pasquale. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. Primero. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894.
- FITZMAURICE, Gerald. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. T. II. 1956.
- GLAHN, Gerhard von. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. 1986.
- GROS ESPIELL, Héctor. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traté de Droit International Public*. T. I. Ginebra, 1967.
- HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa MOYA DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- HENKIN, Louis y Otros. *International Law*. Minnesota: West Publishing, 1988.
- HORN, Frank. *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. North-Holland. La Haya: TMC Asser Institut, 1988.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos. Colección de Ciencias Sociales. Serie de Relaciones Internacionales, 1980.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Ramón. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. San Salvador, 1970.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- MARESCA, Adolfo. *Il Diritto dei Trattati: La Convenzione Codificatrice di Vienne del 23 del Maggio 1969*. Milán: Giuffrè Editore, 1971.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. T. I. Río de Janeiro: Renovar, 1994.

- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipografica Editrice Torines, 1982.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de los Tratados*. Bogotá: Temis, 1978.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- OPPENHEIM, Lassa. *Oppenheim's International Law*. T. I-Peace. Vol. 2. Partes 2 a 4. Por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts. Longman, 1994.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. 2. Buenos Aires: Tea, 1985.
- PUFFENDORF, Samuel. *De Jure Natura et Gentium*. Libro III, capítulo IV.
- QUEL LÓPEZ, Javier. *Las Reservas a los Tratados Internacionales (Un exámen de la práctica española)*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1991.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1983.
- _____. *Introduction au Droit des Traités*. 3.^a edición revisada y aumentada por Philippe Cahier. París: Presses Universitaires de France, 1995.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.
- _____. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1969.
- SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1964.
- SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1963.
- SINCLAIR, I. *The Vienna Convention of the Law of the Treaties*. Londres: Melland Shill Fund, 1984.
- SCELLE, George. *Manual de Droit International Public*. París: Domet-Montchrestien, 1948.
- SCHWARZENBERGER, Georg. *Manual of International Law*. Londres, 1952.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

- STARKE, J. *An Introduction to International Law*. Londres, 1977.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLÉE. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1986.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. II. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.
- VARELA QUIRÓS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1902.
- VATTEL, Emeric de. *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. T. I. Neuchâtel: Imprimerie de la Société Typographique, 1773.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1964.
- VISSCHER, Charles de. *Théories et Réalités en Droit International Public*. París: Pédone, 1970.
- VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Versión de la 12.^a edición alemana por Domingo Miral. Barcelona: Gustavo Gili, 1929.

2. ARTÍCULOS

- BOWETT, David. «Estoppel before International Tribunals and its relation to Acquiescence». En: *British Yearbook of International Law*. Vol. 33, 1957, pp. 176-202.
- COHEN-JONATHAN, Gérard. «Les Réserves dans les Traités Institutionnels Relatifs aux Droits de L'homme. Nouveaux Aspect Européens et Internationaux». En: *Revue Générale de Droit International Public*. T. 100, 4. 1996.
- COT, J. P. «La Conduite Subséquente des Parties a un Traité». En: *Revue Générale de Droit International Public*. T. LXX, 1966.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. «Significado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Observancia, Aplicación, Interpretación y Enmienda de los Tratados». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C.: julio-agosto de 1977, pp. 171-203.
- DOMINICE, Christian. «A propos de Principe de l'estoppel en Droit des Gens». En: *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 327-365.
- EDWARDS, R. W. «Reservation to Treaties». En: *Michigan Journal of International Law*. 10, 2. 1989.
- ESPADA RAMOS, María Luisa. «El Control Interno de los Tratados Internacionales». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 32, n.º 1/3, 1980, pp. 9-32.

- GAJA, Giorgio. «Unruly Treaty Reservations». En: *Le Droit International à l'heure de sa codification. Étude en l'honneur de Roberto Ago*. Milán: Giuffrè, 1987, pp. 307-330.
- GALINDO POHL, Reynaldo. «Ius Congens». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D. C.: julio-agosto de 1977, pp. 203-233.
- GAMBLE, J. K. «Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic view of States Practice». En: *American Journal of International Law*. 74, 2, 1980.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. «La cláusula "rebus sic stantibus" (Estudio histórico-jurídico)». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 99-121.
- _____. «La Cláusula Rebus Sic Stantibus». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C.: julio-agosto de 1977, pp. 235-264.
- HUMMER, Waldemar. «Problemas jurídico-legislativos de la dicotomía entre el sentido "ordinario" y el "especial" de conceptos convencionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 28, n.º 1/3, 1975, pp. 97-120.
- IMBERT, P. H. «La Question des Réserves et les Conventions en Matière de Droits de L'homme». En: *Conseil de L'Europe*. París: Pedone, 1982.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «La Estipulación a Favor de Terceros en el Derecho Internacional». En: *Cuadernos del Centro de Estudios de Derecho Comparado*. Montevideo, n.º 1, 1956, pp. 30-ss.
- KARL GECK, Wilhelm. «Tratados Internacionales Secretos y Derecho Constitucional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 24, n.º 3, 1971, pp. 281-310.
- MACGIBBON, I.C. «Estoppel in International Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 7, 1958, pp. 468-513.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. «Terminação, Suspensão e Nulidade dos Tratados». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D. C.: julio-agosto de 1977, pp. 283-313.
- NIETO NAVIA, Rafael. «Las Reservas a los Tratados Multilaterales en la Convención de Viena de 1969». En: *Revista Universitas*. N.º 46, junio 1974, pp. 285-315.
- QUEL LÓPEZ, Javier. «Las Reservas en los Convenios de la Haya de Derecho Internacional Privado». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLX, n.º 1, 1993, pp. 115-130.
- REY CARO, Ernesto. «Las Reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados». En: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Año XXXIX, agosto-diciembre 1975, n.º 4-5, pp. 55-119.
- ROSENNE, Shabtai. «A posteriori reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 441-455.

- RUDA, José María. «Los Efectos Jurídicos de las Reservas a los Tratados Multilaterales». En: *Anuario del Comité Jurídico Interamericano*. OEA, 1982.
- _____. «Nulidad de los Tratados». En: DINSTEIN, Voram (editor). *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, pp. 661-678.
- _____. «Las Reservas a las Convenciones Multilaterales». En: *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*. nn.º 23-24, año XII. Rosario, 1963, pp. 55 y ss.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. «Aspectos Generales, Celebración y Entrada en vigor de los Tratados. Reservas». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Julio-agosto de 1977, pp. 151-170.
- ZEMANEK, Karl. «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties». En: *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 323-336.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, pp. 15-463.
- BOURQUIN, Maurice. «Règles Générales du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35, pp. 1-232.
- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, pp. 9-374.
- CHAUMONT, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCA-DI*. 1970-I, t. 129, pp. 333-528.
- DE VISSCHER, Charles. «Cours Général de Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1954-II, t. 86, pp. 499 y ss.
- DUPUY, Rene-Jean. «Communauté internationale et disparités de développement. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1979-IV, t. 165, pp. 9-232.
- FITZMAURICE, Gerald. «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92, pp. 1-227.
- GUGGENHEIM, Paul. «Les Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80, pp. 1-189.
- JENNINGS, Robert. «General Course on Principles of International Law». En: *RCADI*. 1967-II, t. 121, pp. 323-605.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «International law in the past third of a century». En: *RCADI*. 1978-I, t. 159, pp. 1-344.
- KELSEN, Hans. «Théorie du Droit International Public». En: *RCADI*. 1953-III, t. 84, pp. 1-203.
- _____. «Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42, pp. 117-351.
- REUTER, Paul. «Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1961-II, t. 103, pp. 425-655.
- TUNKIN, George. «International Law in the International System». En: *RCADI*. 1975-IV, t. 147, pp. 1-218.
- VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, pp. 9-382.
- VISSCHER, Paul de. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1972-II, t. 136, pp. 1-202.
- WALDOCK, Humphrey. «General Course on Public International Law». En: *RCA-DI*. 1962-II, t. 106, pp. 1-251.
- WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, pp. 9-370.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- AGO, Roberto. «Science Juridique et Droit International». En: *RCADI*. 1956-I, t. 90, pp. 851-958.
- AGO, Roberto. «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134, pp. 297-332.
- ALEXIDZE, Levan. «Legal nature of *ius cogens* in contemporary international law». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 219-270.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio. «La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74, pp. 465-545.
- BASDEVANT, Jules. «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités». En: *RCADI*. 1926-V, t. 15, pp. 535-643.
- BAXTER, Richard. «Treaties and custom». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129, pp. 25-106.
- BERLIA, Georges. «Contribution à l'interprétation des traités». En: *RCADI*. 1969-I, t. 114, pp. 283-333.
- BERNHARDT, Rudolf. «Custom and treaty in the law of the sea». En: *RCADI*. 1987-V, t. 205, pp. 247-330.
- BISHOP, William. «Reservations to treaties». En: *RCADI*. 1961-II, t. 103, pp. 245-341.
- BRIERLY, James. «Le fondement du caractère obligatoire du Droit International». En: *RCADI*. 1928-III, t. 23, pp. 463-552.

- CAHIER, Philippe. «Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers». En: *RCADI*. 1974-III, t. 143, pp. 589-736.
- CAPOTORTI, Francesco. «L'extinction et la suspension des traités». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134, pp. 417-588.
- DE VISSCHER, Charles. «La Codification de Droit International». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6.
- EHRlich, Ludwik. «L'interpretation des traités». En: *RCADI*. 1928-III, t. 24, pp. 1-145.
- ELIAS, Taslim. «Problems concerning the validity of treaties». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134, pp. 333-416.
- FINCH, George. «Les sources modernes du Droit International». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53, pp. 531-629.
- GAJA, Giorgio. «*Jus cogens* beyond the Vienna Convention». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 271-316.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 9-218.
- GUGGENHEIM, Paul. «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74, pp. 191-268.
- HARASZTI, György. «Treaties and the fundamental change of circumstances». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146, pp. 1-94.
- HEILBORN, Paul. «Les Sources du Droit International». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, pp. 1-63.
- LACHS, Manfred. «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92, pp. 229-341.
- LAUTERPACHT, Hersch. «Les travaux préparatoires et l'interpretation des traités». En: *RCADI*. 1934-II, t. 48, pp. 709-817.
- MC NAIR, Arnold. «L'application et l'interpretation des traités d'après la jurisprudence britannique». En: *RCADI*. 1933-I, t. 43, pp. 247-307.
- _____. «La terminaison et la dissolution des traités». En: *RCADI*. 1928-II, t. 22, pp. 459-538.
- _____. «Les effets de la guerre sur les traités». En: *RCADI*. 1937-I, t. 59, pp. 523-585.
- MESTRE, Achille. «Les traités et le droit interne». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38, pp. 233-306.
- ROUCOUNAS, Emmanuel. «Engagements Parallèles et Contradictaires». En: *RCA-DI*. 1987-VI, t. 206.
- RUDA, José María. «Reservations to treaties». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146, pp. 95-218.
- TAUBE, Michel de. «L'inviolabilité des traités». En: *RCADI*. 1930-II, t. 32, pp. 291-389.

- VERDROSS, Alfred. «Le Fondement du Droit International». En: *RCADI*. 1927-I, t. 16, pp. 268 y ss.
- WHITTON, John. «La règle "pacta sunt servanda"». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49, pp. 147-276.
- YASEEN, Mustafa. «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151, pp. 1-114.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 2.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 3.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 5.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 9.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 11.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 13.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 17.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 18.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 19.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 2.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 3.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 4.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 10.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 11.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 12.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 21.
- C.P.J.I. *Serie C*, n.º 58.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 35.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 36.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 41.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 44.

- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 50.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 62.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 63.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 64.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 70.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 74.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 77.
C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 78.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- I.C.J. *Reports*, 1947-48.
I.C.J. *Reports*, 1949.
I.C.J. *Reports*, 1950.
C.I.J. *Recueil*, 1951.
I.C.J. *Reports*, 1952.
C.I.J. *Recueil*, 1958.
C.I.J. *Recueil*, 1959.
I.C.J. *Reports*, 1960.
C.I.J. *Recueil*, 1961.
C.I.J. *Recueil*, 1962.
C.I.J. *Recueil*, 1966.
C.I.J. *Recueil*, 1969.
I.C.J. *Reports*, 1970.
I.C.J. *Reports*, 1971.
I.C.J. *Reports*, 1973.
C.I.J. *Rècueil*, 1975.
I.C.J. *Reports*, 1978.
I.C.J. *Reports*, 1984.
I.C.J. *Reports*, 1986.
I.C.J. *Reports*, 1990.
C.I.J. *Recueil*, 1994.

CAPÍTULO V

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO



1. Introducción

Los Principios Generales del Derecho no solo constituyen una de las principales fuentes del Derecho Internacional, sino que han alcanzado un alto grado de desarrollo y actualidad, al marchar paralelos a los principios generales consagrados por los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo.

En este sentido, son muchos los Principios tomados de los ordenamientos internos que han cobrado importancia en la solución de diferendos internacionales. Entre estos, merecen ser destacados la buena fe, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la prohibición de la usura, entre otros.

No obstante, antes de iniciar propiamente el análisis de estas figuras, estudiaremos algunos aspectos generales de esta fuente formal del Derecho Internacional.

2. Evolución Histórica

Sobre la evolución de los Principios Generales del Derecho cabría empezar afirmando que estos datan de muy antiguo. Díez De Velasco nos cuenta que con anterioridad a la redacción del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, habían sido objeto de especial mención en varios compromisos arbitrales, en algunos tratados y también en sentencias de tribunales no judiciales. Así, por ejemplo, en la sentencia del *Asunto Fabiani* (20-12-1896) entre Francia y Venezuela, la Corte dijo:

Consultados los Principios Generales del Derecho de Gentes sobre la denegación de justicia; es decir, las reglas comunes a la mayor parte de las legislaciones o enseñadas por la doctrina, la Corte pasará a resolver el fondo de este asunto [...]¹

De igual modo, podemos citar el artículo 8 del tratado argentino-chileno de 1902; el compromiso arbitral del 14 de marzo de 1908 entre Suecia y Noruega; el Preámbulo de la Declaración Naval de Londres de 1909 sobre Guerra Marítima que aludió a los «Principios Generales reconocidos por el Derecho Internacional»; el artículo 7 del Convenio XII de La Haya de 18 de octubre de 1907 donde se estatuyó que «[...] si no existen normas generalmente reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y la equidad»; el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871 entre Estados Unidos e Inglaterra, relativo al arbitraje del *Asunto Alabama*; entre otros, como ejemplos que demuestran que ta-

¹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1996, t. I., p. 92.

les Principios estuvieron presentes en el Derecho Internacional desde mucho tiempo atrás.²

Posteriormente, estos Principios, serían consagrados como fuente del Derecho por el Comité de los Diez, que elaboró el texto definitivo del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. La fórmula que adoptó el Comité fue el producto del compromiso entre dos tendencias que existían en el mismo y que estuvieron representadas por el Presidente, barón Descamps y Lord Phillimore, uno de los miembros más prominentes del Comité. El primero propuso como redacción consagrar «las reglas de Derecho Internacional tal y como son reconocidas por la conciencia jurídica de los pueblos civilizados». A esta fórmula se objetó que esta conciencia no era plenamente uniforme; respondiendo Descamps: «la ley fundamental de lo justo y lo injusto está profundamente grabada en el corazón de todo ser humano, y recibe la más elevada y autorizada expresión en la conciencia jurídica de los pueblos civilizados».³

Como se advierte, se trata de una decidida posición *jus naturalista*, que algunos miembros anglosajones de tal Comisión no compartían. Entre ellos destacaba el jurista británico Lord Phillimore, quien se refirió al principio *res iudicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada se tiene por verdad). Phillimore sostuvo que todos los principios del *Common Law*, podían aplicarse a las relaciones jurídicas internacionales. Fue entonces, frente a esta discusión, que resultó peligrosamente prolongada, que otro miembro del Comité, el profesor Elliot Root, propuso la fórmula que finalmente sería aceptada, y que se plasmó tanto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente, como en el de la actual Corte Internacional de Justicia de La Haya.

3. Concepto

Belaunde Moreyra en un excelente estudio refiere que el juez Manley Hudson, «al elaborarse el Estatuto de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, calcado por el de la actual Corte Internacional de Justicia», cuenta que muchos negociadores se hacían la pregunta «¿Qué son los principios generales del derecho? Pero se dieron por satisfechos, al menos muchos entre ellos, cuando se les dijo que los principios eran en buena cuenta los adagios, aforismos o apotegmas jurídicos, de los que ha dejado tan rica herencia el Derecho Romano. Se dieron por satisfechos un poco porque esa respuesta aliviaba su temor a lo desconocido; después de todo un proverbio, aforismo o apotegma no parece ser más que un decir en sí inocuo, aunque podría ser ilustrativo y esclarecedor llega-

² RIZZO ROMANO, Alfredo. *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1989, p. 68.

³ *Ibidem*.

do el caso. Los principios, de todos modos, llegaban en tercer lugar como fuente formal del Derecho de acuerdo con lo que sería el artículo 38 del Estatuto». ⁴

De acuerdo con esto, es posible establecer el concepto de lo que debe entenderse por Principios Generales del Derecho. Así, creemos, que deben considerarse como tales las normas de justicia objetiva, de las cuales el Derecho puro saca su fundamento. Son —según afirma Sepúlveda— la fuente de varias normas jurídicas, que solo representan la expresión de aquellos; forman los principios guadores del orden jurídico de acuerdo con los cuales se orienta la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho Internacional. ⁵ Es decir, son los principios de orden superior, que están en la conciencia jurídica de los hombres, reconocidos en general por las naciones civilizadas en el respectivo derecho interno. ⁶

Esto no quiere decir, por cierto, que tales principios sean limitados por su reconocimiento en el derecho interno. Como lo observa el diplomático y jurista Raestad, ese reconocimiento es solo una prueba de la existencia de muchos de aquellos principios, pues algunos no tienen equivalentes en el derecho interno. La doctrina entiende aquí que, los Principios Generales del Derecho son entonces no solo aquellos propios del Derecho Internacional sino también aquellos que son comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo.

Pastor Ridruejo señala así que los Principios Generales del Derecho constituyen, en realidad, un fondo normativo común a los Derechos Internos y al Derecho Internacional. Pero como aquellos están en una fase más adelantada de desarrollo que el Derecho Internacional, el sentido general de la transposición de los principios es siempre el mismo. Se trata de principios formulados antes en los Derechos Internos y que luego, cuando surgen problemas y necesidades similares en el Derecho Internacional, son aplicados a este por los Tribunales Internacionales. ⁷

Finalmente, veamos un último detalle de la definición. Se entiende hoy en día que la expresión «por las naciones civilizadas» utilizado por el art. 38(1) resulta inactual además de impreciso, habiendo dado lugar a las más diversas interpretaciones. En efecto, para algunos autores como Whiteman «como todas las naciones son civilizadas y el derecho implica civilización, la referencia a las naciones civilizadas sólo puede servir para excluir [...] los sistemas legales primitivos». ⁸ Para otros, en cambio,

⁴ BELAUNDE MOREYRA, Antonio. «Principios Generales y la Unidad del Derecho». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*. 1983, t. XXXV, n.º 87, p. 89.

⁵ SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1964, p. 92.

⁶ ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Río de Janeiro, t. I., 1945, pp. 21-23.

⁷ PASTOR RIDRUEJO, José. «La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional». En: *Anuario IHLADI*. n.º 4, 1973, p. 1413.

⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, t. I., p. 350.

la expresión sirve para excluir todos aquellos sistemas que no tengan un origen europeo. El jurista soviético Tunkin criticó esta calificación al cuestionar ¿Quién puede determinar cuáles son las naciones civilizadas? ¿No puede prestarse esto a discriminaciones por parte del hoy denominado primer y segundo mundo? En el mismo sentido, se pronunció Kopelmanas al señalar que esta expresión después de la descolonización, se considera como una ofensa gratuita a las naciones africanas recientemente emancipadas.⁹

No obstante estas opiniones, hoy se reconoce, en lo que concierne al criterio de civilización, tanto por la doctrina occidental como latinoamericana, que este se encuentra presente en los sistemas jurídicos de todos los Estados, independientemente de su ideología, de su sistema político o de su grado de desarrollo económico. Por tanto, la distinción entre naciones civilizadas y naciones bárbaras no tiene ya asidero en el Derecho Internacional moderno.

Cuando se habla de naciones civilizadas, la opinión más generalizada entiende que se refiere a todos los países amantes de la paz, que aceptan las obligaciones de la Carta de la ONU y que están capacitados para cumplirlas y dispuestas a hacerlo. Más aun, la Corte Internacional de Justicia jamás ha empleado en sus decisiones la terminología empleada por el artículo 38, salvo algunas opiniones disidentes, como la del juez Anzilotti en el *Asunto de la Factoría de Chorzow* (16/12/1927) o la del *Asunto de la Desviación de las Aguas del Mosa* (28/6/1937). Tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como la actual, se han referido a los principios generales del derecho utilizando diferentes términos: los propiamente dichos de la norma del artículo 38 «principios generales del derecho», o «principios bien conocidos», o «principio bien establecido o generalmente reconocido», entre otros.¹⁰

Dado el concepto de lo que debe entenderse por Principios Generales del Derecho, pasemos ahora a analizar la composición de los mismos.

4. Composición

Para determinar la composición o el contenido de los Principios Generales del Derecho se han propuesto numerosas fórmulas, pero —como bien lo aclara Rousseau— la mayoría deben ser rechazadas, pues en ellas sus autores han hecho extensiva la expresión «principios generales del derecho» a conceptos, prácticas o instituciones que definitivamente no merecen tal calificación.¹¹

⁹ PAGLIARI, Arturo y SAVID, Luis. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba, 1990.

¹⁰ Citados por HALAJCZUK, Bohdan y María MOYA DOMINGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 48.

¹¹ ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ariel, 1966, pp. 66-67.

Algunos autores opinan así que la expresión contenida en el artículo 38 se refería primordialmente a principios generales del derecho internacional, y solo subsidiariamente a principios que se obtienen en el derecho interno de los diversos Estados. Otros desechan este pensamiento, porque resulta redundante requerir al Tribunal aplicar principios generales del derecho internacional y deducen de ello que la implicación al derecho interno es clara. Un último grupo indica finalmente que la expresión se refiere de manera exclusiva al derecho privado.¹² No obstante, la doctrina contemporánea entiende que los principios generales de derecho, por su procedencia, pueden ser clasificados en tres categorías diferentes: aquellos salidos de la idea misma de derecho, aquellos salidos de una determinada institución jurídica de derecho interno, y aquellos que provienen del propio Derecho Internacional Público¹³. Sobre los primeros dice Verdross:

Primeramente, se trata de principios extraídos *directamente* de la idea del derecho. Como el principio que toda regla de derecho debe tener un contenido *razonable* y que, en consecuencia, un convenio debe ser interpretado en el sentido que pueda producir un efecto. Otro principio salido inmediatamente de la idea del derecho es todavía el principio de la buena fe, en el marco del cual toda obligación internacional debe ser entendida.¹⁴

En el mismo sentido se pronuncia Wolff al establecer que «los principios generales derivan de las nociones de derecho y de Estado, por ejemplo los límites del territorio, o el principio que una conducta exigida por el derecho no puede ser ilegal».¹⁵ Por su parte, cuando un principio general de derecho lo es también de una rama específica del derecho interno, no es virtud de esto último sino en su calidad de principio general que se hace posible su aplicación en el Derecho Internacional Público, como indica Wolff al decir que:

Un principio general del derecho civil puede ser o no ser un principio general del derecho en su conjunto. En el primer caso, el principio es aplicable en el derecho de gentes no en virtud de su calidad de principio general del derecho civil, sino porque es un principio general del derecho tomado en su conjunto.¹⁶

¹² SEPÚLVEDA, César. Ob. cit., p. 91.

¹³ WOLFF, K. «Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. 1931-II, t. 36, p. 498.

¹⁴ VERDROSS, Alfred von. Ob. cit., p. 204.

¹⁵ WOLFF, K. Ob. cit., p. 498.

¹⁶ *Ibidem*, p. 484.

4.1. Principios Generales del Derecho Internacional propiamente dicho

Son aquellos principios aplicables específicamente a las relaciones entre Estados, a problemas propios de la Comunidad Internacional y que no existen en el Derecho interno. Para Reuter, se trata de principios específicos del Derecho Internacional Público, no escritos, y que no se diferencian mas que parcialmente de la regla consuetudinaria.¹⁷

Estos principios, esenciales, exclusivos y típicos del derecho de la Comunidad Internacional en su actual grado de desarrollo, derivan principalmente de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2) y han sido enunciados y definidos por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios de Derecho Internacional Relativos a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados (Resolución 2625 [XXV] del 24 de setiembre de 1970).¹⁸

Estos Principios, han sido además citados en reiteradas oportunidades por la jurisprudencia internacional. Podemos citar como ejemplos:¹⁹

- *Asunto de las reclamaciones contra el gobierno del General Tinoco* (Sentencia Arbitral, 1923), donde se consagró el principio de la continuidad de la personalidad jurídica del Estado.
- *Asunto de la Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co. Ltd.* (Sentencia Arbitral, 1923), donde se señaló el principio de legítima defensa.
- *Asunto de la reclamación británica en la zona española de Marruecos* (Sentencia Arbitral, 1924), donde se mencionó el principio de agotamiento de los recursos internos.
- *Asunto Lotus* (C.P.J.I., 1924), donde se mencionó el principio de la delimitación de las competencias jurisdiccionales.
- *Asunto de la fábrica de Chorzow* (C.P.J.I., 1928), donde se afirmó el principio de que nadie puede alegar hecho propio.
- *Asunto de las comunidades greco-búlgaras* (C.P.J.I., 1930), donde se señaló el principio de la primacía del tratado internacional sobre la ley interna.

¹⁷ REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1963, p. 108.

¹⁸ BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 31-32.

¹⁹ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., pp. 353-354.

- *Asunto de la foresta de Rhodope* (Sentencia Arbitral, 1933) entre Bulgaria y Grecia, donde se señaló el principio de que la indemnización debe apreciarse a la fecha de la realización efectiva del daño.
- *Asunto del canal de Corfú* (C.I.J., 1949), donde se mencionó el principio de humanidad, el de la libertad de las comunicaciones marítimas y el de no utilización del territorio para actos contrarios a los derechos de otros Estados.
- *Asunto Ambatielos* (C.I.J., 1953), donde se señaló el principio de que un Estado no puede ser obligado a aceptar un arbitraje.
- Finalmente, el *Asunto de Namibia* (Opinión Consultiva, C.I.J., 21/6/1971), donde se aludió al principio por el cual la violación de un acuerdo o tratado causa la extinción del mismo.

4.2. Principios Generales del Derecho Interno

Estos principios son aquellos tomados por el Derecho Internacional de los ordenamientos jurídicos nacionales y, por tanto, son principios comunes a ambos Derechos.

Estos principios son, entonces, los que constituyen la base del derecho interno, que en definitiva responden a la idea misma del derecho, en la que todo ordenamiento jurídico encuentra su fundamento. En consecuencia, señala Pagliari:

los principios en cuestión deben buscarse en el derecho nacional, puesto que los sistemas de él, en muchos casos, se encuentran más desarrollados que el internacional. Los que tienen más importancia son los principios de derecho privado y de procedimiento, las ramas más antiguas y técnicamente más desarrolladas en casi todos los Estados.²⁰

Estos principios son de aplicación directa por la justicia internacional, más allá de toda autorización convencional, como bien han señalado algunos autores.²¹ Los miembros del Comité de juristas que en 1920 redactaron el Estatuto de la C.P.J.I. tuvieron en mente la transposición de principios generales vigentes *in foro domestico* al Derecho Internacional Público, pero esta transposición no es una transpolación, los principios generales de derecho lo son de *todo* el Derecho, no solo del Derecho inter-

²⁰ PAGLIARI, Arturo. Ob. cit., p. 24.

²¹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit international public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 340.

no o del Derecho Internacional, por ello son comunes a uno y otro sistema, en tal sentido opina Verdross:

Contra esta manera de proceder se ha hecho valer que los Estados no están ligados más que por el derecho internacional y no por el derecho interno. Tal observación, exacta en sí misma, no obstante olvida que el derecho de gentes no puede tener otra base que todo el derecho, a saber la idea del derecho y los principios que de él se desprenden. No es *jamás* el derecho interno *como tal* el que obliga a los Estados en sus relaciones internacionales. Pero los principios generales del derecho que se encuentran *en la base* del derecho interno pueden también ser aplicados en el orden internacional. Esto es posible porque se trata de principios que se desprenden de la idea del derecho, en la cual *todo* derecho encuentra su fundamento.²²

Por eso, para aceptar la vigencia de determinados principios generales en el Derecho Internacional, debe constatarse su existencia en los diversos sistemas jurídicos internos, ya que «no pueden ser transpuestos en el orden jurídico internacional más que los principios *comunes* a los diferentes sistemas jurídicos nacionales».²³

La doctrina soviética, con pocas excepciones, niega los principios generales del derecho interno como fuente del Derecho Internacional; no concibe que puedan existir coincidencias entre los derechos de sistemas económicos opuestos. Para ellos, la determinación de un fondo común en el conjunto de sistemas jurídicos no se puede hacer de una manera mecánica, y finalmente resulta imposible. Sobre esto, no cabe duda de que el planteamiento es relativamente cierto si tenemos en cuenta la presencia en el mundo de un pluralismo jurídico. Así, existen discrepancias entre los derechos nacionales occidentales, sobre todo entre los del sistema continental y los del anglosajón. Bruner²⁴ enumera algunos principios exclusivos de Inglaterra: *frustration of contract*; Francia: *révision du contrat*; Alemania: *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, es decir, la desaparición del fundamento del negocio, reemplazado por la cláusula *rebus sic stantibus*. Son mayores las diferencias con el Derecho Islámico, sobre todo por su carácter sacral, que limita la oponibilidad de la efectividad a las normas éticas. No existe, en el Derecho Civil Musulmán, la prescripción en sentido propio, sino tan solo la pérdida de la acción recuperatoria (como sanción al propietario negligente). Pero el Derecho Musulmán comparte con el occidental la institución del proceso. Es distinto el caso del Derecho Chino tradicional que, de acuerdo a Confucio, considera como

²² VERDROSS, Alfred von. Ob. cit., p. 203.

²³ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 343.

²⁴ BRUNNER, Georg. 1967, p. 58. Citado por AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional Público*. México: Alianza Universidad Textos, 1987, p. 51.

supremo valor la armonía y no la justicia, por lo tanto trata el litigio (y por ende también la institución del proceso) como las buenas costumbres.²⁵

En la desvalorización de los Principios Generales como Fuente del Derecho Internacional, debemos destacar la figura de Kelsen, quien también basándose en el antagonismo ideológico entre los regímenes comunista y capitalista negó el carácter universal de estos Principios.²⁶

En su «Derecho Común de la Humanidad» publicado en 1958, Jenks trata de demostrar que los grandes principios del derecho son comunes para todo el mundo. Sin embargo, desarrolla su tesis, que es muy compleja, sin un enfoque metodológico suficientemente cuidadoso. Habla de Derecho angloamericano, Derecho latinoamericano, Derecho chino, etc. Pero previamente no realiza ninguna clasificación de estos órdenes jurídicos; por ejemplo, no se preguntó si existe verdaderamente un Derecho latinoamericano que sea distinto del Derecho europeo continental. No es de extrañar entonces que Jenks llegue a una serie de conclusiones equivocadas.²⁷

Por otro lado, Kelsen también plantea que el artículo 38, párrafo 1 del Estatuto de la Corte estipulada que esta debe «decidir conforme al Derecho Internacional», por lo cual, solo serán aplicables los Principios Generales del Derecho si son parte de este ordenamiento, y esto significa parte del derecho señalado en las cláusulas a) y b) del artículo 38.²⁸

Sin embargo, esta interpretación no tiene ningún sustento jurídico, en tanto el propio texto del artículo 38 agrega que la Corte debe «decidir conforme al Derecho Internacional» para lo cual «deberá aplicar», entre otras fuentes «los principios generales del derecho [...]».²⁹ Por tanto, se trata de una interpretación errada.

No obstante esta discusión, la mayoría de autores entiende que si bien las normas jurídicas concretas son distintas en cada país, los principios básicos suelen guardar similitudes. No resulta tan difícil como puede parecer a primera vista probar que un principio es común a todos o a la mayor parte de los sistemas jurídicos. Al estar agrupados en familias los distintos sistemas que rigen en el mundo, no le será difícil al juez buscar similitudes en países que pertenecen a un mismo sistema. De modo que el Derecho vigente en la mayor parte de los países de habla inglesa es muy similar, del mismo modo que lo es el Derecho de casi todos los países hispanoamericanos. Una vez que hayamos probado la existencia de un

²⁵ HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa MOYA DOMÍNGUEZ. Ob. cit., pp. 181-191.

²⁶ KELSEN, HANS. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 535.

²⁷ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 51.

²⁸ KELSEN, Hans. Ob. cit., p. 335.

²⁹ GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, t. I, 1994, p. 77.

principio en el Derecho inglés, podemos suponer con un alto grado de probabilidad que ese principio también se da en Nueva Zelanda y Australia.³⁰ No se trata, por cierto, de encontrar reglas idénticas en los distintos ordenamientos legales nacionales a los que recurre el juez internacional, sino solo principios generales que puedan solucionar los diferentes conflictos internacionales que deba resolver.

Sobre esto aclara Barberis:

Si se compara el Principio General del Derecho existente en el orden internacional con las normas internas que le han dado origen, resulta que el contenido del primero no es idéntico al de estas últimas. Ello se debe a que el Principio General sólo posee las características comunes de las distintas normas internas y, por otra parte, a que la estructura propia del derecho de gentes provoca también una cierta modificación de la norma al pasar del plano interno al internacional.³¹

En este sentido, debido a las rápidas transformaciones que ha ido experimentando el Derecho Internacional en las últimas décadas, es evidente que la fuente que analizamos ha ido prestando a dicho Derecho una serie de instituciones a fin de que logre satisfacer las lagunas que presenta un Derecho Internacional consuetudinario-convencional demasiado tradicional. Así, por ejemplo, del derecho administrativo nacional se han obtenido soluciones para encarar conflictos presentados en los tribunales administrativos internacionales y la naturaleza de las concesiones internacionales se aclara recurriendo por ejemplo, al contrato administrativo francés.

Asistimos entonces, en el caso de los Principios Generales del Derecho Interno a un proceso de creación normativa inverso al de la recepción e incorporación del derecho externo al derecho interno; acá, en vez, se trata de la traspolación de reglas privadas al plano de la regulación de la conducta internacional. El profesor Llanos menciona como ejemplos de estos principios:³²

- El principio del abuso del derecho, citado por la C.P.J.I. en el *Asunto de las zonas francas de la Alta Saboya y del País del Gex* (7/junio/1932), así como en el *Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia* (25/mayo/1926).
- El principio de que toda violación de una obligación origina el deber de indemnizar, citado por la Corte Permanente de Arbitraje en el

³⁰ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 52.

³¹ BARBERIS, Julio. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Platense, 1973, p. 15. En el mismo sentido se pronuncia SORENSEN, Max. «Principios de Derecho Internacional Público». En: *Cours Général*. Recueil des Cours, 1960, t. III, p. 19.

³² *Ibidem*, p. 355-356.

Asunto de las indemnizaciones de la guerra de Turquía (1912), por la C.P.J.I. en el *Asunto del vapor Wimbledon* (17/agosto/ 1923) y en el *Asunto de la Factoría Chorzow* (13/ setiembre/1928).

- El principio de la cosa juzgada citado por la C.I.J. en 1954.
- El principio de la prueba indirecta, citado por la C.I.J. en el *Asunto Corfú* (15/diciembre/1949).
- El principio del enriquecimiento sin causa, citado por la Corte Permanente de Arbitraje en 1912, en el *Asunto de la indemnización de guerra de Turquía*; por la Corte Arbitral que resolvió el *Asunto Lena Goldfields* (1929-1930), suscitado por la nacionalización soviética de la mina de oro de una empresa extranjera invitada para explotarla por el propio gobierno soviético. El laudo arbitral sostuvo que hubo un enriquecimiento injusto al no pagar los soviéticos compensación alguna por los bienes apropiados. También puede citarse el fallo sobre el *Asunto de las reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* (1923-1924), donde la Corte no aceptó la compensación solicitada por Gran Bretaña de que se le pagara una renta por el tiempo que las autoridades españolas usaron tierras de un ciudadano inglés. Aquí el árbitro, si bien fue del criterio de que el pago se justificaba en razón del principio del enriquecimiento ilegítimo, este no procedía por el aumento anormal del valor que tuvieron las tierras ocupadas y posteriormente devueltas. A estos dos casos puede agregarse a su vez la sentencia del Tribunal Administrativo de la Sociedad de Naciones en el *Asunto Schumann* (7/marzo/1934).
- Por último, el principio de que la ley especial deroga la general; del respeto a los derechos adquiridos; de que nadie puede ser condenado sin ser oído; de que nadie puede ser detenido indefinidamente; de que el acusador y el juez no pueden ser la misma persona; entre muchos otros.

En este punto, toca analizar cómo se comprueba la incorporación de estos principios de derecho interno al orden jurídico internacional.

El criterio que comparte la doctrina para efectos de determinar cuando nos encontramos frente a un Principio General del Derecho Interno que forma parte de los Principios a los que hace alusión el artículo 38, es el de acudir al Derecho Comparado. Friedmann señala así la necesidad de realizar un estudio comparativo de los principios más adecuados de los diferentes sistemas nacionales, para determinar cuando estamos ante un verdadero Principio General del Derecho Interno. Se trata de que el Derecho Comparado nos guíe hacia los principios que, en las circunstancias particulares del caso, son los más adecuados y equitativos. Esto lle-

vará en la mayoría de los casos a comparar los principios pertinentes de los sistemas más representativos del derecho consuetudinario y civil del mundo entero. En ciertos casos, habrá que examinar algunos sistemas jurídicos no occidentales (el derecho musulmán o hindú) que ahora están representados activamente en la familia de las naciones.³³ Un juez internacional debe entonces, antes de tomar un principio del derecho interno, cerciorarse de que su esencia está admitida en todos los principales sistemas de derecho del mundo.

En la práctica, sin embargo, «la Corte realiza este estudio en forma más empírica, conformándose con una coincidencia de opinión entre sus propios jueces debido a que éstos son elegidos en forma tal que en conjunto están representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo».³⁴

Otro aspecto interesante y de vital importancia resulta ser el de si los Principios del Derecho Interno comprenden solo aquellos Principios consagrados formalmente como tales por los diferentes sistemas jurídicos internos o si comprenden también otras reglas de derecho común.

Para Ripert, si bien el texto del artículo 38 del Estatuto de la Corte no es claro, ya que no se establece donde encontrará el juez internacional los principios generales de derecho aplicables, se entiende que los principios del derecho interno y las reglas del derecho interno deben ser diferenciados. En su concepto, los principios generales de derecho se sitúan como fuente directa y autónoma, y no únicamente subsidiaria de los tratados y la costumbre, ya que ellas bastarían para descartar la aplicación de un principio.³⁵ Para el mismo autor, resulta evidente que los principios a los que hace referencia el Estatuto de la Corte son principios de derecho interno que se hayan consagrados en la legislación de los Estados, es decir los principios aceptados *in foro domestico*,³⁶ aun cuando reconoce que dichos principios han de sufrir una cierta transformación al ser aplicados en el Derecho Internacional. Para Ripert, es necesario distinguir los principios generales de derecho de las normas o reglas de derecho específicas, ya que estas últimas pueden tener una formulación propia en cada Estado, mientras los primeros son esencialmente los mismos para todos los Estados que los aceptan como tales, señalando al respecto:

³³ FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. México: Trillas, 1967, p. 234.

³⁴ LLANOS, Hugo. *Ob. cit.*, p. 350.

³⁵ RIPERT, Georges. «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, Contribution à l'étude des principes généraux du Droit visés au statut de la Cour permanente de justice internationale». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44, p. 572: «Se puede pretender que cabe no acudir a los principios generales de derecho más que en defecto de convenio internacional o de costumbre sobre un punto determinado. Eso sería admitir que un convenio o costumbre bastan para descartar un principio, y esta proposición sin duda no puede ser aceptada sin matices».

³⁶ *Ibidem*, pp. 580-581.

El principio comanda las reglas; se puede cambiar una regla sin alterar un principio, pero si se cambia un principio es necesario modificar una serie de reglas. Las reglas son establecidas sobre consideraciones de orden práctico y con una cierta técnica. Ellas tienen casi siempre un carácter nacional, porque las necesidades no son idénticas en todo lugar, y la técnica depende, hasta cierto punto, del espíritu nacional. Los principios, al contrario, son parecidos en las principales legislaciones. Hay acuerdo sobre los principios, y diversidad en las reglas. Las naciones civilizadas tienen, en el momento actual, un derecho que está establecido sobre principios comunes, aún cuando su derecho codificado tenga un carácter técnico particular.³⁷

El principio de derecho interno por el cual es indispensable el consentimiento libre y recíproco de dos sujetos con la intención de crear entre ellos una relación jurídica, es válido lo mismo para las personas particulares en el derecho interno que para los Estados en el Derecho Internacional, de igual manera unos y otros se ven obligados a relacionarse para obtener lo que desean.³⁸ Al igual que las condiciones para la formación de una voluntad contractual, tanto el derecho interno como el Derecho Internacional admiten que los vicios en el consentimiento inciden sobre la validez y eficacia del acto, hasta impedir su formación, ya que, como señala Ripert:

Bajo organizaciones técnicas diferentes, el principio que el contrato no puede formarse cuando el consentimiento está viciado es admitido en todas partes.

Este principio fundamental del derecho tiene pleno valor en Derecho Internacional. [...] ha sido igualmente admitido que hay que tener en cuenta los *vicios del consentimiento* en las declaraciones de voluntad hechas por los Estados.³⁹

De igual manera, la responsabilidad de los Estados encontrará su fundamento en los mismos principios que rigen la responsabilidad de los individuos, aun cuando en cada caso sean diferentes las obligaciones, ya que «la diferencia entre la responsabilidad en derecho civil y en Derecho Internacional no está en el fundamento de la responsabilidad, ni en la concepción de la falta, ella está simplemente en la determinación de las obligaciones que recaen sobre los sujetos de derecho».⁴⁰

En el mismo sentido, Verdross señala que el artículo 38 solo habla de «principios de derecho» y no de «reglas de derecho», de lo cual resulta

³⁷ *Ibidem*, p. 582.

³⁸ *Ibidem*, pp. 591-592.

³⁹ *Ibidem*, p. 596.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 616. VERDROSS, Alfred. *Ob. cit.*, p. 242: «La jurisprudencia de la Corte en materia de responsabilidad internacional nos muestra todo un sistema de principios del derecho aplicados en las relaciones entre Estados».

que no se refiere a cualesquiera preceptos jurídicos de los distintos Estados que casualmente coincidan entre sí, sino única y exclusivamente a aquellos principios fundados en ideas jurídicas generales, aplicables a las relaciones entre Estados.⁴¹

Esta posición, compartida por autores como Pagliari, es contradicha por otros como Rousseau, para quien los Principios Generales del Derecho Interno son en su mayoría *reglas de derecho material o procesal*.⁴² En este mismo sentido, se pronuncia Barberis para quien:

Los principios de derecho positivo interno susceptibles de pasar a integrar el ordenamiento internacional son principalmente los relativos al derecho civil y al procedimiento civil. En cuanto al derecho civil, señala, existe una analogía entre la teoría general de los contratos y la de los tratados internacionales, entre los principios sucesorios y la sucesión de Estados y entre los principios que regulan la adquisición de la posesión y el dominio y las normas sobre adquisición de la soberanía territorial.⁴³

Coincidentes con esta segunda postura, debemos afirmar que, en efecto, existen una serie de reglas trascendentes que no son consideradas «formalmente» como Principios al interior de los sistemas jurídicos nacionales, pero que, son considerados como bases del sistema. Es el caso de figuras como la prescripción, los intereses moratorios, el pago de costas, las garantías de la administración de justicia, entre otros.

En consecuencia, cuando nos referimos a los Principios Generales del Derecho Interno no solo debemos comprender a aquellos Principios considerados formalmente como tales por los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también a aquellas reglas esenciales que sean comunes a estos ordenamientos.

4.3. Equidad

Para muchos, los Principios Generales del Derecho hoy en día no solo implican los Principios Generales del Derecho Internacional propiamente dicho y los Principios Generales del Derecho Interno (*in foro doméstico*), sino también la idea de justicia.

Así, Barberis señala que la Corte Internacional cada vez con mayor frecuencia se sirve del concepto de equidad. Sostiene que hasta la Segunda Guerra Mundial la jurisprudencia asimiló siempre los Principios Generales del Derecho con aquellas normas del derecho positivo interno

⁴¹ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 134.

⁴² ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 66.

⁴³ BARBERIS, Julio. *Fuentes de Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Platense, 1973, pp. 7 y ss.

de los Estados. Pero, a partir del establecimiento de la C.I.J., el concepto adquirió otra dimensión. Se entiende que son además Principios Generales del Derecho aquellos que constituyen una aplicación de la idea de justicia, lo que implica una modificación sustancial respecto del criterio de la C.P.J.I.⁴⁴

Esta tendencia se puso por primera vez de manifiesto en el *Asunto del canal de Corfú* (9/4/1949) entre Gran Bretaña y Albania. En este litigio, Gran Bretaña reclamó se declarara a Albania culpable por haber sembrado un campo de minas en sus aguas territoriales sin haber dado aviso previo, lo cual había sido causa de graves perjuicios a buques británicos. La Corte sostuvo que Albania había estado obligada a hacer conocer la existencia del campo de minas, en el interés de la navegación general. Destaca también el voto individual del juez Anzilotti anexo a la Opinión Consultiva sobre el *Asunto del régimen aduanero austro-alemán* (1/11/1931), donde examina las restricciones a la soberanía impuestas por las grandes potencias en los tratados de paz a los Estados vencidos. Aquí la Corte señaló: «Cabe preguntarse si no hay una cierta contradicción en imponer a un Estado que viva y ponerlo al mismo tiempo en una situación que hace su vida extremadamente difícil».

Asimismo la Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951 sobre el *Asunto de las Reservas a la Convención sobre el Genocidio* se refirió al tema así como el voto disidente del juez Tanaka en la sentencia sobre el *Asunto del Suroeste Africano*. Aquí el juez sostuvo que el artículo 38 comprende los Principios Generales del Derecho Positivo reconocidos por los diferentes Estados y aquellos otros que, independientemente del reconocimiento por parte de los órdenes jurídicos internos, hacen a la naturaleza humana.⁴⁵ Por último, tenemos el parecer del arbitro Lord Asquith en el *Asunto Abou Dhabi*, quien se apoyó para resolver el caso en los principios de justicia, equidad y buena conciencia.⁴⁶

En este punto, podría sostenerse que esta tercera categoría de Principios Generales del Derecho resulta inocua pues todo Principio General del Derecho es implícita o intrínsecamente equitativo. Sin embargo, como bien señala Pagliari:

Todos los Principios Generales del Derecho no son en sí mismos equitativos o inequitativos; tal cualidad quedará patentizada con la apreciación subjetiva que se efectue en la aplicación de la norma.⁴⁷

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de la Jamahiriya Arabe Libia*, resuelto en 1982, al

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ibidem, p. 127.

⁴⁶ Asunto Abou Dhabi, *International Law Reports*, p. 149 y ss.

⁴⁷ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 335.

señalar: «Todos los Principios no son en sí mismos equitativos; es la equidad de la solución la que les confiere esa cualidad».

De todo esto resulta fácil concluir, que la idea de justicia es otro elemento que compone el concepto de Principios Generales del Derecho, constituyéndose así en la fuente del Derecho Internacional que por excelencia, consagra la concepción solidaria del Derecho.

5. Características de estos Principios

Los Principios Generales del Derecho gozan de al menos cuatro características fundamentales:

5.1. Carácter Autónomo

Una interrogante que surge en torno de los Principios Generales del Derecho es si estos constituyen o no, una fuente autónoma del Derecho Internacional. Sobre esto, debemos reconocer que no existe absoluta uniformidad en la doctrina.

Para Castberg los Principios Generales no son propiamente una fuente porque es cada Derecho quien los elabora. Por su parte, la doctrina soviética encabezada por Tunkin, no acepta que el orden internacional se funde en ordenes internos inestables y dependientes de la voluntad de cada Estado. Mokoski no acepta tampoco que ellos sean considerados al mismo nivel de los tratados y la costumbre. Por otro lado, Kopelmanas considera que una decisión fundada en los Principios Generales del Derecho es igual a una fundada en la equidad. Otros autores como Scelle, Caviglieri y Guggenheim le quitan autonomía pues consideran que ellos no son más que principios consuetudinarios.⁴⁸ Finalmente, De Visscher sostiene que estos Principios constituyen una fuente autónoma, de lo contrario, no habrían sido incluidos en el artículo 38 del Estatuto de la Corte.⁴⁹

Como puede apreciarse, son muchas y muy dispares las opiniones en torno de este tema. Sin embargo, una mayoría se inclina hoy por la tesis de De Vischer, pues considera que los Principios Generales deben ser entendidos como una fuente autónoma y que además el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. califica de Principal. En efecto, la mayoría de los tratadistas y la tendencia contemporánea de la jurisprudencia interna-

⁴⁸ En el mismo sentido se pronuncia CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Buenos Aires, 1995, p. 62: «[...] no son sino una categoría *sui generis* de normas internacionales consuetudinarias, respecto de las cuales la *diuturnitas* está dada por su previsión y aplicación uniforme por parte de los Estados dentro de sus respectivos ordenamientos».

⁴⁹ MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, t. I., p. 254.

cional, se inclinan por esta postura, afirmando la calidad de los principios generales como fuente principal y autónoma del Derecho Internacional, en la convicción de que la admisión y positivización de los principios generales del derecho efectuada por el artículo 38, supone un gran avance en la perfección del ordenamiento jurídico internacional, y su incorporación ha supuesto el abandono de un punto de vista estrictamente positivista.⁵⁰ Más aun, muchos entienden que los principios generales tienen un valor más elevado desde el punto de vista estrictamente jurídico que otras fuentes, ya que ellos proporcionan las bases jurídicas de tratados y costumbre, y gobiernan su interpretación y aplicación, y ello es natural porque:

Ciertamente, es la característica y la esencia de los principios generales que su carácter obligatorio se deriva no tanto de una autoridad extrínseca, sino más bien de su valor inherente, porque son las rutas que la humanidad civilizada, ha aprendido, en su larga experiencia en el ámbito estatal, que son aquellos que conducen a la justicia, y que se tendrán necesariamente que seguir, si se desean el Derecho y la Justicia entre las naciones.⁵¹

Entienden además que si la norma contenida en el artículo 38 citado consagra a los Principios Generales como una fuente distinta a los Tratados y la Costumbre, es porque la considera independiente de estas, autónoma; ello en virtud de la regla de interpretación que afirma que todas las palabras de un texto legal deben tener un efecto útil.

Así, para Verdross, de los términos del art. 38 del Estatuto de la C.I.J. se desprende la calidad de fuente directa y autónoma del Derecho Internacional Público de los principios generales de derecho:

La tesis que los Estados no están ligados más que por el derecho de gentes es exacta a condición de tomar el término «derecho de gentes» en un sentido amplio que abrace igualmente los principios supuestos por el derecho positivo. Si, por el contrario, se quiere reservar este término a las reglas convencionales y consuetudinarias, es decir al derecho internacional positivo, se debe reconocer que los Estados están *todavía* obligados por los principios generales del derecho.⁵²

⁵⁰ PASTOR RIDRUEJO, José. Ob. cit. Este autor sostiene que la línea general de la jurisprudencia internacional, en los casos no contemplados por reglas positivas —tratados y costumbre—, es la de otorgar a los principios generales categoría normativa, ya que estos principios son, en definitiva, principios del Derecho Natural (operativos y funcionales), lo que en definitiva significa una postura clara ante el problema de la fundamentación del Derecho de Gentes. Toma de postura fundamentalmente antivoluntarista.

⁵¹ CHENG, Bin. Ob. cit., p. 386. Citado por SEPÚLVEDA, César. Ob. cit., p. 92.

⁵² VERDROSS, Alfred von. «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale». En: *RCADI*. 1935-II, t. 52, p. 203.

Surge un problema para el Derecho Internacional cuando se presenta una oposición entre reglas de derecho positivo y principios generales de derecho. Al respecto sostiene Wolff:

En lo que concierne a la cuestión de saber qué hacer cuando un principio general del derecho está en contradicción con una regla positiva del derecho de gentes, es preciso decir:

- 1° Un principio general de derecho que deriva de la concepción del derecho mismo no puede ser alterado por una regla de derecho positivo, porque ella depende lógicamente de los principios de la naturaleza del primero.
- 2° Una contradicción entre una regla positiva y un «principio» derivado del derecho de gentes positivo no puede ser más que ficticia. En verdad, el «principio» esta mal derivado. Se trata a lo más de una regla que implica excepciones, y no de un principio.
- 3° Lo mismo cuando se trata de un principio reconocido en los diversos derechos positivos internos.⁵³

5.2. Carácter Subsidiario

Problema aparte lo constituye el carácter subsidiario de esta fuente. Sobre esto hay tres posturas:

1. Los Positivistas —para quienes el Derecho Internacional se basa exclusivamente en la voluntad—, han tratado de minimizar su rol. Así, para el profesor Salvioli,⁵⁴ los Principios Generales del Derecho solo sirven para *interpretar* las disposiciones que emanan de la voluntad o de la costumbre, las cuales agotarían todo el orden internacional.
2. Otros autores como De Visscher o Scelle, adversarios del positivismo, estiman que al provenir los Principios Generales del Derecho directamente del derecho objetivo, deberían colocarse por sobre las otras normas jurídicas internacionales.
3. Finalmente, la opinión dominante en la doctrina atribuye a los Principios Generales solo un carácter *subsidiario*; esto es que solo se recurrirá a ellos a falta de Tratados o Costumbre, en virtud del principio *lex specialis derogat generalis*. Esto no quiere decir que se niegue su carácter de fuente autónoma y principal a la par de las normas consuetudinarias y convencionales, sino que, en virtud de este

⁵³ WOLF, K. Ob. cit., p. 500.

⁵⁴ SALVIOLI. *La Corte Permanente di Giustizia Internazionale*. 1924, p. 280.

aforismo los Principios Generales resultan siendo de aplicación sólo a falta de éstos.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia internacional. Así tenemos la opinión disidente del Juez Anzilotti en la sentencia de la C.P.J.I. en el *Asunto de la factoría de Chorzow* (16/12/1927). Aquí el juez consideró la posibilidad de recurrir a los Principios Generales del Derecho solo a falta de convenios y de costumbres.⁵⁵

Por otro lado, si revisamos los trabajos preparatorios del Comité de Juristas de 1920 se prueba sobradamente que, en opinión unánime de los miembros, el juez internacional no debe recurrir a los Principios Generales a menos que las fuentes convencionales o consuetudinarias no digan nada al respecto o sean insuficientes.

En síntesis, los Principios Generales del Derecho, constituyen una fuente autónoma y principal del Derecho Internacional pero, al mismo tiempo, gozan de un carácter subsidiario, siendo aplicables solo a falta de las otras dos fuentes de igual rango.

5.3. Carácter Apodíctico

Belaunde Moreyra explica este rasgo de los principios generales del derecho, refiriendo que

los principios no valen porque son reconocidos, la cosa es más bien al revés: los principios son reconocidos porque valen. En el proceso de la aplicación judicial del Derecho puede llegar a ser necesario probar la ley y la costumbre, y hasta el reconocimiento de tal o cual principio en tal o cual sistema de derecho; pero el principio en sí no se prueba; el principio se impone como un axioma, un postulado, es decir una verdad necesaria a la conciencia jurídica. ¿Cuál es la prueba del *pacta sunt servanda*? Ninguna, sólo su evidencia intrínseca, que no se confunde con el reconocimiento de ese principio en tal tiempo o tal lugar de la historia. Si no fueran *servanda* no serían *pacta*. Eso es todo. Esto es lo que tenemos en mente cuando decimos que los principios son apodícticos.⁵⁶

Otro ejemplo es el *ex injuria jus non oritur*. «Nuevamente es la evidencia misma. Sería aberrante que el autor de una injusticia lesiva al Derecho obtuviera sin embargo, conforme a derecho, un beneficio de su acto. Si alguna premisa tienen los principios es la repugnancia que sus-

⁵⁵ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 26, p. 27.

⁵⁶ BELAUNDE MOREYRA, Antonio. «Principios Generales y la Unidad del Derecho». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*. T. XXXV, enero-marzo, n.º 87, 1983, p. 91.

cita el ponerlos al revés en su sentido lógico, los principios son datos irrecusables de la captación del valor de justicia». Belaunde señala otro ejemplo: *in dubio pro reo*. «La culpa es una situación excepcional que no puede presumirse, debe probarse fehacientemente. En caso de duda debe descartarse, no basta que el cuerpo sea reo, es necesario que la mente también lo sea, como reza el célebre principio *mens rea* del derecho anglosajón. Lo contrario sería monstruoso; nuevamente tenemos la intuición inmediata directa del valor de justicia».⁵⁷

Contra esta postura se pronuncia Schwarzenberger. «El califica de aproximación deductiva a esta concepción del Derecho y la tacha de un excesivo y peligroso subjetivismo». Sin embargo, si bien «puede haber algo de este peligro, no porque responda a una concepción deductiva de la lógica jurídica, sino más bien intuitiva», «contra ese peligro habrá entonces que tomar sus precauciones, pero no tales que nos impidan advertir la naturaleza de los principios en sí».⁵⁸

5.4. Carácter Universal y Categórico

Finalmente, Belaunde señala un último rasgo de la fenomenología de los principios, «ligado a su expresión proverbial, apodíctica, o apotegmática», y es que «los principios tienen una forma lógica que normalmente es la de los juicios categóricos universales. Ejemplo por excelencia: "*pacta sunt servanda*"».⁵⁹

La noción de juicio categórico —señala Belaunde— se debe entender «en el sentido kantiano, por oposición al juicio hipotético y al disyuntivo». «La norma hipotética kelseniana es característica mas bien del Derecho positivo», «que está destinado a cubrir toda la casuística del campo de aplicación del Derecho con consecuencias jurídicas diferenciales para diversos supuestos de hecho». «Todo lo contrario en el nivel de los principios: estos enuncian con intenso énfasis y generalidad un contenido de justicia que se impone en sí, sin atenuantes ni excepciones, a la conciencia jurídica» de los Estados.⁶⁰

Como señala Sepúlveda, estos principios no consisten en reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino en proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma.⁶¹

En síntesis, los Principios Generales del Derecho se caracterizan por ser una fuente autónoma de carácter subsidiario, que suelen ser

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 91-92.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁹ BELAUNDE MOREYRA, Antonio. *Ob. cit.*, p. 94.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 94.

⁶¹ SEPÚLVEDA, César. *Ob. cit.*, p. 91.

formulados como juicios categóricos universales, y cuya comprobación se impone como un axioma, como una verdad irrefutable.

6. Importancia de los Principios Generales del Derecho

Gutteridge, en numerosas oportunidades, ha resaltado la labor que cumplen los Principios Generales en el Derecho Internacional. El encuentra que el principal objeto de invocar los Principios Generales es dar al juez, por una parte, una guía para que pueda escoger un nuevo principio y, por otra, evitar que siga ciegamente la doctrina de los juristas, sin que antes considere detenidamente los méritos y se cerciore de que un determinado principio de derecho interno es claramente aplicable al caso sujeto a consideración. En otras palabras, el derecho comparado le da una prueba objetiva para medir la justicia del principio que él considera correcto y aplicable a los hechos de un caso particular, cuando las normas vigentes del derecho entre las naciones no le dan elementos para fallar.⁶²

Schwarzenberger, en su prólogo a la obra de Bin Cheng, destaca también la importancia de los Principios Generales del Derecho, al capacitar a la Corte para completar las reglas internacionales con principios jurídicos probados dentro de los sistemas legales más modernos y completamente integrados. Para este autor, los Principios Generales dan en suma a la Corte la atribución de resolver cualquier caso, aun en el supuesto de que no exista una regla consuetudinaria o convencional, impidiendo la llamada laguna jurídica (*non liquet*).⁶³ Sobre lo mismo, anota Buergenthal:

Los principios generales siguen invocándose para llenar vacíos, especialmente en materia procesal y en problemas relacionados con la administración internacional de justicia. Un tribunal internacional puede recurrir a los principios generales, por ejemplo, para resolver que la doctrina de *res judicata* es parte del Derecho Internacional, o que los jueces internacionales deben comportarse de una manera que no de lugar a la menor duda sobre su imparcialidad o independencia.⁶⁴

Verdross es de igual opinión. Para el representante de la escuela vienesa el derecho convencional y el consuetudinario no agotan el Derecho Internacional sino que ambos encuentran su complemento en los Principios Generales del Derecho y estos infunden sangre nueva al Derecho Internacional, relativamente conservador. Los Principios Genera-

⁶² GUTTERIDGE. *Comparative Law*. 2.ª ed. 1949, p. 70.

⁶³ CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá: Témis, t. I., p. 196.

⁶⁴ BUERGENTHAL, Thomas y otros. Ob. cit., p. 31.

les excluyen —para el autor— la posibilidad de que la Corte se declare incompetente por falta de normas aplicables. En caso de existir lagunas en el derecho positivo, estas deben ser llenadas precisamente mediante la aplicación de estos principios.⁶⁵ En este punto cabría recordar que sobre la cuestión de las lagunas del derecho, existen tres corrientes principales:

1. Una primera, que sustenta que todo ordenamiento jurídico es completo y que todo aquello que no está prohibido está permitido; es decir, considera que solo existen lagunas aparentes y que los casos concretos siempre están previstos en normas generales y abstractas.
2. Un segundo sector en el que destaca Santi Romano, considera que entre la zona de lo lícito e ilícito existe una zona jurídicamente indiferente.
3. Finalmente, una tercera corriente mayoritaria, que entiende que existen casos no regulados por el Derecho, lo que se acentúa en el Derecho Internacional por la inexistencia de un órgano permanente como en el Derecho Interno capaz de atender las necesidades sociales a medida que ellas vayan surgiendo. Esta corriente entiende que tales lagunas deben ser cubiertas por los Principios Generales del Derecho, no pudiendo el juez internacional dejar de resolver un asunto por falta de tratados o costumbres.⁶⁶

Señala Schwarzenberger, que quienes redactaron el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional rindieron un señalado servicio al Derecho Internacional al incorporar los «principios generales de

⁶⁵ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 187.

⁶⁶ MELLO, Celso. Ob. cit., t. I, p. 255. Sobre este tema cabe además señalar posiciones aisladas como la de Pedro Pablo Camargo, quien sostiene: «Pero si en algunos sistemas jurídicos nacionales se autoriza excepcionalmente al juez a no dejar sin resolver un caso por falta de normas expresas, como en los sistemas de derecho escrito, tal excepción no puede ser aplicada por los tribunales internacionales, habida cuenta que la interpretación del Derecho Internacional es restrictiva; lo que no está expresamente delegado al Derecho Internacional se entiende reservado a la jurisdicción soberana del Estado [...]. En ausencia de reglas consuetudinarias o convencionales los Principios Generales del Derecho no pueden ser aplicados a casos concretos, pues ningún tribunal internacional esta facultado para crear reglas jurídicas». CAMARGO, Pedro Pablo. T. I, pp. 196-198. En el mismo sentido se pronuncia VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 135. Este autor cita la sentencia del Caso Lotus, donde se dijo: «Las restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden ser presumidas». Sin embargo, estas opiniones, son contradichas por la mayoría de la doctrina internacional contemporánea así como por los miembros de la Comisión de Juristas que elaboró el Estatuto de la C.P.J.I.

derecho reconocidos por las naciones civilizadas» como reglas auxiliares para ser aplicadas por la Corte y que, conscientes o no de las implicaciones de este acto, realizaron de un golpe diferentes propósitos. Capacitaron a ese cuerpo judicial para reabastecer las reglas del Derecho Internacional con principios de Derecho probados dentro de los sistemas legales más modernos y más completamente integrados; evitaron casi definitivamente el *non liquet*,⁶⁷ abrieron un cauce nuevo para que los conceptos del derecho natural pudieran ser recibidos en el Derecho Internacional, y por último, lanzaron un reto a la doctrina del Derecho Internacional para que esta se dirigiera hacia campos nuevos no trillados.

Para la aplicación directa de un principio general de derecho es necesario que no exista ninguna otra regla positiva aplicable.⁶⁸ En esos casos hablamos de lagunas técnicas, es decir, de la imposibilidad de resolver una cuestión aplicando una regla positiva debido a la inexistencia de la misma.⁶⁹ Es llegados a esta situación que empleamos los principios generales de derecho para llenar los vacíos dejados por las lagunas técnicas, ya que aceptamos, también como un principio general, que existen lagunas en las normas pero no en el derecho, lo que finalmente no implica que todo asunto tenga necesariamente una solución jurídica. Si la hubiere, aun en defecto de normas positivas, el juez internacional podrá darla fundándola en los principios generales que invoque para sustentarla. De igual manera, la justicia internacional podrá aplicar los principios generales de derecho de manera simultánea con reglas positivas cuando se trate de resolver una controversia, ya que la posibilidad de aplicación de los principios generales del derecho según el Estatuto de la Corte, da una amplia gama de posibilidades, como bien deduce Verdross:

⁶⁷ ABI-SAAB, Georges. «Les Sources du Droit International: Essai de déconstruction». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Libro Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 33: El Comité de Juristas que elaboró el Estatuto de la Corte Permanente tuvo a la vista el artículo 7, inciso 2 de la Convención XII de la Haya relativo al Tribunal Internacional de Presas que otorgaba a los magistrados la facultad de juzgar de acuerdo con los principios generales de justicia y de la equidad, en caso enfrentarse a una laguna jurídica.

⁶⁸ VERDROSS, Alfred von. Ob. cit., p. 206: «De ordinario, la aplicación directa de principios generales supone la carencia de una regla positiva».

⁶⁹ Ibidem, p. 225: «Se habla de lagunas en el caso que una solución *juridica* del litigio es *imposible*, consecuencia de la ausencia de reglas aplicables, o al menos de la existencia de reglas muy vagas. Es así que el juez será llevado a pronunciar un *non liquet* si, estando encargado de decidir un litigio de fronteras sobre la base de los tratados existentes, constata que en el caso tales convenios no existen o son muy imprecisos para ser aplicados. En lo que nos concierne, hablaremos en esos casos de *lagunas técnicas* del derecho.

Ahora bien, es claro que las lagunas técnicas del derecho positivo pueden en gran parte ser llenadas aplicando los principios generales del derecho».

El artículo 38 del Estatuto de la Corte no entiende reservada la aplicación de los principios generales al caso de lagunas técnicas. Él autoriza *igualmente* a la Corte a aplicar estos principios cuando la demanda, si no existe derecho positivo en su favor, puede apoyarse en un principio general del derecho. Antes de desestimar a una Parte por razón de no existir reglas positivas a favor de su pretensión, la Corte indaga si no hay principios generales del derecho aplicables a la materia.

No está tampoco excluida la aplicación *simultánea* de los principios generales y de las dos primeras fuentes del derecho de gentes. Sucede, en efecto, frecuentemente que una decisión dada se basa de una parte en un convenio o costumbre, y de otra parte en principios generales.⁷⁰

Ahora, si bien el empleo de los principios generales de derecho para la solución de controversias internacionales es un poder discrecional de la justicia internacional, que permitiría dar solución a situaciones que de otra manera serían calificadas de *non liquet*, en ausencia de normas convencionales o consuetudinarias aplicables a la controversia, es decir, ante las denominadas lagunas técnicas. Ello no quiere decir que la justicia internacional, valiéndose de los principios generales de derecho, pueda resolver toda controversia más allá de la aplicación de normas convencionales o consuetudinarias; eso traicionaría la función de los principios generales de derecho y de la propia justicia internacional, como bien han señalado Nguyen, Daillier y Pellet:

No se podrá deducir de la tesis que los principios generales de derecho son susceptibles de resolver todos los problemas presentados por la ausencia de reglas consuetudinarias y convencionales. Nada en la naturaleza de estos principios autoriza a una tal conclusión.⁷¹

Igualmente, los principios generales del derecho podrán ser invocados o aplicados como fuente supletoria o auxiliar, para la determinación de reglas de derecho provenientes de otras fuentes, principalmente de la convencional y la consuetudinaria, sin que por ello se encuentre subordinada o en relación de dependencia respecto de ellas. Al respecto señala Verdross:

Los principios generales no constituyen por lo tanto solamente una fuente del derecho aplicable por sí misma, ellos sirven *también para interpretar* el derecho convencional y consuetudinario, que debe, en caso de duda, ser interpretado sobre la base de los principios generales del derecho. Es entonces *a la luz* de estos principios que *todo* el derecho de gentes debe ser interpretado y aplicado.⁷²

⁷⁰ *Ibidem*, p. 227.

⁷¹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Ob. cit.*, p. 342.

⁷² VERDROSS, Alfred von. *Ob. cit.*, p. 227.

De lo expuesto y en atención a la doctrina mayoritaria, podemos concluir que los Principios Generales del Derecho servirán para llenar aquellos vacíos o lagunas que estén presentes en el Derecho Internacional, evitando que asuntos litigiosos queden sin solución solo por el hecho de no serles aplicable una norma consuetudinaria o convencional. Los Principios Generales evitarán que el juez deje de conocer el asunto por falta de normas aplicables, con lo cual se impide que un derecho quede virtualmente desprotegido.

Adicionalmente, los Principios Generales del Derecho podrían ser empleados como complemento de las otras dos fuentes del Derecho Internacional, como son los Tratados y la Costumbre. Finalmente, podrán ser utilizados para interpretar estas fuentes, en cuyo caso actuarán como fuente supletoria o auxiliar.

Es en estos principios, fuente permanente del derecho, donde el juez internacional podrá encontrar los fundamentos de un accionar en defecto de las demás fuentes, y permitirá la resolución de un mayor número de casos y ampliará los alcances de la justicia internacional, pues como ha dicho Ripert: «El progreso del Derecho Internacional está ligado a esta aplicación por el juez de los principios del derecho. [...] Utilizar estos principios es asegurar el progreso indefinido del Derecho Internacional».⁷³

7. Análisis de algunos Principios Generales del Derecho

A continuación, procederemos a analizar determinados Principios Generales del Derecho Internacional. Se debe precisar que algunos de ellos hoy constituyen verdaderas normas de *ius cogens*. No obstante, basados en su naturaleza jurídica primigenia, hemos considerado pertinente incluirlos en el presente capítulo.

7.1. El Principio de Igualdad Jurídica de los Estados

7.1.1. Concepto

La igualdad jurídica de los Estados es aquel principio en virtud del cual todos los Estados, independientemente de sus características particulares, gozan de iguales derechos y deberes por el simple hecho de tener personalidad jurídica internacional. El término igualdad hace referencia a un trato uniforme en situaciones similares y supone una ausencia de todo privilegio, favor o preferencia.

No se trata de una igualdad absoluta, extensiva a todos los ámbitos del Estado (igualdad material o de hecho). El principio señala que la igualdad se manifiesta tan solo frente al Derecho Internacional.

⁷³ RIPERT, Georges. Ob. cit., p. 660.

En efecto, es un hecho reconocido que los Estados presentan una desigualdad en cuanto a su población, extensión territorial, poder político, economía, entre otros, pero este «no tiene por que comportar la desigualdad jurídica, que significaría negar las mismas oportunidades a todos los pueblos cuyo desenvolvimiento estaría limitado por el interés de unos pocos».⁷⁴

Por otro lado, esto no significa que los Estados, mediante acuerdos internacionales, no puedan acordar, para determinados fines, limitar el goce de algún derecho, siempre que tal limitación resulte de un acto libre y espontáneo del renunciante. Un acto de esta naturaleza no atenta contra el principio de la igualdad; por el contrario, constituye la expresión cabal de este principio.⁷⁵

Finalmente, como aclara Fenwick, el Principio de la Igualdad Jurídica:

no significa que todos los Estados tengan los mismos derechos y deberes, sino que cuando un precepto de Derecho Internacional confiere derechos y deberes, los confiere a todos los Estados que jurídicamente son acreedores a ellos. De ahí que todos los Estados posean el mismo Título para recibir protección tal como la que ofrecen las leyes de las naciones para los derechos que poseen, y todos los Estados están igualmente obligados a cumplir con las obligaciones que el Derecho Internacional les impone.⁷⁶

7.1.2. Consagración en el Derecho Internacional

Cruchaga destaca la larga evolución que ha tenido el Principio de la Igualdad Jurídica de los Estados hasta nuestros días. Así señala que, en la antigüedad, resultaba inimaginable este principio, en tanto el antiguo régimen jurídico internacional se fundaba en un orden jerárquico, donde la ley predominante era la de la fuerza y donde el poderío militar informaba las relaciones de los pueblos.⁷⁷

En la Edad Media y concretamente en el siglo XVI, surge la teoría de Bodin sobre la soberanía absoluta, indivisible e inalienable de los Estados, que facilitó la posterior construcción del Principio. En este mismo siglo, Vitoria, refiriéndose a los territorios del Nuevo Mundo, afirmó por vez primera «que los indígenas eran legítimos dueños de los territorios en que habitaban y que eran legítimos sus principios, en consecuencia,

⁷⁴ ULLOA, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, t. 1, 1957, p. 343.

⁷⁵ CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. *La Igualdad Jurídica de los Estados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968, Memoria n.º 31, p. 21.

⁷⁶ FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 247.

⁷⁷ CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. Ob. cit., p. 25.

existía una relación de igualdad jurídica entre los indígenas americanos y la España descubridora». ⁷⁸

En 1648, al firmarse la Paz de Westfalia y no reconocerse la superioridad de ninguno de los Estados, implícitamente se estableció la organización de la Sociedad Internacional basada en la igualdad de los miembros. Por primera vez, no se distinguía entre católicos o protestantes. ⁷⁹

En 1758, Vattel formula su célebre teoría, según la cual, al ser los hombres iguales por naturaleza, los Estados formados por hombres deberán ser iguales también, y como consecuencia necesaria de esa igualdad, «lo que es permitido a una nación, es permitido a la otra; lo que a una es prohibido a otra prohibido está». Agrega Vattel: «Un enano es tan hombre como un gigante, y una pequeña República debe tener la misma categoría de estado soberano que el más poderoso de los reinos». ⁸⁰

Las grandes potencias aceptaron este principio, pero de hecho continuaron adoptando decisiones al margen de la igualdad.

Ya en la Edad Moderna, con la Revolución Francesa de 1789, fue proclamado el derecho de igualdad, extendiéndose posteriormente a los demás Estados. Más adelante, las dos Guerras Mundiales serán determinantes para la organización de la Comunidad Internacional, y para la consagración definitiva del Principio en el Derecho Internacional.

Este proceso de organización comienza con las Conferencias de Paz de la Haya de 1899 y 1907, en las que por primera vez concurrieron grandes potencias al lado de países menos desarrollados. Aquí, el principio de igualdad no solo fue respetado al momento de la representación y de las votaciones, sino cuando se rechazó un proyecto para la creación de una Corte Internacional de Arbitraje al no estar «constituida sobre la base de la igualdad de todos los Estados soberanos». ⁸¹

Con la Sociedad de las Naciones, la Igualdad Jurídica de los Estados pasó a ser considerada un Principio Fundamental. Sin embargo, sería la Carta de las Naciones Unidas la que consagraría de manera definitiva el Principio, al señalar en su primer artículo que dentro de los propósitos de la Organización se encuentra «fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el Principio de la Igualdad de Derechos», y en su artículo 2 (1) disponer que «la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros».

Esta formulación tomada de la Declaración de Moscú, del 30 de Octubre de 1943, en virtud de la cual, la URSS, los Estados Unidos, Gran Bretaña y China convinieron en «crear una organización internacional general, basada en el Principio de Igualdad Soberana», fue luego confir-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰ VATTEL, Emer de. *Droit des Gens*. 1758.

⁸¹ FENWICK, Charles. *Ob. cit.*, p. 252.

mada por la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados, votada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 2625):

Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la Comunidad Internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En el nivel regional americano, la Carta de la Organización de Estados Americanos consagró también el Principio de la Igualdad Jurídica de los Estados en su artículo 6, cuando señala:

Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de Derecho Internacional.

En la jurisprudencia internacional, existen algunos casos que han consagrado definitivamente este Principio. Así, en el *Asunto de la Goleta Exchange y Mac Faldon*, el Juez Marshall se refirió a la perfecta igualdad de los Estados como una de las razones que lo llevaron a reclamar el ejercicio de una jurisdicción territorial exclusiva, en el caso de los barcos públicos de otro Estado, anclado en sus puertos.⁸² De manera mas clara y terminante, en otro asunto sometido a su conocimiento, el Juez Marshall afirmó:

Ningún Principio de Derecho Internacional es aceptado tan universalmente como el de la perfecta igualdad entre las Naciones. Rusia y Ginebra tienen los mismos derechos, y de esta igualdad se desprende que ninguna puede legalmente imponer una norma a otra.⁸³

Finalmente, en este punto, es importante señalar la idea de la «desigualdad compensadora»,⁸⁴ establecida por la jurisprudencia y la práctica internacionales. En el primer caso, destaca la Opinión Consultiva de la C.P.J.I. en el *Asunto sobre Escuelas Minoritarias en Albania* (1935), en el que se determinó que la verdadera igualdad: «Hacia necesario tratamientos diferentes para llegar a un resultado que estableciese el equilibrio entre situaciones diferentes».⁸⁵

⁸² FENWICK, Charles. Ob. cit., pp. 247-249.

⁸³ Ibidem, p. 249.

⁸⁴ Citado por BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, p. 288.

⁸⁵ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 64, 1935, p. 94. Citado por BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 288.

En relación con lo segundo, se puede citar la Convención sobre Derecho del Mar de 1982 que establece ciertas ventajas para los Estados sin litoral o algunos convenios de integración que otorgan mayores facilidades a los países de menor desarrollo relativo.

7.2. El Principio de Soberanía de los Estados

7.2.1. Evolución Histórica

El término soberanía fue introducido por Bodin en su obra publicada en 1577, titulada «Los Seis Libros de la República», entendida como la suprema potestad o *summum imperio* del soberano sobre el territorio y los habitantes sin ninguna restricción, excepto los mandamientos de Dios y el derecho natural. Ninguna constitución podía limitarla, ya que era un atributo del rey en una monarquía y del pueblo en una democracia.⁸⁶

En el siglo XVII, Hobbes sostendría igualmente que el soberano no estaba sometido a nada, teniendo derecho incluso sobre la religión. Para Pufendorf, la soberanía constituía el poder supremo del Estado, aunque podía ser limitado constitucionalmente.⁸⁷

La idea de soberanía de Rousseau en el «Contrato Social» no era muy distinta de la sostenida por Hobbes, aunque para el primero la soberanía provenía o descansaba en la voluntad popular, asumiendo la forma de soberanía popular.⁸⁸

Hacia finales del siglo XVIII, los canonistas empiezan progresivamente a colocar al Derecho Natural y al Derecho Internacional por encima de la soberanía. Así, Vattel señaló que una nación era dueña de sus actos mientras estos no afectaran los derechos de otras naciones. Más tarde, hacia «finales del siglo XIX, Le Fur concebiría a la soberanía como «la cualidad del Estado de no ser obligado o determinado más que por su propia voluntad, en los límites del principio superior del Derecho y de conformidad con el fin colectivo que él está llamado a realizar».⁸⁹ En el mismo sentido, señalará Fauchille que no hay soberanía absoluta para el Estado ni libertad absoluta para el individuo por formar parte uno y otro de un sistema de restricciones a su voluntad y autonomía. Para Fauchille, la soberanía «no puede consistir ni en la omnipotencia ni aún en el poder jurídico para el soberano de obrar sin control».⁹⁰ Otros autores como Ver-

⁸⁶ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. *Los Principios Políticos en las Relaciones Internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1985, p. 126.

⁸⁷ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 126.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 127.

⁸⁹ LE FUR. *Etat Fédéral et Confédération d'états*. París, 1896, p. 443. Citado por CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 127.

⁹⁰ FAUCHILLE. *Traité de Droit International Public*. T. I. París, p. 429. Citado por CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 127.

dross, Krabbe, Kunz y Heller comenzarían entonces a hablar de Soberanía Relativa, entendiendo que la libertad del Estado para proceder queda subordinada al concepto de interdependencia de los Estados como miembros de la Sociedad Internacional.⁹¹

Este cambio en el concepto de Soberanía se debe a que la vida de un Estado en total aislamiento resulta actualmente imposible, el individualismo del Estado ha evolucionado hacia la solidaridad y cooperación entre las naciones civilizadas.⁹²

En tal sentido, hoy se entiende que la soberanía es la autoridad suprema del Estado de decidir libremente sus asuntos internos y externos, debiendo dicha autoridad ser ejercida con las limitaciones impuestas por el Derecho Internacional.⁹³ A la soberanía interna se le suele denominar autonomía y a la soberanía externa independencia.

Por otro lado, la soberanía comporta tradicionalmente el ejercicio de dos derechos fundamentales:⁹⁴

- a) El derecho de jurisdicción, que consiste en la facultad exclusiva del Estado de legislar y aplicar su ley sobre las personas, sean nacionales o extranjeras, y cosas que se encuentran en su territorio.
- b) El derecho de coacción o policía, que consiste en la potestad exclusiva del Estado de ejercer una función preventiva y represiva indispensables para asegurar el cumplimiento de las leyes.

La soberanía comprende consecuentemente el derecho del Estado de determinar su sistema político, social y económico sin injerencia externa; el derecho de dominio sobre su territorio (territorio terrestre, mar territorial y espacio aéreo), manifestación de la soberanía conocida como soberanía territorial; el derecho de aplicar su ley y jurisdicción sobre todo su territorio, inclusive sobre las personas y bienes de los extranjeros que residan en él; el derecho de dirigir su política exterior conforme sus intereses nacionales; entre otros.

7.2.2. Consagración en el Derecho Internacional

El Principio de Soberanía de los Estados fue expresamente consagrado por el artículo 7 del Tratado que creó la Sociedad de Naciones, al señalar: «Si

⁹¹ *Ibidem*, p. 127.

⁹² *Ibidem*, p. 128.

⁹³ Para REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw Hill, 1997, p. 75: «La Soberanía es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados».

⁹⁴ PODESTA COSTA, Luis. A y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: TEA, vol. 1, 1985, p. 68.

una de las Partes pretende y el Consejo estima que la controversia versa sobre una cuestión que el Derecho Internacional deja a la competencia exclusiva de esta parte, el Consejo dejará testimonio de ello, pero sin recomendar ninguna solución».

En igual sentido, el Acta General de Arbitraje de 1928, mencionaría como causa para sustraer un conflicto del arbitraje, el hecho que la controversia versara sobre una cuestión que, según el Derecho Internacional, correspondía al ámbito de la competencia exclusiva de los Estados. Más tarde, en la Carta del Atlántico de 1941, se establecería el respeto del derecho de todo pueblo de elegir la forma bajo la cual habría de vivir.

No obstante, será el artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, la que señalará de manera mucho más concreta y precisa este principio, al establecer que la «Organización está basada en el Principio de Igualdad Soberana de todos sus Miembros».

En el mismo sentido, el Proyecto de Carta de Derechos y Deberes de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en Diciembre de 1949, expresó en su artículo 1 que: «Todo Estado tiene derecho a la independencia y, por ende, a ejercer libremente todas sus facultades legales, inclusive la de elegir su forma de gobierno, sin sujeción a la voluntad de ningún otro Estado». Adicionalmente, el artículo 2 del Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados del mismo año, consagraría el derecho de todo Estado de ejercer jurisdicción sobre su territorio y sobre todas las personas y cosas que en él se encuentren.

La obligación de parte de los Estados, de respetar la soberanía del resto de países que integran la Comunidad Internacional, sería también reafirmada en el ámbito americano.

Así, cabría mencionar la Declaración de los Principios de Solidaridad y Cooperación Interamericana de la Consolidación de la Paz, celebrada en Buenos Aires en 1936, donde se consagró «el respeto incondicional de toda nación americana por la soberanía de todas las demás naciones americanas». Asimismo, en la Declaración de Lima de 1938 se proclamó la adhesión absoluta de los Países americanos a este Principio. La Declaración de México, de 1945, proclamó también como principio primordial el que «cada Estado es libre y soberano». Y finalmente, la Carta de la OEA cuyo artículo 1 precisa como una razón para el establecimiento de la organización el «defender la soberanía, la integridad territorial e independencia de los Estados», mientras su artículo 5 establece que «el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto de la personalidad, soberanía e independencia de los Estados».

Por último, a nivel de jurisprudencia, este principio ha sido reiteradamente consagrado. Merece destacarse la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto del estrecho de Corfú*, cuando en relación con la limpieza de minas submarinas realizada unilateralmente por fuerzas navales inglesas, en las aguas territoriales albanesas, después que buques ingleses chocaron con algunas minas en dichas aguas, se-

ñaló: «Entre Estados independientes el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales».⁹⁵

7.3. El Principio de Arreglo Pacífico de las Controversias

7.3.1. Concepto

La controversia puede ser entendida «como un desacuerdo sobre una cuestión de derecho, una posición del punto de vista legal o de interés entre las partes».⁹⁶ Rousseau la define como un desacuerdo sobre puntos de hecho o de derecho; una contradicción o una divergencia de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados.⁹⁷

Según la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto de las Concesiones Mavrommatis en Palestina* (1924):

Una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas. Si estas personas son Estados, la diferencia será internacional [...] Las diferencias internacionales tienen una existencia objetiva, independiente del reconocimiento formal de las partes. Una diferencia existe desde el momento en que una de las partes comprueba que la actitud de la otra es contraria a la suya.⁹⁸

Esta definición fija dos elementos necesarios en la noción de controversia: 1) el objetivo: la existencia de un conflicto de intereses, una oposición de tesis jurídicas y 2) el subjetivo: la presencia de partes identificadas, en nuestro caso sujetos de Derecho Internacional.⁹⁹

A estos dos elementos la doctrina y la jurisprudencia internacional agregan un tercer elemento de carácter formal: el desacuerdo debe exteriorizarse o evidenciarse en la conducta de una y otra parte.¹⁰⁰ Así en el *Asunto de la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía* (1950) y en el *Asunto del Sudoeste Africano* (1962) la Corte señaló que no basta para la existencia de una controversia con la oposición de tesis, sino que hace falta demostrar que la reclamación de una parte se enfrenta con una oposición manifiesta de la otra. El juez Fitzmaurice en el *Asunto de Camerún Septentrional* (1963) señaló claramente para la existencia de una controversia «que una de las partes formule o haya formu-

⁹⁵ C.I.J. Reports, 1949, p. 35.

⁹⁶ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 333.

⁹⁷ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 484.

⁹⁸ C.I.J. Reports, 1925.

⁹⁹ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 826.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 826

lado, a propósito de una acción, omisión o comportamiento presente o pasado de la otra, una queja, pretensión o protesta cuya validez este impugna, rechaza o niega, expresa o implícitamente al persistir en la acción, omisión o comportamiento incriminados». ¹⁰¹

Pues bien, el Derecho Internacional impone a las Partes en una controversia, y en particular en una controversia que ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales, la obligación de tratar de solucionarla por medios pacíficos. Estos medios pueden ser de tipo político (negociación, mediación, buenos oficios, conciliación, investigación) o de carácter jurídico (arbitraje y arreglo judicial).

En este sentido, ha precisado Jiménez de Aréchaga:

La verdadera obligación impuesta individualmente a cada Estado respecto de una controversia determinada, no es arreglarla, sino procurar de buena fe su solución pacífica. ¹⁰²

En consecuencia, el deber de los Estados consiste en procurar de buena fe y con espíritu de cooperación el arreglo pronto y equitativo de sus controversias, insistiendo en solucionarlas por medios pacíficos, aunque al final no alcancen su cometido. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto del Tráfico Ferroviario entre Lituania y Polonia*, señaló que la obligación no solo consistía en «entrar en negociaciones, sino de continuarlas todo lo posible con miras a concluir acuerdos» ¹⁰³ (obligación de comportamiento). La Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, definió la obligación de negociar de la siguiente forma:

Las partes está obligadas a entablar negociaciones a fin de lograr un acuerdo y no simplemente a proceder a una negociación formal... están obligadas a comportarse de manera que las negociaciones tengan sentido, lo que no sucede cuando una de ellas insiste en su propia posición sin pensar en la posibilidad de modificarla. ¹⁰⁴

En segundo lugar, la doctrina entiende que el Principio también obliga a los Estados a no realizar actos que puedan poner en grave situación la controversia, al punto de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

Por último, el principio de solución pacífica de controversias implica también el principio de libre elección de los medios; esto es, la solu-

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 172 y ss.

¹⁰³ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 42, 1931, p. 116.

¹⁰⁴ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 46 y ss.

ción debe buscarse sin el empleo de ninguna presión, basada en la igualdad soberana de los Estados.¹⁰⁵ Las partes en una controversia deben escoger de común acuerdo y libremente, el medio que estimen más apropiado para solucionar su diferencia así como la solución propuesta. Esto ha sido repetidamente señalado por la jurisprudencia internacional en el *Asunto del Estatuto de Carelia Oriental* (1923), *Asunto Ambatielos* (1953), entre otros. En el primero, la Corte señaló que estaba perfectamente establecido en Derecho Internacional que ningún Estado puede ser obligado a someter sus controversias con otros Estados a un medio de solución pacífico que no haya consentido.¹⁰⁶

7.3.2. Consagración en el Derecho Internacional

El principio de Solución Pacífica de Controversias ha sido consagrado por numerosos instrumentos internacionales. El primero de ellos fue la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales de la Haya de 1899, que creó la Corte Permanente de Arbitraje y reglamentó determinados mecanismos políticos de solución, como la mediación, los buenos oficios y la investigación.

Posteriormente, el Convenio para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de la Haya de 1907 señalaría la obligación de los Estados Miembros de «hacer uso de todos los esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las controversias internacionales».

Luego tenemos el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919), que limitaba el inicio de la guerra al empleo de procedimientos previos de solución pacífica. Establecía una moratoria y un catálogo de guerras ilegales cuyo desencadenamiento comportaba una reacción institucional.

Más tarde, el 27 de agosto de 1928 se suscribe el Pacto Briand-Kellog o Pacto de Renuncia a la Guerra, por el cual las partes asumen el compromiso de «que el arreglo o solución de todas las diferencias o conflictos, cualquiera que fuese su naturaleza u origen, que se suscitasen entre ellas, jamás procurarán buscarlo por otros medios que no sean los pacíficos». Poco después, como complemento del Pacto, se dio el Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias de 26 de diciembre de 1928.

Finalmente, la Carta de Naciones Unidas en 1945 consagraría definitivamente este principio, al señalar en su artículo 2 (3):

Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.

¹⁰⁵ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., pp. 340-341.

¹⁰⁶ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 829. Véase C.P.J.I. *Serie B*, n.º 5, p. 27.

En cuanto a los métodos, el artículo 33 preceptúa:

1. Las Partes de una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Este principio consagrado a nivel universal, sería confirmado por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada «Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados», aprobado el 24 de Octubre de 1970, y, asimismo, por la Resolución 37/10 de 1982, denominada Declaración de Manila, «en iguales términos que la Carta, adquiriendo el carácter de principio internacional».¹⁰⁷

La Resolución 2625 (XXV) señalaría que «las partes de una controversia tienen la obligación, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos mencionados, de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellas», mientras la Declaración de Manila establece: «En caso de que las Partes en una controversia no lleguen prontamente a una solución recurriendo a cualquiera de los medios de arreglo anteriormente mencionados, las partes seguirán buscando una solución pacífica y celebrarán de inmediato consultas sobre medios mutuamente convenidos de resolver la controversia»; y agrega «ni la existencia de una controversia ni el fracaso de un procedimiento para el arreglo pacífico de una controversia será motivo para que cualquiera de los Estados partes en tal controversia recurra a la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza».

Finalmente, en enero de 1990, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró abierto el Decenio para el Derecho Internacional cuyo Programa incluye preferentemente la promoción de medios y métodos para el arreglo pacífico de controversias entre Estados. Solo un año después, el Secretario General elaboró un Manual sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, cuyo principal propósito es servir de ayuda a los Estados para elegir y poner en práctica estos métodos.¹⁰⁸

Mientras tanto, en el ámbito regional, son también numerosos los tratados suscritos entre los países americanos que han consagrado este Principio. Así cabe citar el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) de 1947, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de

¹⁰⁷ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 337.

¹⁰⁸ Naciones Unidas, *Manuel sur le règlement pacifique des différends entre Etats*, Bureau des affaires juridiques-Division de la codification, Document N.º OLA/COD/2612, New York, 1992, 244 p.

1948 y la propia Carta de la OEA, cuyos artículos 2 y 23 señalan, sucesivamente, lo siguiente:¹⁰⁹

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a resolver pacíficamente las controversias entre sí.

Todas las controversias internacionales que surjan entre los Estados Americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos señalados en esta Carta, antes de ser llevados al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Cubaque y Ortiz señalan que los Países Arabes, en el Tratado de Defensa Común y Cooperación Económica entre los Estados de la Liga Árabe, de 1950, establecen también el deseo de resolver por medios pacíficos las controversias surgidas entre los Estados miembros de la Liga, como entre estos y otras potencias. De igual modo, la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA) en el párrafo 4 de su artículo 3 afirma el mismo principio. Para culminar, el Tratado de Manila de 8 de setiembre de 1954 (o Tratado de Defensa Colectiva de Asia Sudoriental) en su primer artículo dispone que las partes se comprometen a resolver todas sus controversias internacionales por medios pacíficos.¹¹⁰ Todo lo cual pone en evidencia la consagración universal de este Principio.

7.4. El Principio de Prohibición de la Amenaza y del Uso de la Fuerza

7.4.1. Concepto

El contexto y la historia de la Carta de Naciones Unidas demuestran que cuando se habla de «fuerza» en el artículo 2, parágrafo 4, se refiere a la fuerza armada, y no a otras formas de presión económica o política, a menos que configuren una amenaza de fuerza.¹¹¹

Esta conclusión emerge del Preámbulo de la Carta que señala como medio para alcanzar los propósitos de la Organización, el de «asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común». Asimismo, los artículos 43 a 47 se refieren todos a la fuerza armada. Concretamente, el artículo 44 demuestra que los autores de la Carta no calificaron en todos los casos el sustantivo «fuerza» con el objetivo «armada», aun en ciertos casos en que ha sido obvia la intención de los redactores a dar a la palabra fuerza ese significado.¹¹²

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 337-338

¹¹¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 110.

¹¹² *Ibidem*, p. 110.

Esta interpretación es, además, confirmada por los trabajos preparatorios de la Carta, donde una enmienda de Brasil destinada a incluir en el artículo 2, parágrafo 4, una referencia a la «amenaza o el uso de medidas económicas» fue rechazada. Asimismo, en los debates del Comité Especial que redactó la Declaración 2625, la tesis que finalmente prevaleció fue que el uso o la amenaza de la fuerza se refiere exclusivamente a la fuerza armada, desechándose por tanto las propuestas que incluían la presión económica y política en la noción de fuerza.¹¹³

Por otro lado, el artículo 2, parágrafo 4 de la Carta no solo prohíbe el uso sino también la amenaza de la fuerza. Jiménez de Aréchaga señala que la amenaza se presenta por ejemplo cuando se da un aviso o ultimátum anunciando que se recurrirá a medidas militares si ciertas exigencias no son aceptadas, cuando se da una demostración de fuerza con la finalidad de ejercer presión política (amenaza implícita) o con la concentración repentina de fuerzas en una zona limítrofe cuando existe una disputa de fronteras, o un despliegue por medio de barcos de guerra cerca de las costas de otro Estado.¹¹⁴

La Resolución 2625, complementada por la Resolución 3314, comprende como actos de Fuerza Armada: cuando uno o varios Estados emplean sus unidades militares para invadir, ocupar temporalmente, bombardear o emplear cualesquiera armas contra el territorio de otro, bloquear sus costas y puertos, atacar sus fuerzas armadas terrestres, navales y aéreas. Todas estas circunstancias pueden muy bien calificar la ocupación de Kuwait por Irak el 2 de agosto de 1990, alegando su mejor título sobre el Emirato, o el bombardeo estadounidense de Trípoli (Libia), el 15 de abril de 1986, defendido por el entonces presidente Reagan como una acción preventiva contra santuarios terroristas.¹¹⁵

Dentro de la misma categoría se encuentran los usos de la fuerza indirectos: cuando el Estado cede su territorio para que desde él un Estado agrede a otro; cuando organiza o fomenta la organización de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios para que hagan incursiones en el territorio de otro Estado, o cuando organiza, instiga, ayuda o participa en actos de guerra civil o de terrorismo en otro Estado o consiente actividades en su territorio encaminadas a la Comisión de dichos actos.¹¹⁶

Adicionalmente, sería importante precisar que la jurisprudencia internacional entiende que no todos los usos de la fuerza armada tienen la misma gravedad, sino que esta es variable, determinando diferentes sanciones al agresor y legitimando diferentes reacciones del sujeto le-

¹¹³ *Ibidem*, p. 110. BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999, p. 236.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 109.

¹¹⁵ REMIRO BROTONS, Antonio. *Ob. cit.*, p. 914.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 914-915.

sionado. Esto fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986).¹¹⁷

En síntesis, la obligación fundamental consiste en abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales. Esta es la norma básica del Derecho Internacional Contemporáneo y la piedra angular de las relaciones pacíficas entre los Estados.

7.4.2. Consagración en el Derecho Internacional

Hace algunas décadas atrás el empleo de la fuerza por los Estados era considerado un hecho lícito. Así, refiere Jiménez de Aréchaga:

La fuerza armada era descrita como un recurso de última instancia que los Estados podían utilizar a su discreción como medio de solucionar controversias o para alcanzar otros fines en apoyo de su diplomacia. Los Estados podían hacerse o declararse la guerra, en la frase de Hall, por una buena razón, por una mala razón o sin razón alguna. La Conferencia de Paz de La Haya de 1907 estuvo basada en el reconocimiento del *jus ad bellum* y los principales esfuerzos de los participantes estaban dirigidos a obtener acuerdos que regularan las operaciones de las fuerzas armadas y mitigaran los males de la guerra. Las leyes de la guerra constituían hasta los años veinte de este siglo la parte más importante del Derecho Internacional.¹¹⁸

Los intentos para restringir la libertad de recurrir a la guerra debieron esperar a 1907, cuando se firma el Convenio Drago-Porter relativo a la limitación de la fuerza para el cobro de deudas contractuales.

Pero el paso más significativo se da con el Pacto de la Sociedad de Naciones el que por primera vez prohibiría el uso de la fuerza,¹¹⁹ principio que sería reafirmado posteriormente por el Pacto Briand-Kellog en 1928, donde los países firmantes «condenaron el recurso a la guerra para la solución de sus controversias internacionales y renunciaron a ella como un instrumento de política nacional».¹²⁰

Este último instrumento dio fundamento a la doctrina Stimson, de no reconocimiento de situaciones originadas en la fuerza y fue confirmado por varios documentos posteriores como el Pacto Antibélico Saavedra Lamas de 1932.¹²¹

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 915.

¹¹⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 108.

¹¹⁹ BROWNLIE, Ian. *International Law and The Use of Force by States*. Oxford University Press, 1963, pp. 62-64.

¹²⁰ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989. p. 165.

¹²¹ BARBOZA, Julio. *Ob. cit.*, p. 239: El artículo 1 de este instrumento condenaba las guerras de agresión, propugnaba solución pacífica de controversias y no reconocía la adquisición de territorios por la fuerza.

Sin embargo, «como estos instrumentos solo prohibían el recurso a la guerra, se sostuvo en el período entre las dos guerras mundiales que las medidas coercitivas que no alcanzaran a configurar un Estado de Guerra, eran lícitas siempre que los participantes declinaran la intención de instituir formalmente el estado de guerra entre ellos». ¹²² Por ejemplo, China y Japón pretendieron encubrir su conflicto armado respecto de Manchuria, alegando el mantenimiento de relaciones diplomáticas y que la guerra no había sido oficialmente declarada. ¹²³

Fue entonces, que la Carta de Naciones Unidas consagró con carácter universal y definitivo este principio, al señalar en su artículo 2, párrafo 4, lo siguiente:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Según esta disposición, todos los Estados, sean o no miembros de Naciones Unidas, «quedan protegidos por esta declaración de ilegalidad de la guerra». Después de muchos años de aplicación del principio, tanto a Miembros como a No Miembros, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció, en 1970, que esta prohibición había llegado a ser una regla general del Derecho Internacional. ¹²⁴ Ya no se proscriben ciertas o todas las guerras, sino que la interdicción se extiende tanto al uso de la fuerza armada como a la amenaza de su uso. Quedan así curadas las grietas de que adolecían los Pactos anteriores.

La reiteración de este Principio en la Resolución 2131 (XX), en la Declaración 2625 (XXV) y en la Resolución 3314 (XXIX) tiene, adicionalmente la significación de confirmar que esta obligación fundamental sigue en pleno vigor, no obstante las deficiencias y dificultades que han sufrido en su funcionamiento en el mecanismo establecido en la Carta para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. ¹²⁵ Estas resoluciones así como la jurisprudencia internacional en el caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* han consagrado la prohibición general del uso de la fuerza como un principio general del derecho». ¹²⁶

Obviamente este principio contiene una excepción importante cual es, la legítima defensa. En este sentido, la propia Carta de Naciones Unidas dispone en su artículo 51:

¹²² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., pp. 108-109.

¹²³ BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 240.

¹²⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 109.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 109

¹²⁶ No obstante, muchos sostienen hoy su carácter de norma de *ius cogens*. Véase BARBOZA, Julio. Ob. cit., p. 241.

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

De esto se desprende que la legítima defensa operará como excepción del principio que prohíbe el uso o la amenaza del uso de la fuerza, si confluyen determinados requisitos:

- a) La acción de legítima defensa debe implicar una respuesta a un ataque armado.¹²⁷ Por «ataque armado» puede entenderse la invasión territorial de un Estado; el bloqueo naval de sus costas; el ataque a sus fuerzas armadas, bases militares, naves o aeronaves, en cualquier parte donde estas se encuentren; la permanencia de una fuerza militar más allá de lo convenido; entre otros. Pero también debe entenderse que el «ataque armado existe a partir del momento en que se *ponen en marcha* los efectivos que han de desencadenarlo». ¹²⁸ Así, podrían citarse como ejemplos el ataque a Pearl Harbor en 1941 una vez la armada imperial japonesa zarpó hacia la isla o cuando zarpó la misión británica rumbo al Atlántico Sur por la recuperación de las islas Malvinas. No obstante, los avances de la ciencia hacen muy difícil en la práctica determinar con precisión cuando un ataque armado se ha puesto en marcha. De acuerdo con la Resolución 3314 (XX) sobre Agresión de la Asamblea General de la ONU, el envío de bandas armadas no regulares a otro país para ejercer la violencia implicaría otro supuesto de ataque armado. Para la Corte Internacional de Justicia, en el *Asunto Nicaragua vs. Estados Unidos*, el suministro de armas, el financiamiento, las facilidades para el entrenamiento y el general apoyo a los «contras» para pelear contra el Gobierno de Nicaragua constituían un uso ilegal de la fuerza, pero no equivalían a un ataque armado que autorizara el recurso a la legítima defensa aunque sí a contra-medidas proporcionadas.
- b) El uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza no debe poder ser evitado por otros medios.
- c) La fuerza utilizada debe ser proporcional al ataque.

¹²⁷ Antes de la Carta de la ONU se admitía la legítima defensa preventiva, esto es, se permitía la acción del Estado ante la simple amenaza de ataque (inminente). Véase *The Caroline Case*, 29 *British and Foreign Papers*, 1137.

¹²⁸ REMIRO BROTONS, Antonio y Otros. Ob. cit., p. 926.

- d) La legítima defensa procede solo para contrarrestar un ataque en desarrollo; una vez finalizado y retiradas las fuerzas que lo impulsaron, ya no hay posibilidad de legítima defensa.
- e) La legítima defensa debe tener carácter temporal, en tanto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adopte las medidas necesarias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

7.5. El Principio de Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales

7.5.1. Concepto

Cubaque y Otiz señalan que la Seguridad Internacional es un estado de Relaciones Internacionales en que se aplican plenamente principios como la igualdad soberana y el respeto por los derechos inherentes a la soberanía; la no utilización de la fuerza ni la amenaza de la fuerza; la inviolabilidad de las fronteras; la integridad territorial de los Estados; la no intervención en los asuntos internos y externos; el arreglo pacífico de las controversias; el respeto de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales; la igualdad de derechos; la cooperación entre los Estados y el cumplimiento de las obligaciones de buena fé.¹²⁹

La Seguridad Internacional implica una acción conjunta encaminada a la elaboración, aplicación y aumento de medidas encaminadas a fomentar la confianza, al fortalecimiento de los mecanismos de solución de controversias, a la limitación de las fuerzas armadas y los armamentos de los Estados.

7.5.2. Consagración en el Derecho Internacional

La Carta de la ONU en 1945, tanto en su Preámbulo como en su artículo 1, señala como propósito primordial de la Organización, el Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales, agregando que tal propósito «se ha de alcanzar a través de medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz».

Dos años más tarde, en 1947, la Asamblea General de Naciones Unidas vota la Resolución 177 (II) en la que considera la preparación de un Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, encargándole a la Comisión de Derecho Internacional su elaboración. La CDI culminó sus labores en 1954, cuando presentó su Primer Proyecto, aunque no el definitivo. Posteriormente, presentaría nuevos proyectos hasta

¹²⁹ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 410.

1998 en que el Proyecto Final sería sometido a discusión en la Conferencia celebrada en Italia, el mismo año.

En 1970, mediante Resolución 2734 (XXV) la Asamblea General de Naciones Unidas emite la «Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional», donde se insta a los Estados a que apoyen las operaciones de mantenimiento de la paz para aumentar su eficacia; pide a los Estados que se desistan de toda acción por la fuerza; insta a los Estados a que hagan esfuerzos para la eliminación de las armas nucleares así como en la necesidad de emprender una acción internacional, que tienda a reducir la disparidad económica entre los países en desarrollo.¹³⁰

En 1971, la Resolución 2880 (XXVI) denominada «Aplicación de la Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional», solicitaría al Secretario General la presentación anual de un Informe a la Asamblea General sobre la aplicación de la Declaración. Adicionalmente, recomienda la adopción de medidas para detener la carrera armamentista y promover el Desarme, el desmantelamiento de las bases militares, la creación de zonas de paz, la eliminación de las causas de tirantazgo internacional, entre otros.¹³¹

Luego, en 1978 la Asamblea General vota la Resolución 33/73 denominada «La Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para vivir en Paz», en la cual exhorta a los Estados a establecer y mantener una paz justa y duradera para las generaciones presentes y futuras.¹³² En 1979, se da la Resolución 34/99 llamada «Desarrollo y Fortalecimiento de la Buena Vecindad entre Estados», en la que se afirma que la Buena Vecindad se funda, en la estricta observancia de los Principios contenidos en la Carta de la ONU y en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre Estados.

Por último, en 1981 la Asamblea General vota la Resolución 36/100 conocida como «Declaración sobre la Prevención de una Catástrofe Nuclear», en la que se determina como crimen contra la humanidad el uso de las armas nucleares.

Todas estas Resoluciones y otras dictadas posteriormente, como la Resolución 687 (1991), el Programa de Paz del Secretario General de las Naciones Unidas de 1992, el Suplemento al Programa de Paz de 1995, así como una amplia práctica del Consejo de Seguridad haciendo uso de la fuerza, autorizando el uso de la fuerza o aplicando medidas de bloqueo, entre otras, han permitido que la ONU haya logrado alcanzar cierto grado de eficacia en su función de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como en sus operaciones de paz destinadas a poner fin a los conflictos internacionales.

¹³⁰ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 416.

¹³¹ *Ibidem*, p. 417.

¹³² *Ibidem*, p. 418.

7.6. El Principio de Libre Determinación de los Pueblos

7.6.1. Concepto

Cubaque y Ortiz señalan que el Principio de Libre Determinación hace referencia a la facultad que tiene un Pueblo para dirigir y organizar de modo propio su destino, ausente de toda injerencia o control externos¹³³

La Carta de las Naciones Unidas así como los Pactos de Derechos Humanos consideran que todos los Pueblos gozan del derecho a la libre determinación. El Pueblo entendido como una entidad social con identidad y características propias. En sentido lato, se entiende por Pueblo todo grupo étnico dotado de un elemento objetivo, al que se le da el nombre de etnia (sistema de valores culturales que caracterizan a una colectividad humana) y de un elemento subjetivo, al que se le suele denominar conciencia étnica (conciencia que tienen todos sus miembros de su especificidad, de su individualidad que los diferencia de otros grupos humanos), y que adicionalmente posee un territorio determinado en el que viven la mayoría de sus miembros.¹³⁴ El concepto de pueblo, con el que se identifica en la práctica el de nación, implica siempre la idea de territorio sobre el que se asienta ese pueblo o nación.¹³⁵

El derecho de libre determinación de los pueblos implica en primer lugar, el derecho de autoafirmación o autocalificación, esto es, la capacidad exclusiva que tiene un pueblo de proclamarse existente, de dar un testimonio válido de sí mismo sin ninguna clase de injerencia externa. En segundo lugar, implica el derecho de autodisposición es decir, el derecho de establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural.¹³⁶ En tercer lugar implica el derecho de autodefinition, por el cual la propia colectividad determina por sí misma quiénes son las personas calificadas para constituir el grupo. Finalmente, comprende el derecho de autodelimitación, que es el derecho de todo pueblo de determinar los límites de su territorio y defender la integridad del mismo.¹³⁷

El principio de Libre Determinación de los Pueblos, tal como se desprende de su configuración en la ONU, ha sido regulado como un derecho de los Pueblos sometidos bajo dominación colonial y extranjera, de aquellos que luchan contra un régimen racista y de aquellos pueblos que luchan contra una ocupación ilegal extranjera. No se refiere al caso de un

¹³³ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 57.

¹³⁴ *El Derecho de la Autodeterminación de los Pueblos*. Pp. 37-47. Distinto es el caso de la población, entendida como el conjunto de personas que están sometidas a la jurisdicción personal del Estado.

¹³⁵ CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. Ob. cit., p. 60.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 64-66.

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 66 y 72.

Pueblo, con una identidad nacional que esté formando parte de un Estado independiente y soberano pero que se siente separado de él, por razones étnicas, religiosas o culturales. Este es un fenómeno distinto; nos referimos al fenómeno de la secesión no aceptado ni consagrado por el Derecho Internacional.¹³⁸

Este reconocimiento de la unidad nacional y de la integridad territorial constituye un límite al Principio de Libre Determinación, ya que una de las bases esenciales dentro del marco jurídico internacional se encuentra en el respeto de la soberanía territorial. En este punto, debemos resaltar dos Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, como son la Resolución 1514 (XV) de 1960 y la Resolución 2625 (XXV) de 1970, donde se señala que «todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional o la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas».

7.6.2. Consagración en el Derecho Internacional

Definitivamente los siglos XVIII y XIX serán fundamentales para el nacimiento y evolución posterior del Principio de Libre Determinación, debido básicamente a las luchas sostenidas por los grupos nacionales en América a fin de obtener su independencia.

La expresión «autodeterminación de los pueblos» parece ser una traducción de la palabra alemana *selbstbestimmungsrecht*, que, según se dice, la habían aplicado a las nacionalidades los filósofos alemanes radicales ya desde 1848. Otros movimientos nacionalistas aceptaron la expresión y la recogieron en sus programas de acción.

En 1920 Suecia invocó el principio en una controversia con Finlandia relativa al *Asunto de la isla Åaland*, pero un Comité de Juristas nombrado por el Consejo de la Liga de las Naciones opinó que «aunque el principio de libre determinación tiene un papel importante en el pensamiento político moderno, no hay mención del él en el Pacto de la Liga y no constituye una regla positiva del Derecho Internacional».¹³⁹

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, el presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson incluyó dentro de sus «Catorce Puntos» presentados al Congreso Norteamericano en Enero de 1918, uno referente al respeto del Principio de Libre Determinación. No obstante, tal Principio no alcanzó en ese momento gran significación. Era considerado una máxima políticamente recomendable, pero no constituía una norma jurídicamente obligatoria del Derecho Internacional.

¹³⁸ Es el caso del Congo, en la región de Katanga en 1960, de Irak con los kurdos en 1961, de Nigeria con los Ibos de Biafra en 1967, el caso de la República turca de Chipre Septentrional el 15 de Noviembre de 1983, entre otros. *Ibidem*, pp. 68-69.

¹³⁹ *League of Nations Official Journal, Special Supplement*, n.º 3, octubre de 1920, p. 5. Citado por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 124.

El principio solo recibió una aplicación parcial en los Tratados de Paz de 1919. Estos determinaron únicamente la celebración de doce plebiscitos en aquellos territorios pertenecientes a las Potencias vencidas que no fuesen reclamadas por las Potencias vencedoras. En cambio, no se consideró necesario realizar un plebiscito para devolver Alsacia y Lorena a Francia, o para entregar el Tirolo del Sur a Italia.

Fue en la Conferencia de San Francisco de 1945, donde se llegó a consagrar este Principio. Así el artículo 1, párrafo 2 de la Carta señala como propósito de la Organización: «Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los Pueblos».

De igual forma, en el artículo 55 de la Carta se menciona este Principio como una de las bases de las relaciones pacíficas y amistosas entre las Naciones. Sin embargo, será en 1960 con la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, denominada «Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales», que recién se proclamará, en forma enérgica, «la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones».¹⁴⁰ El objetivo no era ya mejorar los niveles de la administración colonial sino liquidar el colonialismo. La falta de preparación no debía servir nunca de pretexto para retrasar la independencia y acabar con la subyugación extranjera. El artículo 2 de esta Resolución estableció:

Todos los Pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Una resolución complementaria, la 1654 dada un año más tarde, estableció un Comité encargado de vigilar el cumplimiento de la Resolución 1514.

En la Declaración sobre la «Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección a su Independencia y Soberanía» (Resolución 2131) de 1965, se estableció que este derecho a la libre determinación debía ser respetado por todos los Estados, debiendo además procurar su aplicación. Un año más tarde, en 1966, se vota la Resolución 2160 (XXI) denominada «Observancia Estricta de la Prohibición de Recurrir a la Amenaza de la Fuerza o al Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales y del Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación», donde se reafirmó este Principio.

Más tarde, la Resolución 2625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1970 y denominada «Declaración Relativa acerca de los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de

¹⁴⁰ BENADAVA, Santiago. Ob. cit., pp. 175-176.

Amistad y a la Cooperación entre los Estados», daría una interpretación amplia al Principio de Libre Determinación haciéndolo aplicable a todos los Pueblos, al señalar:¹⁴¹

En virtud del Principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho [...].

Si bien «en la práctica de las Naciones Unidas el derecho de libre determinación se ha aplicado fundamentalmente a los pueblos bajo dominación colonial, este derecho no está de ningún modo limitado a estos pueblos ni circunscrito a una situación política en vías de desaparición». La Declaración de 1970 «ensancha deliberadamente la órbita de la libre determinación y establece que el principio se aplica tanto a los pueblos de territorios no autónomos o bajo administración fiduciaria como a aquellos pueblos que se encuentren en Estados soberanos». ¹⁴² No obstante, la propia Resolución 2625 establece un límite a este principio, al señalar:

Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional o la integridad territorial de un país es incompatible con los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Con esto se niega la secesión como un derecho de los Pueblos. Si bien este fenómeno ocurre en la realidad y los Estados tienden a reconocer el nuevo Estado una vez este presente signos de viabilidad, sería distinto que el Derecho Internacional consagrara tal situación como un derecho de las minorías secesionistas, en tanto se negaría la posibilidad al Estado territorial de defender su propia estabilidad e integridad territorial, permitiendo paralelamente que los terceros Estados puedan colaborar con los separatistas. ¹⁴³

Adicionalmente esta Declaración dispone que:

En los actos que realicen y en la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 175-176.

¹⁴² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 128.

¹⁴³ BARBOZA, Julio. *Ob. cit.*, p. 293. A la par de la Organización de la Unidad Africana (OUA) que nunca reconoció los movimientos independientes de Biafra, Katanga o Eritrea, las Naciones Unidas nunca han aceptado la existencia de un derecho o principio de secesión.

Esta cláusula autoriza a los Estados a dar apoyo moral y material a los pueblos que están luchando por su derecho de libre determinación, siempre que no existan facciones rivales luchando por ese derecho, en cuyo caso apoyar a una facción contra la otra constituiría una forma de intervención.¹⁴⁴ Ello no incluye el uso de la fuerza, a menos que esta acción haya sido ordenada o autorizada por las Naciones Unidas.¹⁴⁵

Posteriormente, este Principio aparece consagrado en la Resolución 3314 (XXIX) de 1974, en la Resolución 2734 (XXV) llamada «Declaración sobre el Fortalecimiento de la Seguridad Internacional» y en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 3281).

La evolución posterior del principio de autodeterminación de los pueblos ha llevado incluso a que este sea hoy considerado como un derecho humano fundamental de carácter colectivo, consagrado por el Derecho Internacional Positivo.

En efecto, la libertad e igualdad esencial de todos los pueblos exige que todos ellos disfruten del derecho de autodeterminación y que lo disfruten en el mismo grado, para que no se viole ni la libertad ni la igualdad esenciales de las personas que integran esos pueblos. Tal derecho, por consiguiente, que brota de la íntima y esencial libertad e igualdad de las personas es un derecho humano. Pero además se trata de un derecho humano de excepcional importancia, pues constituye la puerta de entrada al disfrute de todos los demás derechos humanos que de una u otra manera dependen de él y, a la vez, es la única garantía seria y eficaz de su defensa y desarrollo en el futuro.¹⁴⁶

El sujeto directo e inmediato de este derecho es el pueblo en cuanto colectividad, pero de él participan necesariamente las personas que forman ese pueblo, tanto porque ellas contribuyen a la formación de esa decisión, en la que consiste el ejercicio del derecho de autodeterminación, como porque los efectos que de ella se van a seguir se harán sentir plena y particularmente en todos y cada uno de los miembros de ese pueblo.¹⁴⁷

Por todo esto, el Derecho Internacional Positivo ha consagrado el Principio de autodeterminación como un derecho humano. Primero, con su inclusión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y luego, con las múltiples Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que han permitido su desarrollo.¹⁴⁸ A ello, habría que

¹⁴⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 135.

¹⁴⁵ WENGLER, G. «L'interdiction de recourir à la force. Problèmes et tendances». En: *Revue Belge de Droit International*. 1971, p. 433.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 91.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹⁴⁸ No obstante, para algunos el derecho de autodeterminación nunca ha tenido un carácter jurídico como derecho positivo. Es el caso de VERZIJL, J. H. W. *International*

agregar que la jurisprudencia internacional en el *Asunto de Namibia*¹⁴⁹ y en el dictamen sobre el *Asunto del Sahara Occidental*, han confirmado este principio. En este último, la Corte señaló: «El derecho de esa población (la del Sahara Occidental) a la autodeterminación constituye uno de los presupuestos básicos de las cuestiones propuestas al Tribunal».¹⁵⁰

7.7. El Principio de Cooperación Internacional

7.7.1. Concepto

Según el *Dictionnaire de la terminologie du droit international* que dirigiera el profesor Basdevant, la voz «cooperación» implicaría el siguiente significado:

Cooperación: Acción de trabajar conjuntamente con otros. En la expresión Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, este término se refiere al trabajo de educadores, investigadores, sabios, artistas y de sus agrupaciones y coordinación de sus esfuerzos. En la expresión cooperación internacional, este término se refiere a la acción coordinada de dos o varios Estados en vista de alcanzar los resultados por ellos juzgados como deseables.¹⁵¹

Es decir, acción coordinada de dos o varios Estados en vista de alcanzar resultados que juzgan deseables. La cooperación internacional requeriría pues, para producirse, la concurrencia de tres elementos; una pluralidad de sujetos cooperantes, una actividad, y unos fines determinados.

Arangio Ruiz por su parte señala que la Cooperación Internacional está presente cuando dos o más sujetos del Derecho Internacional Público conciertan y ejecutan una acción para satisfacer un interés común.¹⁵²

Adviértase en este concepto que lejos de ser un objeto o una meta como lo son el mantenimiento de la paz, el arreglo pacífico de controver-

Law in Historical Perspective. Vol. I. Leyden: Sijthoff, pp. 324-325: «El derecho de autodeterminación no ha sido nunca reconocido como un genuino derecho positivo de los pueblos de aplicación universal e imparcial, y no lo será jamás, ni puede ser reconocido como tal en el futuro».

¹⁴⁹ I.C.J. *Reports*, 1971, pp. 31-32.

¹⁵⁰ I.C.J. *Reports*, 1975, p. 36.

¹⁵¹ BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París, 1960, pp. 172-173: «Cooperación: Acción de trabajar conjuntamente con otros. En la expresión: Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, el término se refiere al trabajo de educadores, investigadores, eruditos, artistas y de sus agrupaciones y la coordinación de sus esfuerzos. En la expresión: cooperación internacional, el término se refiere de ordinario a la acción coordinada de dos o más Estados con vistas a alcanzar resultados que ellos juzgan deseables».

¹⁵² ARANGIO RUIZ. Citado por PAGLIARI, Arturo. Ob. cit., p. 148.

sias o la libre determinación de los pueblos, la cooperación es una actitud, una forma de comportamiento, un principio procesal, que cumple la misión auxiliar, pero vital, de hacer realidad los propósitos proclamados por los otros principios del Derecho Internacional. La cooperación es, entonces, sin ningún lugar a dudas, imprescindible para salvaguardar la coexistencia. Así tenemos que el primer deber de cooperación entre Estados es, de acuerdo con la Carta de O.N.U. el requerido para el mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales.

Por otro lado, no parece justificado reducir la noción de cooperación solo a la que se da entre Estados soberanos: la cooperación interestatal constituye el supuesto más extendido y de mayor interés práctico, pero no el único, y así ROSS ha observado que los acuerdos celebrados, conforme a los artículos 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas, entre esta organización y cada uno de los Organismos Especializados no se apartan, en conjunto, del «marco habitual de libre cooperación entre iguales».¹⁵³

El Derecho Internacional se ha abierto a nuevos campos, ha asumido nuevas funciones. Junto al Derecho de la Coexistencia, tradicional y secular, cuya función primordial ha consistido en la formalización de relaciones entre Estados soberanos, ha emergido el Derecho de la Cooperación, el que se nos muestra como una consecuencia directa y necesaria de la interdependencia, lo cual proviene esencialmente del reconocimiento por parte de aquellos de sus limitaciones internas para hacer frente a todo un nuevo universo de posibilidades. En otras palabras, la Cooperación implica obrar conjuntamente con otros, con idéntica finalidad. Se debe tener en cuenta que este obrar estará siempre destinado a satisfacer una necesidad, que hoy por hoy se traduce en la búsqueda del desarrollo.

7.7.2. Consagración en el Derecho Internacional

El profesor Sorensen afirma que la cooperación entre los Estados con el propósito de ampliar sus intereses económicos es tan antigua como el mismo Derecho Internacional.¹⁵⁴ En el mismo sentido Truyol y Serra,¹⁵⁵ al referirse al tema, va a expresar que el proceso de cooperación tiene dos vertientes. La primera es la doctrinaria: porque la cooperación ha existido antes en el espíritu de los hombres que en la realidad de los hechos. Ha sido primeramente una idea y, después, un programa de acción en función de una situación internacional considerada como insa-

¹⁵³ GARZON CLARIANA, Gregorio. «Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, vol. XXIX, n.º 1, 1966.

¹⁵⁴ SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de la Cultura Económica, 1979.

¹⁵⁵ TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Idea y Realidad». En: *ONU Año XX*. Madrid: Tecnos, 1966.

tisfactoria y que se pretendía superar. La idea de la cooperación internacional, cualquiera que fuese el ámbito espacial y material al que se proyectara, ha actuado así de fuerza motriz en relación con la cooperación internacional efectiva, preparando de tal modo su lento pero sostenido advenimiento, en el sentido de su desarrollo, primero como práctica bilateral, luego como práctica generalizada, más tarde reconocida para algunos aspectos el rango de obligación internacional, hasta que se hace de esta idea-fuerza una norma de conducta en la política internacional y las relaciones multilaterales. No es posible decir que su incumplimiento no sea una violación al Derecho Internacional.

Esta primera vertiente se completa con la institucionalización de ese ideal de comportamiento basado esencialmente en el principio de la solidaridad y ayuda mutua entre las naciones. Aquella va a verse reflejada en todos los intentos de la Sociedad Internacional de organización institucional, hasta llegar a conformar los sólidos principios programáticos y dogmáticos con que hoy cuenta la cooperación internacional,¹⁵⁶ cuyo único drama, como dice Remiro Brotóns, es que esas sólidas bases programáticas se diluyen al contacto con las realidades internacionales y sobre todo en las actitudes de algunos cuantos de sus miembros, siempre interesados más en el provecho propio que en el de toda la sociedad internacional.¹⁵⁷

Desde la *Pax Romana* en Occidente y la *Pax Sínica* en Oriente, pasando por el principio del equilibrio que más tarde se aplicaría a escala mundial y que se manifiesta en un primer momento en las monarquías europeas, puede observarse la lenta construcción de este Principio. El pensamiento de Moro y Marini, que desemboca en Grocio, contribuirá también decididamente a su consolidación. En 1662, Sully hablaba de la creación de lo que él denominaba el «Consejo de Europa» sobre la base de acciones comunes para el bienestar de las monarquías europeas. A fines del Siglo XVII aparecen ya las ideas de la Paz perpetua, con proyectos como el de Penn, el cual ofrece un interés universal inspirado en encomiables principios religiosos. El Abad Saint Pierre: Paz Perpetua. Bentham con su proyecto de paz universal y perpetua; hasta la culminación con el pensamiento de Kant del Estado mundial y cosmopolita con el fin supremo de la naturaleza, en donde puede desarrollarse en plenitud la especie humana.¹⁵⁸

La cooperación comenzará a desarrollarse a través de relaciones bilaterales generalmente referidas a temas de comercio y actividades económicas primarias.¹⁵⁹ Es recién a partir de 1815 —cuando se crea la

¹⁵⁶ Ídem.

¹⁵⁷ REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 44.

¹⁵⁸ PAGLIARI, Arturo. Ob. cit., pp. 151-153.

¹⁵⁹ SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 425.

Comisión de Administración del Danubio— que se puede apreciar con mayor nitidez un paulatino y sostenido camino hacia la institucionalización de la cooperación en el ámbito universal.

Más tarde, luego de los dos episodios de las Guerras Mundiales y como consecuencia de la necesidad de solucionar los grandes problemas coyunturales de postguerra (entre otros el tema de los refugiados y el mantenimiento de la paz recién lograda), se crean las grandes Organizaciones Internacionales destinadas a la cooperación en una gama inmensa de materias que, como dice Friedman, pertenecían, tradicionalmente a la jurisdicción doméstica de los Estados, que de alguna manera se presentan como una limitación a su soberanía.¹⁶⁰

No obstante, es recién con la creación de la ONU y sus mecanismos especializados y concretamente con los principios de su Carta y el accionar que se cumple en su consecuencia, que se puede establecer la existencia de un deber de cooperación internacional institucionalizado.

Así, la Carta de San Francisco hablará de cooperación en una gran cantidad de materias que presentan como denominador común el referirse al progreso, es decir, al incremento del bienestar general de la población de cada Estado. Se enuncian estas finalidades en el párrafo 3.º del artículo 1.º de la Carta; allí se configura el propósito de la cooperación como el camino para el logro de los propósitos y objetivos de la Organización. Estos aspectos aparecen con mayor claridad en el artículo 55,¹⁶¹ complementado con el 56¹⁶² y 57.¹⁶³

Hacia comienzos de la década de los setenta se plantea la necesidad de un nuevo orden económico mundial, el cual se concreta en la

¹⁶⁰ FRIEDMANN, Wolfgang. Ob. cit., p. 120.

¹⁶¹ Carta de las Naciones Unidas. Art. 55: «Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b) la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades».

¹⁶² Carta de Naciones Unidas. Art. 56: «Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Art. 55».

¹⁶³ Carta de Naciones Unidas. Art. 57: «1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del art. 63.2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante organismos especializados».

«Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional» (Resolución 3201 (S-VI) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1.º de mayo de 1974). Esta declaración pretende «corregir las desigualdades y reparar las injusticias actuales», eliminando las disparidades crecientes entre los países desarrollados y los países en desarrollo, y garantizar a las generaciones presentes y futuras un desarrollo económico y social que vaya acelerándose en la paz y la justicia, tendientes a ese fin. Y lo basa en la equidad, la igualdad soberana, la interdependencia, el interés común y la cooperación de todos los Estados sin distinción de regímenes económicos y sociales.

Como vemos, una vez más, la cooperación internacional se presenta como una alternativa válida y el mejor de los caminos hacia la superación de esas marcadas diferencias. Como consecuencia de esto el 12 de diciembre de ese mismo año surge la «Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados» (Res. As. Gen. 3281 (XXIX) de ONU), en donde se reafirma como un deber jurídico al principio de la cooperación como pauta necesaria de acción para llevar adelante el propósito fundamental de la Carta, que no es otro que el bienestar mundial.

Más tarde, este Principio sería también plasmado en múltiples instrumentos y declaraciones oficiales. La Alianza para el Progreso, la Carta de Alta Gracia y otros instrumentos más modernos de los organismos económicos de las Naciones Unidas, tales como la UNCTAD y de las Organizaciones Regionales; asignarán a los países desarrollados la obligación de promover el desarrollo de los países ahora deudores mediante la cooperación.

Pero, ¿qué valor jurídico tendrá la Cooperación Internacional, tras su consagración en los documentos y resoluciones internacionales antes referidos?

Como ya se habrá podido deducir, se trata aquí del urticante tema de saber si las normas que nos convocan son de *ius cogens* o si por el contrario son de *ius dispositivum*. Este tema resulta de fundamental importancia, en tanto puede permitirnos establecer el tipo de obligación a la que se encuentran sujetos los países acreedores respecto de los deudores.

En relación con esto, se sabe que el contenido y características de los Principios de *ius cogens*, fue abordado en la Conferencia de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Aquí, se discutió si lo mejor era realizar una lista *clausum* con las obligaciones y derechos *ius cogens*, como proponían los juristas anglosajones, especialmente los británicos; o si debía seguirse el criterio planteado por las delegaciones españolas, finesa y griega, quienes alegaban que supeditar el reciclaje a las exigencias de una codificación expresa, formal y solemne, era dejar librada a los avatares de la adopción del texto y otras dilaciones, la entrada en vigor de normas que eran urgentes para la Comunidad Internacional. Luego de un largo debate, se arribó a una fórmula consensual, según la cual basta-

ba con el apoyo de una amplia mayoría, para que una norma fuese considerada como norma *ius cogens*.¹⁶⁴

En tal sentido, algunos publicistas consideran que al ser los principios establecidos en el art. 1.º de la Carta de la ONU generalmente aceptados y reconocidos por sus miembros como fundamentales y de vital importancia para el logro de los objetivos de la Carta, el párrafo 3.º de aquel en donde se institucionaliza la cooperación internacional debería, como consecuencia lógica, ser tenido como una norma de *ius cogens*.¹⁶⁵ No obstante, la mayoría de autores se inclina por considerar el deber de cooperación como un simple Principio General del Derecho.¹⁶⁶

En efecto, la cooperación internacional impuesta por los órganos y cartas de las organizaciones internacionales como una obligación convencional es un deber que, según la mayoría de autores, está al menos lo suficientemente reconocido, al punto que puede afirmarse su carácter de Principio General del Derecho y, por tanto, que su incumplimiento o violación podría, *prima facie*, acarrear la responsabilidad internacional del infractor.

No obstante, debemos reconocer que se trata fundamentalmente de un principio procesal que posibilita la realización de otros principios que sí tienen carácter de *ius cogens* como es el derecho al Desarrollo, hoy concebido como un derecho humano conceptualizado dentro de los llamados Derechos Humanos de la Tercera Generación.

En este sentido, su ubicación en el artículo 1.º de la Carta de la ONU resulta un argumento insuficiente para postular su carácter de *ius cogens*, más aun si somos conscientes de que se trata de un Principio General que ha alcanzado pleno desarrollo recién en las últimas dos décadas. Nada impide, sin embargo, que en un futuro próximo el principio se consolide alcanzando el nivel de *ius cogens* que hoy algunos autores le atribuyen.

7.8. El Principio de la Buena Fe

7.8.1. Evolución histórica

La función de la buena fe en el Derecho Romano, afirma Ihering, era la de «conservación» y «extensión» del Derecho. Por este principio, los romanos conservaban la ley e incluso llegaron a soportar el rigor de una ley que se hubiera vuelto repugnante para su misma forma de vida.

¹⁶⁴ Conferencia de Viena de 1969 Sobre Derecho de los Tratados. Discusiones: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU*. 966, vol. II, segunda parte, p. 271 y 272.

¹⁶⁵ PAGLIARI, Arturo. Ob. cit., p. 159.

¹⁶⁶ Es preciso señalar que incluso para algunos autores la cooperación internacional importa un compromiso moral y político, mas no jurídico.

Para Gómez Acebo, frente a la ausencia o inadaptación de la norma jurídica, la buena fe romana produjo el reenvío a la norma moral; ante el desfasaje entre el derecho vigente, aferrado al formalismo y las nuevas contingencias históricas, la buena fe dio una solución acorde con la moral y las necesidades presentes. Por este conducto, la ética abrió una brecha en la técnica, y lo convenido debía respetarse al margen del formalismo, ello en los últimos tiempos del Derecho Romano.¹⁶⁷

Dado que con los germanos sucedía a la inversa de lo acontecido entre los romanos, la buena fe se pone al servicio del formalismo: la encontramos en la *faida* o derecho de venganza y en la *Fidem Facere*, apoyando el cumplimiento del contrato formal. Afirma Gómez Acebo que también el Derecho Canónico en la Edad Media cambia de enfoque, para contaminarse de matices lógicos y de conciencia.

Posteriormente, en el siglo XIX, algunos códigos civiles incorporarían definitivamente la figura de la buena fe; tal fue el caso del artículo 1134 del Código Civil Francés, que no solo puso de resalto la autonomía de la voluntad —libertad de contratar o no, de elegir con quién y sobre qué—, la fuerza vinculante o de cumplimiento que emana del contrato, sino también la obligatoriedad de cumplir las convenciones de buena fe.

La doctrina francesa, que ejercería una notable influencia en los códigos civiles nacionales, fiel a su idea de no juzgar al acierto o desacierto de la norma y de las valoraciones que ella encierra, en su mayoría afirmará que de tal norma puede desprenderse que las partes deben, en el cumplimiento de las convenciones portarse honestamente, lealmente; y para ello es preciso «no atenerse únicamente a la letra del acuerdo», sino ejecutar las convenciones «conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de las cuales ella se formó».¹⁶⁸

En este sentido, la buena fe comporta un modelo ideal de conducta social, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto, exento de subterfugios y malicia. Es en buena cuenta el espíritu escrupuloso con que deben cumplirse las obligaciones y ser ejercidos los derechos.¹⁶⁹

7.8.2. Consagración en el Derecho Internacional

La consagración de este principio en el Derecho Internacional encuentra sustento en diversas Convenciones Internacionales. Es el caso de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en cuyo artículo 26 se consagra la obligación por parte de los Estados de cumplir y ejecutar los tratados de buena fe, recogiendo en este punto, la Costumbre Internacional imperante sobre la materia. Asimismo, el artículo 2 (2) de

¹⁶⁷ GÓMEZ ACEBO, Fernando. «La Buena Fe y la Mala Fe en el Derecho Privado». En: *Revista de Derecho Privado*. T. XXXVI, año 1952, p. 103.

¹⁶⁸ PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire*. Paris, 1920, t. II, p. 353.

¹⁶⁹ WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 1986, p. 12.

la Carta de la ONU establece que los miembros de la Organización deben cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido en virtud de la Carta. Y, finalmente, la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (AG/2625 XXV) extendería años más tarde esta obligación a todos los Estados.

En la jurisprudencia de los tribunales internacionales hay muchos precedentes para sostener también que, en el presente contexto, la buena fe es un principio jurídico. Así, en el *Asunto de los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos*, la Corte refiriéndose a ciertas evaluaciones previstas en los artículos 95 y 96 del Acta de Algeciras, dijo lo siguiente: «La potestad de efectuar la evaluación corresponde a las autoridades de Aduanas pero es una potestad que se ha de ejercer razonablemente y de buena fe».¹⁷⁰

De igual modo, la C.P.J.I., al aplicar las cláusulas de tratados que prohibían la discriminación contra las minorías, insistió en varios casos¹⁷¹ en que esas cláusulas debían aplicarse de tal manera que quedare asegurada la ausencia de toda discriminación tanto de hecho como de derecho; en otros términos, la obligación no debía ser eludida mediante una aplicación meramente literal de las cláusulas.

Finalmente, en la jurisprudencia arbitral pueden encontrarse otros muchos precedentes. Por ejemplo, en el arbitraje sobre el *Asunto de las Pesquerías de la Costa del Atlántico del Norte*, el Tribunal, refiriéndose al derecho de la Gran Bretaña a reglamentar la pesca en aguas canadienses en las que por el Tratado de Gante había concedido ciertos derechos de pesca a los nacionales de los Estados Unidos, dijo lo siguiente:

[...] del Tratado resulta una relación obligatoria en virtud de la cual el derecho de la Gran Bretaña a ejercer su derecho de soberanía dictando reglamentos, se limita a los reglamentos dictados de buena fe.¹⁷²

En conclusión, la buena fe constituye actualmente un principio general del derecho plenamente reconocido por el Derecho Internacional no solo a nivel de convenios internacionales y doctrina de los publicistas¹⁷³ sino también a nivel de la jurisprudencia judicial y arbitral internacional.

¹⁷⁰ C.I.J. Reports, 1952, p. 212.

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, C.P.J.I., Trato de los nacionales polacos y a otras personas de origen o de idioma polaco en el territorio de Danzig, 1932, *Series A/B*, n.º 44, p. 28; Escuelas para Minorías de Albania, C.P.J.I., 1935, *Series A/B*, n.º 64, pp. 19-20.

¹⁷² *Reports of International Arbitral Awards*. Vol. XI, 1910, p. 188. El Tribunal también mencionó expresamente el principio de derecho internacional según el cual las obligaciones de los tratados se han de ejecutar con perfecta buena fe.

¹⁷³ No obstante, Phillipe Cahier en su «*Changements et continuité du Droit International*», *Recueil*, 1985, p. 89, cita algunos autores que opinan lo contrario. Es el caso de

7.9. El Principio del Abuso del Derecho

7.9.1. Evolución Histórica

Para una mejor y puntual comprensión de lo que jurídicamente significa el instituto del abuso del derecho, es indispensable efectuar una breve referencia a las circunstancias históricas que dieron lugar a la formulación de lo que hoy resulta ser un imprescindible principio del derecho.

En este sentido, la invocación de las fuentes romanas del abuso del derecho acarrea notorias discrepancias en torno de la problemática que nos ocupa. Mientras que para determinados autores en el derecho romano se reprobaba el abuso del derecho, para otros, contrariamente, el derecho romano ignoró la teoría del abuso del derecho. En este sentido, Martín Bernal, siguiendo el pensamiento de Rotondi, es tajante al afirmar que «acerca del tema puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho». ¹⁷⁴ Un tercer sector sin tomar posición en el debate, se limita, en cambio, a mostrar solamente las diversas contradicciones que se advierten en los textos del Digesto. ¹⁷⁵

Pese a esto, si bien puede afirmarse que los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto «abuso del derecho», no es menos cierto también, que es el pretor quien introduce esta teoría. Ya el jurista Gayo proclamaba: *male enim nostro jure uti non debemus* (no tenemos que usar mal nuestro derecho), para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos. Asimismo, debemos recordar las palabras de Paulo cuando señaló: «*Non omne quod licet honestum est*» (No todo lo que es lícito es también honesto, a saber, no podemos hacer todo lo que nos venga en gana).

Durante la época medieval, no es posible tampoco apreciar la vigencia de un principio jurídico semejante al que actualmente designamos como abuso del derecho. No obstante, debido a la influencia de los revolucionarios principios de que era portador el cristianismo, en virtud de una acentuada vivencia ético-religiosa en la vida comunitaria, surge la teoría de lo que en doctrina se conoce bajo la designación de «actos de emulación». Como lo sostiene Martín Bernal, «toda la teoría del abuso del derecho tiene tras sus espaldas la teoría de los actos de emulación». ¹⁷⁶ La

ZOLLER, Elizabeth. *La bonne foi en droit international*. París: Pedone, 1977, p. 6: «[...] no hay obligación jurídica general de ser y de actuar de buena fe en el derecho internacional». COT, Jean Pierre. «La bonne foi et la conclusion des traités». En: *RBDI*. 1968, pp. 158-159. Véase BARBOZA, Julio. Ob. cit., pp. 296-297.

¹⁷⁴ MARTÍN BERNAL, José Manuel. *El Abuso del Derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982, p. 25.

¹⁷⁵ Es el caso de SALVAT, Raymundo. *Teoría del Abuso del Derecho*. LL, 6-51, secc. doctrina.

¹⁷⁶ MARTÍN BERNAL, José Manuel. Ob. cit., p. 21.

emulación, del latín *aemulatio*, consistió en el ejercicio de un derecho subjetivo con la inconfesable o disimulada intención de causar un perjuicio a otra persona o a un bien ajeno. Se trataba de una acción proyectada y ejecutada por el titular de un derecho subjetivo con el propósito de dañar, conducida con intención decididamente vejatoria; es decir, con ánimo *nocendi* o *vexandi*, según el caso.¹⁷⁷ La moral cristiana, al imponer la doctrina de los actos de emulación, reprobó el ejercicio de los derechos individuales de una manera perjudicial para los intereses de los obligados. Se estableció así el deber de no actuar un derecho subjetivo con la exclusiva finalidad de perjudicar a otro sujeto de derecho.

En este periodo, se suele también señalar que las Partidas contienen algunas disposiciones que pueden estimarse como antecedentes del abuso del derecho. En este sentido, se recuerda que la Ley XIX del Título XXXII de la Partida III, restringe el ejercicio del derecho de propiedad. En efecto, en tal precepto se dispone que el propietario que excava un pozo o una fuente en su fundo no puede hacerlo si no le resultase necesario y solo ejecutara la obra con el exclusivo propósito de causar daño al propietario del fundo vecino. Pero, además se señala que al lado de la teoría de los actos emulativos, de corte subjetivista, en la Edad Media aparece también aquella otra conocida como la teoría de las inmisiones (del latín *immissio*), de carácter objetivo. Las inmisiones nocivas derivaban de un determinado aprovechamiento de la propiedad que tenía como consecuencia el acarrear un perjuicio a un vecino.

De todo esto puede desprenderse que propiamente la institución del abuso del derecho aparece en la segunda mitad del siglo XIX. Sobre esto el profesor Charria Angulo nos relata:

En 1855 los tribunales franceses fallan el primer caso de abuso del derecho de propiedad: Todo titular está facultado para el cercamiento de su predio: pero si se agregan construcciones de altos picos para impedir el aterrizaje de los dirigibles, no se está utilizando correctamente el derecho concedido por la ley; si a esto se agrega que el propósito es nocivo, ya que obliga a la compañía a cancelar un precio elevado por el fundo vecino, su propietario debe ser condenado tanto a indemnizar como a destruir las obras.¹⁷⁸

Warat, citando a Duguit, coincide en señalar el siglo XIX como el punto de origen de la teoría del abuso del derecho; de este modo, la doctrina general está de acuerdo en señalar que no existió previamente.¹⁷⁹

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 100.

¹⁷⁸ CHARRIA ANGULO, Pedro Manuel. *El Abuso del Derecho como limitación al ejercicio de los Derechos Subjetivos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 51.

¹⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *Abuso del Derecho y Lagunas de la Ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 35.

Correspondió, pues, a la jurisprudencia francesa el gran mérito de haber creado derecho y de haber contribuido, al lado de una nutrida legislación especial que comienza a dictarse de manera sostenida a partir de 1864, la elaboración de esta teoría. Los jueces franceses comprenden, con el transcurrir de los años, la necesidad de conciliar el respeto a las libertades individuales y a los derechos subjetivos, de una parte, con el interés social, de la otra. A ellos correspondió encauzar los reclamos de la comunidad, las presiones de la conciencia jurídica colectiva. Los jueces entendieron que era necesario mitigar, amenguar de algún modo, el contraste cada vez más ostensible entre el acelerado desarrollo económico y social y la legislación vigente que consagraba, teóricamente sin límites, las prerrogativas del individuo. La jurisprudencia francesa, dentro de este contexto, intentó atenuar los excesos cometidos por los individuos en la legítima actuación de sus derechos subjetivos, así como reparar los perjuicios irrogados con tal comportamiento. De este modo, se producen las primeras aproximaciones a lo que, con el correr del tiempo, se convertiría en la autónoma e indiscutible figura del abuso del derecho.

7.9.2. Consagración en el Derecho Internacional

Actualmente, puede afirmarse que la doctrina del abuso del derecho ha sido reconocida plenamente en el orden internacional. Si bien es cierto que existieron algunas dudas en las dos primeras décadas de este siglo, hoy se acepta sin ningún tipo de cuestionamiento la vigencia del abuso del derecho en el Derecho Internacional.

Efectivamente, desde que el jurista Politis, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1925, proclamó la presencia de esta doctrina en el ordenamiento jurídico internacional,¹⁸⁰ se desató una gran polémica en torno de la cuestión. Frente a sus negadores acérrimos como Roulet,¹⁸¹ otros como Lauterpacht advirtieron que el abuso del derecho es un instrumento que debe manejarse con cuidadosa circunspección.¹⁸²

Si bien esta confusión en la doctrina continuó por muchos años, lo cierto es que, en la jurisprudencia, la Corte Permanente de Justicia Internacional en dos decisiones aludió al abuso del derecho para dar solución a la controversia. Nos referimos al *Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*¹⁸³ y al *Asunto de las zonas francas de la*

¹⁸⁰ POLITIS, Nicolás. «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. Vol. 6, 1925-I, pp. 77-121.

¹⁸¹ ROULET. *Le caractère artificiel de la Théorie de l'abus de droit en Droit International Public*. Neuchâtel, 1958.

¹⁸² LAUTERPACHT, Hersch. *The development of International Law by the International Court*. Londres, 1958, p. 164.

¹⁸³ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7, p. 30

Alta Saboya y del País del Gex.¹⁸⁴ A estas podríamos agregar la opinión individual del juez Anzilotti en el *Asunto de la Compañía de Electricidad de Sofía*,¹⁸⁵ en la que reconoció que la teoría del abuso del derecho es extremadamente delicada; y asimismo, la opinión del juez Ammoun en el *Asunto Barcelona Traction*, en la que reconoció su carácter de acto ilícito.¹⁸⁶

Sin embargo, podría cuestionarse, que la diversidad que existe en los ordenamientos jurídicos internos respecto al contenido y alcance de la prohibición del abuso del derecho, hace que su recepción en el orden internacional sea imprecisa. En efecto, en los ordenamientos nacionales existe una diversidad de posiciones en relación con los elementos constitutivos esta figura, que harían difícil su traslación al Derecho Internacional. Fundamentalmente, se distinguen tres vertientes:

1. Teoría Subjetiva: plantea la existencia del abuso del derecho cuando el titular de un derecho lo ejerce con la intención de perjudicar a otro sujeto o aprovecharse de él. El abuso del derecho no estaría presente, en consecuencia, de no mediar mala intención, de no mediar mala fe.
2. Teoría Objetiva: señala la presencia de abuso del derecho cuando en el ejercicio de este se acarrea un daño contra terceros. Se asume entonces un criterio objetivo en tanto bastará comprobar la existencia de un perjuicio para afirmar la presencia del abuso.
3. Teoría Funcional: entiende el abuso del derecho como el ejercicio de un derecho objetivo de forma contraria al destino económico y social para el cual fue establecido. Desde este punto de vista, se asume que tras todo derecho existe un interés serio y legítimo (social), además del propio interés (individual).

No hace mucho y sobre lo mismo, Friedman, que admite el abuso del derecho como un principio de enfoque e interpretación para todo género de relaciones jurídicas, advirtió:

[...] es necesario para agotar estos principios que sean de muy diferente aplicación en diferentes sistemas legales. El principio del abuso del derecho tiene diferente significado en una sociedad socialista, comparada con una sociedad capitalista o liberal. Un uso legítimo de los derechos privados en un sistema puede ser visto como antisocial en otro.¹⁸⁷

¹⁸⁴ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46, p. 167.

¹⁸⁵ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 77, p. 98.

¹⁸⁶ C.I.J. *Recueil*, 1970, p. 325.

¹⁸⁷ FRIEDMANN, Wolfgang. «General Course in Public International Law». En: *RCADI*. Vol. 127, 1967-II, p. 153.

No obstante esta legítima preocupación de la doctrina, puede afirmarse que hoy en el orden internacional, no existen dudas sobre el criterio a ser aplicado en torno del abuso del derecho. Si rastreamos las invocaciones que a ella se han hecho por los autores y los gobiernos en los conflictos judiciales, comprobaremos que el *elemento subjetivo o intencional* es necesario para que una Corte internacional estime la presencia de abuso del derecho. Ripert, por ejemplo, afirma que: «Habrà abuso del derecho en el derecho de gentes cuando un Estado, respetando sus obligaciones internacionales, obrara únicamente por perjudicar a otro».¹⁸⁸

En el mismo sentido, el italiano Scerni, después de negar que por su vaguedad pueda aplicarse en el orden internacional el criterio funcional, reconoce que, como más conforme a la naturaleza de la comunidad internacional, debe aplicarse el criterio subjetivo.¹⁸⁹

Durante la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional celebrado en La Haya en 1930, en los trabajos de la Comisión que examinaba las cuestiones de nacionalidad, el delegado de Polonia, Rudstein, para determinar el concepto de abuso del derecho pidió se considerara el término «intencionalmente» para subrayar la necesidad de mala fe.¹⁹⁰

El elemento subjetivo también fue recogido en el curso de algunos pleitos internacionales. En el arbitraje relativo al *Asunto de la caza de focas en el mar de Behring*, el consejero de Gran Bretaña defendió el derecho de los pescadores ingleses, pues no había, a su juicio, ilicitud en el mero perjuicio que pudieran sufrir los pescadores americanos de las islas adyacentes. El presidente del tribunal le interrumpió precisando que esta afirmación solo podía sostenerse si no había malicia, a lo que el consejero británico manifestó su conformidad.¹⁹¹ En el *Asunto de la Compañía de electricidad de Sofía*, el agente del Gobierno belga incluyó el término «intencionalmente» en la referencia que hizo al abuso del derecho que, según pretendía, había cometido el Gobierno búlgaro al denunciar el tratado de conciliación, arbitraje y arreglo judicial de 1931 para liberarse de la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional.¹⁹² Más recientemente, el Gobierno noruego, en sus excepciones preliminares en el *Asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos*, indicó que la cláusula de reserva automática suscrita por Francia debía interpretarse de buena fe y tratar de ampararse en ella para negar la competencia del

¹⁸⁸ RIPERT, Georges. «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux». En: *RCADI*. Vol. 44, 1933-II, pp. 618-619.

¹⁸⁹ SCERNI. *L'abuso di diritto nel rapperti internazionali*. Roma, 1930, p. 82.

¹⁹⁰ SOCIEDAD DE NACIONES. *Actas de la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional*. Vol. II, p. 97.

¹⁹¹ *Fur Seal Arbitration* (1983) en MOORE. *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*. Vol. I. Washington, 1898, pp. 889-890.

¹⁹² C.P.J.I. *Compagnie d'électricité de Sofia et Bulgarie, Serie C, n.º 88*, p. 400.

Tribunal constituía un abuso del derecho.¹⁹³ Algunos jueces de la Corte Internacional de Justicia, en sus opiniones individuales, han hecho también manifestaciones que, sin implicar una afirmación expresa de la necesidad de mala fe, revelan una inclinación al criterio subjetivo. Así lo hicieron Álvarez en el *Asunto de las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas* (artículo 4 de la Carta),¹⁹⁴ Read en el *Asunto Nottebohm*¹⁹⁵ y Spender en el *Asunto de la Tutela de los Menores*.¹⁹⁶

La importancia que el elemento intencional reviste en la noción de abuso del derecho se justifica por la íntima conexión que existe entre la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y el principio de buena fe anteriormente analizado. Puede afirmarse que precisamente es en el principio de buena fe en el que, en el ordenamiento internacional, se encuentra el fundamento más sólido de la doctrina del abuso de derecho. Así lo ha destacado Carrillo Salcedo al señalar la función de extraordinaria importancia que realiza el principio de buena fe como límite corrector de posibles abusos que pueda cometer el Estado soberano en el ejercicio de sus competencias.¹⁹⁷

En el orden internacional, la interconexión que existe entre el principio de la buena fe y el abuso de derecho se aprecia, aparte de los asuntos citados anteriormente, que establecen el criterio de malicia o mala fe para la determinación del abuso de derecho, en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Asunto relativo a ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, donde el abuso del derecho se configura como la expresión negativa del principio de la buena fe:

Alemania ha conservado hasta la transferencia efectiva de la soberanía el derecho de disponer de sus bienes, y esto no es un abuso del derecho o una falta al principio de la buena fe que pueda dar a un acto de alienación el carácter de una violación del Tratado; tal abuso no se presume, pero incumbe a quien lo alega suministrar la prueba de su alegato.¹⁹⁸

¹⁹³ C.I.J. *Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, *Mémoires*, vol. 1, p. 131.

¹⁹⁴ C.I.J. *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies* (article 4 de la Charte), *Recueil*, 1948, p. 71.

¹⁹⁵ C.I.J. *Affaire Nottebohm*, *Recueil*, 1955, p. 42.

¹⁹⁶ C.I.J. *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, *Recueil*, 1958, p. 120.

¹⁹⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid, 1969, p. 169: «La buena fe, en efecto, es un principio fundamental de todo sistema jurídico y en Derecho Internacional lleva a cabo una función de extraordinaria importancia: servir de límite a la discrecionalidad del Estado soberano en el ejercicio de sus competencias, corregir los posibles abusos del Estado en la apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales».

¹⁹⁸ C.P.J.I. *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silesie polonaise* (fond), *Serie A*, n.º 7, p. 30.

Algunos jueces del Tribunal Internacional de Justicia, en sus votos particulares, han relacionado también, aunque nada más sea en referencias hechas de pasada, el abuso del derecho con el principio de la buena fe. Así lo han hecho Álvarez en su opinión individual en el *Asunto sobre las condiciones de admisión de un Estado como miembro de las Naciones Unidas*,¹⁹⁹ Lauterpacht en su opinión individual y Read en su opinión disidente en el *Asunto relativo a ciertos empréstitos noruegos*,²⁰⁰ Spender en su opinión individual y Lauterpacht en su opinión disidente en el *Asunto Interhandel*²⁰¹ y Tanaka en su opinión disidente en los *Asuntos del Sud-Oeste Africano*.²⁰²

De todo lo espuesto es posible concluir que la doctrina del abuso del Derecho ha sido incorporada al Derecho Internacional como una de sus normas, como Principio General del Derecho de las Naciones Civilizadas, entendiendo como elemento configurante del mismo, el elemento subjetivo o de buena fe.

7.10. El Principio del Enriquecimiento sin Causa

7.10.1. Concepto

León Barandiarán entiende por enriquecimiento sin causa el provecho que obtiene una persona en desmedro de otra, sin que exista razón que lo justifique. En este sentido, es una fuente autónoma de obligaciones al lado del acto jurídico, del acto ilícito y de la ley que da lugar a que el indebidamente enriquecido deba restituir al empobrecido lo que ha obtenido injustificadamente.²⁰³

En el mismo sentido, Ospina señala que el enriquecimiento sin causa se presenta «en todas aquellas hipótesis de acrecentamiento del patrimonio de una persona a expensas del patrimonio de otra, sin que este desplazamiento de valores obedezca a una causa jurídica justificativa».²⁰⁴

Para que exista enriquecimiento indebido, entonces, es menester que el traslado patrimonial no tenga justificación, que no encuentre sustento en un derecho que lo respalde. De ahí su diferencia con la Excesiva Onerosidad de la Prestación, en la que el enriquecimiento no es indebido, pues encuentra su justificación en la obligación creada por el contrato.

¹⁹⁹ C.I.J. Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), *Recueil*, 1949, p. 71.

²⁰⁰ C.I.J. Affaire relative a certains emprunts norvegiens, *Recueil*, 1958, pp. 53, 54 y 94.

²⁰¹ C.I.J. Affaire de l'Interhandel, *Recueil*, 1959, p. 59.

²⁰² C.I.J. Affaire du Sud-Ouest Africain, *Recueil*, 1966, p. 302.

²⁰³ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. T. I, 1944, p. 282.

²⁰⁴ OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Thémis, p. 43.

La acción de enriquecimiento no procederá, en consecuencia, si proviene de una fuente legítima y regular. Quien se empobrece en base a un acto jurídico válido o por disposición de la ley no puede utilizar la acción. Más aun, hay casos en que la ley justifica enriquecimientos aparentemente injustos: poseedor de buena fe que hace suyos los frutos, poseedor que llega usucapir, deudor cuya deuda prescribe. En estos casos, la causa como fuente de obligaciones es la propia ley.

Finalmente, cabría afirmar que el enriquecimiento sin causa entra en la categoría del hecho jurídico, por cuanto la obligación a cargo del que se ha enriquecido no proviene de acto ejecutado por este con la intención directa y reflexiva de obligarse, pues, aun en el caso de que el enriquecimiento provenga de un hecho voluntario suyo, como el de recibir el pago de lo no debido, mal puede decirse que al hacerlo haya tenido la intención de obligarse a restituir. De suerte que el acto en cuestión es un hecho jurídico respecto de la obligación que genera.²⁰⁵

7.10.2. Consagración en el Derecho Internacional

Si bien la formulación doctrinaria de la teoría del enriquecimiento sin causa es muy moderna, lo cierto es que sus aplicaciones prácticas se remontan al derecho romano de las épocas remotas.

El principio del enriquecimiento sin causa no se conoció en consecuencia en las sociedades primitivas, cuando todavía la justicia se confundía con la fuerza y cada individuo guardaba para sí el beneficio de su actividad. No es sino lentamente en el dominio de la filosofía y como consecuencia del principio «dar a cada uno lo suyo», que esa idea se formula por vez primera, aunque de una manera muy general.²⁰⁶

Será la jurisprudencia romana la que irá sancionando poco a poco ciertos casos de enriquecimiento sin causa, aunque sin llegar a formular nunca un criterio general. Es decir, el principio no fue conocido a cabalidad en el derecho romano

hacia el fin de la República, ni después bajo los Antoninos, y así hasta Justiniano. Sin embargo, en época no establecida, pero que se pretende fijar entre los años 510 y 605 de Roma, se sancionan las leyes Silia y Calpurnia, tendientes a lograr la restitución de una suma de dinero o de una cosa cierta retenidas sin derecho. Más tarde, Pomponio elaboraría un texto, incorporado al Digesto, según el cual, por derecho natural es equitativo que nadie se enriquezca ni obtenga provecho con detrimento ajeno y sin derecho.²⁰⁷

lo que sin duda configuraba los primeros antecedentes de esta figura.

²⁰⁵ Ibidem, pp. 43-44.

²⁰⁶ CAZEAUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. T. II. Editores Plantense, 1986, p. 498.

²⁰⁷ Ibidem, p. 500.

A raíz del choque de las ideas opuestas de Proculyanos y Sabinianos, es que comienzan a definirse los caracteres actuales del enriquecimiento sin causa.

En la Edad Media, bajo la influencia moralizante del derecho canónico, el deber de restituir aparece como mucho más riguroso, siempre que faltase el antecedente necesario para dar una causa lícita al enriquecimiento. Más aun, en la Séptima Partida, Título 34, Ley 17, se hace una clara alusión a esta figura, cuando se dice: «ninguno non devue enriquescer tortizeramente con daño de otro».

Pese a ello, el Código de Napoleón y las legislaciones que en él se inspiraron no llegaron a sancionar expresamente esta institución. La doctrina, sin embargo, especialmente la francesa, hizo girar el sistema en torno de la *versio in rem*, a la cual se llega a atribuir una latitud mucho mayor de la que tuviera originariamente.

En el siglo XIX, será el Código Civil de Austria del año 1811, la primera legislación que contemplaría específicamente el enriquecimiento sin causa, al sancionar algunos principios sobre el empleo útil. Luego, códigos civiles dictados con posterioridad a este, plasmarían la institución del enriquecimiento, aunque con algunas diferencias en su regulación.

Por su parte, en el plano internacional, es abundante la jurisprudencia que comprueba el carácter de Principio General del Derecho de esta figura. Veamos algunos ejemplos.

En primer término, «parece necesario excluir la relevancia tanto de las decisiones internas que, teniendo por objeto cuestiones relacionadas con el Derecho Internacional aplican la doctrina del enriquecimiento sin causa en virtud del Derecho interno,²⁰⁸ como de los precedentes jurisprudenciales internacionales en que la referencia al enriquecimiento injusto no es sino una apariencia terminológica bajo la que se oculta el fundamento real de la decisión, que es otro distinto».²⁰⁹

²⁰⁸ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. «El Enriquecimiento sin Causa como Fundamento de Responsabilidad Internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXXIV, 1982, p. 382: «A esta categoría pertenecen la sentencia del Tribunal de Polonia de 14 de diciembre de 1928, Zilberspic c. el Tesoro (*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, p. 82) y la dictada en 1948 por el Tribunal Supremo de Austria en el Asunto de los Ferrocarriles Alemanes en Austria (SZ 21/60 (1948))».

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 383: «A esta categoría pertenecen las decisiones de la Comisión de reclamaciones entre Estados Unidos y México de 3 de junio de 1927 (George W. Cook (U.S.A) v. United Mexican States, R.S.A. IV, pp. 213 y ss.) y de 18 de octubre de 1928 (The United States of America on behalf of Francis J. Acosta v. the United Mexican States, OPINIONS OF COMMISSIONERS under the Convention concluded september 8, 1923, as extended by the Convention signed August 16, 1927 between the United States and México (September 26, 1928, to May 17, 1929), Washington, 1929, pp. 121 y ss.) así como la decisión de la comisión de reclamaciones internacionales establecida por Estados Unidos para examinar las reclamaciones de sus nacionales contra Yugoslavia en el asunto Mayer (*ILR*, 21, 1954, pp. 150 y ss.)».

También «son escasamente significativos una serie de casos en los que se encuentra una mención meramente incidental del principio de enriquecimiento sin causa».²¹⁰

Otras decisiones «adoptadas en el periodo de 1926 a 1930 por los tribunales arbitrales mixtos creados por los tratados de paz que, de forma explícita, aplican el principio de enriquecimiento sin causa para determinar las obligaciones de resarcimiento derivadas de prestaciones ya realizadas sobre la base de contratos entre particulares nacionales de Estados enemigos resueltos como consecuencia de la guerra».²¹¹

El principio de enriquecimiento sin causa fue así invocado por Grecia como fundamento de su reclamación en el *Asunto Ambatielos*.²¹² Ni la Corte Internacional de Justicia, que solo se ocupó de la cuestión de la obligatoriedad del recurso al arbitraje,²¹³ ni el Tribunal Arbitral, que declaró inadmisibles la demanda griega,²¹⁴ entraron en el fondo del asunto ni abordaron, por consiguiente, el problema de la aplicabilidad del principio,²¹⁵ pero en cambio, en su opinión disidente Spiropoulos afirmó que «el principio a aplicar sería el del "enriquecimiento injusto", que forma parte de los principios generales de Derecho aplicables en las relaciones internacionales».²¹⁶

²¹⁰ Ídem: «Así, por ejemplo, en el asunto de la LIAMCO el árbitro menciona la prohibición del enriquecimiento injusto como un principio general de Derecho (Lybian American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Lybian Arab Republic, *ILM*, (1981), p. 1, en: p. 37, p. 72 del texto reproducido), pero a título meramente ejemplificativo y sin que dicho principio sea tomado en consideración en la decisión. Igualmente poco significativa es, en sentido contrario, la referencia del Tribunal Permanente de Arbitraje en el asunto de los faros del Imperio Otomano a "un prétendu principe général de droit régissant le cas d'enrichissement sans cause" (Affaire relative a las concession des phares de l'Empire Ottoman, *R.S.A.*, XII, p. 155, en p. 241, contra-reclamación n° 9), pues, aunque la expresión refleja una posición escéptica, se trata de un mero "obiter dictum" y el Tribunal no profundiza en la cuestión por estimar que, aun en esa hipótesis, el principio también fue invocado en apoyo de una de las reclamaciones francesas, que el Tribunal desestimó por considerar que no había habido enriquecimiento sin causa».

²¹¹ Ídem.

²¹² *Ibidem*, p. 384: «C.I.J. *Mémoires*, Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume Uni), p. 20 y ss., párrafo 20 de la Memoria griega. El Reino Unido negó la existencia de enriquecimiento injusto en el caso concreto, pero no discutió la aplicabilidad del principio en el orden internacional (p. 177 y ss., párr. 103 de la contramemoria)».

²¹³ *Affaire Ambatielos* (fond: obligation d'arbitrage), Arrê du 19 mai 1953: C.I.J. *Recueil*, 1953, p. 10. *Ibidem*, p. 384

²¹⁴ Sentencia de 6 de marzo de 1956, *R.S.A.*, XII, p. 83. *Ídem*.

²¹⁵ Citado por RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil. *Ob. cit.*, p. 383. «Aunque entre la opinión disidente del presidente del Tribunal Internacional de Justicia, Lord A. McNair, y de los jueces BASDEVANT, KLAESTADT y READ se encuentra una referencia dubitativa: "le grief [...] d'enrichissement indu-à supposer que ces griefs soient de nature à être retenus pour examen dans une instance internationale [...]" (C.I.J. *Recueil*, 1953, p. 28)».

²¹⁶ *R.S.A.* XII, p. 129.

Mayor relevancia tienen algunos casos en los que, sin que la doctrina del enriquecimiento sin causa haya sido expresamente invocada, «resulta claro que se reconoce una obligación de compensación como consecuencia del beneficio obtenido por el Estado demandado en detrimento del particular perjudicado. Este es, en efecto, el único criterio determinante de la compensación en la decisión adoptada por la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México el 31 de marzo de 1926 en el *Asunto Parker*,²¹⁷ en la decisión adoptada con respecto de la reclamación número 16 en el *Asunto de los bienes británicos en la zona española de Marruecos*,²¹⁸ así como en el *Asunto Baker*²¹⁹ y en el *Asunto de los herederos de Putegnat*.²²⁰ En estos dos últimos casos —ambos del siglo XIX— está fuera de duda que no se cuestionó la licitud de los hechos que estuvieron en el origen de la reclamación».²²¹

En el arbitraje del *Asunto Lena Goldfields Corporation*,²²² «citado a veces como el *leading case*, el principio de enriquecimiento sin causa fue invocado expresamente como fundamento de la decisión adoptada. Sin embargo, su significación se agota en la consideración del enriquecimiento sin causa como un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas, pues su aplicación al caso concreto parece injustificada y se hace sin distinguir entre la obligación de compensación derivada de enriquecimiento sin causa y la que encuentra su origen en una responsabilidad de carácter contractual o delictual».²²³

²¹⁷ William A. Parker (U.S.A) v. United Mexican States, R.S.A., IV, p. 35.

²¹⁸ RODRÍGUEZ IGLESIAS Gil. Ob. cit., p. 385: «Affaire des biens britanniques au Maroc Espagnol, R.S.A., II, p. 615 (reclamación núm 16, Berka d'ben-Karrishb-Rzini, pp. 680 y ss.). El árbitro Max HUBER estimó, que sobre la base del "principio generalmente admitido según el cual pueden nacer obligaciones cuasicontractuales de actos unilaterales", que la ocupación prolongada de un inmueble por las autoridades españolas sin el consentimiento del propietario y sin una necesidad militar estricta era un hecho susceptible de dar lugar a obligaciones de este tipo que podían asumir razonablemente la forma del pago de un alquiler con una finalidad compensatoria. Sin embargo, no estimó equitativa la aplicación de esta solución por considerar que el aumento de valor del terreno durante el período de la ocupación implicaba para el propietario una indemnización suficiente por la utilización del inmueble».

²¹⁹ Baker's Case, J.B. MOORE. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States have been a Party*. Vol. IV, Washington, 1898 (MOORE IV), p. 3668 y ss. Ídem.

²²⁰ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. Ob. cit., p. 385: «Case of Putegnat's Heirs, MOORE IV, p. 3718 y ss. Tanto en este caso como en el citado en la nota anterior se afirmó la obligación del Gobierno de Méjico de indemnizar a particulares americanos perjudicados por actos de guerra, pero solamente en relación con los bienes efectivamente utilizados por el Ejército mejicano, negando, en cambio, la procedencia de la compensación en relación con los daños debidos al desarrollo de las hostilidades».

²²¹ Ídem.

²²² Lena Goldfields, Ltd, Arbitration, September 3, 1930, *Cornell Law Quarterly* 36 (1950), p. 42 y ss.

²²³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. Ob. cit., p. 385.

Esta distinción se encuentra, en cambio, expuesta con gran nitidez en la *Setencia Arbitral del Tribunal del Delagoa* y también en la decisión adoptada el 21 de mayo de 1921 por la Comisión Arbitral entre Perú y Estados Unidos en el *Asunto Landreau*.²²⁴

En ninguna de las decisiones consideradas hasta ahora se afirma —al menos de modo expreso— la obligación de compensación derivada de enriquecimiento sin causa sobre la base del Derecho Internacional General. Esta afirmación excepcional se encuentra en cambio, en el *Asunto de la General Finance Corporation*, en la que se dice textualmente que «el Gobierno de México, según el Derecho Internacional, debe resarcir al reclamante en la medida en que se ha enriquecido injustamente».²²⁵

La jurisprudencia examinada «parece constituir —a pesar de algunos precedentes negativos— un indicio suficiente de la existencia de “un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas”, opinión mayoritaria en la doctrina».²²⁶

La jurisprudencia internacional examinada pone también de manifiesto que el campo privilegiado de aplicación del principio de enriquecimiento sin causa es el de la responsabilidad del Estado por daños causados a intereses económicos de particulares extranjeros. Una segunda categoría de situaciones en las que se aplica el principio de enriquecimiento sin causa está constituida por los supuestos en los que nace una

²²⁴ Ibidem, p. 386. «R.S.A. 1, p. 347 y ss. La Comisión estimó que el Gobierno de Perú estaba obligado a pagar una compensación a los herederos de Landreau sobre la base del quantum meruit por los beneficios obtenidos como consecuencia del descubrimiento de yacimientos de guano. Sin embargo, consideró que no podía ser invocado el contrato previo relativo a la recompensa por tales descubrimientos y precisó que el principio sobre cuya base debía computarse la suma a pagar es muy diferente del que habría sido aplicable sobre la base del contrato. En este último caso habría que haber calculado la remuneración debida, en tanto que, no siendo aplicable el contrato la cuestión radicaba en el justo valor de la comunicación al Perú de los descubrimientos de guano (p. 364)».

²²⁵ Department of State Publication 2859, *Arbitration Series 9*, p. 546. Ídem.

²²⁶ RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil. Ob. cit., pp. 387-388: «En este sentido se han manifestado inequívocamente G.DAHM. Ob. cit., p. 274. En: FANARA. Ob. cit., p. 193 y ss; W. FRIEDMANN. *The Changing Structure of International Law*. Londres, 1964, p. 206 y ss; P. GUGGENHEIM. *Traité de Droit international public*. T. I. 2.^a ed. Ginebra, 1967, p. 302; A. MIAJA DE LA MUELA. Ob. cit. en especial p. 356; R. MONACO. *Manuale di Diritto internazionale pubblico*. Turín, 1960, p. 109; con ciertas matizaciones G. SCHWARZENBERGER. Ob. cit., p. 580. Es dubitativa al respecto la posición de G. RIPPERT. Ob. cit., p. 569, en p. 631 y s.; P.REUTER. *Droit International Public*. 5.^a ed. París, 1976, p. 214; C.I.J. ROUSSEAU. *Droit International Public*. T. I. París 1970, p. 380 y s. B. CHENG considera que la doctrina del enriquecimiento injusto no puede ser considerada aún (al menos, sin más precisiones) como un «principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas». («justice and Equity [...]» p. 191). Inequívocamente en contra de la vigencia del principio en el orden internacional. G. BALLADORE-PALLIERI. *Diritto Internazionale Pubblico*. 7.^a ed. Milán, 1956, p. 339. y J.I. KUNZ: «Rechtshandlungen, natürliche». En: STRUPP, K. *Wörterbuch des Völkerrechts*. Vol. 2, 1925, p. 339, en p. 340».

obligación de compensación como consecuencia de bienes o servicios que han sido recibidos por el Estado sobre la base de contratos celebrados *ultra vires*.²²⁷

En consecuencia, el enriquecimiento sin causa se constituye según el Derecho Comparado y la jurisprudencia internacional, en un Principio General del Derecho.

²²⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. Ob. cit., p. 391.

BIBLIOGRAFÍA**1. TRATADOS Y MANUALES**

- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Río de Janeiro, 1945, t. I.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional Público*. México: Alianza Universidad Textos, 1987.
- BALLADORE-PALLIERI, G. *Dirito Internazionale Pubblico*. 7.^a ed. Milán, 1956.
- BARBERIS, Julio. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Plantense, 1973.
- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. T. I. Bogotá: Témis, 1983.
- CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè Editore, 1995.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1969.
- CAZEAUX, Pedro y Félix TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. T. II. La Plata: Editora Plantense, 1986.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl Vinuesa. Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. *La Igualdad Jurídica de los Estados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968, Memoria n.º 31.
- CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. *Los Principios Políticos en las Relaciones Internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javariana, 1985.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. México: Trillas, 1967.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit international public*. T. I. 2.^a ed. Ginebra, 1967.

- HALAJCZUK, Bohdan y María MOYA DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ate-
neo, 1965.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The development of International Law by the International
Court*. Londres: 1958.
- LEON BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil Peruano*. T. I. 1944.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I.
Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- MARTIN BERNAL, José Manuel. *El Abuso del Derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982.
- MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. T. I. Rio de Janeiro: Reno-
var, 1992.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Interzionale Pubblico*. Turín, 1960.
- MOORE, J. B. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United
States have been a Party*. Vol. IV, Washington, 1898 (MOORE IV).
- OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Thémis.
- PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdo-
ba, 1990.
- PODESTA COSTA, Luis A y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Vol.
1. Buenos Aires: TEA, 1985.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Principios Fundamen-
tales*. Madrid: Tecnos, 1983.
- REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido.
Barcelona: Bosch, 1963.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires:
Plus Ultra, 1989.
- ROULET. *Le caractère artificiel de la Théorie de l'abus de droit en Droit International
Public*. Neuchâtel, 1958.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducido por Fernando Gi-
ménez Artigues. 3.^a ed. Barcelona: Ariel, 1966.
- SCERNI. *L'abuso di diritto nel rapperti internazionali*. Roma, 1930.
- SCHWARZENBERGER, George. *International Law as Applied by International Cour-
ts and Tribunals*. Vol. J. 3.^a ed. Londres, 1957.
- SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1964.
- SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de la
Cultura Económica, 1979.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. 1. Madrid: Edicio-
nes Iberoamericanas, 1957.

- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1982.
- VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 1986.

2. ARTÍCULOS

- BELAUNDE MOREYRA, Antonio. «Principios Generales y la Unidad del Derecho». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*. T. XXXV, enero-marzo, n.º 87, 1983.
- GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. En: Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, t. I, 1994.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio. «Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Intenracional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, vol. XXIX, n.º 1, 1966.
- GÓMEZ ACEBO, Fernando. «La Buena Fe y la Mala Fe en el Derecho Privado». En: *Revista de Derecho Privado*. T. XXXVI, año 1952.
- PASTOR RIDRUEJO, José. «La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional». En: *Anuario del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)*. n.º 4, 1973.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. «El Enriquecimiento sin causa como fundamento de Responsabilidad Internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXXIV, 1982
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Idea y Realidad». En: *ONU Año XX*. Madrid: Tecnos, 1966.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, pp. 9-463.
- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international, Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, pp. 9-374.
- FITZMAURICE, Gerald. «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92, pp. 9-227.

FRIEDMANN, Wolfgang. «General Course in Public International Law». En: *RCADI*. 1967-II, t. 127, pp.

VIRALLY, Michel. «Panorama du droit international contemporain, Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, pp. 9-382.

WEIL, Prosper. «Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237, pp. 9-370.

3.2. CURSOS ESPECIALES

AGO, Roberto. «Science juridique et droit international». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90, pp. 851-958.

FINCH, George. «Les sources modernes du droit international». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53, pp. 531-629.

HEILBORN, Paul. «Les sources du droit international». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11, pp. 1-63.

POLITIS, Nicolás. «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. 1925-I, t. 6, pp. 1-121.

RIPERT, Georges. «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale)». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44, pp. 565-664.

VERDROSS, Alfred. «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale». En: *RCADI*. 1935-II, t. 52, pp. 191-251.

WOLFF, K. «Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. 1931-II, t. 36, pp. 479-553.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 26.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 64.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 44.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 77.

C.P.J.I. *Serie C*, n.º 88.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- I.C.J. *Reports*, 1925.
- C.I.J. *Recueil*, 1948.
- I.C.J. *Reports*, 1949.
- I.C.J. *Reports*, 1952.
- C.I.J. *Recueil*, 1955.
- C.I.J. *Recueil*, 1958.
- C.I.J. *Recueil*, 1959.
- C.I.J. *Recueil*, 1966.
- C.I.J. *Recueil*, 1970.
- I.C.J. *Reports*, 1971.
- I.C.J. *Reports*, 1975.

CAPÍTULO VI

LAS NORMAS DE
IUS COGENS

1. Evolución Histórica

El origen del *ius cogens* es uno de los aspectos más complejos y polémicos de esta temática. Para un sector de la doctrina «tanto la idea de normas jurídicas obligatorias independientes de la voluntad de las partes como el término *ius cogens* tienen un origen un tanto misterioso».¹ «Explorando con minuciosidad los textos romanos, observan que la referencia al *ius cogens* aparece sólo una vez en una cita de Papiniano».² Sin embargo, se sostiene que el Derecho Romano reconoció la existencia de normas que no podían ser modificadas a voluntad. Este sector de la doctrina se apoya en que en este ordenamiento, los contratos no podían modificar el *ius publicum* y que en los textos de Gayo se precisa que el *ius publicum* estaba compuesto por reglas inmodificables por voluntad de los individuos.³

Esto explica —señalan— que los pandectistas alemanes hayan trabajado la idea de un derecho perentorio, imperativo y superior a la voluntad de las partes, puesto en circulación bajo el término «*ius cogens*», diferenciándolo del «*ius dispositivum*».⁴

Otro sector de la doctrina, sin embargo, entiende que el origen del *ius cogens* se encuentra en el antiguo derecho natural. Así, aun cuando desconoce la existencia de normas imperativas de carácter objetivo, ya a mediados del siglo XVIII Vattel se pronunciaba, dentro de la corriente iusnaturalista, por la nulidad de los acuerdos que tenían un fin inmoral o deshonesto.⁵

Mientras un último sector sostenía que *ius cogens* se produce en todo sistema jurídico. Así, Lord Mac Nair señala que todo ordenamiento jurídico cuenta con disposiciones imperativas que no pueden ser exceptuadas o suspendidas por los titulares o los que se benefician de los derechos o de las situaciones jurídicas.⁶

Apartándose de estas posiciones, la Comisión de Derecho Internacional, consideró el *ius cogens* como fenómeno reciente y propio de la

¹ SUY, Erick. «The Concept of Ius Cogens in Public International Law». En: *Conference of International Law*. Lagonissi, 1966.

² Digesto, 39.5.1-29. Citado por GALINDO POHL, Reynaldo. «Ius Cogens». En: *Comité Jurídico Interamericano. Cuarto Curso de Derecho Internacional*, julio-agosto, 1977, Washington, p. 218.

³ Digesto, II, 14,38. Ídem.

⁴ GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 218.

⁵ VATTEL, Emer de. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqués a la conduite des Nations et ses Souverains*. Neuchâtel, 1758, libro II, capítulo XII, p. 373, párr. 160: «Por la misma razón, por falta de poder, un tratado hecho por causa injusta o deshonesto es absolutamente nulo; nadie puede comprometerse a hacer cosas contrarias a la Ley Natural. Así una Liga ofensiva, hecha para despojar a una nación, de la que no se ha recibido ninguna injuria, puede, o mejor aún debe ser rota».

⁶ MAC NAIR, Arnold. *The Law of Treaties*. London, 1961, pp. 213-214. En el mismo sentido BROWNLIE, Ian. *International Law and The Use of Force*. 1961, p. 409. Véase GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 219.

evolución contemporánea del Derecho Internacional. El origen de este tipo de normas sería, según la Comisión, exclusivamente positivo y condicionado por una Comunidad Internacional llegada a un periodo de madurez.⁷

La escuela voluntarista que predominó en el siglo XIX y en la primera parte del siglo XX no aceptaba limitaciones a la autonomía de la voluntad de los Estados para celebrar tratados.⁸ Solo algunos autores aislados preconizaban el principio, derivado del derecho interno, según el cual es nulo todo tratado que tiene un objeto ilícito.⁹

La importancia del *ius cogens* en el Derecho Internacional se advirtió recién luego de conocidos los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Si bien comenzó con la idea de que la moral comporta un límite para el derecho general y para el Derecho Internacional en particular, la polémica respecto al ajuste del Derecho Internacional a la moral se extendió pronto al orden público y concluyó con el *ius cogens*.¹⁰

Así, entre las dos guerras mundiales, autores alemanes y vieneses suscitaron la nulidad de los tratados de contenido inmoral. El argumento estaba destinado en parte al tratado de Versalles. Entre estos autores destacan Verdross y Bluntschli, quienes sostuvieron la nulidad de los tratados que contenían cláusulas *contra bonos mores*.¹¹ Contrariamente, publicistas como Guggenheim negaron que los Estados estuviesen sometidos a limitaciones ajenas a su voluntad. Para este autor no existía orden público internacional que limitara la libertad de creación de normas de Derecho Internacional.¹² En posición intermedia se colocaron, en esos años Brierly y Lauterpacht. El primero negó que en ese entonces existiese el *ius cogens*, pero declaró deseable su incorporación al Derecho Internacional.¹³ El segundo reconoció *el ius cogens* como equivalente al orden público internacional y le asignó contenido primordialmente moral.¹⁴ Por

⁷ CDI. Informe sobre la labor realizada en su 18 periodo de sesiones, parte II, p. 81, párr. 3.

⁸ Es el caso de SCHWARZENBERGER, George. «International Ius Cogens». En: *Texas Law Review*, 1965; MORELLI, Gaetano. «A propósito delle norme internazionali cogenti». En: *Revista di Diritto Internazionale*, 1968; entre otros.

⁹ Es el caso de Vattel, Rivier y Fauchille. Citados por ROLLIN, Henry. «Vers un Ordre Public Réellement International». En: *Hommage d'une Génération de Juristes au Président Basdevant*. P. 415.

¹⁰ GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 219.

¹¹ BLUNTSCHLI, J. E. *Das Moderne Völkerrecht*. 1878, sección 411, p. 237. Véase GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 219.

¹² GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. Vol. I, 1951, p. 57. En: el mismo sentido ROUSSEAU, Charles. *Principes Généraux du Droit International Public*. Vol. I, 1944, p. 340. Véase GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 220.

¹³ BRIERLY, James. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. Vol. 58, 1936, p. 219. Ídem.

¹⁴ LAUTERPACHT, H. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. Vol. 62, 1937, p. 316. Ídem.

esas mismas fechas, un reconocido civilista como Ripert consideraba ya la introducción de la noción de «orden público» en el Derecho Internacional como una posible fuente de la cual surgen numerosas aplicaciones.¹⁵ De igual manera, Verdross veía ya la existencia de un derecho imperativo que no podía ser derogado por convenios entre particulares, aun cuando en su tiempo lo denominara «principios generales de *ius cogens*»; sin duda su explicación los situaba con el carácter de normas imperativas y no de meros principios.¹⁶ Incluso, llega a deducir del principio de la buena fe la validez de las demás normas jurídicas, postulando la capacidad de la justicia internacional para pronunciarse de oficio sobre la validez de un acuerdo internacional.¹⁷

¹⁵ RIPERT, Georges. «Les règles de droit civil applicables aux rapports entre Etats». En *RCADI*. 1933-II, t. 44, pp. 599-600: «La noción de *orden público* es la más delicada. Por ella se entiende, en el derecho interno, las reglas imperativas que son indispensables para la vida del grupo. El contrato, unión privada entre el acreedor y el deudor, no sabrá crear una relación contraria a aquellas que son impuestas, por el Estado o la organización familiar. En el derecho interno, es el legislador quien determina el carácter de orden público de ciertas reglas, sea expresamente, sea tácitamente. En el derecho internacional es difícil encontrar tal noción, a falta de una autoridad superior a los Estados soberanos que les imponga las reglas que ellos no podrían derogar por sus acuerdos particulares.

Existen algunos ejemplos. Los artículos 18 y 20 del Pacto de la Sociedad de Naciones, imponen el registro de los tratados, declarando que el pacto aboga todas las obligaciones incompatibles con esas reglas y prohíbe contratar en el futuro con reglas parecidas. La idea es de orden público: reconocimiento de la ley superior que las partes no sabrán derogar por los acuerdos particulares.

En el derecho interno, la idea de orden público permite el control del juez sobre los convenios privados y, gracias al desarrollo de la teoría de la causa, el control se ha podido ejercer sobre actos jurídicos de actos tendientes a un fin ilícito. De momento, el derecho internacional debe servirse discretamente de ese medio; la autoridad superestatal está muy mal establecida para que se pueda siempre forzar a los Estados a inclinarse ante el respeto del orden necesario para la sociedad de estados, y el juez internacional no tendrá la autoridad deseada para escrutar las intenciones de los Estados y declarar que ellos perciben un fin ilícito, pero la dificultad de aplicación del principio no debe hacer olvidar que existe en el respeto del orden público una regla superior reconocida por el derecho, de la que un día el derecho internacional podrá extraer numerosas aplicaciones».

¹⁶ VERDROSS, Alfred. «Principes générales du droit appliqués par la justice internationale». En: *RCADI*. P. 206: «Si por el contrario, una regla positiva se encuentra en oposición con una norma general de *ius cogens*, está claro que ella debe ceder a la norma general que rige la materia. Es así que la disposición de un tratado, contraria a las buenas costumbres no es válida por la razón que esa regla positiva fue dictada en violación de una norma general que se impone a todo convenio, interno o internacional».

¹⁷ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., pp. 243-244: «Por sus sentencias, la Corte reconoce expresamente que el derecho de gentes *positivo* no es la única fuente de derecho en las relaciones internacionales, ya que él supone como principio fundamental el principio *suprapositivo* de la buena fe. Todo derecho positivo no es válido más que dentro del marco del principio de la buena fe.

De este principio fundamental del derecho el juez Schükking, en su opinión individual en el asunto del ciudadano británico Chinn, extrae la consecuencia clara de que

Hacia finales de los años cincuenta y comienzos de los sesenta, Fitzmaurice es el primero en plantear la existencia del *ius cogens* dentro de los elementos de validez de fondo de los tratados, pero separado de la cuestión de la moralidad.¹⁸ Si bien reconoce que en algunos casos la moralidad queda vertida de modo directo en reglas de Derecho Internacional, como por ejemplo, en la norma relativa a la buena fe en las transacciones, la mayor parte de la moral pública la entiende como un cuerpo separado que, si bien penetra toda la vida social, no forma parte del *ius cogens*, sino del orden público en general.¹⁹

De igual modo, hace una distinción clara entre las normas imperativas y aquellas de carácter dispositivo, cuando comenta el artículo 16 del proyecto de la CDI:

La reglas de Derecho Internacional pueden, a los fines de nuestro estudio, repartirse en dos categorías: las reglas que son obligatorias e imperativas en todas circunstancias (*ius cogens*) y aquella de *ius dispositivum*, que constituyen simplemente una norma a aplicar en ausencia de régimen convencional o, para ser más exactos, aquellas que pueden descartarse o modificarse convencionalmente, a condición que la posición y los derechos de terceros Estados no sean afectados.²⁰

Es así como hacia el final de los años sesenta el *ius cogens* adquiere «carta de naturalización en el Derecho Internacional contemporáneo», cuando, «por obra de la Comisión de Derecho Internacional» de Naciones Unidas se reconoce su existencia, separada de la moral y del orden público, incorporándola en el Proyecto de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el 23 de marzo de 1969.²¹

La admisión de la idea de la existencia del *ius cogens* no se vincula hoy a una determinada escuela del pensamiento jurídico. Autores pertenecientes a tendencias doctrinarias distintas y Estados fundados en con-

la Corte no podrá jamás aplicar un convenio "cuyo contenido sea contrario a las buenas costumbres". Tal convenio sería "en realidad, nulo y sin efecto". En consecuencia, la Corte estaría obligada a constatar *de oficio* la nulidad de tal tratado, aún si su validez no ha sido cuestionada por un gobierno.

Es con razón que el juez Schükking, de acuerdo con el juez Jonkheer van Eysinga, declara que "la esencia misma de todo tribunal nacional o internacional, es reconocer las normas jurídicas que son *válidas* a sus ojos". La Corte no está llamada a aplicar la costumbre y el convenio *como tales*, sino en tanto que *expresiones de la idea de derecho*. Debe entonces tratarse siempre de una costumbre o un convenio *válido*, nacido en el marco del derecho general».

¹⁸ FITZMAURICE, Gerald. *Yearbook of The International Law Commission*. Vol. II, 1958, p. 26. Véase GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., pp. 220-221.

¹⁹ Ídem.

²⁰ FITZMAURICE, Gerald. *Annuaire de la Commission de Droit International*. 1958, vol. II, p. 42.

²¹ GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 205.

cepciones políticas absolutamente diversas aceptan actualmente la existencia de normas imperativas de Derecho Internacional.

De tal modo, es erróneo hoy afirmar la preceptiva vinculación del derecho natural con el *ius cogens*. Para algunos, este criterio puede ser correcto,²² pero puede sostenerse que en la actual Comunidad Internacional, compleja y diversa en su composición y en las ideas políticas, filosóficas, sociales, económicas y culturales de los sujetos que la integran, debe reconocerse que la enorme mayoría de los autores y de los gobiernos actuales aceptan, expresa o implícitamente, esta idea, sea cual fuera la raíz teórica o filosófica de su pensamiento jurídico.²³

2. Concepto

Organizada la Sociedad Internacional, «que en los últimos decenios, por obra de las comunicaciones y en general de la interdependencia se ha convertido en Comunidad Internacional, la importancia de las reglas de *ius cogens* se ha acrecentado». Así, no se trata de que esas reglas aparezcan por medio de decisiones contractuales determinadas y singulares, sino que emergen como necesaria expresión social o comunitaria.²⁴

Algunos autores equiparan las normas de *ius cogens* a las de orden público.²⁵ En la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, por ejemplo, no se distinguió sino más bien se equiparó ambos conceptos. Es el caso de las opiniones de varios autores destacados, como Yasseen, quien señaló:

Pero en Derecho Internacional son los contratantes mismos los que crean las reglas de derecho. La cuestión del criterio adoptado para determinar la jerarquía de las reglas es entonces uno de los más complejos. Este criterio no puede ser el número de Estados que aceptan la regla, pues ese número no está siempre en proporción al valor y a la importancia de la regla. Tampoco puede serlo la fuente formal de la regla, y sobre todo es difícil decir si la costumbre debe siempre primar sobre la regla convencional o viceversa. El único criterio admisible es entonces la substancia de la regla; para ser considerada como *ius cogens*, una regla de derecho internacional debe no solamente ser aceptada por un gran número de Estados, es necesario que ella esté profundamente anclada en la conciencia internacional.²⁶

²² REUTER, Paul. *La Convention de Vienne sur le Droit des Traités*. París: Armand Collin, 1970, p. 85.

²³ PÉREZ GONZÁLEZ, M. «Los Gobiernos y el *Ius Cogens*». En: *Estudios en Honor del Profesor Luis Sela Sempil*. Oviedo, 1970, p. 133.

²⁴ GALINDO POHL, Reynaldo. Ob. cit., p. 209.

²⁵ MOSLER, Herman. «The International Society as a Legal Community». En: *RCADI*. 140, 1971, IV, pp. 35-36.

²⁶ YASSEEN, Mustafá. *Annuaire de la Commission de Droit International*. Vol. I, 1963, p. 68.

No cabe duda de que el orden público se enlaza con el *ius cogens*. Desde el punto de vista de su materia o contenido, el orden público concierne a la protección de los intereses esenciales del Estado o de la sociedad o comunidad y a los cimientos jurídicos que sostienen el ordenamiento material y moral de esos entes. Desde el punto de vista de sus efectos, el orden público gravita indudablemente sobre las voluntades de los sujetos jurídicos y, por consiguiente, los actos que lo contraríen adolecen de nulidad. Sin embargo, de esto no cabe entender que el *ius cogens* equivale al orden público.²⁷

La Comisión de Derecho Internacional que elaboró el texto de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, si bien introdujo el tema en el Derecho Positivo, se abstuvo de definirlo pues se limitó a dar una noción somera que solo permite entender sus efectos en la validez de los Tratados. Waldock, al proponer el artículo sobre esta materia, estimó que presentaba más una descripción que una definición.²⁸ En la discusión consiguiente, Ago sostuvo que solo los términos que apareciesen con mucha frecuencia en el proyecto de artículos deberían ser definidos, y que tratándose del *ius cogens*, mencionado solamente en dos artículos, podría evitarse su definición.²⁹

Queda, pues, «un extenso campo para que la doctrina ofrezca su contribución, e incluso para que esclarezca el contexto en que ha de colocarse y manejarse el aporte de la Comisión de Derecho Internacional en la materia». En todo caso, «el examen y el esclarecimiento del sentido que la CDI dio a esta categoría jurídica es» un «punto de partida sólido y tal vez obligado de toda indagación del *ius cogens*».³⁰

El Convenio de Viena de 1969 se refiere al *ius cogens* en su artículo 53, que señala:

La 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.

²⁷ Para Gros el concepto de orden público internacional es más amplio y comprensivo. La idea de orden público, tanto interno como internacional, supone que en toda comunidad regida por el derecho tiene que haber necesariamente normas superiores a la voluntad de los sujetos que integran esa comunidad. Como consecuencia de ello, se llega a la afirmación de la irregularidad de todo acto contrario a ese orden público. Estas ideas originadas en el Derecho Interno, pueden ser aplicadas al caso de los actos jurídicos internacionales y de la Comunidad Internacional: el concepto de orden público internacional se refleja en todos los campos y materias del Derecho de los Tratados. GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991, p. 213.

²⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, vol. I, 1963, p. 66.

²⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario*, vol. I, 1963, p. 70.

³⁰ GALINDO POHL, Reynaldo. *Ob. cit.*, p. 210.

Esta definición, según Jiménez de Aréchaga, «no aprehende la esencia misma del *ius cogens* desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa. No es que ciertas reglas sean de *ius cogens* porque no permiten acuerdo en contrario; más bien, no se permiten acuerdos en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de reglas de *ius cogens*».³¹

Las normas de *ius cogens* serán, entonces, «principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y que corresponden a principios morales fundamentales. Esos principios interesan a todos los Estados y protegen intereses que no se limitan a un Estado o a un grupo de Estados, sino que afectan a la comunidad internacional en su conjunto». Precisa Jiménez de Aréchaga:

La observancia de tales principios, firmemente arraigados en la convicción jurídica de la comunidad de Estados, se reclama de todos los miembros de esa comunidad y su violación por un Estado cualquiera afecta a todos los demás. De ahí se sigue que ya no es suficiente condenar su violación flagrante por acto unilateral; es también necesario establecer por anticipado la sanción preventiva de la nulidad absoluta respecto de uno de sus actos preparatorios, a saber, la conclusión de un tratado por el cual dos o más Estados contemplan la ejecución de actos que constituyen la violación de uno de esos principios fundamentales.³²

El *ius cogens* es la contrapartida del *ius dispositivum*. Supone una limitación a la libertad contractual de los Estados que implica la negación de la concepción voluntarista que hizo que en el pasado se sostuviera que no existía límite, en razón de materia, para la capacidad contractual de los Estados.³³

Rodríguez Carrión plantea que estos principios «definen y caracterizan la naturaleza misma de la sociedad internacional, hasta el punto de ser ampliamente reconocidos como principios estructurales e incluso constitucionales del orden internacional».³⁴ Suárez consideró el *ius cogens* como *ius preceptivum* y Vattel lo llamó «insustituible derecho de las naciones».

En este orden de ideas «es discutible que estos últimos principios sean identificables con lo que usualmente se denomina Principios Generales del Derecho o ideas orientadoras del Derecho Internacional en

³¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 81.

³² Ídem.

³³ MAREK, Krystina. «Contribution à L'étude du *Ius cogens* en Droit International». En: *Hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra, 1968, p. 447.

³⁴ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 236.

su conjunto. Se trata más bien de normas jurídicas concretas y positivas en las que la confusión con los principios se debe al hecho de que con estas normas estructurales se quiere indicar aquellos principios normativos cuyo carácter indiscutible, les hace tener un rango jerárquico superior a las demás normas jurídicas. En este sentido, los llamados Principios Generales Estructurales del Derecho Internacional están más cerca de las normas generales, de contenido consuetudinario, que de los principios generales deducidos de la idea general del Derecho. Con esta perspectiva, el elemento diferenciador entre los principios estructurales y las normas generales, se encontraría en el hecho del carácter suprallegal o constitucional de los principios frente a los segundos. Es por ello por lo que a los principios generales estructurales también se les considera como auténticas normas imperativas o de *ius cogens* del actual ordenamiento internacional». ³⁵

3. Características

El *ius cogens*, como categoría del Derecho Internacional, reúne los siguientes caracteres esenciales:

- a) Es una norma aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto.
- b) Es una norma imperativa, es decir, no admite pacto en contrario.
- c) Solo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante.
- d) Es una norma que pertenece al Derecho Internacional general, en tanto es aplicable a todos los Estados que componen la Comunidad Internacional; y
- e) Su violación por un Estado afecta a todos los demás y se considera un crimen internacional. Las disposiciones contrarias al *ius cogens* son nulas o terminan.

Con respecto de la primera característica debemos afirmar que «para la formación e identificación de una norma de *ius cogens*, resulta decisiva la percepción de un hecho psicológico, una *opinio iuris cogentis* que se aprecia en función de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la Sociedad Internacional, aunque no necesariamente unánime y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales». ³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 236.

³⁶ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, p. 24.

La expresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados «comunidad internacional en su conjunto» no está aun debidamente institucionalizada y ninguna Organización, «ni siquiera la ONU, posee la competencia necesaria para, en su nombre, decidir según reglas de formación de la voluntad de sus órganos», «qué normas son imperativas. En estas circunstancias, la comunidad internacional encarna directamente en sus miembros. De ahí que, al afrontar el problema en su trabajo codificador del Derecho de la responsabilidad internacional, la CDI haya propuesto que la aceptación y reconocimiento como imperativa de una norma por la comunidad internacional en su conjunto significa aceptación y reconocimiento por todos los componentes esenciales de esa comunidad, con exclusión de la atribución a cada Estado en particular de un inconcebible derecho de veto».³⁷

Asimismo, el Comité de Redacción de la Conferencia sobre el Derecho de los Tratados precisó que no se requiere que todos los Estados acepten y reconozcan determinada norma de *ius cogens*, pues bastaría «una muy grande mayoría» para que esta quede consolidada.³⁸

Respecto a la segunda característica ha de recordarse que las reglas del Derecho Internacional son obligatorias, lo que significa que «la violación de la que podrían ser objeto constituiría un acto ilícito con todas las consecuencias jurídicas que se derivan de él».³⁹ Sin embargo, las normas de *ius cogens*:

[...] contienen un tipo específico de obligatoriedad, un plus respecto de la obligatoriedad normal de las reglas internacionales. Este consiste en el carácter ineluctable, en el cumplimiento irrefragable en cuanto los interesados y las partes tienen que ajustarse a esas normas y no pueden renunciar a su aplicación ni pactar excepciones. Por consiguiente, esas normas están por encima de las voluntades de los sujetos de Derecho Internacional.⁴⁰

A esto, cabe agregar, como bien señala Brownlie, que los efectos de las normas de *ius cogens* se extienden más allá del campo de aplicación de los tratados, e invalidan todo acto que se encuentre en oposición a esas normas, sin que valgan reconocimiento, aquiescencia o protesta de ningún tipo, ni pueda aplicarse un criterio de prescripción en favor del acto ilícito.⁴¹

³⁷ *Ibidem*, p. 25.

³⁸ CDI. *Vienna Conference on the Law of Treaties*. Vol. I, p. 472.

³⁹ VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 168.

⁴⁰ GALINDO POHL, Reynaldo. *Ob. cit.*, p. 211.

⁴¹ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 514: «Fuera del derecho de los tratados, el contenido específico de normas de este tipo implica la irrelevancia de la protesta, reconocimiento y aquiescencia: La prescripción no purga este tipo de legalidades».

La prohibición de derogar una norma de *ius cogens* encuentra su fundamento en que aquí no estamos simplemente ante una renuncia individual de parte de un Estado a sus propios derechos, de los que puede disponer según sus propios intereses; sino que nos encontramos ante una norma que protege intereses colectivos de orden superior, comunes a todos los miembros de la Comunidad Internacional.⁴²

Estas normas son, entre otras: el Principio del Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales; el Principio de Prohibición de la Amenaza y del Uso de la Fuerza; el Principio para la represión y sanción de la Trata de esclavos, la piratería o el genocidio; el Principio de Protección y Promoción de los Derechos Humanos; el Principio de Libre Determinación de los Pueblos; el Principio de Igualdad Jurídica de los Estados, el Principio de Solución Pacífica de Controversias; el Principio de Buena Fe; el Principio del Pacta Sunt Servanda; entre otros.

En relación con la tercera característica, cabría señalar que el contenido del *ius cogens* cambia y evoluciona constantemente de acuerdo con el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y con las modificaciones que sufre la Comunidad Internacional y los conceptos básicos en que esta se asienta.⁴³ Por ello, es posible no solo el surgimiento de nuevos principios de *ius cogens*, sino el nacimiento de principios que regulan de una manera diferente una materia ya reglada por otra norma de *ius cogens* preexistente. En tal caso y solo en tal caso, la norma de *ius cogens* preexistente quedaría derogada.

En referencia a la cuarta característica, simplemente cabría anotar que al tratarse de normas que gozan de aceptación universal, los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens* se extienden a todos los Estados de la Comunidad Internacional. Por tanto, no se trata de normas particulares como los actos unilaterales de los Estados, sino de normas abstractas y generales que pertenecen al Derecho Internacional General.

Finalmente, en relación con la quinta característica, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional para la codificación de las normas sobre responsabilidad internacional proponen que no todas las obligaciones tengan el mismo valor y «que la violación de obligaciones cuyo respeto reviste importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto –cuyo paralelismo y normal coincidencia con el *ius cogens* ha sido subrayado por el órgano codificador– implique la comisión de un crimen y no la de un simple delito internacional (artículo 19 del Proyecto), sin que quepa admitir que el consentimiento de la víctima o el estado de necesidad del infractor excluyan la ilicitud de un comportamiento contrario a esas obligaciones» (artículos 29 (2) del Proyecto).⁴⁴

⁴² VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 170.

⁴³ GROS ESPIELL, Héctor. Ob. cit., p. 218.

⁴⁴ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 23.

Adicionalmente del *obiter dictum* de la C.I.J. en el *Asunto Barcelona Traction* sobre las obligaciones *erga omnes*, la CDI quiso deducir que el Estado que infringe una de esas obligaciones compromete su responsabilidad internacional, no solo frente al Estado que la sufre directamente, sino también frente a los otros miembros de la comunidad internacional, lo que legitimaría a cualquiera de ellos para exigirla (artículo 5 de la segunda parte del proyecto). En el orden judicial, supondría reconocer la acción popular, es decir, el título de cualquier sujeto para interponer una acción en defensa de un interés público o general. Ese Título había sido negado por la misma Corte unos años antes a Etiopía y Liberia, demandantes de África del Sur por su gestión como potencia mandataria de Namibia, en una sentencia que dividió a los jueces por mitad y se zanjó por el voto del presidente Percy Spender.

Finalmente, la violación del *ius cogens* implica la nulidad absoluta del tratado que lo infringe. Esta nulidad absoluta implica que el tratado fue ilícito y nulo desde el momento en que se concluyó, no pudiendo ser convalidado posteriormente por voluntad expresa o implícita de las Partes. Pero los efectos de la violación de una norma imperativa de Derecho Internacional no puede limitarse a la nulidad de los tratados. La doctrina ha entendido que la costumbre,⁴⁵ los actos unilaterales de los Estados o las resoluciones de Organizaciones Internacionales violatorias de normas de *ius cogens* devienen también en nulos.⁴⁶ El impacto de las normas de *ius cogens* es también perceptible en otros campos del Derecho Internacional, como es el caso de la responsabilidad internacional de los Estados.⁴⁷

4. Importancia de las Normas de *Ius Cogens* en el Sistema Jurídico Internacional

Según Remiro Brotóns, la existencia de normas de *ius cogens* en el Derecho Internacional resulta fundamental para la seguridad y estabilidad del Sistema Internacional, en tanto constituyen la base constitucional de todo el ordenamiento jurídico internacional. Plantear su inexistencia o relativizar su importancia, resulta inconveniente, al menos por dos razones:

- a) «Porque conduciría a la desintegración del Derecho Internacional en un conjunto de sistemas regionales o particulares separados

⁴⁵ VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 179.

⁴⁶ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid, 1968, pp. 144-156; DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, t. I, p. 194.

⁴⁷ GAJA, Giorgio. «*Ius Cogens* beyond the Vienna Convention». En: *RCADI*, 1981-III, t. 172, p. 290 y ss.

cuyas relaciones responderían a estados intermedios entre la paz y la guerra»; y

- b) «Porque su sentido involutivo se produciría a expensas de los más débiles». Prueba de ello es que los países en desarrollo ven en estas normas un escudo frente a las realidades del poder y, a pesar de ser un límite al relativismo del Derecho Internacional, no lo han considerado incompatible con la defensa de su soberanía.⁴⁸

De esta forma, las normas de *ius cogens* constituyen un parámetro al cual deben ajustarse el resto de normas que componen el Derecho Internacional. Estas normas permiten darle al sistema jurídico internacional una estructura estable —en tanto se trata de normas imperativas— y justa, en tanto representan intereses colectivos y no particulares de la comunidad internacional.

Por lo demás, la creciente interdependencia entre los diferentes sujetos del Derecho Internacional así como la búsqueda de consensos en las diversas materias que componen esta disciplina, nos hace pensar que en el futuro tales normas se verán incrementadas.

5. Las Normas de *Ius Cogens* y las Fuentes del Derecho Internacional

Finalmente, se debe precisar que las normas de *ius cogens* no constituyen una fuente del Derecho Internacional en sí mismas, sino que tales normas derivan de las fuentes principales del Derecho Internacional.

En efecto, las normas de *ius cogens* no constituyen un nuevo método de producción de normas jurídicas sino tan solo un conjunto de normas de orden superior que bien pueden derivar de tratados, costumbres o principios generales del derecho.

Así, una norma convencional general puede llegar a adquirir el estatuto de *ius cogens*.⁴⁹ Este es el caso de la prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza recogido en diversas convenciones internacionales, incluida la propia Carta de Naciones Unidas, antes de su consagración como norma de *ius cogens*. Lo mismo ocurre en el caso de la costumbre. Algunas normas consuetudinarias vinculadas a los derechos del hombre, y de los pueblos,⁵⁰ se han convertido hoy en normas de *ius cogens*.

Por tanto, como concluye Virally:

La determinación del contenido del *jus cogens* no exige otros métodos que los que se imponen cada vez que se desea establecer la existencia de una regla de derecho internacional general.⁵¹

⁴⁸ REMIRO BROTONS, Antonio. Ob. cit., p. 22.

⁴⁹ VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 188.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 189.

⁵¹ *Ídem*.

BIBLIOGRAFÍA**1. TRATADOS Y MANUALES**

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires: Zavallia, 1995.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998.
- FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público*. Casos y Materiales. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
- FITZMAURICE, Gerald. *Annuaire de la Commission de Droit International*. Vol. II, 1958.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. Vol. I. Ginebra, 1951.
- JENNINGS, Robert y Andrew WATTS. *Oppenheim's International Law*. T. II. Londres: Longman, 1994.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

- KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cusco, 1996.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Publico*. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: 1968.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995.
- MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Educa, 1975.
- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: TEA, 1985.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- REUTER, Paul. *La Convention de Vienne Sur le Droit des Traités*, París: Armond Collin, 1975.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Principes Généraux du Droit Intrnational Public*. Vol. I. 1944.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLEE. *Droit international public*. París: Montchretien, 1983.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas.
- VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogota: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979.

VATTEL, Emer de. *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. T. II. Neuchâtel: Imprimerie de la Société Typographique, 1773.

YASSEEN, Mustafâ. *Annuaire de la Commission de Droit International*. Vol. I. 1963.

2. ARTÍCULOS

GARZON CLARIANA, Gregorio. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales». En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1973.

MAREK, Krystina. «Contribution à L'étude du jus cogens en Droit International». En: *Hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra, 1968.

PEREZ GONZALES, M. «Los Gobiernos y el Ius Cogens». En: *Estudios en Honor del Profesor Luis Sela Sempil*. Oviedo, 1970.

SCHWARZENBERGER, Georg. «International Ius Cogens?». En: *Texas Law Review*. 1965, p. 455 y ss.

SUY, Erick. «The Concept of Ius Cogens in Public International Law». En: *Conference of International Law*. Legonissi, 1966.

VERDROSS, Alfred. «Ius Dispositivum and Ius Cogens in International Law». En: *American Journal of International Law*. N.º 60, 1966, p. 66 y ss.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

GUGGENHEIM, Paul. «Les principes de droit international public». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80, pp. 1-189.

MOSLER, Herman. «The International Society as a Legal Community, General Course in Public International Law». En: *RCADI*. 1971-IV, t. 140, pp. 9-320.

VIRALLY, Michel. «Panorama du droit international contemporain, Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, pp. 9-382.

3.2. CURSOS ESPECIALES

ALEXIDZE, L. «Legal nature of *jus cogens* in contemporary international law». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 219-270.

BRIERLY, James. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. Vol. 58, 1936, p. 219 y ss.

GAJA, Giorgio, «*Ius cogens* beyond the Vienna Convention». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 271-316.

- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172, pp. 9-218.
- GUGGENHEIM, Paul. «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74, pp. 191-268.
- HEALY, T. «Théorie générale de l'ordre public». En: *RCADI*. 1925-III, t. 9, pp. 408-557.
- JACQUE, Jean Paul. «Acte et norme en droit international public». En: *RCADI*. 1991-II, t. 227, p. 357-418.
- LAUTERPACHT, Hersch. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. Vol. 62, 1937, pp. 316 y ss.
- RIPERT, Georges. «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale)». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44, pp. 565-664.
- VERDROSS, Alfred von. «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale». En: *RCADI*. 1935-II, t. 52, pp. 191-251.

4. JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

C.I.J. *Recueil*, 1970.

CAPÍTULO VII

LA DOCTRINA

1. Evolución Histórica

Antes de que el Derecho Internacional fuera, como es hoy, una realidad dinámica, ha vivido buena parte de su vida en la obra convencida de los autores. «En épocas anteriores, en que la existencia y la definición de las normas de Derecho Internacional eran rudimentarias, la doctrina constituía el único medio informativo capaz de precisar tales normas; los publicistas eran los únicos quienes, con cierta autoridad, podían decir cuál era el derecho». ¹ Refiere Ulloa:

El peso de su opinión, la constancia de su prédica, el aspecto sugerente de sus temas, formaron las primeras costumbres, las reglas iniciales de las relaciones jurídicas entre los Estados. Más tarde los autores determinaron el movimiento universal hacia el progreso del Derecho Internacional y hacia la paz que produjo las conferencias de la Haya. La labor de los publicistas fue sobre todo creadora en las primeras etapas del Derecho Internacional. Después, en la época contemporánea, es principalmente una obra de selección, de investigación, de precisión de las fórmulas que se desprenden de las prácticas entre los Estados. ²

El origen remoto de la doctrina como fuente subsidiaria del Derecho Internacional podemos situarlo en la Antigüedad, en el denominado *ius respondendi*, concedido a famosos juristas romanos por edicto imperial. ³ Esto significaba que sus respectivos dictámenes eran obligatorios para los jueces. Incluso, los escritos de algunos juristas romanos cobraron prácticamente la categoría de una fuente de derecho. Un papel semejante desempeñaba la doctrina en el derecho común y en el anglosajón. ⁴

Más tarde, los primeros doctrinarios de los siglos XVI y XVII fueron los que crearon un sistema técnico adecuado para estudiar y entender jurídicamente las interrelaciones de los Estados como nuevos fenómenos políticos.

Posteriormente, cobrarán una importancia sustantiva «los trabajos de los llamados autores tradicionales del Derecho Internacional de los siglos XVIII y XIX, pues al ser el Derecho Internacional, durante estos siglos, esencialmente derecho consuetudinario, la fluida maraña de prácticas y declaraciones estatales necesitó de la labor de quienes interpretaron el alcance jurídico de éstas». ⁵ Sobre esto señala Abi-Saab:

¹ SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Porrúa, 1964, p. 93.

² ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, t. I, p. 59.

³ RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 76.

⁴ HALAJCZUK, Bohdam y María Teresa MOYA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 60.

⁵ MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Victor P. De Zavalía, t. I, 1981, p. 155.

La doctrina, como se ha podido entrever, ha jugado históricamente un papel muy activo y creador en la formación del Derecho Internacional. Es solamente en el curso del siglo XIX, con el predominio del positivismo voluntarista (en el surco de la institución estatal), que las distinciones entre derecho positivo y derecho natural, fuentes formales y fuentes materiales, son hechas de manera tajante y la doctrina se reduce —por sus propios hechos— al papel de simple intérprete. Por lo tanto, aún hoy en día, en la medida que la frontera entre la *lex lata* y la *lex ferenda* no es siempre precisa, la doctrina puede favorecer o facilitar, en proporción de la fuerza persuasiva de sus argumentos, el paso de las soluciones que ella preconiza de una categoría a la otra.⁶

En las primeras décadas del siglo XX, «varios autores se limitaron a la descripción y al análisis de la práctica contemporánea de los Estados: el contenido de sus doctrinas se identificaba con el Derecho Internacional entonces vigente». Por el contrario, la doctrina posterior a la Segunda Guerra Mundial cuestionaría y relativizaría el valor de ciertas aseveraciones deducidas de la práctica de los Estados, centrando sus objetivos en el carácter netamente evolutivo del Derecho Internacional,⁷ lo que provocó el surgimiento de nuevas figuras e instituciones en el Derecho de Gentes.

Con la incorporación del inciso d) en el párrafo 1 del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se consagró definitivamente a la doctrina como fuente auxiliar del Derecho Internacional, especificando que por tal debe entenderse la doctrina de los publicistas de mayor competencia en cada nación.

2. Composición

A la interpretación doctrinal «suele calificársele dicotómicamente» en individual (aquella realizada por el profesor, investigador o experto de manera aislada y particular) o colectiva (manifestada a través de una labor conjunta).⁸

Hoy, en consecuencia, la doctrina comprende, no solo las opiniones individuales de los tratadistas, sino los acuerdos o resoluciones colectivas de instituciones científicas como el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, la *American Society of International Law* (Washington, 1906), la *Académie de Droit International de La Haye* (1923), la *International Law Association* (Londres, 1873) o el *Institut de Droit International* (Gante, 1873), así como también las opiniones de los jueces en sus

⁶ ABI-SAAB, Georges. «Cours général de droit international». En: RCADI. 1987-VII, t. 207, p. 189.

⁷ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., pp. 154-155.

⁸ RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 75.

votos discrepantes o individuales, o los trabajos de los órganos gubernamentales e intergubernamentales encargados de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, como la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas o el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.⁹

Cabe señalar que además integran la doctrina internacional las opiniones vertidas en los trabajos técnicos e informativos que los organismos internacionales encargan a juristas para la preparación del correspondiente material de trabajo que servirá en la preparación y desarrollo de las Conferencias Internacionales. Asimismo, cuando concurren juristas talentosos a las Conferencias Internacionales, en los debates tienen intervenciones muy ilustrativas, que se recogen por escrito en las memorias de esas conferencias y que, sin duda, constituyen también doctrina internacional.¹⁰

3. Concepto

La doctrina es la actividad académico-científica de interpretación y sistematización por medio de la cual puede clarificarse el verdadero alcance y el contenido de las normas jurídicas internacionales. Es el «conjunto de opiniones escritas vertidas por los estudiosos del Derecho, al reflexionar sobre las normas jurídicas».¹¹

Los estudios doctrinarios «analizan con sentido crítico la evolución de los hechos, las normas de la costumbre y las estipulaciones de los tratados internacionales, disciernen las ideas dominantes y ajustándose a este método, no sólo procuran esclarecer mejor el pasado sino que sugieren nuevas conclusiones, y abren paso a posibles formas de solución para el futuro».¹²

La doctrina «tendrá diversos alcances según sea explicativa de las normas existentes (*de jure conditio* o *de lege lata*) o se proponga desarrollar aquellas normas o inducir a crear otras nuevas (*de jure condendo* o *de lege ferenda*)». En todo caso, «cualquiera sea el alcance de la doctrina, es nece-

⁹ VARELA QUIROS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, 1996, p. 99.

¹⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 386: «Por doctrina, se entiende también —y es lo que dice el artículo 38 del estatuto de la C.I.J.— las posiciones de los autores, de las sociedades científicas, o de órganos llamados a formular opiniones jurídicas sin comprometer a los sujetos de derecho (Estado, organizaciones internacionales) de los que dependen».

¹¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993, p. 199.

¹² PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: TEA, vol. 1, 1985, p. 20.

sario, para utilizarla debidamente, tener en cuenta la época y la influencia ejercida así como el medio en que ha sido elaborada». ¹³

Son publicistas los especialistas en Derecho Internacional Público, cuyas opiniones son vertidas por escrito en sus obras generales y monográficas, así como en los congresos científicos en los que han participado. Por razón *natural*, dada la mayor evolución cultural de los Estados desarrollados es más abundante el número de juristas procedentes de tales Estados.

Señala Podesta que «es virtud de los doctrinarios estar pendientes del desenvolvimiento del Derecho Internacional Público» y normar los nuevos acontecimientos que marcan un hito en su desarrollo. Pero, «su papel no sólo es de espectadores pues sus diversas proposiciones a veces se cristalizan en nuevas formas definidas del Derecho de la Comunidad Internacional». ¹⁴ Como sostienen Thierry, Combacau, Valee y Sur:

En el orden internacional, la doctrina tiene una cierta tendencia a levantar la cabeza, al querer suplir la carencia de juez y también, lo que es más grave todavía, la ausencia de legislador. Cuando su actividad se aboca a sistematizar modestamente la confusión de los textos y la práctica para determinar la regla más probable, o la más usualmente propuesta por los Estados más allá de las inevitables diferencias que los separan, ella es de una importancia considerable. Otras veces la doctrina, movida por sentimientos que pueden ser loables, pero de los que los especialistas de derecho interno generalmente desconfían, aprovecha a veces inconscientemente de la técnica incierta del derecho internacional para ir más allá de esta elucidación de derecho positivo; entonces ella pone como regla jurídica principios que pueden ser políticamente deseables, sin duda seguidos por ciertos estados en sus relaciones reciprocas, pero sin vínculos suficientes con la práctica internacional real. ¹⁵

El acuerdo general de los publicistas o la coincidencia de varios de ellos sobre un tema de Derecho Internacional aumenta la presunción de verdad de una opinión y la posibilidad de implantación de una regla. Si la uniformidad se da entre tratadistas de distintas épocas y de diversas nacionalidades es todavía más autorizada.

Es también destacable el papel que desempeñan como consultores y funcionarios, pues concurren de esta manera a la formación de la voluntad de diversos sujetos de Derecho Internacional. Cada vez con más frecuencia, los gobiernos de los diversos países «requieren del asesoramiento de personas ilustradas, versadas en los difíciles detalles del Dere-

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1982, p. 42.

cho Internacional, y los organismos internacionales tienen también la misma necesidad. Por tanto, la doctrina no ha perdido relevancia y, por el contrario, ha ensanchado su campo de acción». ¹⁶ Sobre lo mismo, señala Nguyen:

La grandes potencias desde hace largo tiempo han convocado, para apoyar los servicios jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores, a miembros eminentes de la comunidad científica nacional o a los magistrados de las más altas jurisdicciones. Este tipo de colaboración puede ser permanente u ocasional (participación de juristas que no son diplomáticos profesionales en las delegaciones nacionales a las diversas conferencias u organizaciones internacionales: la frontera puede devenir muy delgada entre el 'consultor' y el representante del Estado). ¹⁷

Finalmente, se debe precisar que cuando en el inciso d), del párrafo 1 del Artículo 38 del Estatuto de la Corte antes reproducido, se menciona la doctrina «de las distintas naciones», se ha de comprender la intención de los redactores de la disposición en el sentido de que deben estar representadas las doctrinas de los diversos sectores geográficos del mundo. ¹⁸

4. Importancia de la Doctrina como Fuente del Derecho Internacional

Los internacionalistas pertenecientes a sistemas jurídicos basados en la tradición romano-germánica, «tienden a conceder mayor importancia a la doctrina que los juristas del sistema anglosajón», quienes suelen considerar que las decisiones judiciales en general revisten mayor autoridad. ¹⁹

En la época de esplendor del Desarrollo del Derecho de Gentes, la doctrina de los más destacados exponentes, entre ellos Grocio, Pufendorf, Wolff, Vattel, Bynkershoeck, Lee, Burlamaqui, entre otros, era considerada como dogma y se la citaba reiteradamente en alegatos y reclamaciones referentes a disputas de carácter internacional para reafirmar o combatir los puntos de vista en discordia, y sus criterios eran respetados así como lo fueron en Roma los de los grandes jurisconsultos en el periodo clásico. ²⁰

Una prueba de esta práctica la encontramos en la estadística hecha por Dickinson y recogida por Nussbaum, en la que Grocio, y sobre

¹⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 201.

¹⁷ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 387.

¹⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 200.

¹⁹ BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 34.

²⁰ Ibidem, p. 100.

todo Vattel, fueron citados ante los tribunales americanos gran número de veces. Solamente Vattel, en el periodo de 1789 a 1820, fue citado noventa y dos veces por las partes y transcritas veintidós veces por los Tribunales en sus sentencias,²¹

Hoy, no existe unanimidad en cuanto al alcance de la doctrina para el derecho positivo. Por ejemplo, Balladore Pallieri la considera prácticamente como una fuente del Derecho Internacional y Álvarez tan solo como un factor creador del Derecho Internacional. Sin embargo, la opinión dominante la expresa Kunz en su crítica a Balladore Pallieri:

Es verdad que las decisiones de la C.I.J. citan muchas veces la doctrina de los publicistas eminentes. Es verdad que la doctrina ha tenido un papel importante en el desarrollo del Derecho Internacional, quizás más importante que en los derechos nacionales. Sin embargo, aun las doctrinas de los publicistas de mayor competencia no tienen la posición jurídica de las *responsa prudentium* en el derecho romano. Estas doctrinas poseen solamente una autoridad persuasiva, correspondiente a su imparcialidad y autoridad científica.²²

En efecto, con el progreso del Derecho Internacional, su diferente interpretación por los Estados y la existencia de diferentes escuelas al interior de esta disciplina, la doctrina se ha vuelto controvertible y puede ser tomada en cuenta como elemento de juicio estimativo y no como autoridad definitiva.

Rousseau, incluso, piensa que la doctrina no merece la calificación de fuente, ni siquiera con carácter subsidiario o indirecto, precisando que:

La obra de elaboración doctrinal no es en efecto una obra creadora, sino exclusivamente una obra crítica. Los autores, por eminentes que ellos sean, no crean el derecho positivo del que no son en forma alguna agentes de elaboración; ellos lo constatan, lo comentan, lo interpretan o lo aprecian, pero están evidentemente impedidos de crearlo, no habiendo recibido con este fin competencia de un órgano estatal o interestatal alguno. Esta es por demás una observación que vale para el derecho interno como para el Derecho Internacional.²³

Vargas Carreño, en el mismo sentido, entiende que la doctrina no es una fuente formal en tanto su función se limita a «determinar las

²¹ NUSSBAUM, A. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción castellana de la 1.ª edición inglesa con «Adiciones sobre Historia de la Doctrina Hispánica de Derecho Internacional» por Luis García Arias. Madrid, 1949, p. 177.

²² KUNZ, Joseph. *Teoría General del Derecho Internacional (Cursos Monográficos)*. La Habana, 1952, p. 391.

²³ ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, p. 366.

normas vigentes, comentándolas o sistematizándolas, y formular cuando corresponda una crítica a ellas, que permita posteriormente su modificación».²⁴

Sin embargo, nadie discute su importancia e influencia en la toma de decisiones por parte de los Tribunales,²⁵ así como los cambios que puede provocar al interior del Derecho Internacional. La C.I.J. y su antecesora la CPJI no han hecho referencia en sus fallos u opiniones consultivas a publicistas determinados, pero sí en reiteradas oportunidades han mencionado en forma genérica «la doctrina» o las «enseñanzas de la doctrina».

Un ejemplo lo constituye la sentencia del *Asunto Nottebohm*, dictada por la C.I.J. el 6 de abril de 1955, donde al invocar la norma de la nacionalidad efectiva agregó:

De acuerdo a la práctica de los Estados, a las decisiones arbitrales y judiciales, y a las opiniones de los autores, la nacionalidad es un vínculo legal que tiene como fundamento un hecho social de unión, un genuino vínculo de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos.²⁶

En el *Asunto Lotus*, al momento de establecer la norma jurídica internacional aplicable para la solución del caso, la Corte observó:

Que al realizar su tarea de establecer cuál es la norma de Derecho Internacional, no se ha limitado sólo a las argumentaciones que se han planteado, sino que ha incluido en sus investigaciones todos los precedentes, doctrina y hechos a que ha tenido acceso y que posiblemente han revelado la existencia de uno de los principios de derecho internacional contemplado en el acuerdo especial.²⁷

²⁴ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979, p. 111. En el mismo sentido se pronuncia RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 75: «la llamada por algunos autores "doctrina o enseñanza científica", aunque no reviste el carácter de fuente propiamente dicha del Derecho Internacional Público, es un importante "medio auxiliar"».

²⁵ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres: Longman, 1992, p. 43: «Como evidencia del derecho y no como factor creador del derecho es que la opinión de profesores y autores es ocasionalmente admitida en los pronunciamientos judiciales. Pero más que una fuente de derecho es concebida como un factor que influencia en el juez al pronunciar su decisión: el trabajo en los autores continúa jugando un papel de intrínseco valor científico, la imparcialidad y la determinación con la que escrutan críticamente la práctica de los Estados en referencia al principio legal».

²⁶ C.I.J. *Reports*, 1955, 4, 23. PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 151; LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile, t. I. 1977, pp. 380-381.

²⁷ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 4, 31, 1927.

En consecuencia, no estamos aquí ante una fuente creadora del Derecho Internacional, pues «los autores o tratadistas no elaboran normas de Derecho Internacional. Su tarea esencial es determinar y explicar las normas de derecho vigentes en la comunidad de Estados». ²⁸ Es en este sentido que puede denominarse a la doctrina como una «fuente evidencia».

Sin embargo, el papel de la doctrina no se limita tampoco a suministrar la prueba de cuál es el derecho o cómo debe ser interpretado correctamente, sino también abre nuevas posibilidades para transformar ese derecho. Sobre lo primero esto el juez Gray, en un dictamen de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el *Asunto Paquete Habana*, señaló:

El Derecho Internacional es parte de nuestro derecho, y debe establecerse y aplicarse por las Cortes de Justicia que tengan jurisdicción adecuada, tan pronto como les sean presentadas, en debida forma, problemas que requieren su resolución. A este propósito, cuando no haya tratados o actos ejecutivos o legislativos o decisiones judiciales que puedan aplicarse, debe recurrirse a las costumbres y usos de las naciones civilizadas; y la prueba de éstos, nos la pueden suministrar las palabras y las obras de los juristas y comentaristas que durante años de trabajo, y de investigación y experiencia, han adquirido el conocimiento de los temas de que tratan. A estas obras recurren los tribunales judiciales, no en busca de las especulaciones acerca de lo que debe ser la ley, sino para obtener la prueba de lo que en realidad es la ley. ²⁹

Cuando el juez Gray se refiere a las especulaciones de los autores para indagar lo que debe ser la ley, se refiere a la función de la doctrina de ayudar a crear opinión que pueda influir en la conducta de los Estados e indirectamente, en las modificaciones futuras del derecho actual. La influencia que las especulaciones de cada autor ejerza depende en gran parte de su prestigio y de la capacidad de persuasión que tenga para argumentar. Pero es importante no confundir estas dos funciones: la que suministra la prueba de lo que es la ley y la que ejerce influencia sobre su desarrollo. ³⁰

Hoy, presenciemos entonces una revitalización del papel de la doctrina ante la necesidad de reformular los postulados clásicos del Derecho Internacional, debido a las presiones de los países en desarrollo. Así, materias tales como las nacionalizaciones y expropiaciones, el derecho

²⁸ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 30.

²⁹ *Paquete Habana* (1899); *Casos Americanos de Presa*, p. 1938.

³⁰ BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo y José Bermúdez. México: Editora Nacional, 1950, p. 57.

del mar, los derechos y deberes económicos de los Estados, el control de las corporaciones transnacionales, etc, abren un rico campo para la creación de novedosos conceptos doctrinarios que iluminen un nuevo orden internacional. Por tanto, las investigaciones de los estudiosos siguen siendo muy útiles no solo para precisar el derecho positivo, sino también como guía para su desarrollo y como medio para llenar sus deficiencias.³¹

³¹ Existen, sin embargo, algunos autores que cuestionan o relativizan su importancia. Es el caso de SEPÚLVEDA, César. Ob. cit., p. 93: «[...] la doctrina padece de ciertas fallas naturales, porque se orienta hacia un punto de vista benéfico a los intereses nacionales del autor y porque, por lo común, informa sobre lo que debe ser el derecho, no sobre cuál es, esto es, se ocupa de *lege ferenda*, no de *lege lata*». FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 85: «[...] los trabajos de los grandes escritores deben ser consultados con cautela, considerando que muchas veces los mismos no llegan a establecer una distancia precisa entre las reglas adoptadas por la generalidad de las naciones, como un conjunto y aquéllas a las que sólo han prestado consentimiento dos o más naciones, incluyendo la patria del autor».

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo Spencer y José Bermúdez de Castro. México: Editora Nacional, 1950.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. París: Dalloz, 1998.
- FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fishman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
- HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa MOYA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres: Longman, 1992.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGÁ, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.
- KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cusco, 1996.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Publico*. Vol. I. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995.
- MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Educa, 1975.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: TEA, 1985.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1944.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Droit International Public*. T. I. París: Sirey, 1970.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Porrúa, 1964.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- THIERRY, Hubert, Jean COMCABAU, Charles VALEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1982.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas.
- VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979.

2. ARTÍCULOS

GARZON CLARIANA, Gregorio. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II): Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales». En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1973.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

CURSOS GENERALES

ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

I.C.J. *Reports*, 1955.

CAPÍTULO VIII

LA JURISPRUDENCIA

1. Concepto

Ulloa señala que el desarrollo del arbitraje y la práctica de comisiones u organismos internacionales ha ido formado en los últimos tiempos

una nueva fuente del Derecho Internacional que estaría constituida por la jurisprudencia internacional. Las sentencias arbitrales y judiciales, las órdenes o conclusiones de los organismos especiales, definen en muchos casos el derecho, corroboran en otros la vigencia de una regla jurídica; constituyen, en todos los casos, precedentes cuyo valor está en razón de la autoridad con que fueron dictados.¹

Entre los jurisconsultos romanos, el vocablo «jurisprudencia» designaba la ciencia general del Derecho ligada a una amplia cultura general. Significativa es a este respecto la fórmula del Ulpiano: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Sobre la raíz etimológica del término «jurisprudencia», señala Ortiz y Bustos:

Con referencia al término «jurisprudencia», cabe acotar una cuestión etimológica. *Iuris prudentia* parece significar: «ciencia o conocimiento del Derecho» según la conocida definición de Ulpiano; pero *prudentia* no sólo es «conocimiento» sino «sagacidad» o virtud de la elección de los medios adecuados al fin propuesto, en especial aplicable a la comunidad humana, de donde se infiere que «jurisprudencia» puede también significar: la prudencia en la elección de los medios para obtener lo suyo jurídico.

También se lo ha tomado en el sentido de las concordancias en las resoluciones de los Tribunales, pero no es éste el que nos interesa, no es la concordancia lo que importa sino las resoluciones mismas. A la jurisprudencia a la que nos referiremos en lo sucesivo, es a la resolución judicial en cuanto tal y no a su número ni a su concordancia; es el ejercicio jurisdiccional lo que importa para precisar a la jurisprudencia como fuente del Derecho en el sentido precedentemente anotado.²

Si bien «los juristas anglosajones no se han apartado fundamentalmente de esta etimología, en la ciencia jurídica internacional y en la continental dicho vocablo indica el conjunto de reglas jurídicas que se desprenden de las decisiones judiciales».³

¹ ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, t. I, p. 53.

² ORTIZ Y BUSTOS, Belisario. «La jurisprudencia como fuente de derecho». En: *Prudentia Iuris*, VI, abril 1989, p. 21.

³ PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 87. ORTIZ Y BUSTOS, Belisario, Ob. cit., p. 23: «Esta actividad así entendida, es fuente de Derecho en el sentido objetivo que hemos expuesto anteriormente, que se distingue del derecho en sentido normativo del que evidentemente no

Oppenheim define la jurisprudencia como aquella declaración del derecho imparcial, discutida por juriconsultos de autoridad sobre los problemas concretos sometidos a su conocimiento.⁴ En el mismo sentido, se pronuncia Sorensen, al señalar en una definición muy acabada que:

una decisión judicial o arbitral representa una opinión con respecto al verdadero contenido del Derecho Internacional, expresada por un órgano establecido, mediante un convenio celebrado entre Estados comprometidos a cumplir sus decisiones, e integrado por personas de reconocida competencia, quienes utilizan un procedimiento contencioso que permite a las partes de la controversia expresar sus distintos puntos de vista en relación con lo que es derecho. El resultado de esto es que la decisión tiene —como lo admiten todos los sistemas jurídicos— un valor muy considerable como medio de indicar la existencia y el contenido de las reglas de derecho.⁵

Antes de la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional de la Liga de las Naciones, la jurisprudencia no tenía continuidad ni carácter obligatorio. En este sentido, señala Ulloa:

las críticas hechas a la Corte Permanente de Arbitraje creada por las convenciones de 1899 y 1907, en el sentido que sus fallos ejercían una influencia insuficiente sobre la formación del Derecho, porque aquella se componía de pocos miembros que no representaban todas las capacidades ni todos los sistemas jurídicos, que no podrían tener del Derecho Internacional sino una visión limitada y no una concepción universal, que eran efímeros, sin vínculos con los que los precedían o seguían; resultaban más justificadas aun aplicadas a los fallos de los árbitros o tribunales de arbitraje no permanentes.⁶

Esta situación se modificó radicalmente con la creación de las Cortes judiciales internacionales luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial.

Actualmente, el tribunal internacional más importante en cuanto a la elaboración de la jurisprudencia es precisamente la Corte Interna-

es fuente. La distinción entre las palabras latinas *ius* y *lex* es equivalente, o bien, la distinción inglesa entre *common law* y *statute law*, que reflejan esta doble vertiente, la del Derecho y la de la ley. La actividad jurisdiccional, no es ley propiamente dicha, aunque pueda defenderse algún sentido normativo en ella».

⁴ OPPENHEIM, Lassa. Ob. cit., p. 32.

⁵ SORENSEN, Max (ed.). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 178. LEGAZ LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 537: «La sentencia es fuente de Derecho (en cuanto crea una norma individual) por su misma esencia; el juez así como no puede dejar de juzgar, porque atentaría contra la estructura del orden jurídico, no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación».

⁶ ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. Ob. cit., p. 53.

cional de Justicia, con sede en La Haya, siendo reconocida por el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas como el órgano judicial principal de la Organización. La jurisprudencia de la Corte según dispone el artículo 96 del mismo documento comprende, por una parte, las sentencias judiciales que emita, así como las opiniones consultivas que pronuncie.⁷

Además de la Corte Internacional de Justicia existe la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo; la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica; el Tribunal Administrativo de la ONU, con sede en Nueva York; el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo, con sede en Ginebra; entre otros. A ellos podemos agregar —*inter alios*— el Tribunal de Navegación del Rin; el Consejo de la OACI, con sede en Montreal y la Comisión Central de Apelaciones, con sede en Estrasburgo. El Tribunal del Mar, con sede en Hamburgo, y la recién creada Corte Penal Internacional.

No se puede decir que todas las decisiones judiciales tienen el mismo valor. La autoridad reconocida a la jurisprudencia internacional depende de las garantías ofrecidas por el procedimiento jurisdiccional y la composición misma de las jurisdicciones internacionales.⁸ Por tales razones, las decisiones de la C.I.J. están investidas de la más alta autoridad en el plano internacional. Si la C.I.J., por ejemplo, resuelve que una formulación determinada se ha convertido en norma de derecho internacional consuetudinario, esa opinión, si bien en teoría no constituye un precedente de carácter obligatorio, en la práctica viene a ser la ley. Es sumamente difícil, si no imposible, refutar una opinión de esa índole en el plano internacional.⁹ De igual manera, las decisiones de otros tribunales, especialmente los permanentes, están dotadas de gran autoridad.

Distinto es el caso de las decisiones de las cortes nacionales relativas a la aplicación del Derecho Internacional que tienen una importancia mucho menor. Su valor depende de criterios como el prestigio y la imparcialidad de la corte nacional, de si la decisión difiere de decisiones de cortes internacionales, y del foro en el cual se cite la decisión en cuestión.¹⁰

⁷ RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1994, p. 74. Véase también: BENVENUTI, Paolo. *L'accertamento del Diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*. Milán: Giuffrè Editore, 1984.

⁸ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER et Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 389.

⁹ BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 33.

¹⁰ *Ibidem*, p. 33. En sentido contrario se manifiesta PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Derecho Internacional Público Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990, p. 35: «[...] nunca podrían considerarse como fuentes auxiliares del Derecho Internacional Público las

Sobre esto último Whiteman, citando a Hudson señala: «El término decisiones judiciales (del artículo 38 (1d) del Estatuto de la C.I.J.) incluye fallos...de los Tribunales nacionales». En lo relativo a las decisiones de estos una prevención interesante fue formulada por el juez Moore en el caso *Lotus*, al decir que los tribunales «no deben considerar los fallos de los tribunales de un Estado, en lo relativo a problemas de Derecho Internacional, como obligatorios para los otros Estados, pero se le debe dar especial consideración por ser expresiones judiciales de los puntos de vista que adopta un país determinado, dándoseles la autoridad consiguiente sólo en la medida que estén en armonía con el Derecho Internacional». ¹¹

En el mismo sentido, el juez Marshall, Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el asunto denominado *Treinta Toneles de Azúcar v. Boyle*, señaló:

Las decisiones de los tribunales de cada país, y siempre que estén basadas sobre un derecho común a todos los países, serán recibidas, no como una autoridad, pero sí con respeto. Las decisiones de los tribunales de cada uno de los países, muestra en que forma se interpreta el Derecho de las Naciones en un país determinado, frente a un caso específico. ¹²

En consecuencia, si bien no es posible ubicar en el mismo nivel la jurisprudencia internacional como fuente auxiliar del Derecho Internacional Público, y la jurisprudencia interna dictada sobre materias internacionales, esta última puede llegar a contener un valor considerable, condicionado al prestigio e imparcialidad del tribunal nacional así como a su respeto por las normas del Derecho Internacional.

2. Importancia de la Jurisprudencia como Fuente del Derecho Internacional

El artículo 38, inciso d), párrafo 1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que las decisiones judiciales son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

resoluciones de tribunales judiciales internos de los Estados de la comunidad internacional. Estimo que nuestra opinión se encuentra avalada por el desarrollo de la actividad de la Corte en materia jurisprudencial sobre este tema y la doctrina de los tratadistas contemporáneos».

¹¹ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, p. 379.

¹² FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fischman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963, p. 86.

Las sentencias judiciales en virtud de esta disposición, no se colocan en el mismo plano que los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho. Aparecen no como fuentes autónomas o creadoras de derecho, sino como simple «medio auxiliar» para la determinación de las reglas de derecho,¹³ vale decir, como «fuentes evidencia».

En el mismo sentido señala Rodríguez Carrión: «los tribunales internacionales no legislan, no elaboran y crean derecho, sino que su esencial función es, al determinar el derecho aplicable, aclarar el contenido y sentido de la norma, especificación que en muchos momentos presenta caracteres comunes con el proceso de creación jurídica».¹⁴

Sin embargo, existen algunos autores como Scelle que entienden que la jurisprudencia tiene un poder normativo autónomo. Así, señala:

La tercera fuente formal del Derecho es la jurisprudencia, obra también de agentes especializados (jueces, árbitros). Se desprende y se establece en un sentido determinado como consecuencia de una repetición de juicios, de casos concretos, por lo que se parece a la costumbre (costumbre judicial). Pero es fuente autónoma del Derecho en tanto que interpreta, es decir, hace flexible y adapta la regla legislativa a las necesidades sociales evolucionadas, y sobre todo porque en caso de silencio y oscuridad de la ley suple a ésta. No se contenta, pues, siempre con decir el Derecho; lo completa y, en tanto que las soluciones jurisprudenciales se imponen con cierta permanencia, forma parte del órgano jurídico en vigor.¹⁵

Es esta también la tesis de otro profesor francés Giraud quien, ha calificado a la jurisprudencia de «costumbre jurisdiccional».¹⁶ Y también es la posición de Pastor Ridruejo para quien si la costumbre es fuente del

¹³ MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Victor P. de Zabalia, 1981, p. 153; SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 177.

¹⁴ RODRIGUEZ CARRION, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1987, p. 238. En el mismo sentido SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Porrúa, 1964, p. 93: «Pero su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse de manera única y exclusiva en un precedente jurisprudencial». BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo y José Bermúdez. México: Editorial Nacional, 1950, p. 56: «El artículo 38 del Estatuto, los define como medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho; y con éstas palabras se establece exactamente su función». CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international, Cours général de droit international public». En: *RCADI*, 1985-VI, t. 195, p. 243: «Dicho esto, no podríamos subestimar el papel de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho. En primer lugar, se ha visto, el juez no aplica mecánicamente la norma consuetudinaria, por el contrario el debe, la mayor parte del tiempo, precisar su contenido, darle una forma».

¹⁵ SCELLE, George. *Cours de Droit International Public*. Paris, 1948, p. 596. Citado por PASTOR RIDRUEJO, José. Ob. cit., p. 87

¹⁶ GIRAUD, E. «Le Droit International Public et la Politique». En: *Recueil des Cours*. III, vol. 110, 1963. Ibidem.

Derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues, si la costumbre resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por regla positiva, en que los miembros de una comunidad accedían voluntariamente a los principios jurídicos superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, proviene la jurisprudencia de los supuestos en que la solución ha sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, el cual es el judicial. Si la costumbre se forma en el proceso de actuación espontánea del Derecho a través de una repetición de actos que se saben conformes a los principios superiores, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzosa del Derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de los principios superiores.¹⁷

Finalmente, Vellas se coloca en una posición intermedia a las señaladas, y entiende que la tendencia de los tribunales internacionales es reconocer un poder normativo a la jurisprudencia lo cual queda demostrado por los siguientes hechos: a) La CPJI en varias decisiones se refiere a principios consagrados por la jurisprudencia internacional; b) las sentencias anteriores sirven de directriz al juez que va a juzgar un caso semejante; c) los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales tienen poder normativo; d) del mismo poder está dotada la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas; e) algunos tribunales arbitrales están dotados del poder de establecer normas internacionales. Así, en el *Asunto de la Caza de Focas del Mar de Behring*, el Tribunal recibió poder para resolver el litigio y establecer normas para la conservación de las focas.¹⁸

¹⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *La Jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia*. Santiago de Chile, 1960, p. 165. En el mismo sentido se pronuncia DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 3.^a edición italiana por J.M. Trias de Bes y J. Quero Morales. Barcelona: Bosch, 1932, p. 17: «Es posible, sin embargo, que el árbitro al resolver la cuestión sometida a su juicio no encuentre en las costumbres o en las convenciones internacionales una norma de derecho positivo que sea aplicable al hecho controvertido y sientan la necesidad de aplicar algún principio jurídico elaborado por la ciencia. En esta hipótesis la sentencia arbitral puede considerarse como fuente del Derecho Internacional». Asimismo, KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965: «Además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los órganos internacionales, especialmente los fallos de los tribunales internacionales, son fuente del Derecho Internacional». BARBERIS, Julio. Ob. cit., 1973: «Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes». JENNINGS, Robert and Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*: Vol. I: Peace. Londres: Longman, 1992, p. 41: «Desde que el juez en principio no elabora la norma sino que aplica una norma existente, su papel es inevitablemente secundario desde que la norma tiene muchas fuentes. Por el contrario la decisión judicial se convierte en un importante captor de desarrollo de derecho internacional, y la autoridad y capacidad persuasiva de las decisiones judiciales puede tener un mayor significado si ellas disfrutaban de formalidad».

¹⁸ Citado por MELLO, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 1, 1992, p. 260.

No obstante las opiniones contrapuestas, es cierto que la doctrina mayoritaria entiende hoy que la jurisprudencia —como señala Rousseau— no puede ser calificada como fuente (creadora) del Derecho Internacional, ni siquiera con el carácter de fuente subsidiaria o indirecta:

El artículo 38 párrafo IV del Estatuto de la Corte coloca, al lado de 'la doctrina de los publicistas más calificados', 'las decisiones judiciales' como 'un medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho', lo que es hacer de la *jurisprudencia* una fuente distinta de Derecho Internacional Público. [...] Existe ahí una verdadera confusión, las reglas que se desprenden de las decisiones judiciales no se imponen en tanto que decisiones jurisprudenciales, sino únicamente como elementos de la costumbre cuando ellas son suficientemente constantes para parecer reflejar el asentimiento general de los Estados.¹⁹

Por otro lado, la remisión efectuada por el artículo 38 del Estatuto al 59, limita expresamente la posibilidad de considerar a la jurisprudencia de la Corte como fuente creadora de normas internacionales. Cuando la Corte hace alusión expresa a sus sentencias anteriores no les da a estas jerarquía de fuentes creadoras, sino que las invoca como medios por los cuales es posible verificar la existencia de normas jurídicas internacionales (fuente evidencia). De esta forma, la jurisprudencia solo constituye un medio o fuente auxiliar, pero nunca puede ser considerada como fuente autónoma de producción de normas jurídicas.²⁰

Sin embargo, este mismo sector, reconoce que la jurisprudencia cumple una importante función en este ordenamiento porque sirve de *medio de prueba* de la costumbre internacional y de los principios generales del Derecho. De igual forma estas decisiones pueden ser invocadas para *interpretar* el derecho existente, no solo el consuetudinario, sino también el convencional.²¹

Como muy bien lo ha señalado Diez de Velasco, la función de la jurisprudencia es doble:²² como elemento de interpretación o como me-

¹⁹ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. 1: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, pp. 368-369. En el mismo sentido se pronuncian MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional Público*. San José de Costa Rica: Educa, 1975, p. 19; CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, t. I, 1983, p. 44: «Las decisiones judiciales son tan sólo medios auxiliares o de comprobación del Derecho Internacional»; DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1997, t. I, p. 137: «La jurisprudencia internacional no podemos definirla como una fuente formal de nuestro Derecho en sentido estricto, pese a muy autorizadas opiniones en contrario ARELLANO GARCIA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1993, p. 197; MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 154.

²⁰ PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. Ob. cit., p. 38.

²¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Editorial Juricentro, 1979, p. 110.

²² DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 96; RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 74; SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*. Copenhague, 1946, p. 168;

dio de prueba. Respecto al primer aspecto, los Tribunales internacionales muchas veces realizan referencias a decisiones anteriores donde se ha buscado determinar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica internacional. Como medio de prueba, la jurisprudencia tienen la misión capital de comprobar la existencia de las normas de Derecho Internacional. Es precisamente a este segundo sentido al que se refiere de manera directa el art. 38 del Estatuto de la C.I.J. al atribuir a la jurisprudencia la característica de medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Sobre esto ha señalado Sereni:

La incertidumbre relativa al contenido de muchos principios y normas consuetudinarias, derivadas del hecho de no haber sido formuladas por escrito, la escasez de otros medios para la determinación de su contenido, el prestigio de que gozan y las garantías que circundan a los Tribunales internacionales, hacen que el precedente jurisprudencial tenga de hecho, en el ámbito del Derecho Internacional, una importancia aún mayor de la que goza en el derecho interno de los distintos Estados, y tienda incluso a aumentar continuamente.²³

En el mismo sentido se pronuncia Rousseau, para quien la jurisprudencia tiene como uno de sus objetivos «demostrar la existencia y el contenido de la costumbre internacional».²⁴

La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del Derecho Internacional.

Por otro lado, a estas dos funciones tradicionales, la doctrina suma una tercera: la jurisprudencia puede contribuir también a la formación y transformación del Derecho Internacional. En su opinión individual en el *Asunto del Estrecho de Corfú*, el juez Álvarez, sostuvo que las funciones de la Corte Internacional de Justicia eran:

- a) La antigua, que consiste en la aclaración del derecho existente y en su precisión y confirmación.

DE VISSCHER, Charles. «Les Avis Consultatifs de la Cour Permanente de Justice International». En: *Recueil des Cours*. 1929, t. I, n.º 26, p. 60.

²³ SERENI, A. *Diritto Internazionale*. Milán, 1956, t. I, pp. 163-164.

²⁴ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., pp. 337-338: «Finalmente la jurisprudencia de los tribunales internacionales puede servir como medio para demostrar la existencia y el contenido de la costumbre internacional. Dadas las condiciones en las cuales ella interviene y en ausencia del legislador internacional, esta constatación tiene naturalmente un gran valor. He aquí un factor importante para el desarrollo del derecho consuetudinario y que, sobre todo a partir de 1919, ha tenido una mayor extensión».

- b) La de modificar, conforme a las condiciones actuales de la vida internacional, los preceptos en vigor, pero que hayan caído en desuetudo.
- c) La de crear y formar nuevos preceptos tanto para los antiguos problemas en que no existían reglas como para los nuevos problemas.²⁵

Sobre los mismo, Lauterpacht advierte que «la codificación exige estabilidad y creciente integración de la sociedad internacional, y que dada la inexistencia de estas condiciones, era especialmente importante la función de la Corte en el desarrollo del Derecho Internacional».²⁶ Tal era también, en síntesis, el parecer de Dñ Visscher. Para el profesor belga la codificación, «con la secuela de seguridad jurídica que supone, se halla todavía lejana en el orden interestatal», existiendo «una fijeza y estabilidad relativas en la jurisprudencia de la Corte de la Haya».²⁷

En consecuencia, la jurisprudencia no solo permite interpretar y probar la existencia de normas jurídicas internacionales sino que adicionalmente, provoca el surgimiento y transformación de las mismas.

Así, el arbitraje del *Asunto Alabama* de 1872 fue determinante para el desarrollo de la neutralidad; el *Asunto de la Isla de Palmas* de 1928, lo fue en lo referente a la adquisición de títulos de propiedad sobre un territorio; en el *Asunto Naulilaa*, se estableció la regla de la proporcionalidad de la respuesta frente a un acto ilícito;²⁸ los dictámenes de las Comisiones Mixtas de Reclamaciones, constituidas luego de la Primera Guerra Mundial, como por ejemplo, el laudo en el *Asunto Lena Goldfields*, incorporó por primera vez al Derecho Internacional el principio del enriquecimiento ilegítimo; los aportes realizados por las Comisiones Mixtas de Reparaciones mejicano-norteamericanas sobre responsabilidad del Estado por daños a personas y bienes extranjeros; el aporte del laudo sobre el *Asunto Aramco*, de 1958, referente a las características jurídicas de los convenios internacionales de concesión para explotar los recursos naturales; el *Asunto Abu Dhabi*, ya referido, etc, son demostraciones de lo que afirmamos. A ellos deben agregarse los fallos de los Tribunales de *Nuremberg y de Tokio*, que aportaron nuevos principios sobre la responsabilidad personal individual por crímenes de guerra contra la humanidad, creando, además, nuevos delitos.²⁹

²⁵ Opinión Individual en el Asunto del Estrecho de Corfú. C.I.J. *Recueil*. 1949, p. 40. Citado por PASTOR RIDRUESO, José Antonio. Ob. cit., p. 89.

²⁶ LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by International Court*. Londres, 1958. Ibidem, p. 89

²⁷ DE VISSCHER, Charles. *Théories et Réalités en Droit International Public*. Paris, 1953, p. 421. Ídem.

²⁸ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. París: Dalloz, 1998, p. 316.

²⁹ Todos los demás casos son citados por LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 375.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- ABELLAN HONRUBIA, Victoria. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones*. Traducción de Rafael Aguayo Spenser y José Bermúdez de Castro. México: Editora Nacional, 1950.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. Paris: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- DE VISSCHER, Charles. *Théories et Réalités en Droit International Public*. Paris, 1953.
- DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 3.^a edición italiana por J.M. Trias de Bes y J. Quero Morales. Barcelona: Bosch, 1932.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 1998.
- FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fishman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1995.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I: Peace. Londres: Longman, 1992.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

- KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima: Cultural Cusco, 1996.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Publico*. Vol. I. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981.
- MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Bogotá: Temis, 1995.
- MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Educa, 1975.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990.
- PASTOR RIDRUEJO, José. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: TEA, 1985.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994.
- RODRIGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Porrúa, 1964.
- SERENI, A. *Diritto Internazionale*. T. I. Milano, 1956.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas.
- VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Bogota: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1979.

2. ARTÍCULOS

GARZON CLARIANA, Gregorio. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II) : Valor como recomendaciones-declaraciones y actos estatales». En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1973.

ORTIZ Y BUSTOS, Belisario. «La Jurisprudencia como Fuente de Derecho». En: *Prudentia Iuris*. Abril, 1989.

SOURANG, Mousthapha. «Jurisprudence and Teachings». En: BEDJAOUI, Mohammed (ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. Paris: UNESCO - Martinus Nijhof Publishers, 1991, pp. 283-287.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

CAHIER, Philippe. «Changements et Continuité du Droit International, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, T. 195.

3.2. CURSOS ESPECIALES

GIRAUD, E. «Le Droit International Public et la Politique». En: *Recueil des Cours*. III, vol. 110, 1963.

4. JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

C.I.J. *Recueil*, 1949.

CAPÍTULO IX

LOS ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

1. Introducción

Hoy en día sigue vigente la afirmación según la cual se señala al Estado como el principal sujeto de Derecho Internacional. Aun cuando el Estado ha perdido la exclusividad que, como sujeto único en la esfera jurídico internacional, tuviera hasta comienzos del presente siglo, nadie duda de su claro protagonismo.

Los Estados, como sujetos plenos de Derecho Internacional, poseen capacidad jurídica para producir actos jurídicos internacionales. Dichos actos pueden ser, básicamente, de dos tipos: unilaterales y multilaterales en sentido amplio.

Los primeros —pese al precario desarrollo que han merecido por parte de la doctrina— han cobrado una importancia cada vez mayor en el Derecho Internacional, no solo porque colaboran en su desarrollo, sino porque se plantea la posibilidad de que ellos constituyan una verdadera fuente del Derecho de Gentes.

En efecto, la teoría de los actos unilaterales no ha merecido mayor atención por parte de la doctrina, notándose una serie de vacíos y carencias en su tratamiento. Sin embargo, paralelamente a ello, su importancia ha ido creciendo cada vez más dentro de la teoría de las fuentes del Derecho Internacional. Esto, según Diez de Velazco, es producto de tres factores fundamentales:¹

- a) La adopción, por parte del Derecho Internacional, de conceptos e instituciones del Derecho Privado, lo cual ha conducido a que la doctrina del negocio jurídico se haya transplantado al orden internacional,
- b) La superación del positivismo voluntarista, tanto en lo referente a la fundamentación como a la existencia del Derecho Internacional y,
- c) La creciente importancia que han adquirido los actos unilaterales en determinadas materias del Derecho Internacional, especialmente, en lo referente al Derecho Internacional Marítimo.

En este sentido, trataremos a continuación de analizar la teoría de los actos unilaterales de los Estados, buscando brindar al menos una luz, sobre una serie de aspectos aún oscuros o poco conocidos de esta materia.

¹ DIEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1985, t. I, p. 156.

2. Concepto

Jiménez de Aréchaga, ex presidente de la Corte Internacional de Justicia, define al acto unilateral como «la declaración unilateral de voluntad de un único sujeto de Derecho Internacional que tiene por objeto dar origen a vínculos jurídicos internacionales, cuyos efectos están previstos o autorizados por el Derecho Internacional».² Moncayo, en una definición más escueta, señala: «Se consideran actos unilaterales de los Estados a aquellas manifestaciones de voluntad emanadas del Estado y que tienden a producir ciertos efectos jurídicos».³ Para De Visscher la definición del concepto no abona respecto de la frecuencia de su empleo, y lo define de la siguiente manera: «Si se entiende por acto jurídico unilateral, el acto de voluntad que emana de un sólo sujeto de Derecho Internacional, destinado a producir efectos de derecho por sí mismo y susceptible de producir tales efectos en virtud del Derecho Internacional general, se puede constatar [...] que tales actos son relativamente raros».⁴ Para Quoc Dinh, Daillier y Pellet, «El conjunto de la doctrina admite como actos unilaterales las manifestaciones unilaterales de voluntad, emitidas sin el menor vínculo con un tratado o una costumbre».⁵ Para los mismos autores «no existe duda que los Estados pueden imponerse obligaciones a sí mismos o ejercer unilateralmente derechos dentro de los límites admitidos por el Derecho Internacional general».⁶

De estas definiciones, es posible concluir que el acto unilateral de un Estado es una manifestación unilateral de voluntad del mismo, formulada de conformidad con el Derecho Internacional y con la intención de producir efectos jurídicos a favor de uno o varios Estados u Organizaciones Internacionales. De allí se pueden extraer ciertos elementos determinantes en la configuración de un acto unilateral.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Curso de Derecho Internacional Público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979, t. 1, p. 222.

³ MONCAYO Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1981, t. I, p. 160. Otros autores como Sorensen, Pastor Ridruejo o Díez de Velasco, formulan definiciones similares. Sin embargo, en este caso, hemos preferido citar las que consideramos más completas.

⁴ DE VISSCHER, Paul. «Remarques sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au fondement obligatoire de certains actes unilatéraux». En: *Essays in International Law in honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1948, p. 461.

⁵ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie général de droit et de jurisprudence, 1994, p. 354.

⁶ *Ibidem*, p. 357.

3. Elementos Constitutivos

Entre los elementos constitutivos del acto unilateral podemos señalar los siguientes:

3.1. Una manifestación de voluntad, es decir, se requiere ante todo de la presencia de una declaración de voluntad, de un asentimiento. Para Monaco, «la declaración de voluntad contenida en el acto unilateral se presenta como autónoma, en el sentido que es capaz de producir sus efectos sin el concurso de otra declaración de voluntad».⁷

3.2. Que esta manifestación de voluntad sea hecha por uno o varios sujetos de Derecho Internacional, sin intención de crear entre sí un acuerdo de voluntades. En otras palabras, la manifestación debe ser unilateral. Al respecto dice Dupuy:

Unilateral no quiere por otro lado decir necesariamente individual. Un acto unilateral puede emanar de una colectividad de Estados o, más ampliamente, de sujetos de Derecho Internacional, sin que ellos estén forzosamente reunidos en una agrupación permanente. Así una conferencia de jefes de Estado podrá adoptar una declaración conjunta por la cual cada uno de los Estados representados reconoce o declara inválida una situación dada (por ejemplo, en este último caso, la ocupación de un territorio por la fuerza). Si bien procede de la convergencia de posiciones de unos y otros, tal declaración no podrá ser un tratado, porque ella realiza no el acuerdo de diferentes voluntades sino la opinión común a unos y otros.⁸

3.3. Que tal manifestación unilateral de voluntad tienda a producir efectos jurídicos. Tales efectos se traducirán necesariamente en una obligación a cargo del Estado declarante y en un derecho a favor del destinatario de la declaración. Esto, en virtud del Principio de Igualdad Soberana de los Estados, que impide que un Estado pueda imponer obligaciones a otro por su mera voluntad. Un Estado, solo puede entonces crear unilateralmente derechos en favor de un tercero. En tal sentido señala Dupuy: «Sin embargo, como los convenios, estos actos unilaterales son actos jurídicos: producen efectos de derecho de los cuales los más frecuentes (pero no los únicos) se realizan en la creación de derechos y de obligaciones».⁹

Si por el contrario, el acto no llega a generar efectos jurídicos, entonces consideramos que no puede ser entendido como un acto jurídico unilateral.

⁷ MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turin: Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1982, p. 86.

⁸ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. Paris: Dalloz, 1998, pp. 309-310.

⁹ *Ibidem*, p. 309.

En este sentido y pese a la opinión de la C.I.J. en el *Asunto de los Ensayos Nucleares*, donde expresó que «por cierto, no todos los actos unilaterales importan obligaciones»,¹⁰ consideramos que un acto jurídico que no genera efectos jurídicos no debe ser considerado como tal.

En efecto, si como hemos señalado, el acto unilateral de un Estado no puede imponer obligaciones o deberes a un tercer Estado en provecho suyo y, por otra parte, aceptamos la afirmación de la Corte en el sentido que existen actos que tampoco crean derechos en favor de estos terceros Estados, entonces estaríamos frente a actos carentes de todo efecto jurídico y, consecuentemente, de actos ajenos al mundo del Derecho. En consecuencia, si hablamos de actos unilaterales, necesariamente hablamos de actos con efectos jurídicos, es decir, de actos que generan obligaciones para el Estado declarante y derechos para el destinatario.

En relación con este punto, debemos señalar que para que la manifestación de voluntad de un Estado pueda surtir efectos jurídicos, debe ser hecha con la *intención* de contraer un compromiso jurídico. Con respecto de este elemento intencional, ha señalado la Comisión de Derecho Internacional:

La intención del autor del acto es fundamental, afirmación que no deja de suscitar algunas inquietudes por las dificultades que plantea la imposibilidad de su determinación en todos los casos. Es posible afirmar, como lo hizo un representante en la Sexta Comisión, que todos los actos del Estado son en principio políticos y que algunos de ellos pueden ser jurídicos si ésa es la intención del Estado que la formula [...].

No podríamos encontrarnos ante un acto unilateral en el sentido que nos interesa, si el Estado no entiende que asume un compromiso jurídico al formularlo. Si el Estado no entiende haber asumido tal compromiso, estaríamos más cerca de comportamientos o actitudes que sin negar que pueden producir efectos jurídicos, no pueden considerarse actos jurídicos en el sentido estricto del término.¹¹

3.4. Que su validez o eficacia no dependa de otros actos jurídicos. Esto es lo que Verdross denomina «actos jurídicos unilaterales puros», en tanto no requieren de la presencia de otros actos jurídicos para generar efectos por sí solos.

En opinión de Abi-Saab: «Para responder a esta pregunta, debemos verificar si los actos unilaterales bastan en sí mismos para producir el

¹⁰ C.I.J. *Recueil*, 1986.

¹¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Tercer Informe sobre los Actos Unilaterales de los Estados*. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, 17 de febrero del 2000, p. 7, numerales 34 y 35. En el mismo sentido, señala CAFLISCH, Lucius. «La Pratique Suisse en Droit International Public». En: *Revue Suisse de Droit International et Europeen*. P. 851: «es evidente que no hay acto jurídico unilateral sino en la medida en que el Estado que lo realiza tiene claramente la intención de producir un efecto normativo».

efecto jurídico deseado y, en consecuencia, si ellos constituyen un procedimiento o una modalidad "autónoma" de hacerlo, que no se confundan con alguna otra fuente reconocida, ni se expliquen por ella".¹² Otros autores señalan que la autonomía no debe ser un criterio determinante para la existencia del acto.¹³

3.5. Que el acto sea conforme con el Derecho Internacional. Un acto unilateral aun cuando sea compatible con el derecho interno, si es contrario al Derecho de Gentes no puede ser reputado como legítimo, más aun, suele ser repudiado por la Comunidad Internacional. Al respecto precisa Dupuy: «La forma que revisten tales actos (generalmente ley o decreto) importa poco al Derecho Internacional. En cambio, su validez depende de su conformidad a las reglas de ese derecho (raramente, de su simple compatibilidad con ellas)». ¹⁴ En el mismo sentido acota Skubiszewski que: «para ser válido, todo acto (unilateral) del Estado debe ser conforme a las normas sustantivas de Derecho Internacional». ¹⁵ Al respecto es ilustrativo el paralelo que trazan Nguyen, Daillier y Pellet:

Durante mucho tiempo se ha sostenido que las condiciones de validez y de licitud del acto estatal unilateral presentaban caracteres inéditos con respecto a aquellos aplicables a los tratados. En realidad, existen numerosos rasgos comunes. El acto unilateral debe respetar la jerarquía de normas, cuando ésta existe (*ius cogens*, actos sucesivos con idénticas partes) así como el principio de licitud del fin y objeto del acto; tampoco debe estar contaminado por vicios del consentimiento.¹⁶

Un ejemplo de esto lo constituye la anexión por Israel en 1981 del territorio sirio del Golán, por medio de una ley interna claramente violatoria del Derecho Internacional. Tal acto no solo fue calificado como ilícito

¹² ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, p. 192.

¹³ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 355: «La exigencia de autonomía del acto unilateral, defendida por los partidarios de la concepción estrecha, lleva a restringir senciblemente el número de actos unilaterales estatales. Desde que se sitúa menos en la perspectiva de las fuentes formales del derecho que en aquella del derecho internacional, la exigencia de autonomía no es más un criterio necesario de delimitación de los actos unilaterales. Se renunciará con mayor razón a él ya que este criterio no tiene la precisión deseable, además de los autores que le son favorables no están de acuerdo entre ellos sobre la lista de actos unilaterales que responden a la exigencia de autonomía».

¹⁴ DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., p. 312.

¹⁵ SKUBISZEWSKI, Krzysztof. «Unilateral Acts of States». En: BEDJAQUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*. París: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO, 1991, p. 230: «Para ser válido cualquier acto del Estado tiene que estar conforme con las reglas sustantivas del derecho internacional en las materias en que trata».

¹⁶ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., pp. 358-359.

to por la Asamblea General de las Naciones Unidas sino que fue repudiado por Resolución de 5 de febrero del mismo año, ordenando el aislamiento político, militar y económico del Estado israelí.¹⁷ Similar situación se presentó con motivo de la anexión de Kuwait por Irak en 1991.

En este punto resulta interesante citar la opinión discrepante del profesor Pagliari, quien señala que cuando un acto unilateral contraviene una norma de Derecho Internacional «nos encontraríamos frente a un acto, que es lícito en sí mismo, pero que se encuentra en pugna con otros compromisos o acuerdos vigentes, asumidos previamente por el Estado antes de la declaración. Como el acto obliga también al Estado, debiendo éste atenerse a sus términos, será responsable internacionalmente —señala— tanto si no lo cumple como si lo hace contraviniendo normas dispositivas y deberá responder por los perjuicios derivados de su falta de cumplimiento».¹⁸

Definitivamente, Pagliari incurre en error, pues no es posible sostener en Derecho la licitud de un acto contrario al Derecho vigente. Si el acto unilateral, al momento de ser dado por el Estado, contraviene una norma de Derecho Internacional a la cual este se encuentra obligado, el acto será ilícito y, por ende, inválido. Más aun, si contradice una norma de *ius cogens*, el acto será nulo *ipso iure*, es decir carente de todo efecto jurídico.

Finalmente, es pertinente señalar que todos estos elementos deberán concurrir de manera conjunta para que el acto unilateral se cristalice ya que la ausencia de alguno de ellos impediría su conformación.

4. Clasificación

No existe un criterio uniforme en la doctrina respecto a la clasificación de los actos unilaterales; substancia, forma y efectos que producen, pueden ser criterios útiles para clasificar los diversos actos unilaterales en función al empleo que de ellos hace quien los genera. Clásicamente, empero, los actos unilaterales de los Estados, han sido clasificados según la siguiente tipología:

4.1. Notificación

La notificación puede ser definida como la manifestación unilateral de voluntad de un Estado, por la cual comunica oficialmente a otro sujeto de

¹⁷ CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Bogotá: Temis, 1983, t. I, p. 437.

¹⁸ PAGLIARI, Arturo. «Los Tratados, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Internacional Público». En: *Derecho Internacional Público: Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, pp. 69-70.

Derecho Internacional, determinado documento, hecho o situación, fijando sus puntos de vista sobre cuestiones de importancia internacional, tales como política exterior, relaciones internacionales, políticas con los países vecinos, etc. Cualquier materia puede ser objeto de notificación. La finalidad de este acto es dar a otro Estado una certeza legal de información.

La notificación unilateral puede ser de dos tipos:¹⁹

- a) Facultativa o Voluntaria: cuando no emana del cumplimiento de una obligación internacional. Por ejemplo, el cambio de Jefe de Estado, la ruptura de relaciones diplomáticas, entre otros.
- b) Obligatoria o Preceptiva: cuando emana del cumplimiento de una obligación internacional, es decir, cuando es indispensable para la eficacia del acto y su observancia por otros sujetos de Derecho Internacional.²⁰ Por ejemplo, el lanzamiento de satélites artificiales al espacio, la notificación de la puesta de minas submarinas por los Estados beligerantes o neutrales (8vo. Convenio de la Haya de 1907), bloqueo en caso de guerra marítima (Declaración de Londres de 1909 sobre el derecho de la guerra marítima) o la notificación del estado de guerra por los Estados beligerantes a los neutrales (3er. Convenio de la Haya de 1907).²¹

No obstante, el profesor Vellas niega que la notificación sea un verdadero acto unilateral. Entiende que se trata de un mero acto de publicación cuyo único papel es instrumental, es decir, su única finalidad es llevar una información determinada al conocimiento de otro Estado. Concluye, entonces, que la publicación de un acto no debe ser confundida con el acto mismo.²²

Vellas definitivamente acierta cuando afirma que la notificación no es un acto jurídico unilateral. Cuando la notificación es, por ejemplo, obligatoria o preceptiva, esta constituye una verdadera condición de forma para la validez del acto.²³ Así, la notificación de bloqueo marítimo es una condición para la validez y licitud del bloqueo. Ella, empero, no produ-

¹⁹ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 438.

²⁰ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 87.

²¹ LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile, 1987, t. 1, p. 388. SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Ob. cit., p. 226.

²² VELLAS, Pierre. *Droit International Public: Institutions Internationales*. París, 1967. Citado por HALACJZUK, Bohdan y María Teresa DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, p. 94.

²³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 9.ª ed. Río de Janeiro: Renovar, 1992, t. I, p. 245.

ce los efectos jurídicos; el conjunto de derechos y obligaciones internacionales se derivan del acto mismo (el bloqueo), no de su notificación.²⁴

Venturini considera al respecto, que es preciso excluir de la esfera de la notificación todos los casos en que ella no constituye sino la forma de emisión de una declaración, en razón de que en ese caso ella no tiene una importancia autónoma. Es la hipótesis —señala— de la notificación de la ratificación de un tratado, que es condición necesaria para que la ratificación surta efectos jurídicos. Pero, como puede observarse, se trata justamente de los efectos de la ratificación y no de la notificación por sí misma.²⁵

Aun cuando muchos autores mencionan la declaración como acto unilateral, su ausencia de destinatario, así como el hecho de ser la mera difusión de situaciones que de por sí constituyen actos unilaterales, la privan de la suficiente autonomía para clasificarla como un tipo independiente de acto unilateral. De ahí que muchas veces, cuando nos referimos a los diversos actos unilaterales como «declaración», solo se alude a la exteriorización del acto, en el sentido de declaración o manifestación de voluntad capaz de crear derechos.

4.2. Renuncia

La renuncia viene a ser el abandono voluntario de un derecho, facultad, pretensión o expectativa de derecho, cuando ellos son susceptibles de renuncia. Así, un Estado puede renunciar a derechos territoriales, a la inmunidad de sus agentes diplomáticos o a presentar o llevar adelante una reclamación diplomática. Algunos autores señalan que no es posible renunciar a un derecho si este se encuentra relacionado con una obligación.²⁶

Para Camargo, la renuncia, por la gravedad del compromiso que el Estado asume, debe ser necesariamente expresa, solemne y formal,²⁷ es decir, no cabe renuncia tácita o presunta. Esta opinión fue confirmada por la sentencia arbitral del presidente de Chile José Joaquín Pérez, de 1 de agosto de 1870, en el *Asunto del cierre del puerto de Buenos Aires*, entre

²⁴ JACQUE, Jean Paul. «A propos de la promesse unilatérale». En: *Mélanges Offerts à Paul Reuter*. 1983, p. 327. Citado por MELLO, Celso. Ob. cit., p. 245.

²⁵ VENTURINI, G. «La Portée et les effets juridiques des attitudes et des Actes Unilatéraux dex Etats». En: *Recueil des Cours*. 1964, t. 112.

²⁶ SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Ob. cit., p. 229: «La renuncia no es legalmente posible si el derecho, competencia o poder esta conectedo con una obligación, incluyendo el estatuto del país en una organización internacional determinado por la constitución de esta, por ejemplo un miembro permanente del Consejo de Seguridad no puede abandonar su posición en dicho órgano».

²⁷ CAMARGO, Pedro Pablo. Ob. cit., p. 440.

Argentina y Gran Bretaña, donde se dijo «que el hecho de no haber formulado reserva de un derecho no implica que se le abandona».²⁸

Contrario a esta opinión, Sepúlveda afirma la existencia de dos tipos de renuncia: la renuncia expresa y la implícita. Sobre esta última pone como ejemplo el caso de un territorio que pasa a ser ocupado por otra nación y el Estado cuyo territorio es objeto de ocupación no se opone ni protesta. En este caso señala que se debe entender que ha existido una renuncia implícita.²⁹ Otros autores como Monaco sostienen que «la renuncia puede ser expresa o tácita, en el sentido que, para concretarse una renuncia no es necesario que intervenga de parte del Estado renunciante una declaración expresa, pudiendo la voluntad desprenderse de un comportamiento o hecho concluyente».³⁰

La opinión de estos autores tiene como base la institución del estoppel. Ellos entienden que al existir tal figura resulta lógico pensar en una renuncia implícita. Sin embargo, parten de un error. La institución del estoppel es una figura netamente procesal que no crea, modifica ni extingue una situación jurídica, sino que solo imposibilita una determinada alegación. Así, en el ejemplo, la inacción del Estado cuyo territorio es ocupado no puede ser tomada como una renuncia tácita o implícita, ya que tan solo vuelve inadmisibles cualquier demanda o reclamo posterior. Es decir, aquí no hay renuncia a derecho o pretensión sustantiva alguna. Aquí tan solo hay una sanción procesal por inacción: la no admisibilidad de la demanda.

Por tanto, insistimos en que la renuncia a un derecho solo será posible si se formula en forma expresa, solemne y formal. En este sentido, la interpretación de un acto de renuncia deberá ser siempre restrictiva y se debe evitar en lo posible perjudicar a su autor.

Por otro lado, la renuncia es usual en el ajuste de límites o en la solución de controversias (para evitar una fricción o llegar a un acuerdo con el Estado contra el cual se tiene la reclamación). Una variante de renuncia es precisamente el desistimiento, empleado en el campo del derecho procesal internacional. Sobre este punto, sostiene De Visscher, «Se reconocerá igualmente el carácter de actos jurídicos unilaterales, en el sentido propio del término, a las renunciaciones distintas que las renunciaciones convencionales, y de las cuales la jurisprudencia de la Corte ofrece ciertos ejemplos como los desistimientos de instancia y de acción o las renunciaciones a invocar un medio».³¹

En síntesis, cuando hablamos de renuncia estamos frente a un acto jurídico unilateral pleno de un Estado, que produce efectos por la sola

²⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. Ob. cit., p. 392.

²⁹ SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2.^a ed. México: Porrúa, 1964, p. 103.

³⁰ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 93.

³¹ DE VISSCHER, Paul. Ob. cit., p. 462.

voluntad del Estado renunciante.³² La renuncia tiene un efecto jurídico evidente: la extinción de un derecho o de una pretensión jurídica para el Estado declarante y, con ello, la imposibilidad de un reclamo posterior de este. En opinión de Monaco «siendo el Derecho Internacional en gran parte de origen voluntario, se debe admitir que, como por voluntad de un sujeto se constituye un determinado derecho, así por voluntad del mismo sujeto se produce la extinción del derecho constituido en su provecho».³³

4.3. Reconocimiento

Charpentier define el reconocimiento como la manifestación de voluntad por la cual un Estado se adhiere a la modificación de una situación efectuada sin su participación.³⁴ En otras palabras, por el reconocimiento un Estado hace constar como legítima la existencia de un hecho, una situación o una determinada pretensión jurídica, es decir, como válida y oponible.³⁵ Para De Visscher:

Se puede colocar en esta categoría el reconocimiento y la aquiescencia, subrayando siempre que tales actos revistan asimismo la naturaleza de actos constitutivos de derecho, que es el caso cuando ellos intervienen en respuesta a una pretensión hecha por otro sujeto de derecho internacional y, asimismo, la naturaleza de actos que reconozcan situaciones jurídicas cuya existencia y validez resulten de una fuente ordinaria del derecho de gentes. En este último caso, el efecto del reconocimiento o de la aquiescencia consiste en impedir al Estado del que emanan el reconocimiento o la aquiescencia de cuestionar la existencia, la validez o el carácter de lo que ha reconocido.³⁶

El reconocimiento puede ser también negativo, cuando no se reconoce una situación de hecho por transgredir una regla de Derecho Internacional. Es el caso de la doctrina Stimson formulada el 7 de enero de 1932, por la cual los Estados Unidos de América anunciaron el no reconocimiento de situaciones, tratados o convenios impuestos por la fuerza en contravención del Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) y del Pacto Briand-Kellog (1928).

³² SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Ob. cit., p. 229: «La renuncia como acto unilateral produce efecto sólo en virtud de la decisión del Estado renunciante».

³³ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 92.

³⁴ CHARPENTIER, Jean. *La Reconnaissance Internationale et L'evolution du Droit des Gens*. París, 1955.

³⁵ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 355.

³⁶ DE VISSCHER, Paul. Ob. cit., pp. 461-462. MONACO, Riccardo. Ob. cit., pp. 88-89: «En este amplio punto de vista se puede definir el reconocimiento como un acto por el cual el Estado declara aceptar la existencia de una determinada situación de hecho o de derecho».

Por otro lado, el reconocimiento tiene carácter discrecional, es decir, otorgarlo o no, depende exclusivamente de la voluntad del Estado declarante no existiendo deber jurídico alguno en este sentido.³⁷

El reconocimiento tiene un efecto declarativo y no constitutivo, en tanto se limita a constatar la existencia de un hecho. Tal efecto es, además, de carácter relativo, en tanto el objeto o situación reconocido pasa a ser oponible únicamente a quien lo reconoció. En consecuencia, los efectos jurídicos del reconocimiento son fijados por quien lo otorga y duran hasta que la respectiva realidad desaparezca.³⁸

Por otra parte, el reconocimiento puede ser de dos tipos: expreso, cuando hay una manifestación formal de voluntad, o tácito, si la voluntad puede ser deducida de una conducta o comportamiento concluyente.

Por último, cabe mencionar la acertada opinión de Vellas sobre este tema, que califica este acto como un «acto-condición». Entiende que en esta situación la manifestación de voluntad produce, solamente para el caso determinado, la aplicación de una norma preestablecida por el Derecho Internacional. En consecuencia, en el caso del reconocimiento de Estados o de gobiernos, el Estado se obliga a observar respecto de ese Estado o gobierno reconocido, el conjunto de derechos que implica la subjetividad internacional en un caso y la organización política en el otro. Concedido el reconocimiento, el Estado no puede objetar más tarde la existencia, validez o legitimidad del hecho o situación reconocida. En este sentido, el reconocimiento surte efectos jurídicos, y es por lo tanto, un acto jurídico unilateral.

4.4. Promesa

Por medio de este acto, el Estado se compromete a adoptar una conducta futura de hacer o no hacer. Aquí el Estado realiza una concesión espontánea y gratuita. Sostiene al respecto De Visscher:

Así, ciertos actos unilaterales y, muy particularmente, la promesa no convencional, se ven liberados de esa prisión consensual en la cual los voluntaristas puros han tratado tanto tiempo de encerrarlos contra toda evidencia. Si es así, es deseable que la doctrina retome el estudio de la promesa unilateral a la luz de las exigencias de la buena

³⁷ VENTURINI, Gian Carlo. «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des États». En: *RCADI*. P. 396: «Desde el punto de vista de sus fundamentos jurídicos, el reconocimiento se aproxima a la promesa o —mejor— entra en el marco más amplio de los actos unilaterales que constituyen el ejercicio del poder general de obligarse por medio de una manifestación propia de voluntad, es decir en el marco de una figura general de acto jurídico».

³⁸ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982, pp. 141-142.

fe, que no son ni aquellas de la regla *pacta sunt servanda* ni aquellas del principio del *estoppel*. Tal estudio deberá abocarse especialmente al análisis del poder de revocación de la promesa unilateral, poder del que la Corte ha dicho que no es 'arbitrario' pero del cual la relatividad, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione materiae*, requiere ser apreciada a la luz del contexto político-jurídico propio de cada caso.³⁹

Para otros autores «la promesa hace nacer nuevos derechos a favor de terceros».⁴⁰ Su capacidad de generar consecuencias jurídicas fue puesta de manifiesto en el *Asunto de Groenlandia Oriental*, al considerar la C.P.J.I. como obligatoria para Noruega la declaración de su Ministro de Relaciones Exteriores, el Sr. Ihlen, en el sentido que su país no reclamaría territorios en Groenlandia.

Otros ejemplos de promesa son las declaraciones de Albania, Finlandia, Irak, Letonia, Lituania y Estonia a la Sociedad de Naciones sobre protección de minorías; la declaración de Alemania de 1937 referente a la inviolabilidad de Bélgica; la declaración de los Estados Unidos sobre el cese del fuego en Vietnam; la promesa del gobierno británico a Francia de no expropiar los bienes del ciudadano francés Mavrommatis en Jerusalén (resuelto por la C.P.J.I.); la promesa del gobierno polaco de no expropiar ciertos depósitos alemanes en dinero en la Alta Silesia (caso visto también ante la C.P.J.I.); el fallo del 1 de octubre de 1946 del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que reconoció el carácter obligatorio de las promesas unilaterales efectuadas por Alemania respecto a la inviolabilidad de Austria; y finalmente, la promesa de Francia, en el *Asunto de los ensayos nucleares entre Francia y Nueva Zelandia*, en la que se obligaba a poner fin a los ensayos nucleares atmosféricos. Un caso reciente, citado por la CDI, es la promesa de España, del 28 de noviembre de 1998, de condonar a Honduras, Nicaragua, El Salvador, Belice y República Dominicana el pago de la deuda de los Fondos de Ayuda par el Desarrollo (FAD) como consecuencia de los enormes daños ocasionados por el huracán Mitch en estos países.⁴¹ Sin embargo, autores como Venturini no encuentran uniformidad en la jurisprudencia respecto a la naturaleza de la promesa como acto.⁴²

La promesa es entonces, un típico acto jurídico unilateral y como tal, surte efectos una vez puesto en conocimiento de la contraparte, y no se exige otra voluntad de aceptación.⁴³

³⁹ DE VISSCHER, Paul. Ob. cit., p. 464.

⁴⁰ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 355.

⁴¹ CDI. Ob. cit., p. 8, numeral 43.

⁴² VENTURINI, Gian Carlo. Ob. cit., p. 397: «En realidad no se encuentra en la jurisprudencia internacional afirmaciones explícitas e inequívocas sobre el valor obligatorio de la promesa o —mejor— esta jurisprudencia no se preocupa de indicar la naturaleza unilateral o bilateral de ciertas declaraciones cuya eficacia reconoce».

⁴³ VELLAS, Pierre. Ob. cit., pp. 94-95. VENTURINI, Gian Carlo. Ob. cit., p. 400: «En realidad, el criterio distintivo en el caso de dos actos verdaderamente distintos, siem-

4.5. Protesta

La protesta es la declaración unilateral de un Estado por la cual manifiesta a otro sus objeciones u oposición contra las consecuencias jurídicas que produce un hecho pasado o actual, o la amenaza de un hecho futuro.⁴⁴ Lo que busca la protesta es influir en la conducta del destinatario para evitar las consecuencias jurídicas no deseadas.⁴⁵ Para Nguyen, Daillier y Pellet, la protesta «se trata de un acto por el cual el Estado reserva sus propios derechos frente a las reivindicaciones de otro Estado o contra una regla en vía de formación».⁴⁶ La protesta no requiere de una forma determinada, aunque usualmente toma la forma de una nota diplomática, sin embargo, puede ser formulada por escrito, oralmente, o deducirse de un determinado comportamiento.⁴⁷ Tal disconformidad debe ser puesta de manifiesto pues, en muchos casos, si un Estado no protesta contra la violación de una regla de Derecho Internacional puede dar lugar al silencio con efectos jurídicos, comúnmente denominado estoppel.

Claro ejemplo de esto es la falta de oposición (protesta) a la costumbre durante su periodo de formación, por parte de un Estado, actitud que conlleva a su aplicación sin más contra este.

El estoppel es una regla del derecho inglés no uniforme que los franceses denominan *forclusion* y los latinoamericanos «doctrina de los actos propios». Por ella, un Estado no puede plantear una reclamación contra un hecho o acto que ha convalidado con su conducta posterior. En consecuencia, es una institución puramente procesal que como ya señalamos no crea, modifica ni extingue una situación jurídica, sino que solo imposibilita una determinada alegación y hace que se le considere inadmisibile.⁴⁸

Así lo señaló la C.I.J. en el *Asunto anglo-noruego sobre pesca* relativo a la extensión de las aguas territoriales noruegas, cuando dijo:

Absteniéndose de emitir una protesta u oposición a la legitimidad de los derechos noruegos, el Reino Unido, dada su posición de

pre relacionados entre sí, es el de dos manifestaciones de voluntad (oferta, aceptación) destinadas a encontrarse para convinar un acto bilateral. Distinto es el caso de los actos unilaterales donde encontramos una independencia del primer acto frente al segundo, cada uno de ellos se basta por sí mismo para alcanzar sus propios efectos jurídicos».

⁴⁴ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 94.

⁴⁵ SKUBISZEWSKI, Krzysztof. Ob. cit., p. 227. VENTURINI, Gian Carlo. Ob. cit., p. 393: «Es evidente que la protesta tiene precisamente como fin evitar que una situación nueva adquiera caracteres tales que determinen su legitimación. No se trata en consecuencia, del efecto de la protesta como acto, sino de la importancia de la protesta como elemento de una situación de derecho que sin ella podría tomar valor jurídico».

⁴⁶ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 355.

⁴⁷ MONACO, Riccardo. Ob. cit., p. 94.

⁴⁸ DIEZ DE VELAZCO, Manuel. Ob. cit., p. 158.

potencia marítima y teniendo en cuenta su interés en las zonas de pesca en cuestión, ha implícitamente reconocido su validez.⁴⁹

Del mismo modo, en el *Asunto de los empréstitos serbios y brasileros*, la C.P.J.I. en su sentencia de 12 de julio de 1929, señaló que los tenedores franceses de los títulos de la deuda no habían hecho declaraciones claras e inequívocas sobre las que pudieran fundarse los Estados deudores para alegar el estoppel.⁵⁰ Por su parte, la sentencia de 18 de noviembre de 1960, sobre el *Asunto de la sentencia arbitral del rey de España de 23 de diciembre de 1906*, entre Honduras y Nicaragua, afirmó que este último había reconocido la validez de la sentencia real, por sus declaraciones expresas y por su posterior comportamiento.⁵¹ En igual sentido, la sentencia de 15 de junio de 1962 dictada en el *Asunto del Templo de Preah Vihear*, entre Tailandia y Camboya, consideró que el primero no podía negar ser parte en una Convención de 1904 sobre fronteras, cuando por mucho tiempo invocó y disfrutó los beneficios del acuerdo. La Corte señaló:

[...] las circunstancias eran tales que exigían alguna reacción, dentro de un plazo razonable, por parte de las autoridades de Siam si éstas querían objetar el mapa o tenían alguna duda seria que plantear al respecto. Ahora bien, ellas no reaccionaron, ni entonces ni durante muchos años, por lo que debe concluirse en su aquiescencia.⁵²

De todo esto es posible extraer como conclusión que la eficacia de la protesta dependerá, en gran parte, de su reiteración. Esto quedó plenamente confirmado en el *Asunto Chamizal* entre los Estados Unidos y México, donde la Comisión Internacional dictaminó el 10 de junio de 1911 que el hecho de que México hubiera protestado repetidamente, entre 1849 y 1895, contra la ocupación por los Estados Unidos de la zona disputada, interrumpió la prescripción adquisitiva de los derechos de este último.

En síntesis, la protesta permite reservar y mantener el derecho del Estado que la formula en todos los casos en que su silencio se entendería como aquiescencia, aceptación o reconocimiento.⁵³ La protesta impide la consolidación de una situación adversa.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva la protesta no produce efecto jurídico alguno, pues ningún derecho es creado por medio de ella y ninguna obligación es impuesta. Su único fin es evitar se consagre una situación jurídica.

⁴⁹ C.I.J. *Recueil*, 1951, pp. 138-139.

⁵⁰ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20 y 21, p. 20.

⁵¹ C.I.J. *Recueil*, 1960, p. 213.

⁵² C.I.J. *Recueil*, 1962, p. 30.

⁵³ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, p. 427: «Siempre facultativa, la protesta no es jurídicamente necesaria más que en los casos que el silencio equivaldría a un asentimiento tácito».

La protesta podría ser catalogada —utilizando la doctrina de los actos unilaterales del Derecho Privado— como un hecho jurídico, es decir, como un hecho que no genera efectos, mas sí consecuencias jurídicas; en este caso, evitar el silencio con efectos jurídicos, esto es, evitar que una situación jurídica se cristalice. Como sostiene MELLO, la protesta evita la creación de una norma jurídica, mas ella misma no crea una.⁵⁴

4.6. Reserva

A través de la reserva, el Estado conserva su derecho con la finalidad de hacerlo valer oportunamente en la instancia adecuada. Esta reserva, por tanto, se distingue de las reservas a los tratados que son actos unilaterales dependientes y condicionados.⁵⁵

La reserva de derecho tiene una finalidad distinta. Busca evitar la continuidad y conformidad de una situación jurídica injusta o violatoria del Derecho Internacional. De ahí que muchos la asemejen a la protesta. Como ejemplos pueden mencionarse: la reserva de Argentina sobre las pretensiones territoriales de Gran Bretaña en las islas Malvinas o la reserva del gobierno peruano de extraditar al presidente Alan García al momento de otorgarle el salvoconducto para salir del país, entre otros.

En este caso, tampoco nos encontramos frente a un acto jurídico unilateral del Estado. Aquí, el declarante no asume obligación jurídica alguna, sino tan solo se limita a resguardar un derecho, esto es, ponerlo a buen recaudo.

Conclusión

De lo antes expuesto puede concluirse que no todos los actos unilaterales señalados por la doctrina son en realidad tales. Como hemos podido comprobar, no todos ellos surten efectos jurídicos, no todos crean derechos y obligaciones y por lo tanto, no deben ser incluidos en esta categoría.

En síntesis, para el Derecho Internacional solo serán actos jurídicos unilaterales: el reconocimiento, la renuncia y la promesa.⁵⁶ Debemos señalar además que todos estos actos unilaterales tienen como denominador común su autonomía e independencia en relación con otro acto jurídico unilateral, es decir, son actos que no requieren de otro acto o voluntad para surtir plenos efectos jurídicos.

⁵⁴ MELLO, Celso de Albuquerque. Ob. cit., p. 245.

⁵⁵ CAMARGO. Ob. cit., p. 440.

⁵⁶ Nuestra afirmación debe entenderse dentro del contexto, es decir, estos tres son los únicos actos unilaterales señalados por la doctrina clásica, que son en realidad tales. En la práctica, la lista es ilimitada.

Desde esta perspectiva debemos excluir además los siguientes actos:

- a) Los denominados actos jurídicos unilaterales dependientes, ya que no son propiamente actos unilaterales, puesto que requieren de una segunda voluntad para crear el efecto jurídico internacional deseado. En este sentido, nos parece impropia la denominación empleada por Verdross de «actos unilaterales dependientes», en tanto aquí no hay autonomía, no hay independencia y no hay, por tanto, unilateralidad. Este sería el caso del ofrecimiento y la aceptación.
- b) Aquellos actos denominados por Verdross «actos jurídicos asociados» (o mixtos según Halajczuk), los cuales condicionarían sus efectos jurídicos a la realización de cierta actividad material. Es el caso de:⁵⁷
 - b.1) La Ocupación: A través de la cual es posible adquirir la soberanía de un territorio determinado.
 - b.2) La Derelicción: Que es la renuncia —según Bonfante— que efectúa un Estado al dominio o soberanía de un territorio, como consecuencia del abandono del mismo. Por ejemplo, si un Estado retirara de una parte de su territorio a sus autoridades, la ignora en sus mapas y abandona sus establecimientos.
 - b.3) La Gestión de Negocios: Por la cual un Estado asume la administración de negocios o asuntos de otro, sin consentimiento ni conocimiento de este último. Rizzo Romano, citando a Rousseau, pone como ejemplo la gestión de negocios que realizó Rusia en 1878 en los territorios de Rumelia y Bulgaria, que pertenecían al Imperio Turco, limpiando de bandidos la zona, construyendo escuelas, etc. Los rusos solicitaron luego a los turcos el pago de todos los gastos que habían efectuado, y así se resolvió, conforme al Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878.⁵⁸

En estos supuestos, tampoco estamos ante la presencia de actos jurídicos unilaterales puros, en tanto no basta la mera declaración unilateral de voluntad del Estado para crear efectos jurídicos. Estos actos requieren adicionalmente de una actividad física o material.

También se debe tomar en cuenta que muchos actos unilaterales están destinados a surtir efectos jurídicos dentro del contexto regulado

⁵⁷ Véase RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 486.

⁵⁸ Ídem.

por un acuerdo de voluntades,⁵⁹ en tal sentido resulta ilustrativa la opinión de Dupuy:

La integración de los actos unilaterales en un conjunto consensual es entonces igualmente verificable en un gran número de casos, así por ejemplo, los actos ligados a la administración convencional, como la adhesión a un convenio multilateral, la emisión de una reserva respecto de ciertas disposiciones de un tratado, la denuncia legal de un acuerdo, la decisión de un Estado de retirarse de una organización internacional. Se trata de actos formalmente unilaterales, pues son imputables a un solo sujeto de derecho. Ellos encierran indiscutiblemente efectos jurídicos; pero sus efectos no pueden producirse sino por referencia al tratado al cual ellos se articulan. Sin la existencia de éste último, ellos no tendrían razón de ser ni tampoco posibilidad práctica de producir sus consecuencias de derecho.⁶⁰

⁵⁹ Para el Relator de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, Víctor Rodríguez Cedeño, existen una serie de actos aparentemente unilaterales, pero que en realidad entran en la esfera convencional y a los que les resulta aplicable el Derecho de los Tratados codificado en 1969. Estos actos son la firma, ratificación, depósito, reserva, adhesión, denuncia, oferta y aceptación. Igualmente, los actos del Estado por los cuales se acepta la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (Artículo 36, párrafo 2 del Estatuto), «conforman una relación convencional», pues solo produce efectos si un acto correspondiente ha sido realizado. No obstante, en relación a este último punto Rodríguez Cedeño reconoce que su posición es contradicha por la Corte Permanente de Justicia Internacional y por la Corte Internacional de Justicia. Concretamente, cita el *Asunto de los Fosfatos de Marruecos* donde la Corte Permanente señaló que la declaración del Gobierno Francés era un acto unilateral. Lo mismo ocurrió en el *Asunto de los Empréstitos Noruegos*. Consideramos que el error del Relator parte en considerar que la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte no surte efectos jurídicos sino a partir de la coincidencia con otro acto similar. Lo cierto es que una vez emitida la declaración, el Estado se encuentra ya comprometido y, por ende, el acto unilateral es puro y no depende de otra voluntad.

Para el Relator también deben excluirse de esta clasificación, los *actos políticos*, vale decir, aquellos actos cuya ejecución y cumplimiento dependen de la moral y la política, mas no del derecho. El *silencio*, que a pesar de ser unilateral no es un acto o una manifestación de voluntad autónoma, sino un comportamiento reactivo. La *notificación*, pues no produce efectos por sí misma, al estar vinculada a un acto pre-existente. Las *declaraciones* formuladas por los agentes del Estado en un *Proceso*, como es el caso de la reserva, que si bien son vinculantes, no son autónomas, pues se ubican en el contexto convencional que origina la jurisdicción del tribunal. Además, la obligación que pueda asumirse mediante esta declaración estaría relacionada con la pretensión jurídica del otro Estado parte en el proceso, lo que dificulta calificarlas de autónomas. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Primer Informe sobre los Actos Unilaterales del Estado por el Señor Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial*, Nueva York, 27 de julio al 14 de agosto de 1998, pp. 7, 10, 11, 17, 19, 22, 23 y 25.

⁶⁰ DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., p. 314.

5. Revocación del Acto Unilateral

La posibilidad de revocar, retirar, anular o modificar el contenido o eficacia de un acto jurídico unilateral ha sido un tema ampliamente debatido dentro de la teoría de los actos unilaterales. Este debate, se planteó recientemente en el *Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Al respecto, la C.I.J. en su sentencia del 26 de Noviembre de 1984 dijo:

Ciertamente los Estados Unidos tienen el derecho, inherente a todo acto unilateral del Estado, de cambiar el tenor de su declaración o de ponerle fin [...]. Parece que la exigencia de la buena fe impone la aplicación por analogía del tratamiento previsto por el Derecho de los Tratados, que prescriben un plazo razonable para la retirada o la renuncia en los tratados que no tengan cláusula alguna de duración.⁶¹

Coincidentes con esta opinión, creemos como Pastor Ridruejo⁶² y Sorensen⁶³ que resulta lógica la facultad del Estado declarante de revocar, retirar, modificar o anular su declaración. Definitivamente, al haber asumido unilateralmente el Estado la obligación puede también unilateralmente revocarla sin requerir de otra voluntad permisiva.

Somos contrarios, en consecuencia, a la opinión de Pagliari, para quien el acto unilateral es irrevocable. El profesor argentino señala que el acto unilateral no necesita de ninguna otra voluntad o consentimiento para su plena eficacia, es decir, para surtir efectos jurídicos. Concluye además, que la posibilidad de revocación es incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto porque al surtir efectos desde el momento mismo de la declaración, no cabría momento en el cual sea posible efectuar la revocación.⁶⁴ Sin embargo, el autor parte de un error. Pagliari, en efecto, confunde el momento de nacimiento o perfeccionamiento del acto (declaración de voluntad), con el momento en el que el acto surte efectos jurídicos (conocimiento de la declaración por el destinatario).

En principio, la revocación del acto unilateral extingue los efectos jurídicos a partir del momento en que dicha revocación se produce; por tanto, en principio no puede extinguir los producidos durante el tiempo que el acto tuvo la voluntad de surtir efectos. De lo que se trata es de no lesionar los derechos de terceros Estados; de ser el caso que no se produzca lesión alguna, el Estado emisor es libre de revocar el acto en el mo-

⁶¹ C.I.J. *Recueil*, 1984, pp. 419-420.

⁶² PASTOR RIDRUEJO, José. Ob. cit., p. 141.

⁶³ SORENSEN, Max. Ob. cit., p. 182.

⁶⁴ PAGLIARI, Arturo. Ob. cit., p. 72.

mento que lo considere oportuno,⁶⁵ y de señalar si dicha revocatoria surte efecto inmediato o a partir de un momento determinado. La revocación participa de la misma naturaleza que el acto, en el sentido que basta la sola voluntad del Estado para que se produzca y surta efecto.

En nuestro concepto no cabe la analogía con la denuncia de tratados, ya que existen diferencias claras entre los actos unilaterales y los tratados como fuentes de Derecho Internacional. En efecto, ambos son fuentes autónomas que poseen distinta naturaleza, consensual los tratados, pues requieren un acuerdo de voluntades para existir; mientras los actos unilaterales son manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos sin requerir de otra voluntad concurrente. Las condiciones de la denuncia de tratados son estipuladas en resguardo del interés del conjunto de Estados que alcanza un acuerdo y tiene fundadas expectativas en los efectos jurídicos que el mismo produzca, por la participación de todos aquellos que han intervenido en la celebración del acuerdo.

La voluntad libremente manifestada a través de un acto unilateral, puede ser libremente revocada, solo conoce el límite de no lesionar derechos de terceros generados por el acto unilateral mismo. De otro lado, la facultad de revocación está sujeta, como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, al principio de la buena fe y al criterio de razonabilidad.

En el caso que se empleen conjuntamente tratados y actos unilaterales para crear situaciones jurídicas complejas, la posibilidad de revocatoria del acto unilateral depende de su separabilidad del marco contractual, es decir, que el acto unilateral permanezca en la esfera de la manifestación de voluntad individual, sin integrarse al conjunto convencional. Así, por ejemplo, la adhesión a un tratado es un acto unilateral que se integra al conjunto convencional; no procede, entonces, la revocatoria, que sí es posible en el caso del reconocimiento de una jurisdicción creada por un tratado a través de una «cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria». En el primer caso, para desligarse del tratado se requiere la denuncia del mismo, en el segundo caso, para retirarse de la jurisdicción basta la revocación del acto unilateral de reconocimiento, sin que ello perjudique la calidad de parte en el tratado que creó dicha jurisdicción.

La revocación procede igualmente cuando el acto ha sido emitido bajo condición o plazo como cuando no lo ha sido. Por lo tanto, cumplida la condición o vencido el plazo, el acto pierde eficacia de manera automática. Cuando no ha sido previsto plazo o condición, se debe entender que el Estado emisor se reserva el derecho de revocar libremente el acto en la oportunidad que considere conveniente. La jurisprudencia así lo ha entendido y existe en la doctrina consenso al respecto.

⁶⁵ Aunque existe un sector de la doctrina que sostiene una tesis más restrictiva, en el sentido que la revocación solo podrá ser realizada antes que haya llegado a conocimiento del destinatario, es decir, antes de que empiece a surtir plenos efectos jurídicos. Véase NOVAK, Fabián. «La Teoría de los Actos Unilaterales de los Estados». En: *Agenda Internacional*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, n.º 1, Año 1, 1992.

6. Principios de Interpretación Aplicables

La jurisprudencia internacional en diversas ocasiones se ha pronunciado respecto a la interpretación de los actos unilaterales de los Estados. De tales fallos pueden deducirse los siguientes principios:⁶⁶

6.1. Ante todo, la interpretación debe ser restrictiva, es decir, dado que el acto unilateral crea una obligación jurídica a cargo del Estado declarante —al imponerle a este una carga— su interpretación no puede ser extensiva (*Asunto de los Ensayos Nucleares*, C.I.J., 1974).

6.2. La interpretación del acto debe ser además natural y razonable con respecto del contenido de la declaración. No debe basarse por tanto, en una interpretación puramente gramatical del texto (*Asunto Anglo-Iranian Oil Company*, C.I.J., 1952).

6.3. Finalmente, el acto unilateral debe ser interpretado en principio de acuerdo con el derecho existente y no contra él (*Asunto del Derecho de Paso por Territorio Indio*, C.I.J., 1957).

En consecuencia, en caso de duda sobre el verdadero alcance y contenido de un acto unilateral se deberán tener en cuenta estos criterios de interpretación, a fin de resolver dicha duda con eficiencia y equidad.

7. Efectos Jurídicos

Dentro de la teoría de los actos unilaterales de los Estados el punto de los efectos jurídicos resulta siempre de vital importancia. Este tema, sin embargo, solo puede ser analizado desde dos perspectivas:

7.1. Respeto del Estado Declarante

Los actos unilaterales de los Estados, como ya lo señalamos, no crean obligaciones generales, sino obligaciones jurídicas particulares a cargo del Estado declarante. En ellos, el Estado asume un compromiso jurídico internacional y, en consecuencia, su conducta debe orientarse al cumplimiento de tal obligación, toda vez que esta constituye una norma de Derecho Internacional. Como contrapartida, los demás Estados destinatarios de la declaración unilateral tienen el derecho de exigir a quien asumió el compromiso, el cumplimiento del mismo.

⁶⁶ Ibidem.

La jurisprudencia internacional no aceptaba antes del Caso Groenlandia Oriental, la obligatoriedad de los actos unilaterales. Así el Tribunal Húngaro-Rumano, en su decisión del 10 de enero de 1927, en el *Asunto Kulin*, no aceptó que la declaración unilateral de un Estado vinculara a éste jurídicamente. De igual forma, en el *Asunto de la Isla Lamu*, el árbitro si bien reconoció la promesa de los Sultanes de Zanzíbar, señaló que la misma no era compromisoria, al no haber sido aceptada por la otra parte.⁶⁷

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia ha consagrado lo contrario. Tal efecto, ha sido confirmado por la sentencia de 20 de diciembre de 1974 de la C.I.J. en el *Asunto de los Ensayos Nucleares*, donde se señaló:

En virtud de estas declaraciones, Francia ha asumido una obligación de comportamiento que producía efectos jurídicos respecto a toda la Comunidad Internacional, sin que fuese necesaria ninguna contrapartida, aceptación ulterior, réplica o reacción de otros Estados.⁶⁸

En consecuencia, los actos unilaterales como tales van a importar solo una obligación para el Estado declarante y un derecho para el destinatario.

7.1.1. Requisitos

Para que los actos unilaterales puedan surtir efectos jurídicos deben reunir determinados requisitos de capacidad, forma y fondo:

a) En lo que se refiere a la capacidad, el acto debe emanar de un órgano del Estado con capacidad para comprometerlo en el plano internacional. En este punto, resulta pertinente tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados donde, recogiendo la práctica y la costumbre internacional, se señalan las personas que gozan de representación para suscribir tratados a nombre de sus respectivos Estados nacionales. Como se sabe, este artículo establece tres categorías de personas que pueden representar a su Estado en la celebración de un Tratado: a) aquellas que cuentan con los adecuados plenos poderes, b) aquellas habilitadas por la práctica seguida por los Estados interesados, y c) aquellas que por su función al interior de la estructura del Estado se presume cuentan con representación.

En relación con esta última categoría, en el *Asunto de Groenlandia Oriental*, la C.P.J.I. dijo en relación con la declaración del Ministro de Asuntos Exteriores noruego, señor Ihlen, que «semillante respuesta a

⁶⁷ CDI, Primer Informe, p. 17.

⁶⁸ C.I.J. *Recueil*, p. 254.

una petición del representante diplomático de una potencia extranjera, hecha por el ministro de asuntos exteriores en nombre del gobierno, en un asunto que es de su competencia, obliga al país que pertenece el ministro». ⁶⁹ En igual sentido la C.I.J. en el *Asunto de los ensayos nucleares*, respecto de la declaración del presidente francés señaló: «no hay duda de que, habida cuenta de sus funciones, las comunicaciones o declaraciones públicas, verbales o escritas, que emanen de él en tanto que Jefe de Estado, representan en el campo de las relaciones internacionales actos del Estado francés». ⁷⁰

Queda pues, medianamente claro, que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores pueden ser considerados como representantes del Estado para formular actos unilaterales en su nombre. Por el contrario, resulta dudoso que los jefes de misiones diplomáticas o los representantes acreditados por el Estado en una Conferencia Internacional estén facultados para obligar a su Estado unilateralmente. ⁷¹

b) En cuanto a la forma, esta debe ser pública, como se desprende de la sentencia antes citada.

Del mismo modo, en la sentencia de la C.I.J. en el *Asunto del Templo de Preah Vihear* se señaló que «cuando la ley no prescribe forma particular, las partes son libres de escoger las (formas) que gusten, siempre que la intención resulte de ella claramente». ⁷² Igualmente en el *Asunto de los Ensayos Nucleares* la C.I.J. dijo: «Que una declaración sea verbal o escrita, no implica ninguna diferencia esencial [...] la forma no es decisiva». ⁷³

De esto puede concluirse que no se exige formalidad alguna en la formulación del acto unilateral. En todo caso, el único requisito formal exigible es la publicidad del mismo. El Derecho Internacional no impone ningún otro requisito para la validez de los actos unilaterales.

Al respecto, señala la CDI:

la forma no afecta el valor jurídico que pueda tener un acto internacional [...].

La declaración unilateral escrita puede también ser emitida o hecha pública o del conocimiento del destinatario mediante documentos diversos, no sólo a través de declaraciones o comunicados [...] sino, que tales declaraciones unilaterales pueden formularse mediante un

⁶⁹ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53, p. 71.

⁷⁰ C.I.J. *Recueil*, 1974, p. 269.

⁷¹ En este sentido se ha pronunciado la CDI. Ob. cit., p. 15, numeral 97. Asimismo, en el *Asunto del Golfo de Maine*, la Corte no reconoció autoridad a las declaraciones escritas de un funcionario de los Estados Unidos para comprometerlo. I.C.J. *Reports*, 1984, párrafo 139.

⁷² C.I.J. *Recueil*, 1961, p. 31.

⁷³ C.I.J. *Recueil*, 1974, pp. 267-268.

comunicado de prensa no suscrito emitido por el Estado, como sería, por ejemplo el acto de reconocimiento del Gobierno de Venezuela formulado mediante comunicado de prensa emitido el 3 de setiembre de 1998 en el cual decide reconocer a la Organización de Liberación de Palestina como entidad legítimamente representante del pueblo palestino.⁷⁴

Sin embargo, para que un acto unilateral pueda surtir efectos jurídicos, requiere ser conocido por otro u otros sujetos. Si bien el acto jurídico unilateral va a quedar plenamente conformado con la sola declaración de voluntad del Estado, sus efectos se producirán recién a partir de que sea conocido por el Estado al cual va dirigido. Es interesante en este punto citar las palabras de Caflish:

Las declaraciones unilaterales de un Estado obligan a este último en la medida en que él ha entendido comprometerse jurídicamente y si los otros Estados interesados han tenido conocimiento de este compromiso.⁷⁵

Esto no quiere decir que el acto deba ser aceptado por la otra parte. Como afirma Verdross, los negocios jurídicos unilaterales requieren recepción, pero no aceptación, puesto que la consecuencia jurídica se produce en el instante mismo de llegar la declaración a su destinatario.⁷⁶ Jiménez de Arechaga, por su parte, nos dice que la toma de conocimiento de la existencia del acto, constituye el punto de partida de los efectos jurídicos del acto unilateral.⁷⁷ Y, finalmente, Halaczjuk comparte lo dicho por estos autores, al señalar que los efectos se producen cuando la declaración llega al destinatario.⁷⁸

Lo anteriormente expresado no implica que el acto unilateral deba estar dirigido a un Estado en particular, puesto que puede estar dirigido a un grupo o conjunto de Estados. Esto se desprende del tan citado *Asunto de los ensayos nucleares*, donde Francia hizo una declaración unilateral *erga omnes*.

c) Respecto del fondo, es esencial que el Estado de quien emana el acto unilateral quiera realmente comprometerse, es decir, que la declaración haya sido hecha con el ánimo de asumir un compromiso internacional y no se trate de un simple comentario personal, no oficial y sin ningún ánimo vinculante.

⁷⁴ CDI. Ob. cit., pp. 8-9, numerales 45 y 46.

⁷⁵ CAFLISCH, Lucius. Ob. cit., p. 596.

⁷⁶ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 24.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Ob. cit., p. 224.

⁷⁸ HALACJZUK, Bohdan y María Teresa MOYA DOMÍNGUEZ. Ob. cit., p. 94.

Como señala De Lacharriere, «no es admisible que un Estado que ha formulado una declaración se encuentre, más tarde, con la sorpresa de que, sin saberlo, ha quedado irrevocablemente vinculado por ella».⁷⁹ Sobre esto la C.I.J. en 1974 sentenció:

Cuando es intención del Estado autor de la declaración vincularse conforme a sus términos, esta intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico, y el Estado interesado está obligado jurídicamente desde entonces a seguir una línea conforme con su declaración.⁸⁰

7.2. Respeto de Terceros Estados

El Estado, como sujeto de Derecho Internacional, está facultado por sí solo para crear normas jurídicas internacionales. El acto unilateral produce efectos jurídicos respecto de terceros Estados y no necesita, como así lo señala Moncayo, de otros actos unilaterales concordantes de otro u otros Estados, para dar nacimiento a una disposición del derecho positivo.⁸¹ No obstante, esta posición ha sido rebatida por la jurisprudencia internacional en el *Asunto Wimbledon*⁸² y en el *Asunto de las zonas francas*. En ambos casos se sostiene que el Principio de Igualdad Soberana de los Estados, como principio general del derecho positivo, impide que se impongan obligaciones a un Estado por la mera voluntad del otro. No es posible, en consecuencia, concebir una norma jurídica internacional general en cuyo proceso formativo solo ha participado la voluntad de un Estado.⁸³ Puede suceder, sin embargo, que la intervención de otro u otros Estados en la creación de la norma se evidencie en una actitud meramente pasiva. Pero esta actitud —se afirma— implica también una voluntad de aquiescencia.

En este asunto, creemos que el error de cierta doctrina y jurisprudencia parte de entender el término «efectos jurídicos» como sinónimo de obligaciones únicamente. Definitivamente, ningún Estado tiene la potestad para crear unilateralmente obligaciones a cargo de terceros Estados. Sin embargo, los efectos jurídicos no se limitan al campo de las obligaciones, sino que también comprenden el campo de los derechos.

Si esto queda claro, no cabe duda que los actos unilaterales de los Estados surten efectos jurídicos respecto de terceros Estados, aunque estos se encuentren limitados a la esfera de los derechos. En efecto, los actos

⁷⁹ DE LACHARRIERE, Guy. *La politique juridique exterieur*. París, 1983, p. 61.

⁸⁰ C.I.J. *Recueil*, 1974, p. 267.

⁸¹ MONCAYO, Guillermo y otros. *Ob. cit.*, p. 160.

⁸² C.P.J.I. *Serie A*, n.º 1, p. 29.

⁸³ CDI. *Ob. cit.*, p. 9, numeral 49.

unilaterales crean —como lo señalamos— obligaciones jurídicas para el Estado declarante, pero como toda obligación implica un derecho, en este caso, se genera uno en favor del Estado destinatario del mismo. El hecho que el Estado lo ejercite o no, no impide que este derecho exista ya desde un inicio.

No obstante, el Estado que formula el acto unilateral puede también, mediante este acto, confirmar sus derechos. Al respecto, señala la CDI:

La doctrina es casi unánime en cuanto a que el Estado no puede imponer obligaciones a otro Estado sin su consentimiento. Así, como lo señala J. M. Dupuy, el positivismo voluntarista clásico ve en efecto un obstáculo de principio a que un Estado pueda por la expresión unilateral de voluntad, condicionar la de otros igualmente soberanos. El Estado puede, en efecto, actuar unilateralmente en el ejercicio de sus derechos soberanos, pero ello es para reafirmar sus derechos y no para adquirir nuevos derechos al imponer obligaciones a terceros, sin su consentimiento.⁸⁴

8. Fundamento

Con respecto del fundamento de la obligatoriedad del acto unilateral, este descansa en el principio de la buena fe. Así lo expresó la C.I.J. en su sentencia de 1974 sobre el *Asunto de los ensayos nucleares*, al señalar que:

Uno de los principios básicos que presiden la creación y la ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, sobre todo en una época en que en muchos campos esta cooperación es más indispensable. Al igual que ocurre con la regla del derecho de los tratados *pacta sunt servanda*, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por declaración unilateral descansa sobre la buena fe. Los Estados interesados pueden, pues, tener en cuenta las declaraciones unilaterales y confiar en ellas; están autorizados a exigir que se respete la obligación así creada.⁸⁵

Entonces, si un Estado emite una declaración unilateral de voluntad, se presume que lo hace de buena fe. Por ende, los terceros Estados

⁸⁴ CDI. Ob. cit., pp. 90-100, numeral 52. En el mismo sentido se pronuncia SKUBIS-ZEWSKI, K. «Unilateral Acts of States». En: BEDJAOUÏ, M. *International Law: Achievements and Prospects*. 1991, pp. 246-247: «un acto unilateral no puede imponer obligaciones a otros Estados aunque sí puede activar ciertos deberes que incumben a esos Estados en virtud del derecho internacional general o de los tratados». La única forma en que un Estado puede imponer obligaciones mediante la formulación de un acto unilateral es si los Estados destinatarios así lo convienen. Véase CDI. Ob. cit., p. 10, numeral 53.

⁸⁵ C.I.J. *Recueil*, 1974, p. 268.

destinatarios de la declaración, pueden adoptar las medidas o acciones que correspondan, confiados precisamente en la buena fe de ese Estado. Lo contrario podría conducir al caos y a la desconfianza total en las relaciones interestatales.

Finalmente, no hay que perder de vista las relaciones existentes entre los actos unilaterales y la costumbre, ya que en muchos casos, los primeros pueden generar con el paso del tiempo una regla consuetudinaria, así como encontrar su fundamento en una costumbre que permita el ejercicio de ciertas atribuciones en forma de actos unilaterales por parte de los Estados.⁸⁶

9. Los Actos Unilaterales como Fuente del Derecho Internacional

Un tema muy debatido en la doctrina de los actos unilaterales es la posibilidad que estos puedan ser considerados como una fuente más del Derecho Internacional, al lado de la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho.

Hoy, nadie duda de la importancia de los actos unilaterales como precedentes para la creación de derecho. Autores como Venturini, Suy, Dehaussy, Diez De Velazco y Moncayo, entre otros, reconocen la importancia de estos actos como generadores de fuentes normativas. Así, la existencia de una serie de actos unilaterales con contenido idéntico y de diversos Estados, puede dar lugar a la formación de una costumbre internacional y una promesa aceptada puede dar origen a un tratado. En consecuencia, lo que inicialmente era un acto unilateral puro y simple, da paso a la formación de una norma general. En opinión de Venturini:

No parece dudoso desde el punto de vista lógico que sea suficiente una sola voluntad para engendrar obligaciones únicamente a cargo del autor de la declaración de esa misma voluntad. La consideración que la estructura y orientación del Derecho Internacional general contemporáneo tiende a concebir restrictivamente tanto las limitaciones de la soberanía de los Estados como los modos por los que ellos mismos asumen obligaciones, implica solamente una manifestación de voluntad en el sentido que debe ser real e inequívoca: pero el poder de asumir compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía de los Estados.⁸⁷

⁸⁶ NGUYEN QUOC Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. Ob. cit., p. 357: «Las relaciones entre las costumbres y los actos unilaterales son igualmente muy numerosas. Los actos unilaterales pueden proveer de precedentes constitutivos a las reglas consuetudinarias; ellos son también la consecuencia de reglas consuetudinarias que habilitan a los Estados a ejercer ciertas competencias».

⁸⁷ VENTURINI, Gian Carlo. Ob. cit., p. 401.

Sin embargo, ¿puede afirmarse que el acto unilateral, por sí mismo, es una fuente de Derecho Internacional?

La mayoría de autores se inclina por desestimar esta posibilidad pues consideran que una fuente solo puede dar origen a normas generales y, por lo tanto, no puede comprender al acto unilateral. Chaumont niega así a los actos unilaterales valor de fuente de derecho, observando que tales actos son derecho transitorio y que surgen en ausencia de tratado o costumbre. Delbez, por su parte, entiende a los actos unilaterales como simples instrumentos de ejecución que carecen de capacidad para crear reglas generales.⁸⁸

Otros autores, como Benadava, prefieren evitar el tema. El profesor chileno señala: «Por nuestra parte, preferimos atenernos al criterio tradicional y no complicar aún más la ya difícil teoría de las fuentes».⁸⁹

Sin embargo, nosotros no coincidimos con estas opiniones. Para explicar nuestra posición habría que empezar por analizar el concepto mismo de fuente. Así, «fuente» significa principio u origen de algo. Inquirir la fuente de una regla jurídica, es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho. En el orden jurídico, las fuentes del derecho están constituidas por todo lo que es punto de partida y causa de sus manifestaciones.⁹⁰

Ahora bien, las fuentes del derecho, desde Bonnacase en adelante, pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:⁹¹

- a) Materiales: Son aquellos factores o elementos que determinan el contenido de la norma jurídica. Son las necesidades o problemas de diversa índole (cultural, económica, etc.) que las normas jurídicas deben regular. Estas fuentes son subyacentes a las fuentes formales y son extrajurídicas, ya que surgen de la filosofía mas no del derecho positivo.
- b) Formales: Son los procedimientos a través de los cuales nace o se manifiesta el Derecho por lo cual poseen naturaleza jurídica. En otras palabras, son los procedimientos mediante los cuales se producen válidamente normas jurídicas obligatorias.

Con respecto de estas últimas, existe discusión. Para algunos autores, la norma para ser tal supone necesariamente un mandato gene-

⁸⁸ Citados por MELLO, Celso. Ob. cit., p. 243.

⁸⁹ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

⁹⁰ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. 7.^a ed. Lima, 1980, p. 233.

⁹¹ BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Trad. del francés por J. M. Cajica. México: José M. Caica, 1944, p. 131.

ral. Jeze sostiene así que la calificación de «regla de derecho» debe estar reservada al principio que procede de una fuente de orden general y no de una voluntad particular. La voluntad o consentimiento del Estado es el punto inicial y necesario del proceso de creación de normas, pero aunque el consentimiento individual del Estado es relevante, no es definitivo ya que para la creación de una norma jurídica internacional es necesario que el consentimiento de cada Estado se cristalice en el consentimiento del grupo social de Estados, concluye.⁹² En síntesis, Rodríguez Carrión y Jeze entienden que el acto unilateral, al no surtir efectos jurídicos generales, sino particulares, no puede ser considerado como fuente del derecho.

Sin embargo, creemos que esta es una concepción restringida y parcial del término «fuente del derecho».

Siguiendo a autores de la escuela vienesa como Kelsen o Merkl, podemos entender a los actos unilaterales como verdaderas fuentes del Derecho Internacional, en tanto el término «regla de derecho» o «norma jurídica», se da cuando se impone una obligación jurídica a un sujeto de derecho individual o a varios sujetos, colectivamente.

Por tanto, siguiendo este razonamiento, al imponer los actos unilaterales de los Estados una obligación jurídica a un sujeto de derecho, esto es, al propio Estado declarante, son definitivamente una fuente de derecho. De esta opinión es Reuter cuando señala:

No debe olvidarse, en efecto, que la expresión «fuentes del derecho internacional» no designa solamente las fuentes de normas de carácter general, susceptibles de continuada aplicación, sino también las normas que reglamentan una situación individual, es decir, las normas de carácter individual [...]. Es así como los acuerdos internacionales regulan tanto situaciones concretas singulares, como crean normas generales. Siendo esto así, ¿por qué no habría de ser normal considerar como fuente del Derecho Internacional a los actos unilaterales [...]?⁹³

El profesor Mello se pronuncia en el mismo sentido: en verdad, nosotros no vemos cómo negar el aspecto de fuente a los actos unilaterales. La fuente constituye un medio por el cual los Estados se autolimitan, por el cual los Estados ajustan su conducta y, en este sentido, la respuesta es afirmativa.⁹⁴

⁹² RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 164-165.

⁹³ REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 36.

⁹⁴ MELLO, Celso de Albuquerque. Ob. cit., p. 243. En igual sentido se pronuncia BENTZEN, Jacques. «Le Silence comme Manifestation de Volonté en Droit International Public». En: *RGDIP*. 1963, n.º 1, p. 44 y ss.

No es diferente la posición de Dupuy, para quien:

Esencialmente utilizado por el Estado para proteger sus intereses subjetivos y ejercer sus propios derechos en el orden internacional, el acto unilateral estatal aparece en principio, así como el tratado, como un instrumento normativo del derecho internacional especial, es decir de aquel que, elaborado por y para ciertos sujetos, se aplica en principio exclusivamente a ellos, lo mismo si pueden tener en ocasiones⁹⁵ incidencia sobre terceros.

La afirmación de la posibilidad de un carácter jurídico autónomo de los actos unilaterales por la Corte Internacional de Justicia esta perfectamente justificada y abundantemente corroborada por la práctica. Se viene de ver, por ejemplo, que también los actos de aplicación de competencias estatales como aquellas sobre el abandono de un derecho o un compromiso respecto de un tercero pueden perfectamente tener efectos jurídicos por sí mismos, independientemente de la aceptación de los sujetos a los cuales se dirigen. En la primera de esas dos categorías, como se ha podido constatar, lo que gobierna la validez internacional del acto es en principio su conformidad al Derecho Internacional, y no su reconocimiento por los otros sujetos interesados.⁹⁶

Si el debate lo trasladamos a los expertos en teoría del derecho, nuestra base se amplía aún más. Así autores de la talla de Du Pasquier entienden que los actos jurídicos unilaterales son fuentes del derecho. La diferencia está —señala— en que la obligación emanada de un acto jurídico unilateral es una norma individual, mientras la obligación que emana de la ley es una norma general. Existe entonces una diferencia de grado, mas no de naturaleza. Una y otra tienen la misma fuerza obligatoria y son apoyadas por el mismo sistema de sanciones.⁹⁷

En síntesis, si entendemos que la norma no supone necesariamente un mandato general, sino que puede también producir uno individual, la conclusión coherente es que la declaración unilateral de voluntad de un Estado que produce un mandato individual, con obligatoriedad jurídica, es fuente del derecho.⁹⁸

⁹⁵ DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., p. 315.

⁹⁶ Ibidem, pp. 313-314.

⁹⁷ DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 3.ª ed. Lima: Justo Valenzuela, 1985, pp. 66 y 67.

⁹⁸ BOS, M. *A Methodology of International Law*. 1984, p. 89. Véase CDI, Primer Informe, p. 16. Para un sector de la doctrina, los actos unilaterales no son una fuente del Derecho Internacional, pero sí fuente de obligaciones internacionales. Los tribunales internacionales no han tenido oportunidad de manifestarse sobre el tema, pero sí han confirmado que los actos unilaterales son fuente de obligaciones internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Traducción del francés por J. M. Cajica. México: Editorial José M. Caica, 1944.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CHARPENTIER, Jean. *La Reconnaissance Internationale et l'évolution du droit des gens*. París, 1955.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Tercer Informe sobre los Actos Unilaterales del Estado*. Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, Naciones Unidas, Asamblea General, 17 de febrero de 2000.
- DE LACHARRIERE, Guy. *La politique juridique exterieur*. París, 1983.
- DIEZ DE VELAZCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1985.
- DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 3.^a ed. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1985.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998.
- HALACJZUK, Bohdan y María Teresa DOMÍNGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Curso de Derecho Internacional Público*. T. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. 1. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 9.^a ed. T. I. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipográfica, 1982.
- MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- REUTER, Paul. *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1958.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Manual de Derecho Internacional Público*. 2.^a ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1989.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1987.

- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970.
- SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2.^a ed. México: Porrúa, 1964.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLEE. *Droit International Public*. Paris: Montchrestien, 1975.
- VELLAS, Pierre. *Droit International Public: Institutions Internationales*. Paris, 1967.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982.

2. ARTÍCULOS

- BENTZEN, Jacques. «Le Silence comme Manifestation de Volonté en Droit International Public». En: *RGDIP*. 1963, n.º 1.
- CAFLISH, Luicius. «La Pratique Suisse en Droit International Public». En: *Revue Suisse de Droit International et Europeen*. 4 de mayo de 1999.
- DE VISSCHER, Paul. «Remarques sur l'évolution de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au Fondement obligatoire de certains actes unilatéraux». En: *Essays in International Law in Honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1948.
- JACQUE, Jean Paul. «A propos de la Promesse Unilatérale». En: *Mélanges Offererts à Paul Reuter*. 1983.
- PAGLIARI, Arturo. «Los Tratados, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Internacional Público». En: *Derecho Internacional Público: Ensayos I*. Córdoba: Advocatus.
- SKUBISZEWSKI, Krysztof. «Unilateral Acts of States». En: BEDJAOUI, Mohammed. *International Law: Achievements and Prospects*. Paris: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO, 1991.
- WIELAND ALZAMORA, Hubert. «Actos Unilaterales de los Estados». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional Sociedad Peruana de Derecho Internacional*. T. XLV, julio-diciembre, n.º 106, 1995.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.

3.2. CURSOS ESPECIALES

GUGGENHEIM, Paul. «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux». En: *RCADI*. 1949 - I, t. 74, pp. 191-268.

_____. «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens». En: *RCADI*. 1958 - II, t. 94, pp. 1-84.

VENTURINI, Giuseppe. «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats». En: *RCADI*. 1964-II, t. 112, pp. 363-467.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 1.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 21.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

C.I.J. *Recueil*, 1951.

C.I.J. *Recueil*, 1960.

C.I.J. *Recueil*, 1961.

C.I.J. *Recueil*, 1962.

C.I.J. *Recueil*, 1974.

C.I.J. *Recueil*, 1984.

C.I.J. *Recueil*, 1986.

CAPÍTULO X

LOS ACTOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

1. Introducción

Señala Barberis que en el preámbulo de su libro sobre Las Fuentes del Derecho Internacional Universal, «Verdross expresa que la teoría de las fuentes del derecho de gentes sufrió una crisis en la década de 1930, con motivo de la inclusión de los principios generales del derecho en el artículo 38 del Estatuto de la C.P.J.I. Una segunda crisis se habría producido en las últimas décadas, al surgir la idea de que las resoluciones de las organizaciones internacionales, particularmente, las de la Asamblea General de la ONU, tendrían carácter de fuente del derecho».¹

En efecto, «el desarrollo de las Organizaciones Internacionales a partir de la Primera Guerra Mundial ha coincidido con sugerencias en el sentido de que los actos de las Organizaciones Internacionales sean reconocidos como fuente del Derecho Internacional».² Para Abi-Saab «en realidad, la novedad reside en la toma de conciencia o el aumento de visibilidad antes que en el fenómeno mismo».³

Para Vargas Carreño, es tal la proliferación hoy en día de Organizaciones Internacionales, «cada una de ellas dotadas de poderes disímiles, y tan variados como desiguales sus actos formales de expresión, que resulta prácticamente imposible señalar de una manera unívoca no sólo el valor jurídico de las resoluciones internacionales sino incluso su concepto mismo».⁴

No existe, siquiera una terminología unívoca para calificar los actos propios de las Organizaciones Internacionales. Decisiones, Declaraciones, Reglamentos, Directivas, Recomendaciones, Estándares, Prácticas, Normas, etc., forman parte del conjunto de voces empleadas en sus textos constitutivos.⁵ Los términos empleados para designar estos actos son tan heterogéneos, como lo son también los efectos jurídicos que despliegan.⁶

¹ BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 147.

² AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 44. Antes de la Primera Guerra Mundial, Von Liszt (1915) ya incluía entre las fuentes del Derecho Internacional «los reglamentos emanados de los órganos internacionales». Citado por MELLO DE ALBURQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Río de Janeiro: Renovar, vol. 1. 1992, p. 256.

³ ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, p. 154.

⁴ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1992, p. 95.

⁵ Sobre las diversas posibilidades de clasificación de los actos de las organizaciones internacionales (por la naturaleza de la competencia, por la naturaleza del acto) véase VIRALLY, Michel. «Unilateral Acts of International Organizations». En: BEDJAOUI, Mohammed (editor). *International Law: Achievements and Prospects*. París: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO, 1991, pp. 241-263.

⁶ REMIRO BROTÓNS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, p. 297.

Por tanto, determinar los efectos jurídicos de estos actos (resoluciones) y, por consiguiente, apreciar hasta que punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión vigente y crucial como difícil de entupir en el corsé de una teoría general.⁷ Para autores como Jennings y Watts, «las acciones colectivas de la comunidad internacional dentro del marco previsto por las organizaciones internacionales pueden adquirir el carácter de una fuente de derecho distinta».⁸

Así, resulta claro que la Conferencia de San Francisco confirió la facultad de dictar resoluciones obligatorias al Consejo de Seguridad de la ONU. Más tarde, los nuevos Estados que se incorporaron a la Organización, apoyados por los países de Europa Oriental, comenzaron a hacer que la Asamblea General aprobara numerosas resoluciones de carácter general que pretendían imponer normas jurídicas a todos los Estados miembros.⁹ Esta actividad política fue seguida de numerosas publicaciones académicas que sostenían que la Asamblea tenía también competencia para dictar resoluciones de carácter general, jurídicamente vinculantes para los Estados miembros.¹⁰ Se señalaron concepciones novedosas como la de la costumbre instantánea, la de que las recomendaciones de la Asamblea habrían dado origen a una *soft law*, entre otras.

No obstante, un análisis objetivo nos lleva a la conclusión de que la Asamblea General de la ONU carece, en general, de la facultad de crear resoluciones jurídicamente obligatorias para los Estados miembros según la Carta y que esa competencia tampoco la pudo adquirir por vía consuetudinaria.¹¹ Autores como Dupuy dejan en claro que esta pretensión de «legislador universal» que se ha pretendido para las Naciones Unidas carece de fundamento, y que el problema de la fuerza obligatoria de sus resoluciones no se propone de manera general, sino en contados casos; al respecto, es importante recoger su opinión:

La discusión relativa al alcance jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas conoció su mayor intensidad a lo largo de la década de los años setenta; ella ha decaído parcialmente

⁷ Ibidem, p. 298. Véase sobre este punto la posición de CASTAÑEDA, Jorge. «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129, p. 214: «Así, ciertas resoluciones de organismos internacionales pueden ser manifestaciones, formas de expresión de normas jurídicas internacionales, es decir fuentes formales de derecho internacional. No obstante, de ello no se deduce que las resoluciones de organismos internacionales deban constituir una fuente en sí, autónoma y distinta respecto de los convenios, de la costumbre y los principios generales de derecho».

⁸ JENNINGS, Robert y Andrew WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I: Peace, Introduction and Part I. Londres: Longman, 1992, pp. 46-47.

⁹ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 148.

¹⁰ Ídem.

¹¹ VERDROSS-SIMMA. Ob. cit., pp. 408-409. Citado por BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 149.

después. Su postura es sin embargo importante: es a la vez política y jurídica, pero ha sido con frecuencia deformada por el debate doctrinal, que con demasiado entusiasmo ha tendido a proponer el problema del valor jurídico de las resoluciones de Naciones Unidas en general, cuando en realidad el debate está circunscrito a un número bastante restringido de ellas.¹²

Esto no nos impide reconocer que actualmente un sinnúmero de Organizaciones Internacionales tienen la capacidad de dictar resoluciones de carácter obligatorio para los Estados Miembros, constituyendo una nueva fuente del Derecho Internacional. Sin embargo, se trata de una capacidad limitada, aunque con perspectivas de ampliarse en el futuro. En tal sentido, aclara los conceptos Castañeda:

El significado que se da aquí a los términos «obligatorio» o «productor de efectos jurídicos» necesita ciertos esclarecimientos semánticos. El concepto de «efecto jurídico obligatorio», cuando se trata de resoluciones de organismos internacionales contemporáneos no es unívoco. En su sentido más amplio, en el contexto político-jurídico en que es empleado aquí, ese concepto denota todo cambio aportado a una situación legal preexistente. Pero ese cambio no puede consistir solamente en la creación, modificación o extinción del derecho o de las obligaciones que incumben a los Estados miembros. Puede también significar, por ejemplo, la ampliación de la competencia legal de un órgano. Ese sentido es igualmente apropiado y pertinente: el cambio aportado a la competencia original de los órganos puede tener consecuencias inevitables, tanto políticas como jurídicas, en la situación de los miembros.¹³

2. Las Resoluciones de las Organizaciones Internacionales como Fuentes del Derecho de Gentes

2.1. Concepto

Las Organizaciones Internacionales expresan sus decisiones a través de resoluciones. Estas presentan una variedad notable. Algunas consisten en una recomendación, una invitación o exhortación de seguir una conducta determinada;¹⁴ otras contienen definiciones o atribuyen derechos

¹² DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 4.^a ed. Paris: Dalloz, 1998, pp. 347-348.

¹³ CASTAÑEDA, Jorge. Ob. cit., pp. 225-226.

¹⁴ Sobre este punto se recomienda el capítulo titulado «El Valor Jurídico de las Recomendaciones de las Organizaciones Internacionales», de la obra de VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 190-210.

y obligaciones.¹⁵ Los destinatarios son también muy diversos.¹⁶ Hay resoluciones dirigidas a los funcionarios de la organización, a ciertas dependencias administrativas, a los Estados miembros de la organización o a otras organizaciones internacionales. Puede ocurrir también que las resoluciones provengan de distintos órganos de una misma organización.¹⁷

Un primer análisis de estas resoluciones nos permite afirmar que no todas ellas son creadoras de normas jurídicas, sino solo algunas que reúnen determinadas características señaladas por la doctrina.¹⁸ Asimismo, podemos inferir la dificultad de arribar a una definición comprensiva. En tal sentido, señala Monaco:

Las resoluciones no se prestan a una definición más precisa, porque no tienen un contenido típico. Así se puede decir que cumplen una función instrumental, cuando no directa, en el sentido que son utilizadas para expresar una voluntad dotada de variada eficacia. Sucede así que en la misma resolución emitida, por ejemplo, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se encuentran reunidas varias declaraciones de voluntad; se puede encontrar, de hecho, una toma de actitud, la aprobación de la actividad de un cierto órgano, o aún una verdadera y propia decisión.

Por esto es difícil establecer la real eficacia jurídica de una resolución dada. Ciertamente un buen número de resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas u otros entes con voca-

¹⁵ SABA, Hanna. «L'activité quasi législative des institutions spécialisées des Nations Unies». En: *RCADI*. 1964-I, t. 111, pp. 660-661: «No obstante, en la coyuntura política actual, el valor moral y político que se otorga a las resoluciones adoptadas por el conjunto de pueblos del mundo tiende a hacer más probable su aplicación, mientras que ciertas decisiones jurídicamente obligatorias que emanan de órganos restringidos en su composición no son siempre enteramente respetadas». CARREAU, Dominique. *Droit International*. 5.ª ed. París: Pedone, 1997, p. 236: «Pero, con frecuencia, no hay ninguna indicación precisa en cuanto al alcance, en cuanto a los efectos jurídicos de los actos de las organizaciones internacionales».

¹⁶ CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du droit international. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195, p. 248: «Una resolución de una organización internacional puede ser analizada como una manifestación de voluntad de la organización sea respecto del funcionamiento interno de esta, sea dirigida a destinatarios externos con el fin de hacerlos adoptar un comportamiento dado».

¹⁷ BARBERIS, Julio. Ob. cit., pp., 157-159.

¹⁸ CASTAÑEDA, J. *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*. México, D.F., 1967, p. 5: donde reconoce que algunas resoluciones pueden ser creadoras de Derecho Internacional; SKUBISZEWSKI. «A new source of the law of nations: Resolutions of International Organizations». En: *Recueil d'études de Droit International en hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra, 1968, p. 508: reconoce también que solo algunas resoluciones son creadoras de Derecho Internacional, constituyendo estas una fuente autónoma; VARELA QUIRÓS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1966, p. 102: «Por tal razón compartimos el criterio de quienes sostienen que algunas resoluciones de organismos internacionales pueden ser manifestaciones, modos de exteriorizarse de normas jurídicas internacionales, esto es, fuentes formales de Derecho Internacional».

ción política son precisamente y sobre todo, productoras de efectos políticos relevantes; pero esto no presupone necesariamente que tales actos sean capaces de producir efectos jurídicos obligatorios.¹⁹

Las Organizaciones de Integración se caracterizan por ser las que acaparan un abanico particularmente rico en métodos de producción normativa, en tanto los Estados Miembros le han transferido competencias tradicionalmente reservadas al ámbito exclusivo de su poder soberano.²⁰ Entre las Organizaciones de Cooperación, son las de fines específicos de carácter científico y técnico, universales o regionales, las principales beneficiarias de la disposición de sus miembros de atribuirle el poder de adoptar resoluciones que impliquen obligaciones para ellos. Contrariamente, es excepcional la atribución de este poder a Organizaciones de fines generales, menos aún si son universales.²¹ Al respecto señala Cahier:

No sorprende que el poder legislativo de las organizaciones internacionales sea excepcional, pues los Estados no se encuentran todavía maduros hoy en día para consentir transferencias de soberanía.²²

No obstante estas dificultades, podemos concluir que las resoluciones de una Organización Internacional entendidas como fuentes del Derecho Internacional, no son otra cosa que una forma de manifestación de la voluntad de la misma, que producen ciertos efectos jurídicos para los Estados miembros, como son crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. Tales actos, como veremos a continuación, pueden ser clasificados —según la doctrina— en dos grandes grupos.

2.2. Clasificación

2.2.1. Las Resoluciones Externas de las Organizaciones Internacionales

Cuando nos referimos a «resoluciones externas o de carácter funcional estamos haciendo referencia a los actos jurídicos que traducen el ejerci-

¹⁹ MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1982, p. 157.

²⁰ Un ejemplo es señalado por ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 165: «En fin, hay que mencionar las Comunidades Europeas cuyo poder reglamentario de los órganos va bastante más lejos todavía, ya que pueden adoptar reglamentos que son solamente obligatorios para los Estados en tanto que tales (lo que compete a la legislación internacional), pero también directamente aplicables en el plano interno a los individuos y a las empresas (lo que compete a la legislación interna). Se trata de uno de los aspectos de carácter 'supranacional' de las Comunidades que se explica por su particular configuración jurídica entre lo confederal y lo federal (parcial o sectorial), es decir entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional».

²¹ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., pp. 301-302.

²² CAHIER, Philippe. Ob. cit., pp. 248-249.

cio de las funciones de una Organización Internacional en el ámbito de su competencia sustancial o material». ²³ En general, estas resoluciones de carácter externo son meras recomendaciones, mediante las que se invita a los Estados Miembros a comportarse en un determinado sentido; en otros casos las resoluciones tienen contenido normativo. ²⁴ Abi-Saab prefiere evaluar antes que hablar de un carácter obligatorio de los actos de las organizaciones internacionales, y adelanta los siguientes criterios para discernir esta posible atención:

1. El grado de consenso del que goza la resolución y que se desprende de las circunstancias de su adopción;
2. el grado de «concretización» o de «especificidad» de su contenido normativo;
3. su seguimiento institucional, es decir, los mecanismos y las medidas previstas para velar por su aplicación, o al menos a la prosecución de elaboración de su contenido. ²⁵

En el mismo sentido, Barberis señala que «dentro del gran número de resoluciones externas que las organizaciones internacionales aprueban, es posible distinguir aquéllas que son creadoras de derecho de gentes mediante el recurso a ciertas características esenciales», ²⁶ como son:

- a) La manifestación de voluntad debe ser expresada por una Organización Internacional con capacidad suficiente. Así, una persona determinada es considerada como órgano de la Organización y, por ende, sus actos son atribuibles a esta última, en la medida en que sus conductas están previstas en el tratado constitutivo como si fueran conductas de la organización. Adicionalmente, para que la manifestación sea atribuida a la Organización se debe seguir el procedimiento previsto en su tratado constitutivo. ²⁷ Por otro lado, la Organización misma debe gozar de competencia —atribuida por los Estados en su tratado constitutivo— para dictar resoluciones sobre determinadas materias.

En este sentido, no hay que tener en cuenta solo las facultades expresamente enunciadas en su tratado constitutivo (competencias explícitas) sino también aquéllas que, por una consecuencia

²³ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 300.

²⁴ *Ibidem*, p. 301.

²⁵ ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., pp. 160-161.

²⁶ Véase BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 159 y ss.

²⁷ *Ibidem*, p. 160. Sobre este punto señala también VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, p. 199: «Un cierto número de actos de las organizaciones internacionales tienen un valor jurídico derivado del acto constitutivo de la organización o de su propia naturaleza».

necesaria, aparecen como esenciales para el ejercicio sus funciones, pese a no estar explícitamente consagradas (competencias implícitas).²⁸

Por último, Monaco hace notar el hecho que, el acto de una organización internacional, por la estructura de la misma, no tiene que ser forzosamente un acto de formación unitaria, pudiendo ser un acto complejo o de formación sucesiva.²⁹

- b) La manifestación de voluntad no debe estar condicionada al consentimiento de otro sujeto internacional. Si bien el tratado constitutivo de una Organización Internacional sirve de fundamento a la validez de las resoluciones dictadas por esta, la resolución dictada se caracteriza por ser unilateral, en tanto no requiere del consentimiento de los Estados Miembros para su validez.³⁰
- c) La manifestación de voluntad debe estar destinada a imponer una obligación u otorgar un derecho. En efecto, «las resoluciones que son fuente del Derecho Internacional tienden a crear una norma que prescribe jurídicamente una conducta humana como permitida, prohibida u obligatoria». No tienen entonces carácter prescriptivo aquellas que formulan recomendaciones, hacen votos, instan a adoptar una conducta determinada, solicitan colaboración o emplean expresiones semejantes.³¹ La resolución debe imponer siempre una obligación u otorgar una competencia o facultad o adjudicar un derecho. La idea de imposición no surge de un criterio meramente cuantitativo, es decir de una elaboración a través de votaciones y mayorías, es usual que en la práctica de las organizaciones internacionales se adopten acuerdos y resoluciones por consenso, es decir, con la anuencia y participación de todos los integrantes de la organización. Al respecto señala Abi-Saab:

Este consenso se desprende no solamente de los votos y de su explicación, sino también a través de todo el proceso de preparación, de negociación y de adopción de la resolución, comparándola con las otras resoluciones que la preceden o la siguen y que versan sobre el mismo asunto; así como a través de todas las demás circunstancias pertinentes.³²

La facultad que una organización posee de dictar resoluciones tendientes a crear una regla de derecho, está indicada generalmente

²⁸ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 161.

²⁹ MONACO, Riccardo. Ob. cit., pp. 155-156.

³⁰ Ídem.

³¹ *Ibidem*, p. 163.

³² ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 161.

en el tratado constitutivo de aquélla.³³ Son ejemplos el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 7 del Acuerdo de la Liga de Estados Árabes, el artículo 20 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, el artículo 19 inciso a) del Convenio del Benelux, o el caso de la Asamblea General de Naciones Unidas que puede tomar decisiones para distribuir los gastos de la Organización entre sus miembros (artículo 17, inciso 2 de la Carta),³⁴ entre otros.³⁵

- d) La manifestación de voluntad debe estar regida por el Derecho Internacional. La resolución de una Organización Internacional debe regirse no solo por el tratado constitutivo de la misma, sino por el Derecho Internacional General.³⁶

En síntesis, las resoluciones externas que son fuente del derecho de gentes se caracterizan por ser la manifestación de voluntad de una organización internacional con capacidad suficiente, tendiente a crear una regla de derecho en el orden jurídico internacional, no condicionada al consentimiento de otro sujeto de derecho internacional y regida por el derecho de gentes. Esta resolución puede imponerse a los Estados miembros de la Organización así como a las organizaciones que tengan una relación de dependencia con la primera. Comparadas con las resoluciones internas, el profesor Abi-Saab concluye que:

En revancha, las resoluciones «externas» son aquellas dirigidas a los Estados miembros o no miembros, o a otras entidades externas a la organización —los actos «heteronormadores»— que en principio no son obligatorias, ya que si lo fueran, ellas invadirían la soberanía de los Estados, a menos que éstos le hayan conferido tal efecto por estipulación expresa en el tratado constitutivo de la organización.³⁷

La diversidad de efectos jurídicos que pueden derivarse de estas resoluciones externas, permite realizar una subclasificación.³⁸ Así, exis-

³³ No obstante, para VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 95 y 98: «Las (resoluciones) que obligan a los Estados en virtud de un poder conferido a la organización internacional por su tratado constitutivo [...], no son una fuente independiente. La fuente propiamente tal es el propio tratado de donde deriva la resolución su carácter obligatorio».

³⁴ Así, conforme al artículo 17 (2) de la Carta de Naciones Unidas se dispone que: «los miembros sufragarán los gastos de la organización en la proporción que determine la Asamblea General».

³⁵ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 165.

³⁶ Ídem.

³⁷ ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 156.

³⁸ En este punto seguiremos la excelente clasificación de REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 302 y ss.

ten Resoluciones Externas Obligatorias en todos sus Extremos y Directamente Aplicables, como es el caso del Reglamento de la Comunidad Europea, el Reglamento de la CECA y de la CEEA que en forma automática y uniforme, «despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados Miembros, sin necesidad de actos ulteriores de recepción de la norma comunitaria ni desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de eficacia directa ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor».³⁹ Asimismo, es el caso de las Decisiones de la Comunidad Andina, obligatorias y directamente aplicables en los países miembros a partir de la fecha de su publicación.⁴⁰

En segundo lugar, existen Resoluciones Externas Obligatorias en cuanto a su Resultado,⁴¹ que dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. Aquí podría citarse el caso de las Directivas de la Comunidad Europea destinadas a la armonización de las legislaciones nacionales a los objetivos comunitarios, de las Normas emanadas del Mercosur destinadas al mismo fin o de las Decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones dictadas al amparo del artículo 25 de la Carta en materia de paz y seguridad internacionales,⁴² cuya ejecución dependerá de la adopción de las oportunas medidas nacionales. Esto último, ha sido incluso confirmado por la Corte Internacional de Justicia, en su dictamen del 21 de junio de 1971, referente al *Asunto del territorio de Namibia*, donde señaló:

Las decisiones tomadas por el Consejo en los párrafos 2 y 5 de la Resolución 276 (1970) en relación con el párrafo 3 de la Resolución 264 (1969) y con el párrafo 5 de la Resolución 269 (1969), han sido adoptadas conforme a los fines y principios de la Carta y a sus artículos 24 y 25. Son, por consiguiente, obligatorias para todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, que están, por tanto, obligados a aceptarlas y aplicarlas.⁴³

Por ejemplo, si el Consejo de Seguridad ordena a los Estados Miembros la interrupción de la importación o exportación de los productos pro-

³⁹ *Ibidem*, pp. 302-303. CAHIER, Philippe. *Ob. cit.*, p. 248: «Sólo las comunidades europeas gozan de un amplio poder legislativo pues ellas pueden adoptar reglamentos de carácter general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables sobre el territorio de los estados miembros».

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 303-306.

⁴² El artículo 25 de la Carta de Naciones Unidas dispone que «los miembros [...] convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta». Es también el caso del artículo 14 del Tratado que estableció la Comunidad del Carbón y del Acero, que autoriza a la Alta Autoridad a «tomar decisiones que son obligatorias en todos sus aspectos».

⁴³ C.I.J. *Reports*, 1971, p. 53.

cedentes o con destino al país sancionado con un embargo económico, la obligación necesariamente exigirá una actuación normativa interna a fin de que las empresas o particulares concernidos respeten la sanción.⁴⁴

Un tercer grupo está constituido por aquellas Resoluciones Externas que imponen una Obligación de Comportamiento. En este caso, se trata de recomendaciones de las que se derivan para los Estados Miembros ciertas obligaciones de comportamiento, como es el caso de las Resoluciones de la OIT o de la UNESCO, que exigen respecto del cumplimiento de sus resoluciones recomendatorias, una acción paralela en el orden interno.⁴⁵

Un cuarto grupo está referido a aquellas Resoluciones Externas Obligatorias para los Estados que las Acepten (*contracting-in*), quedando por tanto el resto de Estados liberados de su aplicación. Es el caso del Consejo de la Unión Económica del Benelux o del Consejo de la Asociación Europea de Libre Cambio, capacitados para adoptar resoluciones obligatorias para los Estados que hubieren votado a favor.⁴⁶ Por último, existe un quinto grupo de Resoluciones Externas Obligatorias para los Estados, salvo Oposición Expresa (*contracting-out*). Aquí puede señalarse el caso del Consejo de la OACI que puede adoptar normas o estándares internacionales sobre la seguridad, regularidad y eficacia de la navegación aérea, obligatorias si, en el plazo de tres meses, la mayoría de los miembros de la Organización no registran su desaprobación ante el Consejo; o los casos de la Asamblea de la Organización Mundial de la Salud o del Congreso de la Organización Meteorológica Mundial, capacitados para dictar resoluciones obligatorias, salvo para los Estados que comuniquen al Secretario General de la Organización su rechazo o reserva, o la imposibilidad de ejecutar su decisión, respectivamente.⁴⁷

⁴⁴ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., pp. 305-306.

⁴⁵ Ibidem, p. 306.

⁴⁶ Tratado de Luxemburgo, 1958, Arts. 18 y 19. Convención de Estocolmo, 1960, Art. 33. Citados por REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 307.

⁴⁷ Ibidem, p. 309. Sobre lo mismo véase MORIN, Jaques-Yvan. «L'Etat de droit: émergence d'un principe du Droit International». En: *RCADI*. 1995-IV, t. 254, p. 344: «ciertas organizaciones internacionales no pueden ser dotadas de un poder de tipo legislativo o reglamentario. Algunas instituciones especializadas como la Organización Mundial de la Salud o la Organización de la Aviación Civil Internacional poseen, diversos grados, lo que A. H. Zarb describe como una 'forma particular de poder legislativo', que autoriza a la asamblea o al consejo de esas organizaciones a adoptar reglas directamente aplicables a sus miembros para ciertos fines, sin aceptación formal de su parte». ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 165: «Es el sistema de *contracting-out*, que se puede encontrar especialmente en la constitución de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización de la Aviación Civil Internacional y que se resume así: Los reglamentos son adoptados por los órganos plenarios de esas organizaciones. Los Estados miembros, en un cierto lapso de tiempo, tienen la facultad de declarar que ellos no pueden conformarse a estos. En ausencia de tal declaración, una vez transcurrido el plazo, todos los Estados miembros están obligados por el reglamento adoptado».

No obstante, algunos autores como Vargas Carreño y Camargo afirman que las resoluciones adoptadas por organismos internacionales no son creadoras de derecho toda vez que ellas han sido dictadas por un órgano que carece de poderes legislativos y tiene que ver con la aplicación del derecho y no con su creación. Casi en la misma línea, Podesta Costa afirma que las resoluciones adoptadas con carácter obligatorio por las Organizaciones ligan a los Estados Miembros en la medida y en razón de estar pactados su obligatoriedad en la carta orgánica de la institución. En consecuencia, este tipo de resoluciones son medios de creación de derechos y obligaciones, pero su obligatoriedad no es independiente del tratado que le dio origen y de sus términos. Y concluye Podesta Costa: «Son fuentes de normas jurídicas en el sentido más amplio, pero no fuentes del Derecho Internacional en sentido estricto».⁴⁸ A la misma conclusión arriban autores como Friedmann.⁴⁹

Sin embargo, este criterio parece partir de una confusión. Si bien es cierto la potestad legislativa proviene del tratado constitutivo de la Organización correspondiente, lo cierto es que, una vez investida la Organización de dicha competencia, ella puede ser ejercida sin necesidad de que haya un acuerdo unánime y aun contra la voluntad de algunos Estados miembros. En otros términos, si bien la potestad para tomar decisiones vinculantes no surge sino por la existencia de un acuerdo previo y expreso de los Estados que fundan la Organización, una vez otorgada la facultad, aquellos quedan obligados a acatar las decisiones de los órganos competentes de la respectiva Organización.⁵⁰

2.2.2. Las Resoluciones Internas de las Organizaciones Internacionales
En el actual Estado de la evolución del Derecho de las Organizaciones Internacionales, no solo se reconoce la existencia de Organizaciones capacitadas para dictar decisiones (resoluciones), de alcance externo a la Organización misma, sino también de órganos capacitados para dictar reglamentaciones generales, casi siempre con efectos internos en ellas.

En efecto, los tratados constitutivos también contemplan la posibilidad de que los órganos por ellos creados puedan reglamentar sus propios

⁴⁸ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: TEA, 1985, vol. 1, p. 21.

⁴⁹ FRIEDMANN, Wolfgang. «Cours Général». En: *RCADI*. 1969, vol. II, p. 142: considera que los actos de los organismos internacionales son importantes elementos en el desarrollo del Derecho Internacional pero no tienen, por sí mismos, carácter de actos legislativos internacionales.

⁵⁰ VARELA QUIRÓS, Luis A. Ob. cit., p. 103. En el mismo sentido se pronuncia PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 145: «Desde un punto de vista jurídico-formal, tales resoluciones obtienen su autoridad normativa del tratado instituyente de la organización. Bien entendido que esta dimensión no impide que las resoluciones en cuestión puedan ser consideradas [...] como fuente autónomas del Derecho Internacional».

derechos y obligaciones, al igual que ciertos derechos y obligaciones de los individuos directamente vinculados con los organismos internacionales. Respecto de estas atribuciones, señalan Nguyen, Daillier y Pellet:

De manera explícita o implícita, todas las organizaciones internacionales reciben los poderes de decisión necesarios para alcanzar los objetivos fijados por su carta constitutiva, garantizar la continuidad de su funcionamiento y permitir su adaptación a los cambios de circunstancias o de situaciones internacionales.

El derecho de adoptar actos obligatorios es extendido y más firme cuando se trata para la organización de asegurar su buen funcionamiento interno, la eficacia de sus procedimientos, en las hipótesis en que se busca una participación efectiva de la organización en las relaciones internacionales.⁵¹

La doctrina llama al conjunto de normas que reglamenta el funcionamiento de los órganos, derecho interno de los organismos internacionales.⁵² En este sentido, ha señalado Remiro Brotóns:

Para el cumplimiento de sus propósitos y la eficaz ejecución de sus funciones todas las Organizaciones Internacionales han sido capacitadas para adoptar por mayoría (simple o cualificada) resoluciones destinadas a reglamentar y armonizar su funcionamiento interno e institucional, obligatorias en primer término para sus propios órganos pero también para los Estados miembros en la medida que les conciernan.⁵³

Esta capacidad reglamentaria, sin embargo, es aún bastante limitada. En algunos casos, porque dichas normas se refieren tan solo a cuestiones internas de la Organización, como por ejemplo, la aprobación del presupuesto y la fijación de cuotas; la admisión, suspensión y expulsión de Estados miembros; la adopción de reglamentos; la aprobación del estatuto del personal administrativo; la creación de órganos subsidiarios; entre otros y porque la potestad solo se manifiesta en cuanto al funcionamiento de la propia Organización. En otros, porque su alcance y contenido es muy limitado, como es el caso de la OACI sobre cuestiones técnicas, obligatorias, salvo que la mayoría de Estados manifieste su disconformidad; OMS sobre enfermedades, obligatorias, salvo oposición de los Estados;⁵⁴ Unión Postal Universal y Unión Internacional de Telecomunicaciones, sobre cuestiones técnicas; Organización Mundial de Meteorología, sobre

⁵¹ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5.^a ed. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 363.

⁵² MONCAYO, Guillermo y otros. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1981, p. 163.

⁵³ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 300.

⁵⁴ VARELA QUIRÓS, Luis A. Ob. cit., p. 102.

métodos y procedimientos meteorológicos; entre otros. Al respecto señala Abi-Saab:

[Las resoluciones internas] son aquellas que versan sobre el «derecho interno de la organización internacional», es decir que son tomadas en el ejercicio de su poder de «autorregulación» o de «auto-organización», en otros términos de su «competencia de la competencia». Estas resoluciones no tienen efectos más que en relación con los componentes de la organización misma⁵⁵ y se ocupan exclusivamente de la intendencia al interior de la organización, de su administración interna.⁵⁶

No obstante estas limitaciones, debe quedar claro que gracias a estas resoluciones las Organizaciones Internacionales han podido cumplir con los propósitos y objetivos previstos en sus tratados constitutivos. Sin embargo, la adopción de resoluciones internas o de carácter institucional obligatorias no permiten afirmar que una Organización cuente con poderes normativos. Como señala Remiro Brotóns, estos poderes existirán solo cuando la Organización sea capaz de adoptar resoluciones externas de las que se deriven obligaciones jurídicamente exigibles a los Estados Miembros.⁵⁷

3. Influencia de las Resoluciones en el Proceso de Formación Tradicional del Derecho Internacional

El proceso de institucionalización de la Sociedad Internacional que «las Organizaciones Internacionales representan ha modificado los rasgos de descentralización y falta de institucionalización que caracteriza al Derecho Internacional, por lo que hoy no es posible plantearse el problema de la elaboración del Derecho en el medio internacional sin tener en cuenta la influencia de las Organizaciones Internacionales en la cristalización de las normas jurídicas internacionales».⁵⁸

En otros términos, los procedimientos tradicionales de elaboración del Derecho Internacional «conservan todo su valor y no han perdido importancia; pero han quedado modificados y a ellos han venido a añadirse

⁵⁵ Sobre este punto, señala CARREAU, Dominique. Ob. cit., p. 233: «Como regla general el derecho interno de las organizaciones internacionales tiene un carácter obligatorio para sus destinatarios. Ellos son en primer lugar los órganos mismos de la institución; lo son también los estados miembros; y lo son en ocasiones las personas privadas, por ejemplo los funcionarios o contratantes de la organización cuando estos últimos deben respetar un pliego de condiciones».

⁵⁶ ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 155.

⁵⁷ REMIRO BROTONS, Antonio y otros. Ob. cit., p. 300.

⁵⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 123.

—como hemos podido analizar— nuevos procedimientos de elaboración del Derecho como consecuencia del fenómeno de la Organización Internacional». ⁵⁹

En relación con las modificaciones que el fenómeno de la Organización Internacional ha introducido en los procedimientos tradicionales de elaboración de normas jurídicas internacionales, tres son los aspectos más destacables:

a) En primer lugar, la resolución de una Organización Internacional puede servir para facilitar la cristalización y prueba del elemento psicológico de la costumbre. ⁶⁰ La voluntad expresada por un Estado al votar a favor o en contra de una resolución podría ser interpretada como la manifestación de reconocer o no, la necesidad jurídica del contenido de dicha resolución. «La convergencia de numerosas voluntades estatales en la aprobación de una resolución comprueba en modo instantáneo la existencia de una *opinio iuris*. Y la práctica reiterada de los Estados, concordante con la expresión de esa *opinio iuris* enunciada en una resolución, da lugar al nacimiento de una norma jurídica internacional. ⁶¹ En este caso, la resolución del órgano sería la fuente creadora y además la prueba del elemento psicológico». ⁶² Al respecto señala Virally:

Las cosas son un poco diferentes cuando una resolución-declaración trata sobre principios o reglas de derecho internacional que ya son objeto de una cierta práctica; en otros términos, cuando se encuentra en presencia de una costumbre en vía de formación. En este caso, la resolución constituye una toma de posición respecto a esa práctica. Ella autentifica la *opinio juris communis* y cristaliza la costumbre naciente, la hace penetrar en el derecho positivo. ⁶³

En efecto, la *opinio iuris* podrá ser válidamente demostrada mediante la invocación de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales, en tanto la actitud de los Estados respecto de estas pone en evidencia la existencia o no de una convicción jurídica obligatoria en relación con la materia objeto de la resolución. Asimismo, las Organizaciones Internacionales «facilitan la cristalización de un consenso general de los Estados a través de las deliberaciones, votaciones y explicaciones de voto que tienen lugar en el seno de sus órganos, principales o subsidiarios, o

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ JENNINGS, Robert y Andrew WATTS. Ob. cit., pp. 48-49.

⁶¹ Véase DUPUY, Pierre-Marie. Ob. cit., pp. 348-349.

⁶² MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 164. Sobre lo mismo CARREAU, Dominique. Ob. cit., p. 247: «Estas "resoluciones" repetidas sin ambigüedades, por los Estados más representativos, y seguidos de una práctica ulterior, son susceptibles de contribuir a probar la existencia de una regla consuetudinaria, e incluso a crearla».

⁶³ VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 204.

en el de Conferencias diplomáticas preparadas, convocadas y auspiciadas por una Organización Internacional». ⁶⁴ Al respecto anota Morin:

Las resoluciones de las naciones Unidas pueden entonces tener efectos importantes como elementos de formación o de afirmación de la costumbre, habida cuenta, en cada caso, de las mayorías alcanzadas y de la representatividad de los votos. ⁶⁵

Esta labor de «facilitador» que cumplen las resoluciones de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, fue reconocida por la C.I.J. en el *Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, cuando señaló:

La Corte debe, sin embargo, asegurarse de la existencia, en el Derecho Internacional Consuetudinario, de una *opinio iuris* relativa al valor obligatorio de tal deber de abstención (del uso de la fuerza). Esta *opinio iuris* puede deducirse, aunque con la prudencia necesaria, de la actitud de las partes y de la actitud de los Estados con respecto a ciertas resoluciones de la Asamblea General sobre todo, la resolución 2625 (XXV) "Declaración relativa a los Principios del Derecho Internacional concernientes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados conforme a la Carta de las Naciones Unidas". El efecto producido por el consentimiento acerca del texto de tales resoluciones no puede ser interpretado como el de una simple llamada o una simple especificación del compromiso convencional adquirido por medio de la Carta. Puede por el contrario interpretarse como una adhesión al valor de la regla o de las series de reglas declaradas por la resolución, en sí mismas consideradas [...]. La toma de posición mencionada puede aparecer como la expresión de una *opinio iuris* [...]. ⁶⁶

Existe entonces «una alteración en el proceso habitual de gestación de la norma consuetudinaria. No es ya la práctica seguida de la *opinio iuris*, sino que el elemento psicológico precede a las conductas reiteradas y converge, anticipadamente, para su nacimiento». ⁶⁷

En otras ocasiones, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas generan una nueva práctica, de tal modo que la práctica posterior de los Estados terminó confirmando el valor jurídico de la resolución en cuestión. Tal es el caso del derecho a la libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial cuando fue enunciado en la Resolución 1514 (XV), el 14 de diciembre de 1960. Su importancia fue resaltada por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 21 de junio de 1971, al señalar:

⁶⁴ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., p. 123.

⁶⁵ MORIN, Jacques-Yvan. Ob. cit., p. 346.

⁶⁶ C.I.J. *Recueil*, 1986, sentencia, párrafo 188.

⁶⁷ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 165.

La evolución posterior del Derecho Internacional respecto de los territorios no autónomos, tal como queda consagrada en la Carta de las Naciones Unidas, ha hecho de la autodeterminación un principio aplicable a todos estos territorios [...]. Otra etapa importante de esta evolución ha sido la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.⁶⁸

b) En segundo lugar, las resoluciones pueden expresar una convicción jurídica o traducir una necesidad colectiva que luego se vea plasmada en un tratado internacional. Así, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución A/127 del 10 de diciembre de 1948), se aprobaron en ese órgano el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales. Y tras la Resolución sobre Declaración de los Principios Jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre (13 de diciembre de 1963), se aprobó el Tratado sobre dicho espacio, en el que se incluye a la Luna y otros cuerpos celestes.⁶⁹ Finalmente, la Resolución 1904 (XVIII), de 20 de noviembre de 1963, fue concretada posteriormente en la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el 21 de diciembre de 1965.

De igual forma, en materia de tratados, la aparición de las Organizaciones Internacionales no solo ha favorecido el proceso de progresiva universalización de los mismos sino que, adicionalmente, ha permitido facilitar su celebración. En primer lugar, porque las Organizaciones Internacionales ofrecen el foro de debate y discusión que facilita la toma de decisión sobre las materias susceptibles de ser convencionalmente tratadas; en segundo lugar, porque las Organizaciones Internacionales han provisto el mecanismo institucional necesario para el perfeccionamiento de los tratados;⁷⁰ y, en tercer lugar, porque algunas Organizaciones Internacionales poseen órganos especializados en la elaboración de proyectos de convenciones internacionales, como es el caso del Comité Jurídico Interamericano de la OEA o la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.

c) Finalmente, existen resoluciones con valor prospectivo o programático, que son auténticas normas de incitación fundadas en nociones racionales, científicas o técnicas. Es el caso por ejemplo, de resoluciones adoptadas en materia de medio ambiente en las que, «impotentes para confirmar una costumbre aún no consolidada, se esfuerzan en suscitar-

⁶⁸ I.C.J. Reports, 1971, parágrafo 52.

⁶⁹ MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 165.

⁷⁰ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 227.

la».⁷¹ Este fenómeno conocido actualmente como *soft law*,⁷² tiende a enriquecer progresivamente, el Derecho Internacional. En tal sentido, buena parte de los actos de las Organizaciones Internacionales, que carecen de fuerza normativa, se encuentran en este estadio de desarrollo, como bien describe Weil:

Existe en principio la *soft law* del instrumento que es vehículo de la regla. El tratado internacional firmado, ratificado, entrado en vigor entre los Estados es un instrumento normativo puro y duro, es *hard law*. Un convenio no ratificado, al contrario, que es declaratorio, cristizador o iniciador de una práctica y de una *opinio juris*, es un instrumento que participa en el proceso de formación de normas pero que está desprovisto él mismo de carácter normativo: es *soft law*. Con mayor razón, una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de carácter puramente recomendatorio, no puede participar en el proceso normativo más que como *soft law*.⁷³

⁷¹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 148.

⁷² En idioma español se ha hablado de un «derecho suave», «derecho blando» o «pre derecho». Véase DUPUY, René-Jean. «Communauté internationale et disparités de développement, Cours Général de Droit International Public». En: RCADI. 1979-IV, t. 165, pp. 182-183. Otros autores prefieren hablar de *lex lata* y *lex ferenda*. Es el caso de VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 242: «Hoy la distinción entre *lex lata* y *lex ferenda* nos parece una de las reglas fundamentales de la ciencia del derecho y una experiencia del pensamiento jurídico que no podría ser cuestionada. En realidad, corresponde a la necesaria distinción entre el derecho en vigor (que obliga y confiere derechos de manera actual) y el que no lo es, aun si fuera muy deseable que lo fuese».

⁷³ WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité, Cours Général de Droit International Public». En: RCADI. 1992-VI, t. 237, pp. 215-216.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1944.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4.^a ed. Nueva York: Oxford University Press, 1995.
- BUERGENTHAL, Thomas y otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 5.^a ed. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Zavalia, 1995.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 4.^a ed. París: Dalloz, 1998.
- FERNÁNDEZ TOMAS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- JENNINGS, Robert y Andrew WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres: Longman, 1992.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipografia, 1982.
- MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5.^a ed. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Buenos Aires: TEA, 1985.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.

- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- VARELA QUIRÓS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José: Juricentro, 1992.
- VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

2. ARTÍCULOS

- KOLASA, Jan. «Some Remarks on the Concept of a Resolution and Decision of International Organizations». En: *Essays in honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 493-499.
- VIRALLY, Michel. «Résolution et accord international». En: *Essays in honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 299-306.
- VIRALLY, Michel. «Unilateral Acts of International Organizations». En: BEDJAOU, Mohammed (editor). *International Law: Achievements and Prospects*. París: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO, 1991, pp. 241-263.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.
- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195.
- DUPUY, René-Jean. «Communauté Internationale et Disparités de Développement, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1979-IV, t. 165.
- FRIEDMAN, Wolfgang. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCA-DI*. 1969, vol. II.
- VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, 382 p.
- WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237.

3.2. CURSOS ESPECIALES

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of friendly Relations». En: *RCADI*. 1972-III, t. 137, pp. 419-742.

CASTAÑEDA, Jorge. «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies». En: *RCADI*. 1970-1, t. 129, pp. 205-332.

MORIN, Jaques-Yvan. «L'Etat de droit: émergence d'un principe du Droit International». En: *RCADI*. 1995-IV, t. 254.

SABA, Hanna. «L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations Unies». En: *RCADI*. 1964-I, t. 111, pp. 607-690.

4. JURISPRUDENCIA

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

I.C.J. *Reports*, 1971.

C.I.J. *Recueil*, 1986.

CAPÍTULO XI

LA EQUIDAD

1. Concepto

No obstante que algunos tratadistas¹ señalan este término como equívoco, se entiende que la equidad consiste en la aplicación de la justicia para la solución de una controversia concreta, sometida voluntariamente por las Partes a conocimiento y resolución de un tribunal, con prescindencia de las fuentes formales del Derecho.² En el mismo sentido, Rousseau señala que la equidad «designa, de un modo general, la aplicación de los principios de justicia a un caso determinado, ya sea porque se opone a la justicia abstracta, al derecho estricto, o a la justicia natural o legal».³

En similares términos, se manifiesta el *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*, que entiende la equidad como «el sentimiento de lo que exige la justicia en el caso concreto, habida cuenta de todos los elementos del mismo y hecha abstracción de las exigencias puramente técnicas del Derecho Positivo».⁴

Para la doctrina, la equidad cumple entonces con un función de criterio interpretativo del Derecho antes que de fuente propiamente dicha. Así, señala Nguyen:

De una manera general, la equidad es una 'cualidad del derecho' que impregna todas las reglas del Derecho Internacional. Con este título, ella dirige en gran medida toda interpretación de normas internacionales. Entonces, y por su misma definición, ella no autoriza a descartar la aplicación de las reglas de derecho.⁵

¹ SCELLE, Georges. *Droit International Public*. París, 1944, p. 407.

² DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998, p. 317; AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 45; BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, p. 266; VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992, p. 134; VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 104; BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 31; PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990, p. 45.

³ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970, p. 399.

⁴ BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la Terminologie du Droit International*. París: Sirey, 1960, p. 260. HABICHT, Max. «Le pouvoir du juge international de statuer "ex æquo et bono"». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49, p. 352: «Las palabras "ex æquo et bono" y "consideración de equidad" [...] confirman nuestra tesis. Nos parece inconcebible admitir que una decisión pueda ser equitativa si ella es contraria a la justicia objetiva. La equidad fue objeto de definiciones muy variadas, pero es generalmente admitido que ella tiene un vínculo directo con la justicia. Nosotros preferimos la definición que dice que la equidad es la aplicación de la justicia objetiva a un caso concreto».

⁵ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, pp. 348-349.

La definición de la equidad como sinónimo de justicia ha sido reiterada por la Jurisprudencia Internacional en el *Asunto de la Plataforma Continental entre Libia y Túnez*, así como en el *Asunto de la Frontera terrestre entre Burkina Faso y Mali*.⁶ En el primer caso, la C.I.J. concluyó: «La equidad, como concepto jurídico, procede directamente de la idea de justicia».⁷

Por otro lado, la aplicación de la equidad a un caso particular «tiene un ingrediente subjetivo: la valoración personal del juez sobre lo equitativo o inequitativo de la situación planteada para su resolución»;⁸ la equidad es por ello, subjetiva, pero además concreta. Subjetiva, porque se encuentra en la conciencia del juez; «el requerimiento de equidad no puede ser satisfecho en referencia a conceptos matemáticos como igualdad, equivalencia o proporcionalidad»;⁹ «concreta, porque consiste en la noción del juez ante el caso individual que se le presenta».¹⁰ Por último, es indudable que la equidad abre una posibilidad apenas explorada en la justicia internacional, pues constituye una verdadera atribución de poderes extraordinarios en los que se puede fundar la decisión del juez internacional. Al respecto es ilustrativa la opinión de Habicht:

La fórmula *ex aequo et bono* no ha recibido un significado especial en Derecho Internacional hasta el momento que los tratados han comenzado a oponer la decisión del juez internacional *ex aequo et bono* a un juzgamiento ordinario y a distinguir netamente entre poderes ordinarios y poderes extraordinarios de los tribunales internacionales.¹¹

2. Evolución Histórica

La mayoría de la doctrina entiende que la equidad como concepto jurídico tiene su origen en el Derecho Romano. Los romanos definían el derecho como *ars boni et aequi*, es decir, el arte de lo bueno y de lo justo o equitativo. En este sentido, definieron la *aequitas* (equidad) como la justicia del caso particular, pues el Derecho general aplicado a un caso concreto,

⁶ C.I.J. *Recueil*, 1986, p. 633.

⁷ C.I.J. *Recueil*, 1982, p. 60.

⁸ PAGLIARI, Arturo y Luis, SAVID. *Ob. cit.*, p. 45.

⁹ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. «La Signification des Principes Équitables dans le Droit International Contemporain». En: *Revue Belge de Droit International*. 1981-1982, p. 509 y ss.

¹⁰ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Gráfica Yagues, 1974. Véase PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Ob. cit.*, p. 46.

¹¹ HABICHT, Max. *Ob. cit.*, p. 281.

podía resultar injusto.¹² En efecto, el derecho pretoriano¹³ tenía por finalidad luchar contra el exceso de formalismo jurídico, permitiendo al pretor crear un nuevo derecho civil que fuese adaptado a las nuevas condiciones.

Posteriormente, en el derecho anglosajón medieval, la jurisdicción del Canciller cumplió funciones similares al derecho pretoriano, juzgando según el leal saber y entender de los magistrados.¹⁴

Durante los siglos XVI y XVII, el Derecho Natural y con ello, la equidad, fue la fuente principal del Derecho Internacional. Más tarde, en los siglos XIX y XX, «los árbitros internacionales se veían con frecuencia autorizados a aplicar la justicia y la equidad juntamente con el Derecho Internacional». «Incluso cuando faltaba una autorización de este tipo, los jueces y árbitros podían invocar consideraciones de equidad».¹⁵

Sin embargo, fue el Acta General de Arbitraje, el primer documento internacional en introducir la solución de equidad como una alternativa de resolución de controversias, lo que sería recogido por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional por propuesta de Fromageot y Politis y, posteriormente, por el mismo artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La inclusión de este párrafo final en el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. fue entonces el resultado de las inquietudes y presiones ejercidas originalmente en la Comisión de Redacción del Estatuto de la C.P.J.I. por los representantes anglosajones, para quienes la equidad es parte integral del derecho sustancial.¹⁶

El artículo 38, inciso 2, del Estatuto de la C.I.J. señala: «La presente disposición no restringe la facultad del Tribunal para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieran».

Esa norma fue ideada, según Anzilotti, no solo para resolver conflictos con base en un criterio de equidad, «sino también como mecanismo al cual se debe recurrir en busca de una base compromisorio».¹⁷

¹² RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 76.

¹³ MELLO ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, t. I, p. 261.

¹⁴ RIZZO ROMANO, Alfredo. Ob. cit., p. 76

¹⁵ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 45.

¹⁶ MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Víctor P. de Zabalía, 1981, t. I, p. 157.

¹⁷ Citado en: idem.

3. Funciones de la Equidad en el Derecho Internacional

En doctrina, teniendo como base una teoría formulada por primera vez por Papiniano,¹⁸ se señalan tres posibles funciones de la equidad en el Derecho Internacional:

3.1. Función Supletoria (*Praeter Legem*)

Aquí la equidad es utilizada «para suplir la falta de una norma jurídica en el caso que el derecho aplicable sea insuficiente o existan lagunas jurídicas respecto del asunto objeto del litigio». ¹⁹ En este sentido, ha señalado Akehurst: «un juez o árbitro siempre podrá recurrir a la equidad para colmar las lagunas del Derecho, aunque no haya sido autorizado expresamente para hacerlo». ²⁰ En este caso, para algunos publicistas, la equidad se constituye en una fuente subsidiaria del Derecho Internacional. ²¹

Como ejemplos podemos citar el *Asunto entre Burkina Faso y República de Malí*, donde la C.I.J. dividió en dos una zona fronteriza por razones de equidad, a falta de norma específica aplicable; ²² así como las numerosas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde ha expresado que la liquidación del valor indemnizatorio por daño moral «debe ajustarse a los principios de la equidad». ²³

3.2. Función Correctiva (*Infra Legem*)

En este caso se recurre a la equidad con el propósito de atenuar o atemperar el derecho positivo cuando su aplicación estricta podría arrojar resultados demasiados rigurosos. Esto significa que, si la rigidez de la nor-

¹⁸ MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. Ob. cit., pp. 262-263; PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. Ob. cit., pp. 46-47.

¹⁹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 135.

²⁰ AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 45.

²¹ Ídem. Asimismo véase VARELA QUIRÓS, Luis. Ob. cit., p. 105; ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 79; HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa MOYA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978, pp. 52-53. En contra véase STRUPP, Karl. «Le droit du juge international de statuer selon l'équité». En: *RCADI*. 1930-III, t. 33.

²² C.I.J. *Recueil*, 1986, p. 633. Asimismo, en el asunto entre Portugal y Alemania, por el laudo del 31 de julio de 1928, los árbitros del Tribunal Mixto sostuvieron la necesidad de aplicar por analogía y de acuerdo con el espíritu del Derecho Internacional general, la equidad como modo de completar el vacío de las normas internacionales existentes. *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*. p. 409 y ss.

²³ Sentencia en el Caso Velásquez Rodríguez (C.I.D.H. Serie C, n.º 7, p. 21); Godínez Cruz (C.I.D.H. Serie C, n.º 8, p. 19); Aloeboetoe y otros (C.I.D.H. Serie C, n.º 15, párrafos 86 y 87). Citados por BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 269.

ma pudiera ser inconveniente para las partes, en la flexibilidad de la equidad estas podrán satisfacer sus anhelos.

El interés de esta estipulación reside —señala Rousseau— en que permite al árbitro conceder al Estado perjudicado una indemnización en casos en los que, en derecho estricto, no existe un deber jurídico de acordar la reparación. Por ejemplo, la reparación de daños causados a súbditos de Estados neutrales en caso de guerra o a extranjeros en caso de guerra civil.²⁴ Este fue el caso del Arbitraje en el *Asunto de la Extensión Oriental de la Compañía Telegráfica Australasia y China Ltda.*, entre Inglaterra y Estados Unidos, resuelto en 1923.

3.3. Función Derogatoria (*Contra Legem*)

Esta es la función más discutida. Se entiende que en principio la equidad no puede ser aplicada en contradicción con el derecho vigente, salvo acuerdo expreso de las partes.²⁵

Aquí se registra el *Asunto de las Comisiones Mixtas Venezolanas* de 1902 y 1903 que, según los protocolos constitutivos, debían dictar sus fallos «sobre la base de la equidad absoluta, sin tener en cuenta las objeciones de naturaleza técnica o las reglas de la legislación local».²⁶ No obstante, debemos precisar que en estos casos, no se llegó a dictar una sentencia basada en la equidad *contra legem*, sino tan solo se afirmó la posibilidad teórica de una solución en estos términos.²⁷

Otros juristas admiten que el poder de estatuir *ex æquo et bono* permite al juez internacional basar su decisión únicamente sobre consideraciones de equidad y hacer abstracción de los derechos y obligaciones en vigor en la medida que su aplicación llevaría a una solución no equitativa. En tales casos, dicen ellos, el juez *ex æquo et bono* puede tomar una decisión *contra legem*. Según esta concepción, las consideraciones de equidad entran en juego en una decisión *ex æquo et bono*, no solamente en vista de completar el derecho, sino también para descartarlo si no es equitativo.²⁸

Es indudable que esta función derogatoria conoce límites bastante más estrechos que las otras dos, por lo mismo que equivale a una verda-

²⁴ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 79.

²⁵ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 135. No obstante, algunos autores niegan siquiera esta posibilidad. Es el caso de MOUSKHELI, Michel. «L'équité en Droit International Moderne». Citado por PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. Ob. cit., p. 47: «Una decisión basada en la equidad o inspirada en consideraciones extrañas al derecho, constituirá un exceso de poder».

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 155.

²⁷ ROUSSEAU, Charles. *Principes Généraux du Droit International Public*. París, 1944, p. 948 y ss. Citado por PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 155.

²⁸ HABICHT, Max. Ob. cit., p. 282. En el mismo sentido, véase CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997, p. 309.

dera actividad legislativa vestida de función jurisdiccional. Sobre esto, señala Abi-Saab:

En el marco de esta disposición, un papel legislativo limitado puede ser confiado al juez por las partes. Eso es concebible sin muchas dificultades para la equidad *infra legem* (¿pero el juez tiene verdaderamente necesidad de una autorización especial para llenar las lagunas técnicas o elaborar a partir de las reglas ciertos detalles no especificados?) y para la equidad *praeter legem* (sin llegar hasta la edificación de regímenes o arreglos nuevos entre las partes en lugar de su acuerdo o de un acto del legislador). ¿Pero es verdaderamente concebible para la equidad *contra legem*? Y, en caso afirmativo, ¿contra cuales *leges*? Y si es contra todas las *leges*, ¿*quid* entonces del *jus cogens*?²⁹

Frente a esto, la doctrina más permisiva entiende que el límite existe y que este está dado por la voluntad de las Partes, que expresamente deben facultar al juez a decidir una controversia en base a un criterio de equidad *contra legem*, o, en ausencia de esta, cuando la solución basada en el derecho resulte inequitativa. Sobre el particular, nosotros entendemos que no existen dos alternativas; la única posibilidad de resolver una diferencia en base a equidad *contra legem* estará dada por la voluntad de las Partes.

No obstante lo expuesto, como afirma Delbez, en la práctica la equidad ha tenido poca importancia: Por un lado, porque el juzgamiento con base en la equidad precisa que ambas partes de la controversia depositen una gran dosis de confianza en el Tribunal y, por otro lado, por el alto grado de desarrollo alcanzado por el Derecho Internacional Positivo.³⁰ Adicionalmente, como señala De Visscher, no es corriente que los Estados hallen igual interés en una resolución *ex aequo et bono*, ya que esta resultará siempre ventajosa para quien tenga conciencia de la debilidad de sus pretensiones con base en el derecho vigente y se ofrecerá en cambio poco atractiva para la otra parte.³¹ La prueba de esta afirmación es que la cláusula *ex aequo et bono* nunca ha sido aplicada por la Corte Internacional de Justicia, ni por su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional.

²⁹ ABI-SAAB, Georges. Ob. cit., p. 190.

³⁰ MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. Ob. cit., p. 262.

³¹ DE VISSCHER, Charles. Ob. cit., pp. 375-376: «La experiencia demuestra que los Estados descontentos de la situación creada por un tratado internacional que consideraran contrario a sus intereses vitales, se sustraen generalmente a una decisión conforme a derecho. Sostenidos por una opinión pública que saben mantener despierta, muestran tendencia, por el contrario, a reclamar desde un primer momento una revisión apoyada en principios lo suficientemente generales y vagos como para favorecer sus aspiraciones políticas».

4. Posibilidades de Aplicación

Una primera posibilidad de aplicación de la equidad a la solución de un caso concreto, lo establece el propio artículo 38, inciso 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al señalar que las Partes voluntariamente puedan acordar someter a la Corte la decisión de una causa *ex æquo et bono*, excluyendo el Derecho Internacional como norma aplicable.³²

Esto quiere decir para algunos, que la Corte se puede servir de la equidad *praeter legem* e *infra legem* sin necesidad de consentimiento expreso de las Partes en una controversia.³³ Así lo entiende Sorensen «sobre la base de una declaración del juez Anzilotti» y también en virtud «de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia».³⁴ En relación con esto último, cita la sentencia de 20 de febrero de 1969, dictada en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*³⁵ y la sentencia de 5 de febrero de 1970, dictada en el *Asunto Barcelona Traction*,³⁶ donde se echó mano de la equidad, sin el consentimiento expreso de los Estados interesados.

Sin embargo, lo cierto es que la única función de equidad que un tribunal puede ejercer sin consentimiento previo y expreso de las partes, es la equidad *infra legem*. Los tribunales en el ejercicio de sus funciones, en diversas ocasiones, se han guiado por consideraciones de equidad para aplicar normas vigentes. Esta prudente actitud —señala Carrillo Salcedo— «nada tiene de extraño si se tiene en cuenta que las consideraciones de equidad y de justicia sólo pueden tener significado jurídico concreto con relación a un determinado sistema de valores, coherente y preciso, muy difícil de imaginar en un grupo social tan heterogéneo y dividido como la sociedad internacional contemporánea».³⁷

La distinción entre la equidad como valor jurídico y la equidad como fuente de derecho es claramente delineada por Abi-Saab:

En el estado de la cuestión, no se debe confundir la equidad entrevista aquí en el contexto específico de las fuentes, con la equi-

³² HABICHT, Max. Ob. cit., p. 355: «La solución de una controversia haciendo abstracción de los derechos y obligaciones en vigor, por un juzgamiento *ex æquo et bono*, no es posible más que si las partes lo solicitan de común acuerdo, después que el conflicto ha surgido».

³³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 153.

³⁴ SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*. Copenhague, 1946, p. 198. Citado por PASTOR RIDRUEJO, José. Ob. cit., p. 153.

³⁵ C.I.J. *Recueil*, 1970, p. 33.

³⁶ C.I.J. *Recueil*, 1969, pp. 46-47.

³⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 88. En el mismo sentido, véase BENADAVA, Santiago. Ob. cit., p. 32; PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. Ob. cit., p. 48.

dad y la justicia como valores generales y primordiales que deben informar las funciones y el funcionamiento de todo sistema jurídico, según la concepción particular de esos valores que prevalece en la sociedad subyacente a ese sistema; ni con el papel y la importancia reales del sistema jurídico en la prosecución y realización de esos valores en esa sociedad.³⁸

En el mismo sentido, señala De Visscher:

En esta misión meramente interpretativa, la equidad es inherente a toda sana aplicación del derecho y, por este motivo, se impone a toda jurisdicción internacional. La exigencia de un acuerdo especial de las partes no se refiere, evidentemente, a esta aplicación necesaria de la equidad.³⁹

Por el contrario, el recurso a la equidad, en los supuestos en que no existe norma jurídica aplicable (laguna jurídica) o cuando se quiere aplicar dejando de lado o contraviniendo el derecho vigente, solo puede darse con el consentimiento de las partes. El fundamento de esta limitación es explicada largamente por De Visscher cuando señala:

La función de la equidad, por el contrario, desborda manifiestamente la esfera del derecho y se convierte en una misión política cuando, con el consentimiento de los Estados interesados, se aplica a valores, bienes o intereses que según el derecho vigente no son jurídicamente discutibles, para proceder a su distribución sobre nuevas bases, de acuerdo con las exigencias de una justicia social mejor concebida o más amplia. Esta manera de extender la acción a todos los elementos susceptibles de contribuir a un mejor equilibrio de las relaciones entre Estados, sean o no jurídicamente pertinentes, es característica de la función política; al postular un estado de cosas 'que no se halla en modo alguno predeterminado por el derecho existente', semejante modo de actuación se sitúa en un plano extraño al derecho y los puntos de vista que se enfrentan no dan origen a un conflicto jurídico. La equidad, en estos supuestos, no es reguladora del derecho sino de intereses basados sobre simples hechos.⁴⁰

En relación con el recurso a la equidad para llenar una laguna jurídica, la C.I.J. repetidamente ha afirmado que no es un órgano legislativo, y que su misión no consiste en crear el Derecho sino en aplicarlo.⁴¹ Así, en la sentencia dictada en el *Asunto del Sudoeste Africano*, la Corte señaló:

³⁸ ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207, pp. 190-191.

³⁹ DE VISSCHER, Charles. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 373.

⁴⁰ DE VISSCHER, Charles. *Ob. cit.*, p. 373.

⁴¹ *Ibidem*, p. 88.

No podía presumir la existencia de un derecho simplemente porque su existencia le parezca deseable [...] ni remediar una laguna si eso le lleva a desbordar el marco normal de la acción judicial.⁴²

En el mismo sentido, en relación con la equidad *contra legem*, la Corte en su sentencia del 2 de diciembre de 1986 en el *Asunto de la Controversia Fronteriza entre Burkina Faso y Malí*, afirmó:

No habiendo recibido de las partes la misión de proceder a un ajuste de sus intereses respectivos, la Corte debe igualmente descartar la posibilidad de aplicar en el caso todo recurso a la equidad *contra legem*. Tampoco aplicará la equidad *praeter legem*. Tomará sin embargo, en consideración la equidad tal como se expresa en su aspecto *infra legem*, es decir la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho y que constituye una de sus cualidades.⁴³

De todo lo cual, puede concluirse, que el artículo 38 (2) del Estatuto de la C.I.J. solo hace referencia a la equidad *praeter legem* y *contra legem*, en tanto la equidad *infra legem* puede ser aplicada por un tribunal internacional, sin requerir previamente el consentimiento de las Partes.⁴⁴

Una segunda posibilidad de aplicación de la equidad, se presenta cuando las Partes establecen las normas jurídicas que serán aplicadas por el árbitro en una controversia y, en forma supletoria, autorizan a este a aplicar la equidad. Así, en algunos compromisos arbitrales latinoamericanos en los que el árbitro está llamado a fijar un límite según las reglas del *uti possidetis*, se ha acordado que si este resulta imposible de determinar, está autorizado a decidir conforme a equidad.⁴⁵

Para Rousseau la función de la equidad se da a título supletorio, ya sea que existan normas jurídicas o ante la inexistencia de las mismas.

La equidad puede ser llamada a cumplir una función supletoria en dos hipótesis distintas. Los Estados pueden emplearla a título sub-

⁴² C.I.J. *Reports*, 1966, p. 48.

⁴³ C.I.J. *Recueil*, 1986, parágrafo 28.

⁴⁴ CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires: Zavalía, 1995, p. 69.

⁴⁵ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 267. Es el caso del artículo 4 del Compromiso Arbitral entre Bolivia y Perú del 30 de Diciembre de 1902 y del artículo 5 del Tratado de Arbitraje entre Honduras y Guatemala del 16 de Julio de 1930. Otro caso es el del Tratado del 21 de julio de 1938 para la solución del conflicto entre Paraguay y Bolivia, donde se habilitó a los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Perú, Paraguay, a que establezcan el límite de la zona en conflicto de acuerdo con el principio *ex aequo et bono*. De igual modo, la Comisión Mixta de Reclamaciones entre Inglaterra y Estados Unidos, establecida por acuerdo del 18 de agosto de 1910, discutió la aplicación de la equidad en el caso de los indios Cayugas (1926) y en el de la Compañía Telefónica Australasia y China Lta. (1923). Citados por MONCAYO, Guillermo y otros. Ob. cit., p. 158.

sidiario ante la insuficiencia del derecho positivo para la solución de conflictos de orden jurídico, o a título principal o exclusivo ante el silencio del derecho positivo para la solución de conflictos de orden político; las controversias de ésta última categoría se definen precisamente por el hecho que no pueden ser resueltas sobre la base del derecho existente.⁴⁶

Una tercera posibilidad es que la equidad sea aplicable por mandato de una norma consuetudinaria o convencional internacional.⁴⁷ En este último caso, pueden citarse como ejemplos, los artículos 74 (1) y 83 (1) de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, que reenvían a la equidad para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente.⁴⁸ Asimismo, la costumbre internacional prescribe que todo Estado cuyo territorio forma parte de una cuenca hídrica tiene derecho al uso equitativo y razonable de sus aguas.

Finalmente, en cuarto lugar, se puede señalar que existe la obligación por parte de los Tribunales internacionales de aplicar la equidad como sinónimo de justicia, en cualquier controversia sometida a su decisión. Así lo ha establecido la C.I.J. en el *Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte*, al señalar:

Cualquiera fuera el razonamiento jurídico de un tribunal, sus decisiones deben por definición ser justas y en este sentido equitativas. Sin embargo, cuando se habla del juez que dicte justicia o dice el Derecho, se trata de justificación objetiva de sus decisiones no mas allá de las reglas, sino dentro de las reglas, y en este campo es precisamente una regla del Derecho la que exige la aplicación de principios equitativos. No se trata, pues, en este caso de una decisión *ex aequo et bono*, lo que no sería posible sino en las condiciones del artículo 38 (2), del Estatuto del Tribunal.⁴⁹

Esta doctrina fue reafirmada en los *Asuntos de las Competencias en Materia de Pesca*, entre Gran Bretaña e Islandia y la República Federal de Alemania e Islandia.⁵⁰ En el mismo sentido, la C.I.J. en el *Asunto de la Barcelona Traction* precisó: «En el ámbito de la protección diplomática, como en todos los otros ámbitos, el derecho internacional exige una aplicación razonable».⁵¹

⁴⁶ ROUSSEAU, Charles. Ob. cit., p. 412.

⁴⁷ HABICHT, Max. Ob. cit., p. 347.

⁴⁸ BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 267.

⁴⁹ C.I.J. *Recueil*, 1969, p. 48.

⁵⁰ C.I.J. *Recueil*, 1974, n.º 65.

⁵¹ C.I.J. *Recueil*, 1970, p. 48.

Esta obligación de recurrir a la equidad al momento de interpretar y aplicar una norma, nace para algunos de una norma general consuetudinaria y para otros de un principio general del derecho. Al respecto, ha señalado el Instituto de Derecho Internacional:

La equidad es normalmente inherente a la correcta aplicación del derecho y el juez internacional, al igual que el juez interno, está llamado, por su propia función, a tomarla en consideración en la medida que sea compatible con el respeto al derecho.⁵²

Sorensen resume la posición de la doctrina de la siguiente forma:

Se admite generalmente en la doctrina que el juez internacional, al aplicar las reglas jurídicas al caso concreto, goza de cierta libertad de adaptación e interpretación de las reglas conforme a las necesidades del caso. Los autores de todos los matices, incluso de los más positivistas, consideran como parte normal de la función judicial que intervengan consideraciones de equidad en el sentido de que el juez, entre varias interpretaciones o aplicaciones posibles de una regla positiva, escoja aquella que mejor tenga en cuenta la situación individual de las partes en litigio y el conjunto de sus derechos y deberes. Se destaca, sin embargo, que la equidad así entendida, aunque produzca el efecto de flexibilizar el Derecho rígido, no actúa más que dentro de los límites del Derecho positivo, que no interviene sino *infra ius*.⁵³

En todo caso, como lo señalan Thierry y Combacau todas estas posibilidades de aplicación de la equidad no se dan en el nivel teórico sino más bien en la solución jurisdiccional concreta de una controversia.⁵⁴

5. La Equidad como Fuente del Derecho Internacional

La doctrina mayoritaria de los publicistas coincide en señalar que la equidad no constituye una fuente del Derecho Internacional, en tanto no se presenta como un método específico de creación de normas jurídicas.⁵⁵

Como señala Pagliari y Savid, «la idea de la equidad como fuente del Derecho Internacional no tiene un apoyo sólido ni un fundamento preci-

⁵² INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire*. Tableau Général des Résolutions Sesión de Luxemburgo, 1937, vol. XL, p. 271. Véase VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., pp. 134-135.

⁵³ SORENSEN, Max. Ob. cit., 1946, p. 197.

⁵⁴ THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALLEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1986, p. 141.

⁵⁵ CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Zavallia, 1995, p. 69. En el mismo sentido se pronuncian BARBERIS, Julio. Ob. cit., p. 270; AKEHURST, Michael. Ob. cit., p. 45; SORENSEN, Max. Ob. cit., entre otros.

so hasta el presente; los autores que han defendido esta concepción no demuestran una postura clara al respecto y si bien algunos esgrimen argumentos aparentemente respetables», no han alcanzado a replantear la estructura existente en el Derecho Internacional.⁵⁶

En el más estricto sentido legal, la equidad puede ser vista como formando parte de ciertas reglas específicas de derecho o como parte del Derecho Internacional general. Podemos verla como incorporada en y formando parte necesaria de ciertos principios generales de derecho, como por ejemplo, el de la buena fe. [...] Finalmente, la equidad puede ser empleada en el sentido del artículo 38 párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, invistiendo a la Corte, si las partes están de acuerdo, a decidir el caso *ex æquo et bono*. En este caso la decisión no debe basarse en la aplicación de normas jurídicas, sino sobre la base de las consideraciones que la Corte pueda tener en vista de las circunstancias como justo y apropiado.⁵⁷

Incluso, dentro de su papel supletorio o complementario, la equidad no puede ser considerada como fuente del Derecho Internacional. En primer lugar, porque la equidad no puede desplazar a las normas convencionales o consuetudinarias sin que ello sea expresamente autorizado por las partes. De lo contrario, se quebraría el principio elemental de la seguridad jurídica, que informa por igual al Derecho interno y al Derecho Internacional. Como señala Nguyen:

A pesar de ciertos precedentes, admitir que las consideraciones de equidad pueden conducir a descartar las reglas de derecho sería contrario al principio elemental de la seguridad jurídica. Tales consideraciones pueden inspirar reivindicaciones políticas, que a su vez serán tal vez el origen de nuevas normas jurídicas, pero la equidad no puede sustituirse al derecho positivo más que si las partes en litigio así lo consienten.⁵⁸

En segundo lugar, porque, como señala Bourquin, si bien la equidad abre la posibilidad al juez internacional de convertirse él mismo en creador de derecho, al dar solución a una controversia en ausencia de norma jurídica aplicable, aclara que no es la equidad sino el ejercicio jurisdiccional quien asume el papel de fuente del derecho. Así, señala:

⁵⁶ PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. Ob. cit., p. 51.

⁵⁷ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres: Longman, 1992, p. 44.

⁵⁸ NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIET y Alain PELLET. Ob. cit., p. 349.

Aquí termina el cuadro de fuentes, tal como lo delinea el artículo 38. El párrafo final nos hace salir del dominio de las fuentes formales. Se entrevé, en efecto, el caso que la Corte pueda estatuir *ex æquo et bono*, es decir inspirándose en su sentimiento personal de la equidad, sin apoyarse, en consecuencia, en ninguna fuente formal, en ningún indicio exterior. Es la opinión del juez que deviene entonces, si se puede decir así, en su propia fuente y que, por la libertad de que dispone, toma un carácter netamente creador. Pero esta libertad no es la regla. Ella constituye una excepción, que supone el asentimiento de las partes. Hacemos así de la *jurisdicción* propiamente dicha (y no de la equidad) una fórmula más liviana [...] de la *aplicación* del derecho y de su *creación*.⁵⁹

No obstante todo lo dicho, es indudable, que la equidad puede cumplir un papel fundamental en la solución de diferendos internacionales y en la determinación de nuevos vínculos jurídicos entre los sujetos de la comunidad internacional. Así, señala Habicht:

Si las Partes buscan la modificación de la situación jurídica existente, ella no puede obtenerse del juez internacional sino cuando éste posee la facultad de estatuir *ex æquo et bono*. Hemos visto que, en ese caso, el juez puede hacer abstracción de los derechos y obligaciones en vigor entre las Partes y, basándose en principios de justicia objetiva, crear nuevos vínculos jurídicos en tanto los antiguos no fueran equitativos.

Sólo la introducción del poder *ex æquo et bono* permite extender el arreglo judicial a los diferendos no jurídicos y garantizar la intervención del juez en todos los litigios que puedan surgir entre Estados, es decir, también en los conflictos que buscan un cambio de la situación jurídica existente.⁶⁰

⁵⁹ BOURQUIN, Maurice. «Règles Générales du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35, pp. 74-75. El paréntesis es nuestro.

⁶⁰ HABICHT, Max. *Ob. cit.*, pp. 359-360.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- BARBERIS, Julio. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl Vinuesa. Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- DE VISSCHER, Charles. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. París: Dalloz, 1998.
- HALAJCZUK, Bohdan y María Teresa MOYA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Londres: Longman, 1992.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977, 536 p.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. T. I. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONCAYO Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Avocatus, 1990.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Publico, Curso Elementar*. Sao Paulo: Saravia, 1998.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994.

- ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. Paris: Sirey, 1970.
- SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*. Copenhague, 1946.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALLEE y Serge SUR. *Droit International Public*. Paris: Montehrestien, 1986.
- VARELA QUIRÓS, Luis. *Las Fuentes del Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, 214 p.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992.

2. ARTÍCULOS

- AKEHURST, Michael. «Equity and General Principles of Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 25, 1976, p. 801 y ss.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. «La Signification des Principes Équitables dans le Droit International Contemporain». En: *Revue Belge de Droit International Public*. 1981-1982, p. 509 y ss.
- JUSTE RUIZ. «La Equidad en el Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales». En: *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Madrid, t. 9, 1991, p. 85 y ss.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. «La Equidad en las Decisiones de los Tribunales Internacionales». En: *Anales de la Universidad de La Laguna*. VI, 1968-1969.
- REUTER, Paul. «Quelques Réflexions sur L'équité en Droit International». En: *Revue Belge de Droit International*. 1980, p. 165 y ss.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Générale de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- BOURQUIN, Maurice. «Règles Générales du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35.
- HABICHT, Max. «Le Pouvoir du Juge International de Statuer "ex aequo et bono"». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49.
- STRUPP, Karl. «Le Droit de Juge International de Statuer selon L'équité». En: *RCADI*. 1930-III, t. 35.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 23.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

I.C.J. *Reports*, 1966.

C.I.J *Recueil*, 1969.

C.I.J. *Recueil*, 1970.

C.I.J. *Recueil*, 1974.

C.I.J. *Recueil*, 1982.

C.I.J. *Recueil*, 1985.

C.I.J. *Recueil*, 1986.

4.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

C.I.D.H. *Serie C*, n.º 7 (Caso Velásquez Rodríguez).

C.I.D.H. *Serie C*, n.º 8 (Caso Godínez Cruz).

C.I.D.H. *Serie C*, n.º 15 (Caso Aloeboetoe).

CAPÍTULO XII

RELACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL CON LOS DERECHOS INTERNOS

1. Introducción

Señala Pastor Ridruejo que:

[...] la importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos radica en el hecho de que la eficacia real del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto. Es esencial en este sentido que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales.¹

La trascendencia de estas relaciones se ha acrecentado en nuestros días —agrega Pastor Ridruejo— como consecuencia del aumento de las funciones del Derecho Internacional. Este ya no solo tiene la clásica función de regular las relaciones entre Estados, sino que, «tiende además al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los Derechos internos».²

El problema de las relaciones del Derecho Internacional con los Derechos Internos es el siguiente: De un lado nos encontramos con el Derecho Internacional, que regula las relaciones entre los distintos sujetos de la Comunidad Internacional en cuanto tales, y de otro lado, esos mismos sujetos regulan las relaciones de las personas físicas y jurídicas que se encuentran en su interior. Nos encontramos, según Díez de Velasco, «con dos ordenamientos jurídicos: el internacional y el conjunto de ordenamientos jurídicos estatales. Dada esta dicotomía es necesario saber si entre uno y otro existen o no relaciones, y si se da o no una subordinación entre los dos grupos de ordenamientos»;³ y asimismo, si la norma internacional se incorpora o no automáticamente al derecho interno de los Estados.⁴

En la actualidad, los abundantes precedentes judiciales y arbitrales internacionales, así como las soluciones constitucionales o legislativas que los diversos Estados han dado a este problema, rebasan las simples posiciones doctrinarias, confirmando algunas tendencias mayoritarias y

¹ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 159.

² *Ibidem*, p. 160.

³ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, t. I, 1996, p. 211.

⁴ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno». En: *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1962, pp. 1-111.

desechando otras que han tenido menor alcance.⁵ Al respecto, conservan plena vigencia las palabras de Virally:

A pesar del desarrollo de las actividades transnacionales y de la consagración del derecho de los pueblos, los Estados quedan como los únicos que pueden movilizar los mecanismos que permiten asegurar la aplicación del derecho y disponer de los recursos y de los medios para conducir una política exterior relativamente independiente. Por esta razón, ellos son a la vez creadores del Derecho Internacional, sus principales beneficiarios (y destinatarios), los garantes de su aplicación y aquellos que están en la posibilidad de dividirlo, amenazarlo o ponerlo en jaque. El sistema de aplicación del Derecho Internacional esta casi enteramente en sus manos.⁶

No obstante, resulta imprescindible partir del análisis de las posiciones doctrinarias con el propósito de establecer cuál de ellas es la que finalmente ha predominado o, al menos influido, en la práctica interestatal.

2. Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno: Soluciones Alcanzadas por la Doctrina

En la doctrina de los publicistas, se suelen distinguir tres posiciones, dos de las cuales son claramente antagónicas.

2.1. Doctrina Dualista (Pluralista)⁷

Esta doctrina tiene como punto de partida la obra de Triepel titulada *Völkerrecht und Landesrecht*, aparecida en Leipzig en 1899,⁸ acogida por Anzilo-

⁵ Al respecto señalan THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALLEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1975, p. 207: «En realidad, es a la constitución de cada Estado que corresponde determinar el lugar de las normas de origen internacional en el ordenamiento jurídico interno, establecer las competencias respectivas de los poderes públicos así como los derechos y obligaciones de los particulares». NGUYEN QUOC Dinh, Patrich DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5.ª ed. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 93.

⁶ VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International contemporain. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983 - V, t. 183, p. 209.

⁷ Es más exacto denominar esta doctrina como pluralista, en tanto hace convivir al Derecho Internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados existen. Véase MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid, 1970, pp. 223-230.

⁸ Obra que fue traducida por René Brunet al francés bajo el título de *Droit International et Droit Interne*, París, 1920 y al italiano como *Diritto Internazionale e Diritto Interno*, Turín, 1913.

tti en 1905 en su obra *Il diritto internazionale nei giudizi interni* y por buena parte de los teóricos italianos.

En primer lugar, según esta teoría, el ordenamiento jurídico internacional y los ordenamientos jurídicos internos son dos sistemas jurídicos distintos que «difieren por sus fuentes, por las relaciones que rigen y por los sujetos a quienes ligan. Uno y otro derecho se mueven en planos distintos, dentro de dos círculos que nunca se superponen»,⁹ que marchan paralelos. El mismo Triepel afirma que «cuando hablamos de relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, damos por hecho que el derecho internacional es una cosa distinta que el derecho interno. En nuestra opinión, el derecho internacional y el derecho interno son *nociones diferentes*»,¹⁰ para confirmar más adelante que en realidad se trata de «sistemas jurídicos distintos». ¹¹ Es lo que señala Fitzmaurice cuando, en su curso de la Haya de 1957, afirma que el Derecho Internacional y el derecho interno no tienen un campo común (*common field*). En el mismo sentido se pronuncia Capotorti cuando sostiene que el carácter jurídico de un hecho, norma o relación debe precisar a qué ordenamiento jurídico estatal está referido.¹²

Así, las relaciones que regulan son diversas, pues mientras el Derecho Internacional regula fundamentalmente las relaciones entre Estados, los derechos nacionales regulan las relaciones jurídicas de los individuos o de estos con el Estado. De igual manera, mientras en el Derecho Internacional estamos ante un derecho de coordinación en el Derecho Interno estamos frente a un derecho de subordinación; esto es, mientras en el Derecho Internacional la fuente suprema del cumplimiento de las normas jurídicas es la voluntad concordante de los Estados, en los ordenamientos jurídicos nacionales la fuente suprema de la validez y obligatoriedad de las normas jurídicas es la voluntad imperativa del legislador.¹³ Por otro lado, señalan los dualistas, que ambos sistemas poseen una estructura muy desigual y un diferente poder de coacción, «ya que sólo el derecho interno cuenta con instituciones apropiadas para el cumplimiento coactivo de las normas». ¹⁴ Y, finalmente, ambos ordenamientos tienen diferentes ámbitos territoriales de aplicación. En este punto, precisa Arellano García:

⁹ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: TEA, t. I, 1985, p. 41; BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 65.

¹⁰ TRIEPEL, Carl Heinrich. «Les rapports entre le Droit interne et le Droit International». En: *RCADI*. 1923, t. 1.º, pp. 79.

¹¹ *Ibidem*, p. 83.

¹² CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè editore, 1995, pp. 180-181.

¹³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 149.

¹⁴ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992, p. 233.

La norma jurídica interna está destinada, en principio, a tener una aplicación limitada al territorio del Estado para el cual fue hecha. Es verdad que puede tener una aplicación extraterritorial en el territorio de un Estado diferente pero requerirá la norma conflictual internacional o interna que le da esa aplicabilidad extraterritorial. En cambio, la norma jurídica internacional ha sido hecha para regir en la comunidad internacional sin limitarse al territorio de un sólo Estado.¹⁵

Por tanto, se trata de dos órdenes que no gozan de puntos en común, por lo cual, no es posible que exista conflicto entre ellos y, por ende, que uno prime sobre el otro. Como dice Verdross, se trata de dos órdenes separados, sin que exista subordinación de ninguno de ellos con respecto del otro.¹⁶

Como consecuencia de lo anterior, esta doctrina plantea en segundo lugar, que al no existir una relación entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos, es necesario un proceso de incorporación o recepción de la norma internacional al derecho interno de los Estados.¹⁷ Agregan que las normas del Derecho Internacional no tienen fuerza obligatoria en el interior de un Estado sino en virtud de su «recepción», esto es, por medio de un acto legislativo que las transforma en reglas del derecho interno, habiendo una gama de posibilidades de recepción, como son: la orden de ejecución, ley de aprobación, etc., que se emplean en aquellos países partidarios de la recepción de la norma internacional.¹⁸ Sobre lo mismo, concluye Vargas Carreño:

De esa manera, las obligaciones impuestas por una norma de Derecho Internacional a los particulares o a los órganos administrativos de un Estado no emanan de aquélla, sino de la ley o del decreto interno que se dicta para darle cumplimiento a la norma de Derecho Internacional. Como señala TRIEPEL, el Derecho Internacional equi-

¹⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993, p. 86.

¹⁶ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1967, pp. 64-73. Dentro de esta concepción, no puede haber conflictos posibles entre las dos órdenes jurídicos, sino solamente reenvíos del uno al otro.

¹⁷ REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1958, p. 12: «Este término, de origen doctrinal, cubre la hipótesis en la cual una norma de derecho internacional para poder ser aplicada por parte de las autoridades del Estado, debe ser objeto de una medida de introducción en el sistema interno, con transformación de su propia naturaleza». WALZ, Gustav Adolf. «Les rapports du droit international et du droit interne». En: *RCADI*. 1937-III, t. 61, p. 435 y ss.

¹⁸ Al respecto es sumamente ilustrativa la posición de gran parte de la doctrina italiana, en especial: MONACO, Riccardo. *Diritto Internazionale Pubblico*. Turín: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1982, pp. 209-236. También véase DE VISSCHER, Paul. «Les tendances internationales des constitutions modernes». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80, pp. 511-578.

vale a un Mariscal de Campo que da órdenes a los generales pero no a los soldados. Por lo tanto, las obligaciones que surjan del Derecho Internacional lo serán únicamente para los órganos legislativos (dictar las leyes) o ejecutivo (dictar los decretos) que permitan su cumplimiento, sin que éstas sean directamente exigibles a los particulares o a los órganos administrativos o judiciales de un Estado.¹⁹

2.2. Doctrina Monista

Esta doctrina tiene como principales representantes a Kelsen,²⁰ Wenzel y Verdross,²¹ quienes forman parte de la llamada Escuela de Viena, así como a Bourquin y Scelle,²² de la Escuela Sociológica Francesa. Para ellos, el Derecho Internacional y los Derechos Nacionales forman parte de un solo ordenamiento jurídico, es decir, son dos ramas de un mismo sistema jurídico, razón por la cual, sus normas interactúan y en algunos casos, entran en conflicto. En la práctica, existen puntos de contacto entre ambos ordenamientos,²³ zonas de interferencia en que la colisión se hace inevitable cuando sobre un mismo objeto recaen normas establecidas por el derecho interno y el derecho internacional.²⁴ Dicho conflicto se resuelve para la mayoría, en favor del Derecho Internacional, mientras para otros, en favor de los derechos nacionales.

En segundo lugar, señalan que al formar parte de un solo ordenamiento jurídico, las normas internacionales, conservando su propia naturaleza, se incorporan a los derechos nacionales automáticamente, esto es, sin procedimiento ni trámite alguno,²⁵ por lo cual, estas normas llegan a obligar directamente a los particulares o a los órganos del Estado, si las mismas se bastan por sí solas. Para Mosler: «No existe ninguna duda

¹⁹ Citado por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 234.

²⁰ KELSEN, Hans. «Les rapports de système entre le droit interne et le droit international». En: *RCADI*. 1926-IV, t. 14, pp. 227-331.

²¹ VERDROSS, Alfred. Ob. cit., 1974.

²² SCELLE, George. *Précis de Droit de Gens*. París, vol. I., 1932.

²³ Así lo señala VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 133: «Sin cesar aumenta el número de tratados que se ocupan de las relaciones entre personas privadas o de las actividades antaño reservadas a la competencia interior de los Estados. En lo sucesivo, ya no existe ningún campo en el que el Derecho Internacional no haya penetrado o no pueda penetrar».

²⁴ MOSLER, Hermann. «L'application du droit international public par les tribunaux nationaux». En: *RCADI*. 1957-I, t. 91, p. 626: «Se pueden considerar las relaciones entre la comunidad internacional y los Estados y, en consecuencia, la relación del derecho internacional con el derecho interno desde el punto de vista del derecho de gentes o del punto de vista del derecho interno. Pero estas dos vías nos llevan al mismo fin. El orden jurídico internacional y el orden jurídico del Estado no están separados, deben ser considerados como esferas del orden jurídico general».

²⁵ MESTRE, Achille. «Les traités et le droit interne». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38, p. 238.

que los Estados deben organizar su orden jurídico interno de manera de satisfacer sus obligaciones internacionales. Ellos ejecutan esas obligaciones por intermedio de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial».²⁶ Es en función a sus normas internas que cada Estado ve la manera de cumplir con sus obligaciones internacionales. Para Mirkine-Guetzevitch:

La ejecución de un tratado es, en general, regulada por el derecho interno. Pretender que un tratado internacional no tiene más que una validez internacional y no una validez interna lleva prácticamente al rechazo de ejecución de ese tratado. La separación entre el Estado y sus ciudadanos es inadmisibles. La existencia de una doble validez corresponde a la ruptura de la unidad del derecho público y equivale a la negación práctica de la fuerza obligatoria del Derecho Internacional.²⁷

La incorporación directa del «Derecho Internacional al ordenamiento jurídico de los Estados no significa que no sea necesario, a veces, un acto interno de complementación o implementación». «Tal acto no equivale a transformar el derecho internacional en interno. Tampoco implica una transformación el hecho de que un tratado para que sea válido requiera de una ratificación o de una aprobación legislativa».²⁸ Como señala Kelsen:

Muchas constituciones establecen que todos, o ciertos tratados, deben ser aprobados por el órgano legislativo a fin de ser válidos. Tal aprobación no es una transformación; es la participación del órgano legislativo en la conclusión del tratado, es decir, participación en la creación del Derecho Internacional.²⁹

En el mismo sentido, concluye Benadava:

Es cierto que en algunos casos el derecho del Estado puede exigir que esta aplicación sea precedida de un acto interno de implementación, como la publicación de un tratado; pero un acto de implementación no es un acto de transformación; la transformación de una norma internacional en una norma interna sólo es necesaria cuando el derecho nacional prescriba que los órganos judiciales y administrativos del Estado sólo pueden aplicar normas internas y no reglas internacionales.³⁰

²⁶ MOSLER, Hermann. Ob. cit., p. 628.

²⁷ MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. «Droit International et Droit Constitutionnel». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38, p. 392.

²⁸ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 236.

²⁹ KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1965, p. 302. Citado por VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 236.

³⁰ BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 66.

Dentro de esta doctrina, es posible a su vez distinguir dos grandes tendencias:³¹ la primera, llamada Monismo Radical,³² defiende la nulidad de las normas internas opuestas al Derecho Internacional. En este sentido, se pronuncia Kelsen cuando señala: «Si se considera al Estado como obligado por el Derecho Internacional a llevar a cabo un acto de contenido determinado y no lleva a cabo este, sino otro contenido opuesto o se abstiene de llevarlo a cabo, este acto o esta abstención son jurídicamente nulos; inexistentes, sin más».³³ Sin embargo, esta teoría resulta errada, en tanto el Derecho Internacional no tiene capacidad para derogar o anular una norma o acto estatal y, porque conforme «al principio del acto contrario, un acto jurídico interno no puede ser modificado, revisado o abrogado sino siguiendo el mismo procedimiento para su adopción».³⁴

La segunda tendencia denominada por Kelsen Monismo Moderado,³⁵ sostiene que la norma interna opuesta al Derecho Internacional no es nula ni inexistente, pero sí engendra la responsabilidad internacional del Estado que la dictó. Sostienen que una norma del derecho interno contraria al derecho internacional general, no deje de tener fuerza obligatoria, puesto que los tribunales nacionales tienen, en principio, la obligación de aplicar las leyes, aún las que infringen el Derecho Internacional.³⁶ Al respecto, en opinión de De Visscher:

³¹ D'ESTEFANO, Miguel. *Derecho Internacional Público*. La Habana: Editora Universitaria, 1965, p. 9. En el mismo sentido véase VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 95.

³² Esta parecería ser la postura inicial de VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 66: «[...] la promulgación de una ley contraria al Derecho Internacional constituye una infracción que puede ser impugnada por los procedimientos normales propios del mismo. De ello resulta que la obligatoriedad de una ley opuesta al Derecho Internacional sólo es a efectos internos y provisional: El Estado perjudicado está autorizado por el Derecho Internacional común a exigir la derogación, o por lo menos la no aplicación, de tales leyes. Si, pues, el litigio se resuelve jurídicamente, es en definitiva el Derecho Internacional el que siempre y sin excepción triunfa sobre el derecho interno que a él se oponga». No obstante, en sus últimas producciones, Verdross califica a su propia doctrina de monismo moderado, y coincide casi totalmente con la mayor parte de los juristas no positivistas. Véase: VERDROSS, Alfred. «Droit International Public et Droit Interne». En: *Revue de Droit International et les Sciences Diplomatiques et Politiques*. 1952, pp. 219-230.

³³ KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*. 1920, p. 146.

³⁴ RUDA, José María. «Relación Jerárquica entre los Ordenamientos Jurídicos Internacional e Interno. Reexamen de los Problemas Teóricos». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994, t. I, p. 123.

³⁵ Entre los seguidores de esta postura podemos señalar VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 65; KUNZ, J. «Teoría del Derecho Internacional». En: *Cursos de la Academia de Derecho Comparado e Internacional*. La Habana, 1954, vol. II, p. 361; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid, 1979, p. 239, entre otros.

³⁶ RUDA, José María. Ob. cit., p. 121.

En el estado actual de cosas, la proclamación de la superioridad del Derecho Internacional generalmente reconocido, salida de un control jurisdiccional, constituye el grado de internacionalismo más avanzado que se puede concebir. Tal sistema se analiza en la adopción global del Derecho Internacional común combinado con un mecanismo interno de sanciones que consagra la primacía del derecho internacional consuetudinario sobre el derecho interno. Así, al mecanismo de sanciones provisto por el Derecho Internacional mismo y consistente en la puesta en juego de la responsabilidad internacional, se agrega felizmente un mecanismo de sanciones internas cuya puesta en marcha preventiva limitará considerablemente el desencadenamiento de la sanción internacional.

Sería peligroso llevar más lejos las exigencias lógicas del internacionalismo. Especialmente, confiar al juez interno el poder de imponer a su Estado el respeto de reglas internacionales que ha tradicionalmente repudiado, devendría en consagrar una situación utópica y peligrosa que no se concilia ni con el carácter impreciso del Derecho Internacional común ni con el carácter representativo que reviste necesariamente el poder político en el orden interno.³⁷

Por último, algunos autores,³⁸ señalan la existencia de una tercera tendencia, conocida como Monismo Nacionalista. Según esta tendencia defendida en Alemania por la llamada Escuela de Bonn, entre los que destacan Zorn, Kaufmann y Wenzel, en Francia Decenciere – Ferrandiere, y la doctrina soviética, se admite que el Derecho Internacional deriva del derecho interno,³⁹ y se llega así a una concepción unitaria del derecho, por lo cual, en el supuesto de un conflicto entre la norma internacional y la norma interna, prevalece esta última. «Se argumenta en esta tesis que no existe una autoridad supraestatal capaz de coaccionar al Estado infractor de la norma internacional para que cumpla forzosamente la conducta debida, por lo que el Estado se ha autolimitado al contraer el compromiso y cuando deja de cumplir la obligación a su cargo, simplemente recupera sus potestades soberanas y deja de autolimitarse».⁴⁰ «Esta teoría es negativa de la supremacía del Derecho Internacional y fortalece la fragmentación de la comunidad internacional en Estados poderosos que puedan darse el lujo de desacatar, velada o abiertamente, sus com-

³⁷ DE VISSCHER, Paul. Ob. cit., pp. 532-533.

³⁸ ROUSSEAU, Charles. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. Paris: Sirey. 1970, p. 42 ; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., pp. 88-89; VERDROSS, Alfred. Ob. cit., p. 123.

³⁹ RUDA, José María. Ob. cit., p. 116. Según esta teoría: «La constitución prevé dos maneras de crear normas jurídicas, la ley y el tratado. La ley es una declaración de voluntad del propio Estado y el Tratado es el resultado de un acuerdo de voluntades con otro Estado. El Derecho Internacional sería válido gracias al Estado y por las mismas razones que cualquier otro derecho que emane del Estado. El Derecho Internacional sería una especie del Derecho estatal».

⁴⁰ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Ob. cit., p. 89.

promisos internacionales». ⁴¹ Adicionalmente, ignora la existencia de otras fuentes del Derecho Internacional como la costumbre y parte de una concepción contraria a la realidad jurídica internacional. ⁴² Por estas razones, dicha teoría ha sido abandonada por la doctrina de los publicistas, incluyendo los juristas soviéticos. ⁴³

De lo expuesto, puede concluirse que es la vertiente del Monismo Moderado la que ha sido consagrada por la mayoría de la doctrina ⁴⁴ y la jurisprudencia internacional. Así, la C.P.J.I. ha señalado: «El Derecho Interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones de un Estado, según el Derecho Consuetudinario Internacional, ni sobre sus obligaciones, según el Derecho Internacional Convencional». ⁴⁵

En el mismo sentido, la Corte reiteró: «Un Estado que contraído obligaciones internacionales está obligado a hacer las modificaciones que sean necesarias en su Derecho Interno para el cumplimiento de estas obligaciones». ⁴⁶

Más recientemente, en la sentencia de 26 de abril de 1988, sobre el *Asunto de la Aplicabilidad de la Obligación de Arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo de 26 de Junio de 1947 relativo a la sede de la Organización de Naciones Unidas*, la C.I.J. precisó:

Sería suficiente invocar el principio fundamental de Derecho Internacional de la preeminencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno. Este principio ha sido consagrado por la jurisprudencia desde la sentencia arbitral de 14 de setiembre de 1872 en el asunto del Alabama entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña, y ha sido invoca-

⁴¹ *Ibidem*. p. 89. Algunos autores como MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Ob. cit.*, pp. 228-230 señalan: «En realidad, monista es sólo la segunda teoría, ya que la que sostiene la primacía del Derecho interno conduce a absorber en el de cada Estado las normas que este ha recibido del Derecho Internacional y, en definitiva, deja en pie la existencia de tantos ordenamientos jurídicos como Estados, sin vínculo alguno que los enlace. Por este motivo, lo que constituye esta teoría es una explicación pseudo monista de las relaciones entre los Derechos internos con el internacional».

⁴² RUDA, José María. *Ob. cit.*, p. 116. Así, siguiendo la lógica de esta doctrina, la modificación constitucional debería acarrear la caducidad de los tratados que tienen su origen en ella. Sin embargo, ello no ocurre. Por lo contrario, dichos acuerdos permanecen inalterables.

⁴³ TUNKIN, Gregory. *International Law*. 1982, p. 93: «La tercera teoría creada por la jurisprudencia burguesa, denominada la de primacía del derecho interno, proclama la prioridad absoluta del derecho interno sobre el derecho internacional. Esto conduce a negar su fuerza legal, por ejemplo el nihilismo legal internacional. Esta teoría que fue desarrollada en Alemania durante la segunda mitad del siglo pasado no ha alcanzado aceptación». Citado por RUDA, José María. *Ob. cit.*, p. 116.

⁴⁴ PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Ob. cit.*, p. 47; SCALLE, George. *Ob. cit.*, p. 32: «Este principio de la necesaria subordinación del derecho interno al derecho internacional resulta fundamental. Ha sido por causa de su desconocimiento que la evolución de las sociedades internacionales ha sido lenta y penosa».

⁴⁵ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 9, p. 27.

⁴⁶ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10, p. 20.

do desde entonces como, por ejemplo, en el asunto relativo a la Comunitàes Greco-Búlgaras, en la que la CPJI estimó que es un principio generalmente aceptado del Derecho Internacional que en las relaciones entre las Partes contratantes de un tratado las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado.⁴⁷

De igual manera, la Corte Permanente de Justicia Internacional se manifestó en el sentido de no considerar posible que una sentencia interna pueda invalidar una sentencia de carácter internacional, al señalar:

Si considerando que la fábrica no pertenece a la Oberschlesische, la Corte negase la existencia de un daño en detrimento de esta sociedad, se pondría en contradicción con uno de los motivos sobre los que fundó su sentencia número 7, y admitiría que una sentencia nacional puede invalidar indirectamente una sentencia dada por una instancia internacional, lo que es imposible.⁴⁸

Por tanto, de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia internacional se desprende que, en el plano interno, las normas nacionales contrarias al Derecho Internacional, y las decisiones judiciales o los actos administrativos que en ellas se basen, serán plenamente eficaces y aplicables por las autoridades internas, aunque engendren la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. «La nulidad automática no es pues la sanción para las normas internas contrarias al Derecho Internacional: por el contrario, son válidas en el plano interno» aunque el Estado responde internacionalmente; este «no puede ser jurídicamente obligado a modificarlas, ya que ello depende de una decisión soberana»⁴⁹

De otro lado, también puede concluirse «a la luz de la mayoría de las constituciones latinoamericanas y de la Europa Occidental, que los tratados y el Derecho Internacional en general una vez que han sido ratificados, pasan a formar parte integrante del orden jurídico interno, y sus disposiciones pueden ser invocadas como derecho vigente y aducirse ante los tribunales internos⁵⁰ o ante las correspondientes autoridades admi-

⁴⁷ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 257.

⁴⁸ C.P.J.I. Serie A, n.º 17, pp. 33-34.

⁴⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Ob. cit., pp. 150-151. Otros entienden que la imposibilidad obedece a causas diferentes. Es el caso de VIRALLY, Michel. Ob. cit., p. 129: «Es claro que el recurso de medidas más enérgicas, anulación verdadera o ejecución obligatoria, no exige un fortalecimiento de la superioridad normativa del Derecho Internacional, sino más bien la creación de órganos internacionales competentes para tomar esas medidas».

⁵⁰ DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 4.ª ed. París: Dalloz, 1998, p. 371: «La actitud de los tribunales nacionales respecto de la invocación de normas internacionales en el orden interno depende, en principio y sobre todo, de la opción

nistrativas nacionales»,⁵¹ sin necesidad de seguir trámite alguno de incorporación interna.⁵² Lo que vale para los tratados es también aplicable a las normas consuetudinarias.⁵³

2.3. Doctrinas Conciliadoras

Estas doctrinas reconocen entre el derecho internacional y el derecho interno una relación de coordinación jerárquica bajo un orden jurídico común. Según Truyol y Serra, este orden común no puede ser otro que el derecho natural. En el mismo sentido, De Luna postula que tanto el Derecho Internacional como los ordenamientos nacionales se encuentran subordinados al bien común internacional.⁵⁴

Por otro lado, estas doctrinas conciliadoras son monistas, en cuanto su punto de partida es la existencia de un solo gran ordenamiento jurídico, pero se diferencian en que estas no «hablan de subordinación del Derecho interno al Derecho Internacional, ni de delegación de éste a favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores, que serían precisamente las del Derecho Natural».⁵⁵

3. Valoración del Derecho Interno por el Derecho Internacional

Gran parte de la doctrina⁵⁶ y la jurisprudencia internacional es clara en considerar al Derecho interno como un simple hecho desde el punto de

constitucional que se adopte entre monismo y dualismo cuya presentación, mucho tiempo obsesivamente dogmática, dio lugar a un enfrentamiento doctrinal interesante aunque parcialmente estéril».

⁵¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. Ob. cit., p. 249.

⁵² Sobre este punto véase NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 2000.

⁵³ SPERDUTI, Giuseppe. «Dualism and Monism: a confrontation to be overcome». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Mijia de la Muela*. Madrid: Tecnos, 1979, p. 467: «La incorporación de normas del derecho internacional consuetudinario en los sistemas internos sucede cuando los órganos del Estado deben intervenir. Estas son normas de derecho internacional que por su verdadera naturaleza no requieren actos de aceptación o aprobación, ya que los Estados para aplicarlas tienen simplemente que observarlas porque ellos son miembros de la comunidad legal internacional».

⁵⁴ DE LUNA, Antonio. «Fundamentación del Derecho Internacional». En: *Actas del I Congreso*. T. I, Madrid, 1951, pp. 469-470. Citado por DIEZ DE VELASCO, Manuel. Ob. cit., p. 213. En el mismo sentido, AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Público*. T. I, vol. I. Madrid, 1952, p. 207; HERRERO RUBIO, A. *Derecho Internacional Público*. T. I. Valladolid, 1974, p. 91; TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos del Derecho Internacional Público*. Madrid, 1977, p. 116.

⁵⁵ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 162.

⁵⁶ JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I: Peace,

vista del Derecho Internacional. Al respecto, la C.P.J.I. en el *Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, en su sentencia de 25 de mayo de 1926, señaló:

Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del Tribunal que es su órgano, las leyes internas son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad del Estado, de la misma manera que sus resoluciones judiciales o sus medidas administrativas. El Tribunal no está llamado a interpretar la ley polaca como tal; pero nada impide a que se pronuncie sobre la cuestión de si, al aplicar dicha ley, obra o no Polonia de conformidad con las obligaciones que la Convención de Ginebra le impone respecto a Alemania.⁵⁷

La misma consideración se da respecto a las sentencias de los Tribunales Internos.⁵⁸ Las normas de derecho interno no serán, en consecuencia, aplicadas por un Tribunal Internacional como derecho, sino que serán tomadas en cuenta como un hecho.⁵⁹

Sin embargo, en algunos casos, los tribunales internacionales han recurrido al derecho interno de los Estados para determinar algunas situaciones, tales como la nacionalidad de una persona o el carácter de agente del Estado de un funcionario; o incluso para interpretar algunas normas e instituciones que han tenido su origen en el derecho interno de los Estados. Tampoco niega los casos en que el juez internacional ha tenido que decidir exclusivamente sobre la base del derecho interno de un Estado, porque las partes así lo decidieron al someter la disputa a solución judicial o arbitral. Este fue el caso del *Asunto de los Empréstitos Brasileños*⁶⁰ (1929) y del *Asunto de los Empréstitos Serbios* (1929).⁶¹ En estas mismas sentencias, el Tribunal no se sintió autorizado a realizar su propia interpretación del Derecho interno, sino que consideró, por el con-

Introduction and Part I. 9.^a ed. Londres: Longman, 1993, p. 83: «Desde el punto de vista del derecho internacional, la ley nacional en general es vista como un hecho [...]».

⁵⁷ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7, p. 19.

⁵⁸ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 17, pp. 33-34.

⁵⁹ SERENI, A.P. *Diritto Internazionale*. T. I. Milán, 1956, p.p. 204-205. Otros en sentido contrario como BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1973, pp. 41-43, señalan que de este caso no se puede extraer una regla general. También PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Ob. cit., p. 172.

⁶⁰ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 21.

⁶¹ C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20. Aquí se trató de una disputa entre tenedores franceses de bonos de un empréstito serbio y el gobierno serbio-croata-esloveno, sobre el pago de los servicios financieros en oro de 1924 o 1925 en adelante. La Corte determinó que el contenido de la deuda y la validez de la cláusula definiendo las obligaciones del Estado deudor se regían por la ley serbia, pero con respecto de la moneda de pago era la ley del lugar donde el deudor estaba obligado a pagar la deuda, es decir, francos papel calculados con referencia a francos oro.

trario, que debía seguir la de la jurisprudencia nacional mientras no fuese esta incierta o dividida.⁶² Asimismo, en el *Asunto de la Universidad Peter Pazmany* la C.P.J.I. tuvo que examinar el derecho húngaro para resolver la cuestión previa de si aquella Universidad tenía la consideración de persona moral.⁶³ Finalmente, el derecho interno también ha sido empleado como elemento de prueba de una costumbre internacional o de los Principios Generales del Derecho.⁶⁴

4. El caso peruano: Aplicación del Derecho Internacional en el Derecho Interno

Véanse los capítulos III y IV.

⁶² C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20-21, pp. 46-47 y 123-125.

⁶³ C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 61, pp. 229-231.

⁶⁴ AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992, p. 49.

BIBLIOGRAFÍA

1. TRATADOS Y MANUALES

- AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Público*. T. I. Vol. I. Madrid: 1952.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso del Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1973.
- CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè editore, 1995.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional*. Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa. Buenos Aires: Zavalia, 1995.
- D'ESTEFANO, Miguel. *Derecho Internacional Público*. La Habana: Editora Universitaria, 1963.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 4.^a ed. Paris: Dalloz, 1998.
- FENWICK, Charles G. *Derecho Internacional*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- HERRERO RUBIO, A. *Derecho Internacional Público*. T. I. Valladolid, 1974.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I: Peace, Introduction and Part I. 9.^a ed. Londres: Longman, 1993.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1965.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1970.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. 2.^a ed. Turin: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1980.

- MONROY CABRA, Marco. *Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrich DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. 5.^a ed. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. 1. Buenos Aires: Tea, 1985.
- REUTER, Paul. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1958.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROUSSEAU, Charles. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Droit International Public*. T. I: Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.
- SCELLE, George. *Précis de Droit de Gens*. Vol. I. París, 1962.
- SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1964.
- SERENI, A. P. *Diritto Internazionale*. T. I. Milán, 1956.
- SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional Público*. México, 1947.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALLEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montchrestien, 1975.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos del Derecho Internacional Público*. Madrid: 1977.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Aguilar, 1964.
- VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

2. ARTICULOS

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno». En: *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1962, pp. 1-111.
- KUNZ, Joseph. «Teoría del Derecho Internacional». En: *Cursos de la Academia de Derecho Comparado e Internacional*. La Habana, vol. II, 1954.

RUDA, José María. «Relación Jerárquica entre los Ordenamientos Jurídicos Internacional e Interno. Reexamen de los Problemas Teóricos». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*. En: *Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.

SPERDUTI, Giuseppe. «Dualism and Monism: a confrontation to be overcome». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Madrid: Tecnos, 1979, pp. 459-476.

VERDROSS, Alfred. «Droit International Public et Droit Interne». En: *Revue de Droit International et les Sciences Diplomatiques et Politiques*. 1952, pp. 219-230.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.

VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183, 382 p.

3.2. CURSOS ESPECIALES

DE VISSCHER, Paul. «Les tendances internationales des constitutions modernes». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80, pp. 511-577.

KELSEN, Hans. «Les rapports de systeme entre le droit interne et le Droit International». En: *RCADI*. 1926-IV, t. 14, pp. 231-329.

MESTRE, Achille. «Les traités et le droit interne». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38, pp. 237-305.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. «Droit International et Droit Constitutionnel». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38, pp. 307-465.

MOSLER, Hermann. «L'application du Droit International Public par les tribunaux nationaux». En: *RCADI*. 1957-I, t. 91, pp. 619-710.

SAHOVIC, Milan. «Rapports entre factus materielis et factus formels dans la formation du droit international». En: *RCADI*. 1986-IV, t. 199, pp. 171-232.

TOMUSCHAT, Crithian. «Obligations Arising for States without or against Their Will». En: *RCADI*. 1993-IV, t. 241, pp. 195-374.

TRIEPEL, Carl Heinrich. «Les rapports entre le droit interne et le Droit International». En: *RCADI*. 1923, t. 1.º, pp. 77-121.

WALZ, Gustav Adolf. «Les rapports du Droit International et du droit interne». En: *RCADI*. 1937-III, t. 61, pp. 375-456.

4. JURISPRUDENCIA

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 9.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 17.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20.

C.P.J.I. *Serie A*, n.º 21.

C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 61.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. TRATADOS Y MANUALES

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Publico*. T. I. Río de Janeiro, 1933.
- _____. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Río de Janeiro, 1945.
- ACCIOLY, Hildebrando y Geraldo Eulálio DO NASCIMENTO E SILVA. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1996.
- AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho Internacional Público*. T. I, vol. I. Madrid, 1952.
- AKEHURST, Michael. *Introducción al Derecho Internacional*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1992.
- ANTOKOLETZ, Daniel. *Tratado de Derecho Internacional en Tiempos de Paz*. T. I. Buenos Aires, 1951.
- _____. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. III. Buenos Aires, 1951.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. Madrid: Reus, 1935.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1993.
- BALLADORE-PALLIERI, Giorgio. *Diritto Internazionale Pubblico*. 7.^a ed. Milán: 1956.
- BARBERIS, Julio. *Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editora Platense, 1973.
- _____. *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1999.
- BASDEVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du Droit International*. París: Librairie du Recueil Sirey, 1960.
- BASTID, Suzanne. *Les Traités dans la Vie Internationale*. París: Económica, 1985.
- BELLO, Andrés. *Principios de Derecho Internacional*. Buenos Aires: Atalaya.
- BENADAVA, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- BONET PÉREZ, Jordi. *Las Reservas a los Tratados Internacionales (Un examen de la práctica española)*. Bilbao: Servicio Editorial del la Universidad del País Vasco, 1991.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Trad. del francés por J. M. Cajica. México: Editorial José M. Caica, 1944.

- BRIERLY, James. *La Ley de las Naciones (traducción de Rafael Aguayo Spencer y José Bermúdez de Castro)*. México: Editora Nacional, 1950.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4.^a ed. Nueva York: Oxford University Press, 1995.
- BUERGENTHAL, Thomas y Otros. *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- CALVO, Carlos. *Le Droit International Théorique et Pratique*. París, 1880.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Derecho Internacional*. T. II. Bogotá: Tercer Mundo, 1974.
- _____. *Tratado de Derecho Internacional*. T. I. Bogotá: Temis, 1983.
- CAPOTORTI, Francesco. *Corso di Diritto Internazionale*. Milán: Giuffrè Editore, 1995.
- CARRÉ DE MALBERG, A. *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. T. I. 1920.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 5.^a ed. París: Pedone, 1997.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos, 1969.
- _____. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- _____. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995.
- CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1972.
- _____. *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1990.
- CAVARE, Louis. *Le Droit International Public Positif*. París: Pedone, 1967.
- CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. T. II. Buenos Aires: Editora Plantense, 1986.
- CHARPENTIER, Jean. *La Reconnaissance Internationale et l'évolution du droit des gens*. París, 1955.
- CHENG, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. 1953.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados con sus Comentarios*. 18.º periodo de Sesiones. Anuario. Vol. II. 1966.
- _____. *Tercer Informe sobre los Actos Unilaterales del Estado*. Victor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, Naciones Unidas, Asamblea General. 17 de febrero de 2000.
- CONFORTI, Benedetto. *Derecho Internacional (Edición en español revisada y anotada por Raúl E. Vinuesa)*. Buenos Aires: Zavalía, 1995.
- CORRIENTE CORDOBA, José. *Valoración Jurídica de los Preámbulos de los Tratados Internacionales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1973.

- CRUCHAGA GANDARILLAS, Vicente. *La Igualdad Jurídica de los Estados*. Memoria n.º 31. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- CUBAQUE, Claudia y Hollman ORTIZ. *Los Principios Políticos en las Relaciones Internacionales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1985.
- DAVID, A. *The Strategy of Treaty Termination: Lawful Breaches and Relations*. 1975.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. *Derecho de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo De Palma, 1997.
- DE LA GUARDIA, Ernesto y Marcelo DELPECH. *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires: La Ley, 1970.
- DE LACHARRIERE, Guy. *La Politique Juridique Exterieur*. París, 1983.
- DE MARTENS, Federico. *Tratado de Derecho Internacional*. Traducción de Joaquín Fernández Prida. T. I. Madrid: La España Moderna.
- DE VISSCHER, Charles. *Théories et Réalités en Droit International Public*. París, 1953.
- _____. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962.
- D'ESTEFANO, Miguel. *Derecho Internacional Público*. La Habana: Editorial Nacional de Cuba, 1965.
- DIAZ BARRADO, C. *Reservas a la Convención sobre Tratados entre Estados*. Madrid: Tecnos, 1991.
- DIENA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Traducción de la 4.ª edición italiana por J. M. Trías de Bes. Barcelona: Bosch, 1948.
- DIEZ DE MEDINA, Federico. *Nociones de Derecho Internacional Moderno*. París: Librería Española de Garnier Hermanos, 1906.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Tecnos, 1996.
- D'ORS, Alvaro. *De la Guerra y de la Paz*. Madrid: Ediciones Rialp, 1954.
- DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 3.ª ed. Lima: Ediciones Justo Valenzuela, 1985.
- DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. París: Ancienne Librairie Fontemoing, 1924.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 4.ª ed. París: Dalloz, 1998.
- FAIRBANKS BELFORT DE MATTOS, José Dalmo. *Manual de Direito Internacional Público*. Sao Paulo: Saraiva, 1979.
- FAUCHILLE, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. I: Première partie - Paix. París: Librairie Arthur Rousseau, 1922.
- FENWICK, Charles. *Derecho Internacional*. Traducción de María Eugenia Fishman. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.

- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Casos y Materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- FIORE, Pasquale. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. Primero. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1894.
- FITZMAURICE, Gerald. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. T. II. 1956.
_____. *Annuaire de la Commission de Droit International*. Vol. II. 1958.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *La Nueva Estructura del Derecho Internacional*. México: Trillas, 1967.
- GLAHN, Gerhard von. *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*. 1986.
- GONZALES-HONTORIA, Manuel. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Madrid: Talleres Voluntad, 1928.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 1998.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991.
_____. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- GROSS, Leo. *Selected Essays on International Law and Organization*. Nueva York: Transnational Publishers, 1993.
- GUGGENHEIM, Paul. *Traité de Droit International Public*. T. I. 2.^a ed. Ginebra, 1967.
- HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la Doctrine de la Guerre Juste*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.
- HALACJZUK, Bohdan y María Teresa DOMINGUEZ. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- HALL, W. *A Treaties on International Law*. Londres, 1924.
- HARRIS, D. J. *Cases and Materials on International Law*. Londres: Sweet and Maxwell, 1991.
- HENKIN, Louis y Otros. *International Law*. Minnesota: West Publishing, 1988.
- HERRERO y RUBIO, Alejandro. *Derecho Internacional Público*. T. I. Valladolid, 1974.
_____. *Derecho de Gentes (Introducción Histórica)*. Valladolid: Francisco de Vittoria, 1995.
- HORN, Frank. *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. North - Holland, La Haya: TMC Asser Institut, 1988.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona, 1972.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- JENNINGS, Robert y Arthur WATTS. *Oppenheim's International Law*. Vol. I: Peace, Introduction and Part I. 9.^a ed. Londres: Longman, 1993.

- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Curso de Derecho Internacional Público*. T. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979.
- _____. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos (Colección de Ciencias Sociales. Serie de Relaciones Internacionales), 1980.
- _____. *Derecho Internacional Público*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- KAPLAN, Morton y Nicholas KATZENBACH. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional*. México: Limuer-Willey, 1965.
- KELSEN, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.
- _____. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*. Traducción de Nicolás de Piérola. Lima : Cultural Cusco, 1996.
- KOROVIN, Y. A. y Otros. *Derecho Internacional Público*. México: Grijalbo, 1963.
- LAUTERPACHT, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.
- _____. *The Development of International Law by the International Court*. Londres, 1958.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*. T. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Ramón. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. San Salvador, 1970.
- MARESCA, Adolfo. *Il Diritto dei Trattati: La Convenzione Codificatrice di Vienne del 23 del Maggio 1969*. Milán: Giuffrè Editore, 1971.
- MARTIN BERNAL, José Manuel. *El Abuso del Derecho*. Madrid: Montecorvo, 1982.
- MÉHRIGNAC, Alexandre. *Traité de Droit International Public*. Paris, 1905-1912.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. 1. Río de Janeiro: Renovar, 1992.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Introducción al Derecho Internacional Público*. Madrid: Atlas, 1979.
- MONACO, Riccardo. *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*. 2.^a ed. Turín: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1982.
- MONCAYO, Guillermo, Hortensia GUTIÉRREZ POSSE y Raúl VINUESA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derecho de los Tratados*. Bogotá: Temis, 1978.
- _____. *Derecho Internacional Público*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995.
- MONTIEL ARGUELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Educa, 1975.
- MOORE, J.B. *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States have been a Party*. Vol. IV. Washington, 1898.

- MORENO QUINTANA, Lucio. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires, 1936.
- NGUYEN QUOC, Dinh, Patrick DAILLIER y Alain PELLET. *Droit International Public*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994.
- NIEMEYER, Theodor. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Faustino Ballvé. Barcelona: Labor, 1930.
- NUSSBAUM, Arthur. *Historia del Derecho Internacional*. Traducción de Francisco Javier Ossut. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.
- OPPENHEIM, Lassa. *Tratado de Derecho Internacional Público*. T. I. Vol. I. Traducción al español de J. López Oliván y J.M. Castro Rial. Barcelona: Bosch, 1961.
- _____. *Oppenheim's International Law*. T. I: Peace. Vol. 2. Partes 2 a 4. Por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts. Longman, 1994.
- OSPINA, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Thémis, 1987.
- PAGLIARI, Arturo y Luis SAVID BAS. *Derecho Internacional Público. Ensayos I*. Córdoba: Advocatus, 1990.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1986.
- PODESTA COSTA, Luis A. y José María RUDA. *Derecho Internacional Público*. T. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1985.
- POLITIS, Nicolás. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. París, 1927.
- POTEMKIN, V.M. y Otros. *Historia de la Diplomacia*. T. I. México: Grijalbo, 1966.
- PRADIER-FODERE, M. *Traité de Droit International Public Européen et Américain*. Vol. I. París: G. Pedone-Lauriol, 1885.
- PUENTE EGIDO, J. *Casos Prácticos de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1997.
- PUFFENDORF, Samuel. *De Jure Natura et Gentium*. Libro III, capítulo IV.
- QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Publico*. Nápoles, 1968.
- QUEL LÓPEZ, Javier. *Las Reservas a los Tratados Internacionales (Un examen de la práctica española)*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1991.
- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho Internacional Público. Principios Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1983.
- REMIRO BROTONS, Antonio y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.
- REUTER, Paul. *La Convention de Vienne Sur le Droit des Traités*. París: Armond Collin, 1975.
- _____. *Derecho Internacional Público*. Traducción de José Puente Egido. Barcelona: Bosch, 1982.

- _____. *Droit International Public*. París: Presses Universitaires de France, 1983.
- _____. *Introduction au Droit des Traités*. 3.^a edición, revisada y aumentada por Philippe Cahier. París: Presses Universitaires de France, 1995.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Publico, Curso Elementar*. Sao Paulo: Saravia, 1998.
- RIZZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1994.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994.
- ROULET. *Le Caractère Artificiel de la Théorie de l'abus de Droit en Droit International Public*. Neuchâtel, 1958.
- ROUSSEAU, Charles. *Principes Généraux du Droit International Public*. Vol. I. París, 1944.
- _____. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1966.
- _____. *Droit International Public*. T. I, Introduction et Sources. París: Sirey, 1970.
- RUIZ MORENO, J. *El Derecho Internacional Público de la Era Cristiana*. Buenos Aires, 1946.
- SCELLE, George. *Manual de Droit International Public*. París: Domet - Montchrestien, 1948.
- _____. *Précis de Droit de Gens*. Vol. I. París, 1962.
- SCERNI. *L'abuso di diritto nel rapperti internazionali*. Roma, 1930.
- SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho Público del Ius Publicum Aeropaeum*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.
- SCHWARZENBERGER, George. *Manual of International Law*. Londres, 1952.
- _____. *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Vol. J. 3.^a ed. Londres, 1957.
- SEARA VÁSQUEZ, Modesto. *Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1974.
- _____. *Del Congreso de Viena a la Paz de Versalles*. México: Porrúa, 1980.
- SEPÚLVEDA, César. *Curso de Derecho Internacional Público*. 2.^a ed. México: Porrúa, 1964.
- _____. *Las Fuentes del Derecho Internacional Americano*. México: Porrúa, 1969.
- _____. *Derecho Internacional*. México: Porrúa, 1986.
- SERENI, A. *Diritto Internazionale*. T. I. Milán, 1956.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 1997.
- SIERRA, Manuel J. *Tratado de Derecho Internacional Público*. México: Porrúa, 1947.

- SINCLAIR, I. *The Vienna Convention of the Law of the Treaties*. Londres: Melland Shill Fund, 1984.
- SORENSEN, Max. *Les Sources du Droit International*. Copenhague, 1946.
- SORENSEN, Max (editor). *Manual de Derecho Internacional Público*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- STARKE, J. *An Introduction to International Law*. Londres, 1977.
- STRUPP, Karl. *Eléments du Droit International Public, Universal, Europeen et Américain*. T. I. París, 1930.
- THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Charles VALLEE y Serge SUR. *Droit International Public*. París: Montehrestien, 1986.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1977.
- _____. *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998.
- TUNKIN, Gregory. *Curso de Derecho Internacional*. Libro 1. Moscú: Progreso, 1980.
- ULLOA SOTOMAYOR, Alberto. *Derecho Internacional Público*. T. I. Madrid: Ediciones Iberoamericanas, 1957.
- VARELA QUIRÓS, Luis A. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Introducción al Derecho Internacional*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1992.
- VATTEL, Emeric de. *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. T. I. Neuchâtel: Imprimerie de la Societé Typographique, 1773.
- VELLAS, Pierre. *Droit International Public: Institutions Internationales*. París, 1967.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Traducción de Antonio Truyol y Sierra. Madrid: Aguilar, 1982.
- VIRALLY, Michel. *El Devenir del Derecho Internacional. Ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- VON LISZT, Franz. *Derecho Internacional Público*. Versión de la 12.^a edición alemana por Domingo Miral. Barcelona: Gustavo Gili, 1929.
- WALZ, Gustav Adolf. *Esencia del Derecho Internacional y Crítica de sus Negadores*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.
- WHEATON, Henry. *Historia del Derecho de Gentes*. T. I. 1961.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. 2.^a ed. Madrid: Civitas, 1986.
- YASSEEN, Mustafá. *Annuaire de la Commission de Droit International*. Vol. I. 1963.

2. ARTÍCULOS

- ABI-SAAB, Georges. «La Coutume dans tous ses États». En: *Le Droit International a l'heure de sa Codification. Etudes en honneur de Roberto Ago*. Milán, 1987.
- AGO, Roberto. «El Pluralismo de la Comunidad Internacional en la época de su nacimiento». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979.
- AKEHURST, Michael. «Custom as a Source of International Law». En: *British Yearbook of International Law*. Vol. 47. 1974.
- _____. «Equity and General Principles of Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 25. 1976.
- ANZILOTTI, Dionisio. «Corso di Diritto Internazionale». En: *Opere di Dionisio Anzilotti*. Vol. 1. Padova, 1964.
- BARBERIS, Julio. «Réflexions sur la Coutume Internationale». En: *Annuaire Français de Droit International*. XXVI. Paris: CNRS, 1990.
- BAXTER, Richard. «Multilateral Treaties as Evidence of Customar International Law». En: *British Yearbook of International Law*. Vol. XLI. 1965-1966.
- BELAUNDE MOREYRA, Antonio. «Principios Generales y la Unidad del Derecho». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional*. T. XXXV. Enero-marzo, n.º 87, 1983.
- BENADAVA, Santiago. «Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos». En: *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BENTZEN, Jacques. «Le Silence comme Manifestation de Volonté en Droit International Public». En: *Revue Générale de Droit International Public*. N.º 1. 1963.
- BOS, Maarten. «The Hierarchy among the Recognized Manifestations ("sources") of International Law». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1979.
- BOWETT, David. «Estoppel before International Tribunals and its relation to Acquiescence». En: *British Yearbook of International Law*. Vol. 33. 1957.
- CAFLISCH, Lucius. «La Pratique Suisse en Droit International Public». En: *Revue Suisse de Droit International et Europeen*. 4 de mayo de 1999.
- CHARPENTIER, Jean. «Tendances de l'élaboration du Droit International Public Coutumier». En: *Société Française pour le Droit International*. Paris, 1975.
- CHEMILLIER – GENDREAU, Monique. «La Signification des Principes Équitables dam le Droit International Contemporain». En: *Revue Belge de Droit International Public*. 1981-1982.
- COHEN-JONATHAN, Gérard. «Les Réserves dans les Traités Institutionnels Relatifs aux Droits de L'homme. Nouveaux Aspect Européens et Internationaux». En: *Revue Générale de Droit International Public*. Tome 100, 4. 1996.

- COT, J. P. «La Conduite Subséquente des Parties a un Traité». En: *Revue Générale de Droit International Public*. Tome LXX. 1966.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. «Significado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Observancia, Aplicación, Interpretación y Enmienda de los Tratados». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977.
- DE VISSCHER, Paul. «Remarques sur l'évolution de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice relative au Fondement obligatoire de certains actes unilatéraux». En: *Essays in International Law in Honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1948.
- DOMINICE, Christian. «A propos de Principe de l'estoppel en Droit des Gens». En: *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim*.
- DUPUY, Pierre-Marie. «Le Sujet et la Règle Générale». En: *Revue Générale de Droit International Public*. 1989, pp. 569 - 598.
- EDWARDS, R. W. «Reservation to Treaties». En: *Michigan Journal of International Law*. 10, 2. 1989.
- ESPADA RAMOS, María Luisa. «El Control Interno de los Tratados Internacionales». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 32, nn.º 1/3, 1980.
- GAJA, Giorgio. «Unruly Treaty Reservations». En: *Le Droit International à l'heure de sa codification. Étude en l'honneur de Roberto Ago*. Milán: Giuffrè, 1987.
- GALINDO POHL, Reynaldo. «Ius Congens». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington.
- GAMBLE, J. K. «Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic view of States Practice». En: *American Journal of International Law*. 74, 2, 1980.
- GAMIO, José María. «Costumbre Universal y Particular». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*. En: *Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio. «Sobre la Noción de Cooperación en el Derecho Internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXIX. n.º 1. Madrid, 1966.
- _____. «El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (II) : Valor como recomendaciones- declaraciones y actos estatales». En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1973.
- GÓMEZ ACEBO, Fernando. «La Buena Fe y la Mala Fe en el Derecho Privado». En: *Revista de Derecho Privado*. T. XXXVI, 1952.
- GÓMEZ ROBLEDOS, Antonio. «La Cláusula Rebus Sic Stantibus». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio - agosto de 1977.
- _____. «La Cláusula "Rebus Sic Stantibus" (Estudio histórico-jurídico)». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979.

- GUGGENHEIM, Paul. «Les deux éléments de la coutume en droit international». En: *La technique et les principes du droit public : Études en l'honneur de Georges Scelle*. Vol. I. LGDJ. 1950.
- HUMMER, Waldemar. «Problemas jurídico-legislativos de la dicotomía entre el sentido "ordinario" y el "especial" de conceptos convencionales según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 28. n.º 1/3. 1975.
- IMBERT, P. H. «La Question des Réserves et les Conventions en Matière de Droits de L'homme». En: *Conseil de L'Europe*. París: Pedone, 1982.
- JACQUE, Jean Paul. «A propos de la Promesse Unilatérale». En: *Mélanges Offerts à Paul Reuter*. 1983.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «La Estipulación a Favor de Terceros en el Derecho Internacional». En: *Cuadernos del Centro de Estudios de Derecho Comparado*. n.º 1. Montevideo: 1956.
- _____. «Introducción al Problema de las Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno». En: *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires*. 1962.
- JUSTE RUIZ. «La Equidad en el Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales». En: *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. T. 9, 1991.
- KARL GECK, Wilhelm. «Tratados Internacionales Secretos y Derecho Constitucional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 24, n.º 3, 1971.
- KOLASA, Jan. «Some Remarks on the Concept of a Resolution and Decision of International Organizations». En: *Essays in honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- KOLB, Robert. «Le Droit International est-il un Droit Primitif». En: *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Springer - Verlag, 55. 2000, pp. 101-114.
- KOPELMANAS, Lassar. «Custom as a Mean of the Creation of International Law». En: *British Year Book of International Law*. Vol. 18, 1937.
- KUNZ, Joseph. «Teoría del Derecho Internacional». En: *Cursos de la Academia de Derecho Comparado e Internacional*. Vol. II. La Habana, 1954.
- MACGIBBON, I. C. «Estoppel in International Law». En: *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 7, 1958.
- MAREK, Krystina. «Contribution à L'étude du jus cogens en Droit International». En: *Hommage à Paul Guggenheim*. Ginebra, 1968.
- _____. «Le problème des sources du Droit International dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la mer du Nord». En: *Revue Belge de Droit International Public*. Vol. VI, 1970.
- MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. «Terminação, Suspensão e Nulidade dos Tratados». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*. Washington D.C., julio-agosto de 1977.

- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. «La Equidad en las Decisiones de los Tribunales Internacionales». En: *Anales de la Universidad de La Laguna*. VI, 1968-1969.
- MONACO, Ricardo. «Fonti e Pseudo Fonti del Diritto Internazionale». En: *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1979.
- NIETO NAVIA, Rafael. «Las Reservas a los Tratados Multilaterales en la Convención de Viena de 1969». En: *Revista Universitas*. N.º 46, junio. 1974.
- NUSSBAUM, Arthur. «International Monetary Agreements». En: *American Journal of International Law*. 1944.
- ORTIZ Y BUSTOS, Belisario. «La Jurisprudencia como Fuente de Derecho». En: *Prudentia Iuris*. Abril, 1989.
- PAGLIARI, Arturo. «Los Tratados, la Costumbre y los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Internacional Público». En: *Derecho Internacional Público: Ensayos I*. Córdoba: Advocatus.
- PASTOR RIDRUEJO, José. «La Fundamentación del Derecho de Gentes y la Jurisprudencia Internacional». En: *Anuario del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)*. N.º 4, 1973.
- PEIRANO BASSO, Jorge. «Naturaleza y Fundamento del Derecho Internacional Público». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*. En: *Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. «Los Gobiernos y el Ius Cogens». En: *Estudios en Honor del Profesor Luis Sela Sempil*. Oviedo, 1970.
- QUEL LÓPEZ, Javier. «Las Reservas en los Convenios de la Haya de Derecho Internacional Privado». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLX, n.º 1, 1993.
- REUTER, Paul. «Quelques Réflexions sur L'équité en Droit International». En: *Revue Belge de Droit International*. 1980.
- REY CARO, Ernesto. «Las Reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados». En: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Año XXXIX, agosto-diciembre, nn.º 4-5. 1975.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil. «El Enriquecimiento sin causa como fundamento de Responsabilidad Internacional». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XXXIV, 1982.
- ROSENNE, Shabtai. «A posteriori reflections on the Vienna Convention on the Law of Treaties». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*. T. I. Madrid: Tecnos, 1979.
- RUDA, José María. «Las Reservas a las Convenciones Multilaterales». En: *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas*. N.º 23-24, año XII. Rosario: 1963.
- _____. «Los Efectos Jurídicos de las Reservas a los Tratados Multilaterales». En: *Anuario del Comité Jurídico Interamericano*. OEA, 1982.

- _____. «Nulidad de los Tratados». En: *International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*. Voram Dinstein: Editor. Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- _____. «Relación Jerárquica entre los Ordenamientos Jurídicos Internacional e Interno. Reexamen de los Problemas Teóricos». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*. T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- SKUBISZEWSKI, Krzysztof. «Unilateral Acts of States». En: BEDJAOUI, Mohammed (ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. París: UNESCO - Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- SOURANG, Moustapha. «Jurisprudence and Teachings». En: BEDJAOUI, Mohammed (ed.). *International Law: Achievements and Prospects*. París: UNESCO - Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- SPERDUTI, Giuseppe. «Dualism and Monism: a confrontation to be overcome». En: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Mijsa de la Muela*. Madrid: Tecnos, 1979.
- SUY, Erick. «The Concept of Ius Cogens in Public International Law». En: *Conference of International Law*. Legonissi, 1966.
- TANAKA, Kotaro. «Du Droit International ou Droit Mondial». En: *Études Juridiques Offertes à Julliot de la Monrandière*. París, 1964.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Idea y Realidad». En: *ONU Año XX*. Madrid: Tecnos, 1966.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. «Aspectos Generales, Celebración y Entrada en vigor de los Tratados. Reservas». En: *Cuarto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, julio-agosto de 1977.
- _____. «¿Dónde encontrar el Fundamento de la Obligatoriedad del Derecho Internacional?». En: *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, T. I. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- VERDROSS, Alfred. «Droit International Public et Droit Interne». En: *Revue de Droit International et les Sciences Diplomatiques et Politiques*. 1952.
- VIRALLY, Michel. «Résolution et accord international». En: *Essays in honour of the Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.
- _____. «Unilateral Acts of International Organizations». En: BEDJAOUI, Mohammed (editor). *International Law: Achievements and Prospects*. París: Martinus Nijhoff Publishers - UNESCO, 1991.
- WIELAND ALZAMORA, Hubert. «Actos Unilaterales de los Estados». En: *Revista Peruana de Derecho Internacional Sociedad Peruana de Derecho Internacional*. T. XLV, n.º 106, julio-diciembre 1995.
- ZEMANEK, Karl. «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties». En: *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

3. CURSOS DE LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA HAYA

3.1. CURSOS GENERALES

- ABI-SAAB, Georges. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1987-VII, t. 207.
- BOURQUIN, Maurice. «Règles Générales du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35.
- CAHIER, Philippe. «Changements et continuité du Droit International. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1985-VI, t. 195.
- CHAUMONT, Charles. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCA-DI*. 1970-I, t. 129.
- DE VISSCHER, Charles. «Cours Général de Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1954-II, t. 86.
- DUPUY, René-Jean. «Communauté Internationale et Disparités de Développement, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*, 1979-IV, t. 165.
- FITZMAURICE, Gerald. «The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92.
- FRIEDMANN, Wolfgang. «General Course in Public International Law». En: *RCA-DI*. 1967-II, t. 127.
- _____. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*., 1969-II.
- GUGGENHEIM, Paul. «Les Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1952-I, t. 80.
- JENNINGS, Robert. «General Course on Principles of International Law». En: *RCADI*. 1967-II, t. 121.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. «International law in the past third of a century». En: *RCADI*. 1978-I, t. 159.
- KELSEN, Hans. «Théorie Générale du Droit International Public. Problèmes choisis». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42.
- _____. «Théorie du Droit International Public». En: *RCADI*. 1953-III, t. 84.
- MOSLER, Herman. «The International Society as a Legal Community, General Course in Public International Law». En: *RCADI*. 1971-IV, t. 140.
- REUTER, Paul. «Principes de Droit International Public». En: *RCADI*. 1961-II, t. 103.
- TUNKIN, George. «International Law in the International System». En: *RCADI*. 1975-IV, t. 147.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Théorie du droit international public. Cours général de droit international public». En: *RCADI*. 1981-IV, t. 173.
- VIRALLY, Michel. «Panorama du Droit International Contemporain, Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1983-V, t. 183.

- VISSCHER, Paul de. «Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1972-II, t. 136.
- WALDOCK, Humphrey. «General Course on Public International Law». En: *RCA-DI*. 1962-II, t. 106.
- WEIL, Prosper. «Le Droit International en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public». En: *RCADI*. 1992-VI, t. 237.

3.2. CURSOS ESPECIALES

- AGO, Roberto. «Science Juridique et Droit International». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90.
- _____. «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134.
- AGO, Roberto, H. SCHIEDERMAIR, Wilhelm RIPHAGEN, Antonio TRUYOL Y SERRA y R. FEENSTRA. «Commémoration du quatrième centenaire de la naissance de Grotius». En: *RCADI*. 1983-IV, t. 182.
- AGO, Roberto. «Science Juridique et Droit International». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90.
- AGO, Roberto. «Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134.
- ALEXIDZE, L. «Legal nature of *ius cogens* in contemporary international law». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano. «The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of friendly Relations». En: *RCADI*. 1972-III, t. 137.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio. «La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74.
- BARCIA TRELLES, Camilo. «Fernando Vázquez de Menchaca (1512 – 1569). L'Ecole espagnole du droit international du XVIe siècle». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67.
- _____. «Francisco de Vitoria et l'école moderne du droit international». En: *RCADI*. 1927-II, t. 17.
- _____. «Francisco Suárez [1548 – 1617] (Les théologiens espagnols du XVIe siècle et l'école moderne du droit international)». En: *RCADI*. 1933-I, t. 43.
- BASDEVANT, Jules. «La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités». En: *RCADI*. 1926-V, t. 15.
- BAXTER, Richard. «Treaties and custom». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129.
- BENOIST, Charles. «L'influence des idées de Machiavel». En: *RCADI*. 1925-IV, t. 9.
- BERLIA, Georges. «Contribution à l'interprétation des traités». En: *RCADI*. 1965-I, t. 114.

- BERNHARDT, Rudolf. «Custom and Treaty in the Law of the Sea». En: *RCADI*. 1987-V, t. 205.
- BISHOP, William. «Reservations to treaties». En: *RCADI*. 1961-II, t. 103.
- BOEGNER, M. «L'influence de la Réforme sur le développement du droit international». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6.
- BOURQUIN, Maurice. «Règles Générales du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1931-I, t. 35.
- BRIERLY, James. «Le fondement du caractère obligatoire du Droit International». En: *RCADI*, 1928-III, t. 23.
- _____. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1936, vol. 58.
- CAHIER, Philippe. «Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers». En: *RCADI*. 1974-III, t. 143.
- CAPOTORTI, Francesco. «L'extinction et la suspension des traités». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134.
- CASTAÑEDA, Jorge. «Valeur juridique des résolutions des Nations Unies». En: *RCADI*. 1970-I, t. 129.
- DE VISSCHER, Charles. «La Codification de Droit International». En: *RCADI*, 1924-V, t. 6.
- _____. «Les tendances internationales des constitutions modernes». En: *RCADI*, 1952-I, t. 80.
- EHRlich, Ludwik. «L'interprétation des traités». En: *RCADI*. 1928-III, t. 24.
- ELIAS, Taslim. «Problems concerning the validity of treaties». En: *RCADI*. 1971-III, t. 134.
- FERRARI BRAVO, Luigi. «Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats». En: *RCADI*. 1985-III, t. 192.
- FINCH, G. «Les sources modernes du Droit International». En: *RCADI*. 1935-III, t. 53.
- GAJA, Giorgio. «*Ius cogens* beyond the Vienna Convention». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172.
- GARDOT, A. «Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international». En: *RCADI*. 1934-IV, t. 50.
- GIRAUD, E. «Le Droit International Public et la Politique». En: *Recueil des Cours*. III, vol. 110, 1963.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. «Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions». En: *RCADI*. 1981-III, t. 172.
- GOYAU, P.L.T.G. «L'Eglise catholique et le droit des gens». En: *RCADI*. 1924-V, t. 6.
- GUGGENHEIM, Paul. «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux». En: *RCADI*. 1949-I, t. 74.

- _____. «Contribution à l'histoire des sources du droit des gens». En: *RCADI*. 1958-II, t. 94.
- HABICHT, Max. «Le Pouvoir du Juge International de Statuer "ex aequo et bono"». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49.
- HAMBRO, E. «The Relation between International Law and Conflict Law». En: *RCADI*. 1962-I, t. 105.
- HARASZTI, György. «Treaties and the fundamental change of circumstances». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146.
- HEALY, T. «Théorie générale de l'ordre public». En: *RCADI*. 1925-III, t. 9.
- HEILBORN, P. «Les sources du Droit International». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11.
- IRIYE, Keishiro. «The principles of international law in the light of Confucian doctrine». En: *RCADI*. 1967-I, t. 120.
- JACQUE, Jean Paul. «Acte et norme en droit international public». En: *RCADI*. 1991-II, t. 227.
- KELSEN, Hans. «Les rapports de systeme entre le droit interne et le Droit International». En: *RCADI*. 1926-IV, t. 14.
- KOOIJMANS, Peter. «Protestantism and the development of international law». En: *RCADI*. 1976-IV, t. 152.
- KORFF, Barón Serge. «Introduction à l'histoire du droit international public». En: *RCADI*. 1923, t. I.
- LACHS, Manfred. «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux». En: *RCADI*. 1957-II, t. 92.
- LAUTERPACHT, Hersch. «Les travaux préparatoires et l'interpretation des traités». En: *RCADI*. 1934-II, t. 48.
- _____. «Règles Généraux du Droit de la Paix». En: *RCADI*. 1937, vol. 62.
- LE FUR, Louis. «Le développement historique du droit international. De l'anarchie internationale à une communauté internationale organisée». En: *RCADI*. 1932-III, t. 41.
- MC NAIR, Arnold. «La terminaison et la dissolution des traités». En: *RCADI*. 1928-II, t. 22.
- _____. «L'application et l'interpretation des traités d'après la jurisprudence britannique». En: *RCADI*. 1933-I, t. 43.
- _____. «Les effets de la guerre sur les traités». En: *RCADI*. 1937-I, t. 59.
- MESTRE, Achille. «Les traités et le droit interne». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38.
- MIRKINE - GUETZEVITCH, Boris. «Droit International et Droit Constitutionnel». En: *RCADI*. 1931-IV, t. 38.
- MORIN, Jaques-Yvan. «L'Etat de droit: émergence d'un principe du Droit International». En: *RCADI*. 1995 - IV, t. 254.

- MOSLER, Hermann. «L'application du Droit International Public par les tribunaux nationaux». En: *RCADI*. 1957-I, t. 91.
- NIPPOLD, O. «Le développement historique du droit international depuis le Congrès de Vienne». En: *RCADI*. 1924-I, t. 2.
- POLITIS, Nicolás. «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus de droits dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. 1925-I, t. 6.
- RIEDMATTEN, O.P. «Le catholicisme et le développement du droit international». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151.
- RIPERT, Georges. «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (Contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour permanente de Justice internationale)». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44.
- ROUCOUNAS, Emmanuel. «Engagements Parallèles et Contradictaires». En: *RCA-DI*. 1987-VI, t. 206.
- RUDA, José María. «Reservations to treaties». En: *RCADI*. 1975-III, t. 146.
- SABA, Hanna. «L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations Unies». En: *RCADI*. 1964-I, t. 111.
- SAHOVIC, Milan. «Rapports entre facterous matériels et facteurs formels dans la formation du Droit International». En: *RCADI*. 1986-IV, t. 199.
- STRUPP, Karl. «Le Droit de Juge International de Statuer selon L'équité». En: *RCADI*. 1930-III, t. 35.
- TAUBE, Barón Michel de. «Etudes sur le développement historique du droit international dans l'Europe orientale». En: *RCADI*. 1926-I, t. 11.
- _____. «L'inviolabilité des Traités». En: *RCADI*. 1930-II, t. 32.
- _____. «Les Origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen Age». En: *RCADI*. 1932-IV, t. 42.
- _____. «L'apport de Byzance au développement du droit international occidental». En: *RCADI*. 1939-I, t. 67.
- TENEKIDES, Georges. «Droit international et communautés fédérales dans la Grèce des Cités (Ve-IIIe siècle avant J.-C.)». En: *RCADI*. 1956-II, t. 90.
- TOMUSCHAT, Cristhian. «Obligations Arising for States without or against Their Will». En: *RCADI*. 1993-IV, t. 241.
- TRIEPEL, Carl Heinrich. «Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International». En: *RCADI*. 1923, vol. I.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. «Genèse et structure de la société internationale». En: *RCADI*. 1959-I, t. 96.
- _____. «L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles». En: *RCADI*. 1965-III, t. 116.

- VENTURINI, Giuseppe. «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats». En: *RCADI*. 1964-II, t. 112
- VERDROSS, Alfred von. «Le Fondement du Droit International». En: *RCADI*. 1927-I, t. 16.
- . «Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale». En: *RCADI*. 1935-II, t. 52.
- WALZ, Gustav Adolf. «Les rapports du Droit International et du droit interne». En: *RCADI*. 1937-III, t. 61.
- WEIL, Prosper. «Le judaïsme et le développement du droit international». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151.
- WHITTON, John. «La règle "pacta sunt servanda"». En: *RCADI*. 1934-III, t. 49.
- WOLFF, K. «Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux». En: *RCADI*. 1931-II, t. 36.
- YASEEN, Mustafa. «L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités». En: *RCADI*. 1976-III, t. 151.
- ZIMMERMANN, Michel. «La crise de l'organisation internationale à la fin du Moyen Age». En: *RCADI*. 1933-II, t. 44.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 1.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 2.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 3.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 5.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 7.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 9.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 10.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 11.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 13.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 17.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 18.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 19.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 20.
- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 21.

- C.P.J.I. *Serie A*, n.º 23.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 2.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 3.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 4.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 10.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 11.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 12.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 14.
- C.P.J.I. *Serie B*, n.º 21.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 5.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 26.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 35.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 36.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 38.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 41.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 44.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 46.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 50.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 53.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 61.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 62.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 63.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 64.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 70.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 74.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 77.
- C.P.J.I. *Serie A/B*, n.º 78.
- C.P.J.I. *Serie C*, n.º 58.
- C.P.J.I. *Serie C*, n.º 88.

4.2. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

- I.C.J. *Reports*, 1925.
- I.C.J. *Reports*, 1947.

- C.I.J. *Recueil*, 1948.
C.I.J. *Recueil*, 1949.
C.I.J. *Recueil*, 1950.
C.I.J. *Recueil*, 1951.
C.I.J. *Recueil*, 1952.
C.I.J. *Recueil*, 1955.
C.I.J. *Recueil*, 1958.
C.I.J. *Recueil*, 1959.
C.I.J. *Recueil*, 1960.
C.I.J. *Recueil*, 1961.
C.I.J. *Recueil*, 1962.
C.I.J. *Recueil*, 1966.
C.I.J. *Recueil*, 1969.
C.I.J. *Recueil*, 1970.
C.I.J. *Recueil*, 1971.
I.C.J. *Reports*, 1973.
C.I.J. *Recueil*, 1974.
C.I.J. *Recueil*, 1975.
I.C.J. *Reports*, 1978.
C.I.J. *Recueil*, 1982.
C.I.J. *Recueil*, 1984.
C.I.J. *Recueil*, 1985.
C.I.J. *Recueil*, 1986.
I.C.J. *Reports*, 1990.
C.I.J. *Recueil*, 1994.

4.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- C.I.D.H. *Serie C*, n.º 7 (Caso Velásquez Rodríguez).
C.I.D.H. *Serie C*, n.º 8 (Caso Godínez Cruz).
C.I.D.H. *Serie C*, n.º 15 (Caso Aloeboetoe).

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tomo I: Introducción y Fuentes

de Fabián Novak Talavera y Luis García - Corrochano Moyano

fue impresa en los talleres de Siklos S.R.Ltda.

Marqués de Torre Tagle 380 - D, Lima 18, Perú

E-mail: siklos@terra.com.pe

Telefax: 444 8656

Agosto de 2000

El IDEI es la unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, creada en 1991 con la finalidad de promover y desarrollar estudios e investigación científica en asuntos internacionales; contribuir a la identificación de los intereses específicos del Perú y América Latina frente a los diversos actores y problemas del escenario regional, hemisférico y mundial; brindar servicios de consultoría y asesoría en asuntos internacionales a instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras; realizar actividades de difusión y promoción académica y apoyar la docencia y las publicaciones en temas internacionales.

En el cumplimiento de sus objetivos, el IDEI ha venido desarrollando en estos años, proyectos de investigación en áreas como: democratización, derechos humanos, gobernabilidad, pacificación, relaciones civil-militares, integración, relaciones económicas internacionales, género, entre otros. Dichas actividades han sido desarrolladas gracias a la colaboración y financiamiento de diferentes instituciones nacionales y extranjeras, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de la Mujer de la OEA, el Fondo de Cooperación de Estados Unidos/CIDI del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Embajada Real de los Países Bajos, la Embajada de Canadá, el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros.

