



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.732/Add.2
16 de julio de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
60º período de sesiones
Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y
7 de julio a 8 de agosto de 2008

**PROYECTO DE INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHO
INTERNACIONAL SOBRE LA LABOR REALIZADA
EN SU 60º PERÍODO DE SESIONES**

Relatora: Sra. Paula ESCARAMEIA

Capítulo V

EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
E. Texto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados aprobado por la Comisión en primera lectura (<i>continuación</i>).....		2
2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios.....		2

**E. Texto del proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados
en los tratados aprobado por la Comisión en primera lectura**

...

2. Texto del proyecto de artículos con sus comentarios

16. A continuación figura el texto del proyecto de artículos con sus comentarios aprobado por la Comisión, en primera lectura, en su 60º período de sesiones:

EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

Artículo 1

Ámbito de aplicación

El presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de un conflicto armado en los tratados entre Estados, cuando al menos uno de los Estados es parte en el conflicto armado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 1 sitúa, como punto de partida para la elaboración del proyecto de artículos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 ("Convención de Viena"), cuyo artículo 73 dispone, entre otras cosas, que las disposiciones de la Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de la ruptura de hostilidades entre Estados¹. Por consiguiente, el

¹ En su 15º período de sesiones (1963), la Comisión llegó a la conclusión de que el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados no debería contener disposiciones sobre el efecto de la iniciación de hostilidades sobre los tratados, aunque este asunto planteara problemas relacionados tanto con la terminación de los tratados como con la suspensión de su aplicación. Estimó que ese estudio entrañaría inevitablemente un examen del efecto de las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza sobre la legitimidad del recurso a las hostilidades de que se tratara. En consecuencia, no consideró que esta cuestión pudiera estudiarse de manera conveniente en el contexto de su presente labor sobre el derecho de los tratados. *Anuario...*, 1963, vol. II, párr. 14. El artículo 73, que reservaba expresamente el problema, se añadió en la Conferencia.

presente proyecto de artículos se aplica a los efectos de un conflicto armado con respecto a los tratados entre Estados.

2) La redacción del proyecto de artículo 1 se inspira en la del artículo 1 de la Convención de Viena. La referencia hecha al final a "cuando al menos uno de los Estados es parte en el conflicto armado" tiene por objeto especificar que el proyecto de artículos comprende también la situación de los terceros Estados partes en un tratado con un Estado que participe en un conflicto armado. En consecuencia, se considerarían tres hipótesis; a) la situación de las relaciones convencionales entre dos Estados que participaran en un conflicto armado; b) la situación de las relaciones convencionales entre un Estado que participara en un conflicto armado y un tercer Estado que no fuera parte en el conflicto; y c) la situación del efecto de un conflicto armado en las relaciones convencionales del Estado de que se trate con terceros Estados.

3) En la Sexta Comisión de la Asamblea General, varias delegaciones opinaron que los proyectos de artículo deberían aplicarse a los artículos que se aplicarían provisionalmente². En opinión de la Comisión, la cuestión podía resolverse por remisión a las disposiciones del artículo 25 de la propia Convención de Viena³. Se plantean otras dificultades, pero no resulta procedente reelaborar las disposiciones de la Convención de Viena.

² Véanse los comentarios de los Países Bajos (2005), A/C.6/60/SR.18, párr. 40; y Malasia (2006), A/C.6/61/SR.19, párr. 48.

³ Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

"Artículo 25

Aplicación provisional

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

- a) Si el propio tratado así lo dispone; o
- b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

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."

4) La cuestión del efecto de los tratados en que participan organizaciones internacionales no se examinó en el proyecto de artículos en esta etapa. Por consiguiente, el presente proyecto de artículos no se ocupa del efecto de los conflictos armados en los tratados en que participan organizaciones internacionales.

5) Estructuralmente, el presente proyecto de artículos se divide en varios grupos: en primer lugar, los proyectos de artículo 1 y 2 son de carácter introductorio, y tratan del alcance y la terminología. En segundo lugar, los proyectos de artículo 3, 4 y 5 constituyen las disposiciones esenciales, que reflejan la base en que se asienta el proyecto de artículos, es decir, favorecer la estabilidad y continuidad jurídica. Esos artículos presumen la continuidad de las relaciones convencionales. En tercer lugar, los proyectos de artículo 6 y 7 extrapolan de los principios básicos de los proyectos de artículo 3 a 5 algunas proposiciones jurídicas esenciales. Son proyectos de artículo de carácter expositivo. En cuarto lugar, los proyectos de artículo 8 a 12 se ocupan de diversos aspectos secundarios de la terminación, retiro y suspensión, inspirándose en las disposiciones correspondientes de la Convención de Viena. Por último, la incidencia de los conflictos armados no afecta sólo al derecho de los tratados sino también a otros campos del derecho internacional, incluido el de las obligaciones de los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, los proyectos de artículo 13 a 18 tratan de una serie de cuestiones diversas con respecto a esas relaciones, mediante, entre otras cosas, cláusulas de "sin perjuicio" o de salvaguardia.

Artículo 2

Términos empleados

A los efectos del presente proyecto de artículos:

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;

b) Se entiende por "conflicto armado" un estado de guerra o un conflicto que da lugar a operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, pueden afectar a la aplicación de los tratados entre los Estados partes en el conflicto armado o entre un Estado parte en el conflicto armado y un tercer Estado, con independencia de toda declaración formal de guerra o de cualquier otra declaración hecha por todas las partes en el conflicto armado o por cualquiera de ellas.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 2 define dos términos esenciales utilizados en el proyecto de artículos.
- 2) El párrafo a) define el término "tratado", reproduciendo la formulación del artículo 2 1) a) de la Convención de Viena. No se establece una distinción especial entre los tratados bilaterales y los multilaterales
- 3) El párrafo b) define la expresión "conflicto armado", como definición de trabajo, únicamente a los efectos del proyecto de artículos. No se pretende dar una definición de conflicto armado de derecho internacional general, lo que sería difícil y queda fuera del ámbito del tema⁴.

⁴ Véase la resolución de 1985 del Instituto de de Derecho Internacional sobre "Los efectos de los conflictos armados en los tratados", aprobada el 28 de agosto de 1985, período de sesiones de Helsinki, 1985:

"Artículo 1

"A los efectos de la presente resolución, se entiende por "conflicto armado" un estado de guerra o un conflicto internacional que implique operaciones armadas que, por su naturaleza o alcance, puedan afectar a la aplicación de tratados entre Estados partes en el conflicto armado o entre Estados partes en el conflicto armado y terceros Estados, con independencia de que haya habido una declaración formal de guerra u otra declaración por cualquiera o la totalidad de las partes en el conflicto."

Disponible en: http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1985_hel_03 y http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1985_hel_03. Hay que señalar que el artículo 73 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiere a "la ruptura de hostilidades entre Estados", mientras que en el asunto *Prosecutor c. Duško Tadić* se señaló que: "... existe conflicto armado siempre que se recurre a la fuerza armada entre Estados o violencia armada prolongada entre las

4) La definición se aplica a las relaciones convencionales entre Estados partes en un conflicto armado, así como a un Estado parte en un conflicto armado y un tercer Estado. La redacción de la disposición, en particular la referencia a "entre un Estado parte en el conflicto armado y un tercer Estado", tiene por objeto abarcar los efectos de un conflicto armado, que pueden variar según las circunstancias. En consecuencia, comprende también el caso de que el conflicto armado afecte sólo a la aplicación de un tratado con respecto a una de las Partes en él, y reconoce que un conflicto armado puede afectar a las obligaciones de las Partes en un tratado de distintas formas. La frase sirve también para incluir en el ámbito del proyecto de artículos el posible efecto de un conflicto armado interno en las relaciones convencionales de un Estado que participe en el conflicto con otro Estado. Con respecto a los efectos, el acento se pone en la aplicación o cumplimiento del tratado y no en el tratado mismo.

5) Por lo que se refiere al requisito de intensidad que implica la frase "que, por su naturaleza o alcance, puedan afectar...", se ha mantenido cierta flexibilidad en el proyecto de artículos para acomodarlo a una amplia variedad de situaciones históricas. Por ello, en algunos casos se puede decir que el grado de intensidad no constituye tanto un factor, por ejemplo, si se trata de un conflicto de baja intensidad en una región fronteriza que, a pesar de esa baja intensidad, afecte radicalmente a la aplicación de los tratados bilaterales que regulan el control del tráfico fronterizo. En cambio, se reconoce también que hay situaciones históricas en que la naturaleza y el alcance del conflicto armado influyen en la aplicación de los tratados.

6) Se consideró también conveniente incluir las situaciones de estado de guerra sin acciones armadas entre las partes⁵. De ello se deduce que la definición incluye la ocupación de un territorio sin resistencia armada. En este contexto, revisten considerable interés las disposiciones de la Convención para la protección de los bienes culturales en

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre esos grupos dentro de un Estado". Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, asunto N° IT-94-1-A72, *Fiscal c. Duško Tadić, alias "DULE"*, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995, párr. 70 (1994-1995), 1 ICTY JR 352, en el párr. 70.

⁵ Véase A. McNair y A. D. Watts, *The Legal Effects of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 1966) (cuarta edición), págs. 2 y 3.

caso de conflicto armado, hecha en La Haya en 1954. Así, su artículo 18, en la parte pertinente, prevé lo que sigue:

"Artículo 18 - Aplicación de la Convención

"1. Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor en tiempo de paz, la presente Convención se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que pueda surgir entre dos o más de las Altas Partes Contratantes, aun cuando alguna de ellas no reconozca el estado de guerra.

2. La Convención se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte Contratante, aun cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar."

7) Consideraciones análogas militan a favor de la inclusión del bloqueo, incluso en aunque no haya acciones armadas entre las partes⁶.

8) Los conflictos armados contemporáneos han desdibujado la distinción entre conflictos armados internacionales e internos. Ha aumentado el número de guerras civiles y, estadísticamente, son más frecuentes que los conflictos armados internacionales. Además, muchas de esas "guerras civiles" incluyen "elementos externos", como el apoyo y participación de otros Estados en diversos grados: aprovisionamiento de armas, facilitación de instalaciones de entrenamiento y suministro de fondos, etc. Los conflictos armados internos pueden afectar a la aplicación de los tratados tanto como los conflictos armados internacionales, si no más. Por ello, el proyecto de artículos incluye el efecto de los conflictos armados internos en los tratados.

9) La definición de "conflicto armado" no incluye ninguna referencia explícita a conflictos armados "internacionales o "internos". Ello tiene por objeto no reflejar consideraciones específicas de hecho o de derecho con el consiguiente el riesgo de interpretaciones *a contrario*.

⁶ *Ibíd.*, págs. 20 y 21.

Artículo 3

Carácter no automático de la terminación o la suspensión de la aplicación

El estallido de un conflicto armado no produce necesariamente la terminación de los tratados ni la suspensión de su aplicación:

- a) Entre los Estados partes en el conflicto armado;
- b) Entre un Estado parte en el conflicto armado y un tercer Estado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 3 es de importancia primordial. Sienta el principio básico de la estabilidad y continuidad jurídica. Para ello, incorpora la evolución fundamental que supuso la resolución de 1985 del Instituto de Derecho Internacional, al cambiar su postura y adoptar un régimen que establecía la presunción de que el estallido de un conflicto armado, en sí, no produce la suspensión ni terminación de un tratado. Al mismo tiempo, se reconoce que no hay una forma sencilla de armonizar en el proyecto de artículo 3 el principio de la estabilidad con el hecho de que, en la práctica, el estallido de un conflicto armado puede traducirse en la terminación o suspensión de las obligaciones convencionales.

2) Esta formulación reproduce el artículo 2⁷ de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en 1985. El principio ha sido elogiado por diferentes autores. Oppenheim afirma que "está bastante generalizada la opinión de que la guerra no anula de ningún modo todos y cada uno de los tratados"⁸. Lord McNair, expresando la opinión fundamentalmente británica, manifiesta: "Queda así claro que la guerra no pone fin *per se*

⁷ El artículo 2 de la resolución del Instituto dice así:

"El estallido de un conflicto armado no pone fin ni suspende *ipso facto* el funcionamiento de los tratados en vigor entre las partes en el conflicto armado."

⁸ Hersch Lauterpacht (ed.), *Oppenheim's International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality* (Longman: 1948), pág. 302.

a las obligaciones de un tratado anterior a ella y que esté en vigor entre partes beligerantes enfrentadas"⁹. En 1983, durante los trabajos del Instituto, el profesor Briggs dijo:

"Nuestra primera norma, y la más importante, es que el mero estallido de un conflicto armado (ya sea guerra declarada o no) no produce *ipso facto* la terminación o suspensión de los tratados en vigor entre las partes en el conflicto. Así está establecido en el derecho internacional."¹⁰

3) El Comité consideró la posibilidad de sustituir en el texto del proyecto de artículo "necesariamente" por "automáticamente", para ser congruente con el título, pero decidió no hacerlo, porque "necesariamente" estaba más cerca del término "*ipso facto*" que había utilizado el Relator Especial en su propuesta inicial, sobre la base de los artículos 2 y 5¹¹ de la resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional.

4) A fin de ser más coherente con el proyecto de artículo 1, sobre el ámbito de aplicación, el apartado a) se refiere a los "Estados partes" en el conflicto armado, mientras que el apartado b) comprende la aplicación de tratados entre "un Estado parte" en el conflicto armado y un tercer Estado.

5) Se examinó la posibilidad de incluir en el artículo 3 el retiro de un tratado como una de las consecuencias del estallido de un conflicto armado, lo mismo que la suspensión o la terminación, pero se rechazó porque el retiro implica una decisión consciente del Estado, mientras que el artículo 3 se ocupa de la aplicación automática del derecho.

⁹ A. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 1961, pág. 697.

¹⁰ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (I), págs. 8 y 9; véase también H. Briggs, *The Law of Nations* (Londres: Steven and Sons), 2ª edición, 1953, pág. 938.

¹¹ El artículo 5 de la resolución del Instituto dice así:

"El estallido de un conflicto armado no implica *ipso facto* la terminación ni la suspensión de los tratados bilaterales en vigor entre una parte en ese conflicto y terceros Estados. El estallido de un conflicto armado entre partes en un tratado multilateral no implica *ipso facto* la extinción de ese tratado ni la suspensión de su aplicación entre las otras partes contratantes o entre éstas y los Estados partes en el conflicto armado."

Artículo 4

Indicios de la susceptibilidad de los tratados a la terminación, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación

Para determinar la susceptibilidad de un tratado a la terminación, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación en caso de conflicto armado deberá recurrirse a:

- a) Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y
- b) La naturaleza y el alcance del conflicto armado, los efectos del conflicto armado en el tratado, el tenor del tratado y el número de partes en el tratado.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 4 se deduce del contenido del proyecto de artículo 3. El estallido de un conflicto armado no pone fin ni suspende necesariamente la aplicación de un tratado. Se trata de otra disposición esencial del proyecto de artículos.
- 2) El retiro de los tratados, como una de las posibilidades que tienen los Estados partes en un conflicto armado, se incluye en el encabezamiento, en contraste con el proyecto de artículo 3. La cuestión del retiro en el presente proyecto de artículo ofrece un contexto apropiado para su inclusión en ulteriores artículos accesorios.
- 3) Por lo que se refiere a los *indicios* enumerados en los apartados a) y b), se consideraron propuestas de sustituir "*indicios*" por términos como "factores" o "criterios", pero se decidió mantener "*indicios*", a fin de evitar toda implicación de que se trate de requisitos establecidos. Se consideran como simples indicaciones de susceptibilidad, que serían pertinentes en casos determinados por las circunstancias.
- 4) Se entiende también que la enumeración de *indicios* que se hace en el párrafo b) no debe considerarse exhaustiva. De hecho, debe recordarse que los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, a los que se remite el párrafo a), contienen también una serie de *indicios* que deben tenerse en cuenta.

- 5) Se examinó la cuestión de la legalidad en el uso de la fuerza como uno de los factores que debían tomarse en consideración en el proyecto de artículo 4, pero se decidió dejar que esa cuestión se resolviera en el contexto de la aplicación de los proyectos de artículos 13 a 15.
- 6) No cabe presumir que el efecto de un conflicto armado entre partes en un mismo tratado sea el mismo que el de los tratados entre una parte en un conflicto armado y un tercer Estado.

Artículo 5

Aplicación de tratados resultante implícitamente de su tenor

En el caso de tratados cuyo tenor implique que continúan aplicándose, en su totalidad o en parte, durante un conflicto armado, el estallido de un conflicto armado no afectará por sí mismo a su aplicación.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 5 es de carácter expositivo y se refiere a los casos en que la materia de un tratado implique que la aplicación del tratado en su conjunto o la de algunas de sus disposiciones, no se verá afectada por la incidencia de un conflicto armado. Tiene su origen en el anterior proyecto de artículo 7, propuesto por el Relator Especial. El anterior proyecto de artículo decía así:

"La aplicación de los tratados sobre la base de lo que impliquen necesariamente su objeto y propósito

1. En el caso de tratados cuyo objeto y propósito impliquen necesariamente que continúan aplicándose durante un conflicto armado, el estallido del conflicto no impedirá por sí mismo su aplicación.
 2. Entre los tratados de esta naturaleza figuran los siguientes: [...]."
- 2) Se ha suprimido la referencia a la implicación "necesaria" que figuraba en el texto original para evitar cualquier posible contradicción con el proyecto de artículo 4. Además,

la referencia al "objeto y propósito" se ha sustituido por "tenor". La parte final de texto se mejoró sustituyendo "impedirá" por "afectará", más acorde con la terminología utilizada en el proyecto de artículos.

3) La propuesta del Relator Especial para el anterior proyecto de artículo 7 incluía una lista de categorías de tratados cuya materia implicaba que seguirían aplicándose durante un conflicto armado. La determinación de esa lista dio lugar a diferencias de opinión, tanto en la Comisión de Derecho Internacional como en la Sexta Comisión.

4) En el debate de la Comisión en 2005, el Relator Especial explicó del siguiente modo la idea inspiradora del anterior proyecto de artículo 7:

"... [E]l proyecto de artículo 7 se refería a las categorías de tratados cuyo objeto y fin implicaban necesariamente que continuaran aplicándose durante un conflicto armado. El párrafo 1 establecía el principio básico de que el estallido del conflicto armado no impedía por sí mismo la aplicación de esos tratados. En el párrafo 2 figuraba una lista indicativa de algunas de esas categorías de tratados. Se observó que el efecto de esa categorización era crear un conjunto de presunciones débiles y refutables en cuanto al objeto y el fin de los tratados de ese tipo, es decir, como prueba de que el objeto y el fin del tratado podían determinar que sobreviviera a una guerra. El Relator Especial aclaró que si bien no estaba de acuerdo con todas las categorías de tratados de la lista, las había incluido todas para que la Comisión pudiera examinarlas. La lista recogía la opinión de varias generaciones de internacionalistas y en gran medida reflejaba la práctica de los Estados, particularmente la práctica de los Estados Unidos, que se remontaba a 1940. Aunque estrechamente relacionado con los artículos 3 y 4, el proyecto de artículo era esencialmente declarativo y, en consecuencia, podría suprimirse."¹²

5) En la Sexta Comisión de la Asamblea General, en 2003, la utilización de categorías fue objeto, por ejemplo, del comentario cuidadosamente argumentado de los Estados Unidos:

¹² Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/60/10)*, párr. 167.

"El artículo 7 se refiere a la aplicación de los tratados sobre la base de nociones extraídas de su objeto y propósito. Es el más complejo de los proyectos de artículo. Enumera 12 categorías de tratados cuyo objeto y propósito implican que continuarán aplicándose durante un conflicto armado. Esta clasificación es problemática porque una categorización tan amplia parece condenada al fracaso. Los tratados no caen automáticamente en una de las categorías. Incluso, con respecto a la clasificación de disposiciones particulares, el lenguaje de las disposiciones y la intención de las partes pueden ser diferentes con respecto a las disposiciones similares en tratados celebrados entre otras partes. Resultaría más conveniente que la Comisión enumerara los factores que pueden llevar a concluir que, en caso de conflicto armado, un tratado o algunas de sus disposiciones deben seguir vigentes (o suspenderse o terminarse). En muchos casos, la determinación de estos factores proporcionaría información y orientación útiles a los Estados acerca de cómo proceder."¹³

6) La Comisión decidió en cambio incluir esa lista en un anexo al proyecto de artículos. Por ello, en el presente proyecto de artículos se ha incluido una lista de categorías de tratados cuya materia implique que seguirán aplicándose, total o parcialmente, durante un conflicto armado. Aunque el acento se pone en las categorías de tratados, puede ocurrir que sólo la materia de determinadas disposiciones del tratado contenga la necesaria implicación. Además, se decidió que el contenido del antiguo párrafo 1 del proyecto de artículo 7, en forma ajustada, se colocaría después del proyecto de artículo 4, como actual proyecto de artículo 5. No se consideró adecuada una propuesta de incluir un párrafo adicional en el proyecto de artículo 4, ya que ello afectaría al equilibrio de este artículo.

7) La lista es exclusivamente indicativa y el orden en que las categorías aparecen en el anexo no indica prioridad alguna. Además, se reconoció que, en algunos casos, las categorías se entrecruzaban y habría superposiciones. La Comisión decidió no incluir en la lista un apartado sobre *jus cogens*. Esta categoría no es similar a las otras categorías de la lista. Las categorías se basan en la materia, mientras que el *jus cogens* recorre diversas materias. Se entiende que las disposiciones del proyecto de artículo 5 serían sin perjuicio

¹³ Declaración resumida en A/C.6/60/SR.20, párr. 34.

del efecto de los principios y normas con carácter de *jus cogens*. Algunos miembros, sin embargo, estimaron que debería incluirse en la lista una categoría de tratados que contuvieran esa clase de normas.

8) La selección de categorías de tratados se basa en gran parte en la doctrina, así como en la práctica disponible de los Estados. Se reconoce que es escasa la probabilidad de recibir una corriente importante de información proveniente de los Estados que indique cuál es su práctica. Además, normalmente es difícil determinar, en esa esfera, la práctica pertinente. Con frecuencia los aparentes ejemplos de práctica de los Estados no guardan relación con el efecto de los conflictos armados en los tratados, como cuestión jurídica concreta. Por ejemplo, algunas de las prácticas modernas de los Estados se refieren, en su mayor parte, al efecto de un cambio fundamental de las circunstancias o a la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y, por lo tanto, no resultan pertinentes. En algunos casos, como el de los tratados que crean regímenes permanentes, existe una base firme de práctica de los Estados. En relación con otras categorías, existe una base firme en la jurisprudencia de los tribunales nacionales y en algunas indicaciones del poder ejecutivo al judicial, pero esas categorías no encuentran forzosamente apoyo en la práctica de los Estados tradicional.

a) *Tratados relativos al derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario*

9) Las fuentes reconocen indefectiblemente que los tratados expresamente aplicables al desarrollo de las hostilidades no se ven afectados en caso de conflicto armado.

Lord McNair describe la práctica británica del siguiente modo:

"Existen abundantes pruebas de que los tratados que pretenden regular expresamente las relaciones de las partes contratantes durante una guerra, incluido el modo efectivo de llevarla a cabo, permanecen en vigor durante la guerra y no exigen renovarse una vez que haya terminado."¹⁴

¹⁴ Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 1961), pág. 704.

"Al estallar la Primera Guerra Mundial existían varios tratados (en los cuales eran partes uno o más Estados neutrales) cuyo objeto era regular las hostilidades; por ejemplo, la Declaración de París de 1856 y algunos de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Se supuso que no se vieron afectados por la guerra y permanecieron en vigor y muchas decisiones pronunciadas por tribunales británicos y otros tribunales marítimos giraron en torno a ellos. Además, no fueron

10) Este principio es generalmente aceptado tanto en la doctrina como en la práctica de los Estados. En 1963, el Asesor Jurídico General del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, refiriéndose a la aplicación en tiempo de guerra del Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares, afirmó lo siguiente¹⁵:

"Opino, al igual que el Asesor Jurídico del Departamento de Estado, que no es adecuado interpretar así el tratado."

Y continuaba:

"... cabe señalar que la práctica habitual en los tratados que prohíben el uso de armas o actividades específicas en tiempo de guerra es que indiquen expresamente que se aplican en tiempo de guerra, a fin de impedir la posible aplicación de la norma de que la guerra puede suspender o anular la aplicación de tratados entre las partes enfrentadas. (Véase, *Karnuth c. los Estados Unidos*, 279 U.S. 231, 236 a 239; *Oppenheim's "International Law"*, vol. II, séptima edición, págs. 302 a 306)...¹⁶.

específicamente renovados por los tratados de paz ni en virtud de ellos. No está claro si este resultado jurídico es atribuible al hecho de que entre las partes contratantes se hallaban determinados Estados neutrales o a la naturaleza de los tratados como fuente de normas generales del derecho destinadas a ser aplicables durante la guerra, pero se cree que esta última opinión se consideraba la correcta. Si se necesitan pruebas de que el Gobierno del Reino Unido consideraba en vigor los Convenios de La Haya tras concluir la paz, pueden hallarse en las numerosas referencias a ellos que figuran en las listas británicas anuales de adhesiones, retiradas, etc. publicadas en las Series Británicas de Tratados de los últimos años y en la denuncia del Convenio VI de La Haya de 1907 efectuada por Gran Bretaña en 1925. De modo similar, en 1923, al ser preguntado por un gobierno extranjero si consideraba que aún estaba plenamente en vigor entre las antigua Potencias aliadas y las antiguas Potencias enemigas el Convenio de Ginebra de 6 de julio de 1906 (Cruz Roja), el Gobierno del Reino Unido respondió que:

"... en su opinión este Convenio, al pertenecer a un tipo de convenios cuyo objeto es regular la conducta de las partes beligerantes durante la guerra, no se vio afectado por el estallido de ésta." *Ibíd.*

¹⁵ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, págs. 509 y 510.

¹⁶ Véanse, por ejemplo:

"Declaración internacional por la que se renuncia a utilizar en tiempo de guerra proyectiles explosivos de menos de 400 gramos de peso (San Petersburgo, 29 de noviembre a 11 de diciembre de 1868);

"En el presente caso no aparece nada que prohíba específicamente el uso de armas nucleares en tiempo de guerra; por consiguiente, debe presumirse que no se aplicaría tal prohibición."

11) Algunos miembros de la Comisión se preguntaron si esa categoría era necesaria habida cuenta del proyecto de artículo 7, que declara que, cuando un tratado lo disponga, continuará aplicándose en situaciones de conflicto armado. Como se ha señalado, la lista es sólo de carácter indicativo. Además, el presente apartado no comprende sólo los tratados expresamente aplicables durante un conflicto armado. Comprende en general los tratados relativos al derecho de los conflictos armados, incluidos los que se ocupan del derecho internacional humanitario. Ya en 1785, el artículo 24 del Tratado de amistad y comercio entre Prusia y los Estados Unidos de América declaraba expresamente que un conflicto armado no surtiría efecto en sus disposiciones de derecho humanitario¹⁷. Además, el *Third Restatement of the Law*, aunque reafirma la posición tradicional de derecho internacional de que el estallido de una guerra entre Estados da por terminados o suspendidos los acuerdos entre ellos, reconoce que "los acuerdos que regulan el desarrollo

Declaración internacional prohibiendo el empleo de proyectiles que tengan por único objeto el esparcir gases asfixiantes o deletéreos, La Haya, 29 de julio de 1899;

Declaración internacional prohibiendo el empleo de las balas que se dilatan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, La Haya, 29 de julio de 1899;

Convención internacional relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1899;

Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, Ginebra, 17 de junio de 1925;

Convenios de Ginebra de 1949: heridos y enfermos (art. 2), prisioneros de guerra (art. 2), civiles (art. 2); ..."

¹⁷ Artículo 24 del Tratado de amistad y comercio concertado entre Prusia y los Estados Unidos en La Haya (10 de septiembre de 1785), citado en H. W. Verzijl (ed.), *International Law in Historical Perspective* (Leyden: Sijthoff, 1973), en la página 371.

de las hostilidades sobreviven, toda vez que fueron concebidos para su aplicación durante la guerra...¹⁸. En su Opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*", la Corte Internacional de Justicia estimó que, "como en el caso de los principios de derecho humanitario aplicables en los conflictos armados, el derecho internacional no deja duda de que el principio de neutralidad, cualquiera que sea su contenido, cuyo carácter fundamental es análogo al de los principios y normas humanitarios, es aplicable (con sujeción a las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas) a todos los conflictos armados internacionales, cualquiera que sea el tipo de armas que se utilice"¹⁹.

12) En cualquier caso, la noción de continuidad no afecta a la aplicación del derecho relativo a los conflictos armados como *lex specialis* aplicable al conflicto armado. La identificación de este apartado no se ocupa de numerosas cuestiones que pueden surgir en relación con la aplicación de ese derecho. Tampoco pretende prevalecer sobre las conclusiones a que se debe llegar sobre la aplicabilidad de los principios y normas del derecho humanitario en ese contexto particular.

- b) *Tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o una situación permanente o unos derechos permanentemente conexos, incluidos los tratados que establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas.*

13) A lo largo de varias generaciones, la doctrina ha reconocido que los tratados por los que se declaran, crean o regulan derechos permanentes o un régimen o una situación permanente no quedan suspendidos ni terminados en caso de conflicto armado. Entre los tipos de acuerdos incluidos se hallan: cesiones de territorio, tratados de unión, tratados que declaran neutral parte del territorio de un Estado, tratados que crean o modifican fronteras, y tratados de creación de derechos excepcionales de uso o acceso con respecto al territorio de un Estado.

¹⁸ American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 336 e) (1987).

¹⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, *I.C.J. Reports 1996*, en el párrafo 89.

14) Hay cierta práctica de los Estados que corrobora la postura de que esos acuerdos no se ven afectados por el estallido de un conflicto armado. McNair describe la práctica británica al respecto²⁰ y Tobin afirma que la práctica es generalmente compatible con la postura adoptada en la doctrina²¹. En el arbitraje de las *Pesquerías de la costa del Atlántico Norte*, el Gobierno del Reino Unido sostuvo que los derechos de los Estados Unidos con respecto a las pesquerías, en virtud del Tratado de 1783, habían sido abrogados como consecuencia de la guerra de 1812. La Corte no compartió esta opinión y declaró: "En su etapa moderna, el derecho internacional reconoce que gran número de obligaciones contractuales no quedan anuladas por la guerra, sino como mucho suspendidas"²².

15) De igual modo, en el asunto *In re Meyer's Estate*, un tribunal de apelación de los Estados Unidos, que se ocupó de la permanencia de los tratados relativos al territorio, sostuvo que "[l]as autoridades parecen estar de acuerdo en que no hay nada incompatible con la política del Gobierno, la seguridad de la nación o el mantenimiento de la guerra en la observancia de los tratados dispositivos o las partes dispositivas de los tratados. Esas disposiciones son compatibles con el estado de guerra y no se ven derogadas por éste"²³.

²⁰ McNair, *Law of Treaties*, *op. cit.*, págs. 704 a 715.

²¹ H. J. Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, (Nueva York: Columbia University Press, 1933), págs. 137 y ss.

²² *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, UNRIAA, vol. XI, pág. 167; laudo de 7 de septiembre de 1910, en la página 181. Véase también Parry, *British Digest*, vol. 2B, 1967, págs. 585 a 605.

²³ 107 Cal. App. 2d 799, 805 (1981).

16) Entre los autores que aceptan esta postura se encuentran Hall²⁴, Hurst²⁵, Oppenheim²⁶, Fitzmaurice²⁷, McNair²⁸, Rousseau²⁹, Guggenheim³⁰, Daillier y Pellet³¹, Aust³², Tobin³³, Delbrück³⁴, Stone³⁵ y Curti Gialdino³⁶.

17) Recurrir a esta categoría suscita, sin embargo, algunos problemas. En particular, los tratados de cesión y otros tratados que realizan disposiciones permanentes de territorios crean derechos permanentes. Como señala Hurst: "Son los derechos adquiridos que se

²⁴ William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, editado por A. Pearce Higgins (Clarendon: Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924) (octava edición), págs. 456 y 457.

²⁵ Cecil J. B. Hurst, "Effect of War on Treaties" *BYbIL*, vol. 2 (1921-1922), págs. 37 a 47.

²⁶ Lassa Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)) *International Law*, vol. II (Londres: Longmans, Green & Co., 1948) séptima edición, pág. 304.

²⁷ G. G. Fitzmaurice, "The Juridical clauses of the peace treaties", *Recueil des cours...*, vol. 73 (1948-II), págs. 312 y 313.

²⁸ McNair, *Law of Treaties*, *op. cit.*, págs. 704 a 710 y 720.

²⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, vol. I (París: Sirey, 1970), pág. 223.

³⁰ Paul Guggenheim, *Traite de droit international public*, vol. I, segunda edición (Ginebra: Librairie de l'Université 1967), págs. 241 y 242.

³¹ Patrick Daillier y Alain Pellet, *Droit international public* (París: L.G.D.J. 2003), séptima edición, pág. 309.

³² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pág. 244.

³³ Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, *op. cit.*, págs. 50 a 69.

³⁴ Jost Delbrück, "War Effect on Treaties", in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, pág. 1370.

³⁵ Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict* (Nueva York: Rinehart & Company, 1959), edición revisada, pág. 448.

³⁶ Agostino Curti Gialdino, *Gli Effetti della Guerra sui Trattati* (Milán: Dott. A. Giuffrè, 1959), págs. 240 y 245.

derivan de los tratados los que son permanentes, no los propios tratados"³⁷.

Por consiguiente, si esos tratados se cumplen, no pueden verse afectados por un conflicto armado posterior entre las partes.

18) Otra fuente de dificultades proviene del hecho de que los límites de la categoría son algo inciertos. Por ejemplo, en el caso de los tratados de garantía, cuestión muy vasta³⁸, y está claro que el efecto de un conflicto armado dependerá del objeto y propósito exactos del tratado de garantía. Un conflicto armado no dará por terminados los tratados cuya intención sea garantizar una situación permanente, como la neutralidad permanente de un territorio. Así, McNair observa: "los tratados por los que se creó y garantizó la neutralidad permanente de Suiza, Bélgica o Luxemburgo son indiscutiblemente políticos, pero no fueron abrogados por el estallido de la guerra, porque está claro que su objetivo era crear un sistema o condición permanentes"³⁹.

19) Algunos autores incluirían en la categoría de los tratados que crean derechos permanentes o una condición permanente los acuerdos relativos al otorgamiento de derechos recíprocos a nacionales y la adquisición de nacionalidad. Sin embargo, se han de distinguir hasta cierto punto las consideraciones que llevan a la conclusión de que esos acuerdos no son susceptibles de terminación, de las relativas a los tratados sobre cesiones de territorios y fronteras. En consecuencia, será más apropiado asociar esos acuerdos a la categoría de los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a derechos privados, que es más amplia. Esta categoría de tratados se examina más adelante.

20) En su regulación del derecho de los tratados, la Comisión y los Estados han dado también cierto reconocimiento a la condición especial de los tratados de fronteras.

³⁷ Hurst, *Effect of War on Treaties*, *op. cit.*, en la página 46. Véase también Fitzmaurice, *The juridical clauses of peace treaties*, *op. cit.*, págs. 313, 314 y 317.

³⁸ Véase Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, *op. cit.*, págs. 457 a 459; Tobin, *op. cit.*, 1933, págs. 55 a 69; Georg Ress, "Guarantee Treaties", Bernhardt (ed.), *Encyclopedia*, vol. 2, págs. 934 a 937; y McNair, *op. cit.*, págs. 239 a 254.

³⁹ McNair, *op. cit.*, p. 703.

El apartado a) del párrafo 2 del artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él si el tratado establece una frontera. Esos tratados se reconocieron como excepción a la norma porque ésta, de otro modo, en vez de ser un instrumento de cambio pacífico podría constituir una fuente de peligrosa tirantez⁴⁰. De igual modo, la Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados llega a una conclusión similar acerca de la resistencia de los tratados sobre fronteras, al afirmar en su artículo 11 que "[u]na sucesión de Estados no afectará de por sí a una frontera establecida por un tratado; ni a las obligaciones y los derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera"⁴¹. Aunque esos ejemplos no sean directamente pertinentes para la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados, indican no obstante la condición especial que se concede a ese tipo de acuerdos.

c) *Tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos análogos relativos a derechos privados*

21) Estos tratados constituyen una categoría muy importante de transacciones internacionales y son los precursores de los tratados bilaterales más recientes sobre inversiones. La nomenclatura es variada y, con frecuencia, esos tratados se califican de tratados de establecimiento o tratados de amistad. No deben confundirse con los tratados comerciales ordinarios. Un conjunto respetable de autores se refiere a los tratados de amistad, comercio y navegación (o establecimiento) como tratados que no quedan

⁴⁰ Párrafo 11 del comentario de la Comisión al proyecto de artículo 59 [hoy artículo 62] de la Convención de Viena, (*Documentos Oficiales de las Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Documentos de la Conferencia*, pág. 84). La excepción de los tratados que establecen una frontera de la norma del cambio fundamental de las circunstancias, aunque impugnada por algunos Estados, fue apoyada por una mayoría muy amplia de los Estados en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados.

⁴¹ Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de tratados, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1946, pág. 3.

terminados a resultas de un conflicto armado. Entre esos autores figuran Hurst⁴², Tobin⁴³, McNair⁴⁴, Fitzmaurice⁴⁵ y Verzijl⁴⁶. Se utiliza también esta categoría en el Memorando de la Secretaría.

22) En esta categoría de tratados se incluyen otros relativos a la concesión de derechos recíprocos a los nacionales que residen en el territorio de las partes respectivas, incluidos el derecho de adquirir bienes, el derecho de transferir esos bienes y el derecho de adquirirlos por vía de sucesión⁴⁷. Relacionados con esta categoría están los acuerdos concernientes a la adquisición y pérdida de la nacionalidad, y otras cuestiones relativas a la condición jurídica, entre ellas el matrimonio y la tutela⁴⁸.

23) La base normativa para conceder una condición especial a esta categoría de tratados es esencialmente la de la seguridad jurídica de los nacionales y otros intereses privados afectados, combinada con las condiciones de reciprocidad. En otras palabras, no hay razón de peso para que la incidencia de un conflicto armado desplace un *statu quo* mutuamente

⁴² Hurst, *op. cit.*, págs. 43 y 44.

⁴³ Tobin, *op. cit.*, págs. 82 a 87.

⁴⁴ McNair, *op. cit.*, págs. 713 a 715, 718 y 719.

⁴⁵ Fitzmaurice, *op. cit.*, págs. 314 y 315.

⁴⁶ Verzijl, *op. cit.*, págs. 382 a 385. Véase también el Memorando de la Secretaría (A/CN.4/550, párrs. 37 a 46). El Memorando señala, en su párrafo 46, que existe un número muy importante de casos en los Estados Unidos de América, apoyados por la jurisprudencia de la Gran Bretaña, en el sentido de que los tratados sobre reciprocidad en las herencias continúan aplicándose durante los conflictos armados. Esta jurisprudencia coincide con la tesis general de muchos tribunales y comentaristas de que los tratados compatibles con las políticas nacionales durante los conflictos armados deben ser sustentados, ya que conciernen únicamente a derechos privados. Sin embargo, el Tribunal de Casación de Francia ha llegado a la conclusión opuesta, por lo que queda sin resolver esta esfera del derecho internacional.

⁴⁷ Véase McNair, *op. cit.*, pág. 711; Fitzmaurice, *op. cit.*, pág. 315; Verzijl, *op. cit.*, vol. VI, págs. 382 a 385; Memorando de la Secretaría, párrs. 37 a 46, 67 y 76; y Oppenheim, *op. cit.*, pág. 304.

⁴⁸ Véase McNair, *op. cit.*, pág. 714; y Verzijl, *op. cit.*, pág. 385.

beneficioso. Por ello, no puede sorprender que haya cierta práctica de los Estados que confirma la postura de que esos tratados no terminan en caso de un conflicto armado.

24) En 1931, el Gobierno Federal de Justicia y Policía suizo no aceptó que los tratados de establecimiento y comercio pudieran ser abrogados o suspendidos entre un Estado beligerante y un Estado neutral⁴⁹. En las negociaciones correspondientes, el Gobierno del Reino Unido mantuvo una posición opuesta a la suiza. Sin embargo, la práctica de los Estados Unidos se vio influida por algunas decisiones judiciales. Ese cambio de la práctica de los Estados Unidos queda reflejado en una carta de 1945 del Secretario de Estado en funciones (Grew) al Fiscal General⁵⁰.

⁴⁹ *Répertoire suisse de droit international public*, págs. 188 a 191.

⁵⁰ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, págs. 495 a 497; la carta decía así:

"En relación con el litigio relativo a la sucesión de los fallecidos, confiado a los intereses de los nacionales alemanes, el Fiscal General Biddle preguntó, en 1945, si el Departamento de Estado estaba de acuerdo con la posición del Departamento de Justicia según la cual las disposiciones de los artículos I y IV del Tratado de amistad, comercio y derechos consulares, de 8 de diciembre de 1923, concertado con Alemania (United States Treaty Series 725; 44 United States Statutes at Large 2132; 52, League of Nations Treaty Series, 133) no habían quedado abrogadas por la guerra, sino que seguían en vigor. En la respuesta de 21 de mayo de 1945 del Secretario de Estado en funciones al Fiscal General se decía:

"El artículo I del Tratado abarca un amplio sector, y confiere a los nacionales de cada Alta Parte Contratante el derecho de entrar y permanecer en los territorios de la otra, de ejercer determinadas ocupaciones, de ser propietarios de edificios o alquilarlos y de alquilar terrenos, así como de no ser objeto de discriminación fiscal, y de gozar de libre acceso a los tribunales y de protección de sus personas y bienes. El artículo IV se refiere a la enajenación y herencia de bienes raíces y personales.

Parece que el derecho relativo al efecto de la guerra en los tratados no está en absoluto claro ni sentado... [Se hacen a continuación referencias y citas a los casos *Karnuth c. los Estados Unidos*, 279 U.S. 231, 236 (1929), *Techt c. Hughes*, 229 N.Y. 222, 240 (1920), 128 N.E. 185, 191 (1920), *certiorari* denegado 254 U.S. 643 (1920), y *Sophie Rickmers*, 45 Fed. 2d 413 (S.D.N.Y. 1930).]

...

Aplicando los principios de esas decisiones al artículo I del Tratado de 1923 con Alemania, parecería haber considerables dudas sobre el vigor actual de algunas de sus disposiciones, como las relativas a la entrada en los Estados Unidos, el derecho a ejercer determinadas ocupaciones, etc. Por otra parte, no parecería haber

motivos para considerar que el artículo IV no siguió en vigor pese al estallido de la guerra.

En el caso *Techt c. Hughes, supra* ..., se sostuvo que una disposición de un tratado con Austria-Hungría análoga al artículo IV siguió en vigor durante la guerra, ...

Esta decisión fue seguida en el caso *State ex rel. Miner c. Reardon* [120 Kans. 614, 245, Pac. 158 (1926)] ... El Tribunal Supremo de Nebraska llegó a la misma conclusión en el caso *Goos c. Brocks* [117 Neb. 750 (1929), 223 N.W. 13 (1929)], ...

Aunque la disposición del tratado en el presente caso es algo diferente de la del caso *Karnuth*, cabe observar que en este último el Tribunal Supremo dijo que "parece haber un acuerdo bastante general en que, por lo menos, las siguientes obligaciones derivadas del tratado continúan en vigor: ... las disposiciones que otorgan a los ciudadanos o súbditos de una de las altas partes contratantes el derecho a continuar poseyendo tierras y a transmitir las en el territorio de la otra".

...

Aunque el Secretario de Estado Lansing escribió el 10 de septiembre de 1918 que el Departamento no consideraba que esas disposiciones del tratado relativas a la enajenación y herencia de bienes raíces siguieran vigentes durante la guerra con Alemania y Austria-Hungría... esa declaración se hizo antes de las decisiones judiciales aquí examinadas y antes de que el criterio reflejado en esas decisiones hubiera sido adoptado tan claramente por los tribunales. Parece haber una tendencia a reconocer en mayor medida que en épocas anteriores que las disposiciones de los tratados siguen vigentes durante la guerra. Se considera que la declaración del Secretario Lansing no representa la opinión que se sustentaría en la actualidad.

Cabe observar que los tribunales de este país parecen haber adoptado una posición algo más favorable al mantenimiento de la vigencia de las disposiciones de los tratados en tiempo de guerra que muchos de los autores sobre derecho internacional. Entre los autores modernos, parece haber una tendencia favorable a la opinión de que "el elemento del que debe depender la respuesta a la cuestión de si un determinado tratado ha quedado, o no, abrogado por el estallido de la guerra entre las partes, ha de encontrarse en la intención de éstas en el momento en que concertaron el tratado y no en la naturaleza de la disposición del tratado en sí". (Sir Cecil Hurst, "The Effect of War on Treaties", 1921-1922 *British Year Book of International Law*, 37 y 47.) Véase también C. C. Hyde, *International Law* (segunda edición, 1945) vol. II, págs. 1546 y ss.; Harvard Research in International Law, *Law of Treaties*, 29 *American Journal of International Law Supp.* (1953), págs. 1183 y ss. No parece haber testimonio alguno sobre la intención efectiva a este respecto en el momento en que se concertó el tratado con Alemania en 1923. Sin embargo, habida cuenta de la, entonces, reciente decisión en el caso *Techt c. Hughes, supra*, no sería

25) En 1948, la posición adoptada fue confirmada por el Asesor Jurídico en funciones, Jack B. Tate. Según sus palabras⁵¹:

""En carta de 21 de mayo de 1945 dirigida al Fiscal General por el Secretario de Estado en funciones, el Departamento de Estado expuso su opinión sobre la permanencia en vigor del artículo IV del referido tratado pese al estallido de la guerra. En el caso *Clark c. Allen* (1947), 91 L. Ed., págs. 1633 y 1641 a 1643, el Tribunal Supremo decidió que las disposiciones del artículo IV del tratado de 1923 con Alemania relativas a la adquisición, enajenación y tributación de bienes permanecieron en vigor durante la guerra. El Departamento observa que habitualmente, como indica la decisión adoptada en el caso *Clark c. Allen* y otras decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el factor determinante es el de si hay, o no, tal incompatibilidad entre la disposición del tratado en cuestión y el mantenimiento de un estado de guerra, para poner en claro que no debe aplicarse la disposición.

En relación con la propiedad adquirida en San Francisco por el Gobierno alemán en 1941 con fines consulares, las disposiciones pertinentes del tratado de 1923 con Alemania son las del segundo párrafo del artículo XIX... El Departamento de Estado considera que el efecto jurídico de esas disposiciones no se vio afectado por el estallido de la guerra entre los Estados Unidos y Alemania. Esta opinión coincide por entero con la política seguida desde hace mucho tiempo por este Gobierno, tanto en tiempo de paz como de guerra, con respecto a los bienes

irrazonable suponer que una disposición como la del artículo IV del Tratado de 1923 debería permanecer en vigor en caso de que estallara una guerra.

A la luz de lo que antecede, el Departamento no ve objeciones a la postura que usted sostiene en el sentido de que el artículo IV del Tratado de 8 de diciembre de 1923 con Alemania sigue en vigor pese al estallido de la guerra."

Carta de 21 de mayo de 1945 dirigida al Fiscal General (Biddle) por el Secretario de Estado en funciones (Grew), MS. Departamento de Estado, expediente 740.00113 EW/4-1245.

⁵¹ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, págs. 502 y 503, carta de 10 de noviembre de 1941 al Fiscal General.

pertencientes al gobierno de un país y situados en el territorio de otro. Este Gobierno se ha esforzado sistemáticamente por hacer extensivo a los bienes de otros gobiernos situados en territorio sometido a la jurisdicción de los Estados Unidos de América el reconocimiento que normalmente se les atribuye con arreglo a la práctica internacional y respetar con fidelidad todo derecho que garantice a esos bienes un tratado. Por su parte, este Gobierno ha procedido con igual diligencia para pedir a otros gobiernos que concedan tal reconocimiento y derechos a sus bienes en sus territorios.

La historia del trato de los bienes diplomáticos y consulares alemanes en los Estados Unidos por este Gobierno tras el estallido de la guerra entre los Estados Unidos y Alemania puede ser de interés en relación con este asunto.

...

A la vista de estas consideraciones, el Departamento de Estado no ve objeción a la postura que sostiene la Oficina de bienes extranjeros en el sentido de que las disposiciones del segundo párrafo del artículo XIX del tratado firmado el 8 de diciembre de 1923 con Alemania siguen vigentes pese al estallido de la guerra entre los Estados Unidos y Alemania."

26) Esta opinión queda reflejada en las decisiones de los tribunales de varios Estados, pero la jurisprudencia no es en absoluto coherente⁵².

27) La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relativa a disposiciones de tratados análogas no es contraria a las posiciones jurídicas presentadas anteriormente. Sin embargo, la Corte no abordó la cuestión de los efectos de los conflictos armados en la validez o suspensión en el caso *Nicaragua*⁵³. Además la Corte no adoptó ninguna decisión

⁵² Rank, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-53), págs. 511 a 533; Whiteman, *Digest of International Law* XIV, septiembre de 1970, págs. 497 a 505; Verzijl, *op. cit.*, VI, 1973, págs. 377 a 385.

⁵³ *I.C.J. Reports*, 1984, pág. 393, en las páginas 426 a 429.

sobre la cuestión de la existencia o inexistencia de un "conflicto armado" entre las partes⁵⁴. Cabe recordar que los Estados Unidos seguían manteniendo relaciones diplomáticas con Nicaragua y que no había habido declaración de guerra ni de conflicto armado.

28) La decisión de la Corte en el asunto *Plataformas petroleras*⁵⁵ se basaba también en la suposición de que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares, de 1955, continuaba en vigor. La pertinencia de esas decisiones se ve afectada por el hecho de que el Tratado de amistad había permanecido en vigor⁵⁶. Esto no ha sido impugnado por las partes.

29) Además, puede suponerse sin temor que la presente clase de tratados incluye los de inversiones bilaterales. Como señala Aust, la finalidad de esos acuerdos es la mutua protección de las partes⁵⁷.

d) *Tratados para la protección de los derechos humanos*

30) A los efectos presentes, los autores hacen muy pocas referencias a la condición jurídica de los tratados para la protección de los derechos humanos. De hecho, esta situación se explica fácilmente. Muchas de las obras pertinentes son anteriores a la aparición de las normas de derechos humanos en la era de la Carta de las Naciones Unidas. Además, en las obras especializadas sobre derechos humanos hay tendencia a pasar por alto los problemas más técnicos. La resolución del Instituto de Derecho Internacional aprobada en 1985 incluía (en el artículo 44) la disposición siguiente:

"La existencia de un conflicto armado no autoriza a una parte a dar por terminada o suspender unilateralmente la aplicación de las disposiciones de un

⁵⁴ Memorando de la Secretaría, párrs. 69 a 74.

⁵⁵ Juicio de Nuremberg de 6 de noviembre de 2003. Véase también el fallo del asunto *Oil Platforms*, *I.C.J. Reports* (Objeción preliminar), 1996, pág. 809, párr. 15

⁵⁶ Véase el fallo sobre la objeción preliminar, *I.C.J. Reports*, 1996, párr. 15.

⁵⁷ See Aust, *op. cit.*, pág. 244.

tratado relativas a la protección del ser humano, salvo que el tratado disponga otra cosa."

El artículo 4 fue aprobado por 36 votos contra ninguno y 2 abstenciones⁵⁸.

31) La utilización de la categoría de la protección de los derechos humanos puede considerarse como una ampliación natural de la condición otorgada a los tratados de amistad, comercio y navegación y los acuerdos análogos relativos a los derechos privados, incluidos los tratados bilaterales sobre inversiones. También hay una estrecha relación con los tratados que crean un régimen territorial y, al hacerlo, fijan normas que regulan los derechos humanos de la población en su conjunto, o un régimen para minorías o un régimen para la autonomía local.

32) La aplicación de los tratados de derechos humanos en tiempo de conflicto armado se describe de la manera siguiente:

"Aunque sigue abierto el debate sobre si los tratados de derechos humanos se aplican a los conflictos armados, está claramente establecido que las disposiciones no derogables de los tratados de derechos humanos se aplican durante los conflictos armados. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión consultiva sobre *Armas nucleares*, afirmó que la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto en aplicación del artículo 4 del Pacto, en virtud del cual pueden dejarse en suspenso determinadas disposiciones en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. Esta opinión sobre las armas nucleares es la ocasión en que más se ha aproximado la Corte al examen de los efectos de los conflictos armados en los tratados, incluido un importante estudio del efecto de los conflictos armados en los tratados sobre el medio ambiente y de derechos humanos. En segundo lugar, en su comentario a los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Comisión de Derecho Internacional afirmó que, aunque el derecho inmanente de legítima defensa puede justificar la no aplicación de

⁵⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (II), págs. 219 a 221.

determinados tratados, "en cuanto a las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional y en relación con disposiciones no derogables sobre derechos humanos, la legítima defensa no excluye la ilicitud del comportamiento". Por último, los comentaristas también concuerdan en que las disposiciones no derogables sobre derechos humanos son aplicables durante un conflicto armado. Puesto que las disposiciones no derogables sobre derechos humanos codifican normas de *jus cogens*, la aplicación de las disposiciones no derogables sobre derechos humanos durante los conflictos armados puede considerarse un corolario de la norma formulada en la sección anterior, a saber, que las disposiciones de tratado que representan normas de *jus cogens* deben ser respetadas a pesar del estallido de un conflicto armado."⁵⁹

33) Esta descripción ilustra los problemas relativos a la aplicabilidad de las normas de derechos humanos en caso de conflicto armado⁶⁰. La Comisión no tiene por qué entrar en estas cuestiones de fondo, sino ocuparse de la cuestión de los efectos de los conflictos armados en la aplicación o validez de determinados tratados. A ese respecto, la prueba de la derogabilidad no es apropiada, ya que la derogabilidad se refiere a la aplicación de las disposiciones y no a la cuestión de la validez o de la terminación. Sin embargo, la competencia para derogar "en tiempo de guerra o de otra emergencia pública que ponga en peligro la vida de la nación" demuestra ciertamente que un conflicto armado en cuanto tal no da lugar a la suspensión o terminación. En definitiva, el criterio adecuado es la intención de las partes. El ejercicio (o la falta de ejercicio) de una competencia para derogar no impediría que otra parte en el tratado alegara que la suspensión o terminación estaba justificada *ab extra*.

⁵⁹ Memorando de la Secretaría, párr. 33 (se han omitido las notas al pie).

⁶⁰ Véase asimismo Prévost *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002.

e) *Tratados relativos a la protección del medio ambiente*

34) La mayoría de los tratados relativos al medio ambiente no contienen disposiciones expresas sobre su aplicabilidad en caso de conflicto armado. La materia y las modalidades de los tratados para la protección del medio ambiente son sumamente variados⁶¹.

35) En los alegatos relativos a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las armas nucleares se indica, muy claramente, que no hay acuerdo general sobre la proposición de que todos los tratados relativos al medio ambiente se apliquen tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, salvo disposición expresa en contrario⁶².

36) En la Opinión consultiva sobre las armas nucleares, la Corte Internacional formuló la postura jurídica general de esta manera:

"29. La Corte reconoce que el medio ambiente es objeto diario de amenazas y que el empleo de armas nucleares podría constituir una catástrofe a su respecto. La Corte reconoce también que el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la salud misma de los seres humanos, incluidas las generaciones por nacer. La existencia de la obligación general de los Estados de garantizar que las actividades desarrolladas en los territorios sometidos a su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de otras zonas situadas más allá del control nacional forma parte actualmente del corpus de derecho internacional relativo al medio ambiente.

30. Sin embargo, la Corte considera que la cuestión no es si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino si las obligaciones derivadas de ellos pretenden ser obligaciones de absoluta moderación durante el conflicto armado. La Corte no considera que con estos

⁶¹ Sands, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003) segunda edición, págs. 307 a 316; Birnie y Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford: Oxford University Press, 2002) segunda edición, págs. 148 a 151; K. Mollard-Bannelier, *La Protection de l'environnement en temps de conflit armé* (París: Pedone, 2001).

⁶² Véase el Memorando de la Secretaría, párrs. 58 a 63.

tratados se haya pretendido privar a un Estado del ejercicio de su derecho de legítima defensa con arreglo al derecho internacional a causa de sus obligaciones de proteger el medio ambiente. Ahora bien, los Estados deben tener en cuenta el aspecto ambiental al evaluar lo que es necesario y proporcionado en la persecución de objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que han de considerarse al evaluar si una acción se ajusta a los principios de la necesidad y la proporcionalidad.

Este planteamiento viene apoyado ciertamente por el Principio 24 de la Declaración de Río, que dispone:

"La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario."

31. La Corte reconoce además que el párrafo 3 del artículo 35 y el artículo 55 del Protocolo adicional I aportan una ulterior protección al medio ambiente. En conjunto, esas disposiciones encierran una obligación general de proteger el medio ambiente natural contra daños ambientales extendidos, a largo plazo y graves; la prohibición de métodos y medios bélicos que tengan por objeto causar esos daños o de los que cabe esperar que los causen; y la prohibición de ataques contra el medio ambiente natural por vía de represalias.

Estas son grandes limitaciones para todos los Estados que hayan suscrito estas disposiciones."⁶³

37) Estas formulaciones son, por supuesto, significativas y sirven de apoyo general e indirecto a la presunción de que los tratados relativos al medio ambiente se aplican en caso de conflicto armado. Sin embargo, como se indica en las comunicaciones presentadas por

⁶³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports, 1996*, párrs. 29 a 31.

escrito en los trabajos relativos a la opinión consultiva, no hubo consenso sobre la cuestión jurídica específica⁶⁴.

f) *Tratados relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas*

38) Los tratados relativos a los cursos de agua o derechos de navegación son fundamentalmente una subcategoría de los tratados que crean o regulan derechos permanentes o un régimen o condición jurídica permanente. Conviene, no obstante, examinar este grupo por separado. Algunos autores reconocen que este tipo de instrumento no reúne condiciones para quedar terminado en tiempo de conflicto armado. Entre esos autores figuran Tobin⁶⁵, McNair⁶⁶, Fitzmaurice⁶⁷, Rank⁶⁸, Chinkin⁶⁹ y Delbrück⁷⁰.

39) Sin embargo, las cosas distan de ser sencillas. La práctica de los Estados ha sido descrita por Fitzmaurice⁷¹ de la manera siguiente:

"Cuando todas las partes en una convención, cualquiera que sea su naturaleza, son beligerantes, la cuestión ha de decidirse del mismo modo que si la convención fuera bilateral. Por ejemplo, la categoría de tratados normativos, o de convenciones destinadas a crear soluciones permanentes, como las convenciones que prevén la

⁶⁴ Véase D. Akande, "Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court, *BYbIL*, vol. 68 (1977), págs. 183 y 184.

⁶⁵ Tobin, *op. cit.*, págs. 89 a 95.

⁶⁶ McNair, *op. cit.*, pág. 720.

⁶⁷ Fitzmaurice, *op. cit.*, págs. 316 y 317.

⁶⁸ Rank, *op. cit.*, págs. 316 y 317.

⁶⁹ Christine M. Chinkin, "Crisis and the Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective", *Yale Journal of World Public Order*, vol. 7 (1980-1981), págs. 202 a 205.

⁷⁰ Delbrück, "War Effect on Treaties", *op. cit.*, pág. 1370.

⁷¹ Fitzmaurice, *op. cit.*, pág. 316.

libre navegación por determinados canales o cursos de agua, o la libertad e igualdad de comercio en zonas coloniales, no se verán afectadas por el hecho de que haya estallado una guerra en la que intervengan todas las partes. Su aplicación puede quedar parcialmente en suspenso, pero siguen existiendo y se reanuda automáticamente su aplicación al restablecerse la paz."

40) La aplicación de tratados relativos a la condición de determinados cursos de agua puede estar sujeta al ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa reconocida en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas⁷².

41) En cualquier caso, el régimen de los distintos estrechos y canales suele tratarse mediante disposiciones específicas. Como ejemplos de esos tratados están la Convención por la que se establece el estatuto de navegación del Elba (1922)⁷³, las disposiciones del Tratado de Versalles relativas al canal de Kiel (1919)⁷⁴, la Convención relativa al régimen de los estrechos (Montreux) (1936)⁷⁵, el Tratado del canal de Panamá (1977)⁷⁶ y el Tratado concerniente a la neutralidad permanente del canal y al funcionamiento del canal de Panamá (1977)⁷⁷.

42) Algunos acuerdos multilaterales prevén expresamente el derecho de suspensión en tiempo de guerra. Así, el artículo 15 del Estatuto sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional (1922)⁷⁸ dispone que:

⁷² Véase R. R. Baxter, *The Law of International Waterways, with particular regard to Interoceanic Canal* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964), pág. 205.

⁷³ Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 26, págs. 221 y 241.

⁷⁴ *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

⁷⁵ Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 173, pág. 213.

⁷⁶ *ILM*, vol. 16 (1977), pág. 1022.

⁷⁷ *Ibid.*, pág. 1040.

⁷⁸ Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 77, págs. 37 y 61.

"El presente Estatuto no prescribe los derechos y obligaciones de los beligerantes y neutrales en tiempo de guerra. Sin embargo, el Estatuto seguirá en vigor en tiempo de guerra en tanto lo permitan esos derechos y obligaciones."

43) El artículo 29 de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997)⁷⁹ dispone lo siguiente:

"Cursos de agua internacionales e instalaciones en tiempo de conflicto armado"

Los cursos de agua internacionales y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas de derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional o no internacional y no serán utilizados en violación de esos principios y normas."

44) Hay algunos motivos para incluir la presente categoría en la lista indicativa, pero no están suficientemente fundados.

g) *Los tratados relativos a los acuíferos e instalaciones y construcciones conexas*

45) Consideraciones análogas a las anteriormente expuestas parecerían aplicables con respecto a los tratados relativos a los acuíferos e instalaciones y construcciones conexas. Las aguas subterráneas constituyen alrededor del 97% de los recursos de agua dulce del mundo, excluyendo el agua encerrada en los hielos⁸⁰. Aunque existe una práctica de los Estados considerable con respecto a los recursos hídricos superficiales, no puede decirse lo mismo con respecto a los recursos hídricos subterráneos. En sus trabajos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, la Comisión ha demostrado lo que puede lograrse en esa materia. El conjunto de acuerdos y arreglos bilaterales, regionales e internacionales sobre aguas subterráneas se está haciendo ya considerable⁸¹.

⁷⁹ *ILM*, vol. 36 (1997), pág. 700.

⁸⁰ Véase S. Burchi y K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO, 2005), prólogo.

⁸¹ Véase, en general, *ibíd.*

46) Sobre la base de las protecciones subyacentes que ofrece el derecho de los conflictos armados, la hipótesis fundamental es que los acuíferos o sistemas acuíferos transfronterizos y las instalaciones, construcciones y otras obras conexas gozarán de la protección que les confieren los principios y normas del derecho internacional aplicables en caso de conflicto armado internacional y no internacional y no se utilizarán en violación de esos principios y normas⁸².

47) Aunque el derecho de los conflictos armados proporciona protección por sí mismo, puede no resultar tan claro que el tenor de los tratados relativos a acuíferos e instalaciones conexas implique necesariamente que un conflicto armado no producirá efectos.

La vulnerabilidad de los acuíferos y la necesidad de proteger las aguas que contienen ofrece argumentos de fuerza para llegar a la necesaria implicación de la continuidad de esos tratados.

h) *Tratados normativos multipartitos*

48) McNair define la categoría de tratados normativos del modo siguiente⁸³:

"i) *Tratados normativos multipartitos.*

Se consideran como tales los tratados que crean normas de derecho internacional para regular la conducta futura de las partes sin crear un régimen, estatuto o sistema internacional. Se considera que estos tratados sobreviven a las guerras, con independencia de que todas las partes contratantes o sólo algunas de ellas sean beligerantes. En el caso de estos tratados, puede inferirse en general la intención de crear un derecho permanente. Los casos no son numerosos. Uno de ellos es la Declaración de París, de 1856; su contenido pone en claro que las partes se proponían regular su conducta durante una guerra, pero sostenemos que el motivo por el que continúa existiendo después de una guerra es el de que las partes se proponían crear con ello normas jurídicas permanentes. La Convención II de

⁸² Véase el artículo 18 del proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos aprobado por la Comisión en su actual 60º período de sesiones.

⁸³ McNair, *op. cit.*, pág. 723.

La Haya de 1907, relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, y el Pacto de París, de 1928, son también ejemplos de este tipo. Las convenciones que crean normas sobre nacionalidad, matrimonio, divorcio, ejecución recíproca de sentencias, etc., pertenecerían probablemente a esta misma categoría."

49) La importancia de esta categoría viene indicada por varios otros autores, entre ellos Rousseau⁸⁴, Fitzmaurice⁸⁵, Starke⁸⁶, Delbrück⁸⁷ y Gialdino⁸⁸.

50) El término "normativos" es algo problemático⁸⁹ y puede no prestarse a unos perfiles definitivos. Existe, sin embargo, cierta práctica de los Estados relativa a los tratados multilaterales de carácter técnico surgidos de los acuerdos posteriores a la guerra resultantes de la segunda guerra mundial. Starke señala: "Las convenciones y convenios multilaterales de tipo normativo relacionados con la salud, las drogas, la protección de la propiedad industrial, etc., no quedan anulados al estallar la guerra, sino suspendidos, y reviven al cesar las hostilidades, o se aplican parcialmente incluso en tiempo de guerra"⁹⁰.

51) La posición de los Estados Unidos se describe en una carta de fecha 29 de enero de 1948 del Asesor Jurídico del Departamento de Estado, Ernest A. Gross⁹¹:

"Sin embargo, en lo que respecta a los tratados multilaterales del tipo a que hace referencia en su carta, este Gobierno considera que, en general, los tratados

⁸⁴ Rousseau, *op. cit.*, págs. 223 y 224.

⁸⁵ Fitzmaurice, *op. cit.*, págs. 308, 309 y 313.

⁸⁶ I. A. Shearer, *Starke's International Law* (Londres: Butterworths, 1994) (11ª edición), pág. 493.

⁸⁷ Delbrück, *op. cit.*, pág. 1370.

⁸⁸ Curti Gialdino, *op. cit.*, 1959, págs. 225 a 239.

⁸⁹ Véase el Memorando de la Secretaría, párrs. 49 y 50.

⁹⁰ Starke, *op. cit.*, at 409.

⁹¹ Véase Rank, *op. cit.*, pág. 343.

multilaterales de carácter no político en los que los Estados Unidos eran parte cuando intervinieron como beligerantes en la guerra y que este Gobierno no ha denunciado desde entonces de conformidad con sus disposiciones, siguen vigentes respecto de los Estados Unidos y que la existencia de un estado de guerra entre algunas de las partes en esos tratados no los abrogó *ipso facto*, aunque, se advierte que, como cuestión práctica, algunas de sus disposiciones podrían haber quedado sin efecto. Este Gobierno considera que el efecto de la guerra en esos tratados fue únicamente el de dar por terminada o suspender su ejecución entre beligerantes contrarios y que, de no haber razones especiales para otra opinión, continuaron en vigor entre los cobeligerantes, entre los beligerantes y las partes neutrales y entre las partes neutrales.

Este Gobierno considera que, con la entrada en vigor el 15 de septiembre de 1947 del tratado de paz con Italia, los tratados multilaterales de carácter no político que estaban en vigor entre los Estados Unidos e Italia en el momento en que comenzó un estado de guerra entre ambos países, y que ninguno de los dos Gobiernos ha denunciado desde entonces de conformidad con sus disposiciones, están ahora vigentes y se aplican de nuevo entre los Estados Unidos e Italia. El Gobierno de los Estados Unidos ha adoptado una posición análoga con respecto a Bulgaria, Hungría y Rumania ..."

52) La posición británica fue dada a conocer en una carta del Foreign Office de fecha 7 de enero de 1948, que decía lo siguiente⁹²:

⁹² *Ibíd.*, pág. 346. Véase también Fitzmaurice, *op. cit.*, págs. 308 y 309. Véase asimismo Oppenheim, *op. cit.*, págs. 304 a 306. Fitzmaurice examina la forma en que se utilizó la renovación u otros métodos para los tratados bilaterales, lo que implicaba un método de notificación, y señala: "La ventaja de una disposición de este tipo es que resuelve sin posibilidad de duda la posición con respecto a cada tratado bilateral que estaba vigente al estallar la guerra entre los anteriores Estados enemigos y cualquiera de las Potencias aliadas o asociadas, lo que no sería ciertamente el caso si no existiera tal disposición, habida cuenta de la considerable dificultad y confusión de que va envuelta la cuestión de los efectos de la guerra en los tratados, en especial los tratados bilaterales. Esta dificultad también se plantea con respecto a los tratados y convenciones multilaterales, pero es mucho menos grave, ya que en general resulta bastante evidente a la vista del tratado o convención multilateral de que se trate cuál habrá sido el efecto del estallido de la guerra a su respecto. En consecuencia, y teniendo en cuenta el gran número de

"Respondo... a su carta... en la que se pregunta por la condición jurídica de los tratados multilaterales de carácter técnico o no político y si el Gobierno de Su Majestad en el Reino Unido consideraba que esos tratados habían quedado terminados por la guerra, o simplemente suspendidos.

Observará que, en los tratados de paz con Italia, Finlandia, Rumania, Bulgaria y Hungría, no se hace mención de esos tratados, por haberse considerado en la Conferencia de Paz que no era necesaria disposición alguna al respecto, ya que, según el derecho internacional, esos tratados quedaban en principio simplemente suspendidos entre los beligerantes por la duración de la guerra y se reanudaban de manera automáticamente al restablecerse la paz. El Gobierno de Su Majestad no considera que las convenciones multilaterales caduquen *ipso facto* al estallar la guerra, y tal es especialmente el caso de las convenciones en que son partes Potencias neutrales. Ejemplos evidentes de esas convenciones son la Convención Internacional de Navegación Aérea, de 1919, y diversas convenciones postales y telegráficas. De hecho, la auténtica doctrina jurídica parecería ser la de que es únicamente la suspensión de las relaciones pacíficas normales entre los beligerantes la que hace imposible el cumplimiento de convenciones multilaterales en lo que los atañe, y surte el efecto de una suspensión temporal de esas convenciones entre los

convenciones multilaterales en las que los anteriores enemigos y las Potencias aliadas y asociadas eran partes (junto con otros Estados diversos, algunos de ellos neutrales o que no participaron de otro modo en las negociaciones de paz) y la dificultad que habría supuesto la formulación de disposiciones detalladas sobre todas esas convenciones, se decidió no decir nada sobre ellas en los tratados de paz y dejar que la cuestión se solucionara aplicando las normas básicas de derecho internacional. Sin embargo, es interesante observar que cuando esta cuestión fue examinada en la Comisión Jurídica de la Conferencia de Paz se hizo constar oficialmente y se consignó en las minutas la opinión de la Comisión de que, en general, las convenciones multilaterales entre beligerantes, especialmente las de carácter técnico, no se ven afectadas por el estallido de la guerra en lo que respecta a su existencia y continuación de su validez, aunque sea imposible durante el período de la guerra aplicarlas entre los beligerantes, o incluso en algunos casos entre beligerantes y neutrales, que pueden estar separados unos de otros por la línea de guerra; pero que, a lo sumo, queda suspendida la aplicación de esas convenciones y se reanudan automáticamente al restablecerse la paz, sin necesidad de una disposición especial a tal efecto. En realidad, la cuestión no es tan sencilla, incluso en relación con convenciones multilaterales, pero, en todo caso, ésta fue en general la base sobre la que se decidió no incluir disposiciones expresas sobre dicha cuestión en los Tratados de Paz."

beligerantes. Sin embargo, en algunos casos, como el Convenio de la Cruz Roja, el instrumento multilateral está concebido especialmente para ocuparse de las relaciones de las Potencias en guerra, y es evidente que tal instrumento continuaría en vigor y no quedaría suspendido.

En lo que respecta a las convenciones multilaterales en las que sólo los beligerantes son partes, si tienen carácter no político y técnico, el Gobierno de Su Majestad consideraría probablemente que quedaban suspendidas durante la guerra pero se reanudarían de modo automático al concluir ésta, salvo que se hubiesen dado específicamente por terminadas. Sin embargo, no se ha planteado todavía el caso en la práctica."

53) La posición de los Gobiernos alemán⁹³, italiano⁹⁴ y suizo⁹⁵ parece ser básicamente análoga en relación con la cuestión que nos ocupa. Sin embargo, la práctica de los Estados no es del todo coherente y se requieren ulteriores pruebas de ella y, especialmente, más práctica actual.

54) Las decisiones de los tribunales nacionales deben considerarse como una fuente problemática. En primer lugar, es habitual que esas decisiones dependan de la orientación explícita del ejecutivo. En segundo lugar, los tribunales nacionales tal vez recurran a elementos de política que no estén relacionados⁹⁶ directamente con los principios de derecho internacional. Como mínimo, cabe decir que la jurisprudencia nacional no es contraria al principio de la supervivencia. El principio general fue defendido en la decisión del Tribunal Supremo Civil de Escocia en el caso *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd.* (1976)⁹⁷.

⁹³ *Ibid.*, págs. 349 a 354.

⁹⁴ *Ibid.*, págs. 347 y 348.

⁹⁵ Véase *Répertoire suisse de droit international public*, págs. 186 a 191.

⁹⁶ Rank, *op. cit.*, págs. 511 y 533, Verzijl, *op. cit.*, vol. VI, págs. 387 a 391.

⁹⁷ *I.L.R.*, vol. 74, pág. 559, en la página 564.

55) Aunque no todas las fuentes coinciden, cabe recomendar que se reconozca que los tratados normativos pertenecen a una categoría que sobrevive al conflicto armado. Como cuestión de principio debería reconocerse así y hay una práctica de los Estados relativamente abundante que favorece el principio de la supervivencia.

- i) *Tratados relativos a la solución de controversias entre Estados por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la mediación, el arbitraje o la sumisión a la Corte Internacional de Justicia*

56) Esta categoría no ocupa un lugar destacado en las obras científicas y probablemente se supone que se fusiona en cierto grado con la categoría de tratados multilaterales que establecen un régimen internacional. Sin embargo, algunos autores reconocen explícitamente la continua validez de los tratados que establecen un mecanismo para la solución pacífica de controversias internacionales⁹⁸. De conformidad con este principio, se aplicaron los acuerdos especiales concertados antes de la primera guerra mundial para proceder a los arbitrajes correspondientes después de la guerra.

- j) *Tratados relativos al arbitraje comercial*

57) Como cuestión de principio y de política sensata, el principio de la supervivencia debe aplicarse a las obligaciones derivadas de convenciones multilaterales relativas al arbitraje y la ejecución de laudos arbitrales. En el caso *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd.*, el Tribunal Supremo Civil de Escocia sostuvo que esos tratados habían sobrevivido a la segunda guerra mundial y no estaban comprendidos en el Tratado de Paz con Rumania de 1947⁹⁹. Los acuerdos correspondientes eran el Protocolo sobre cláusulas de arbitraje, firmado el 24 de septiembre de 1923, y el Convenio para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de fecha 26 de septiembre de 1927. El Tribunal calificó los instrumentos de "tratados normativos multipartitos". En 1971, el Tribunal de Casación de Italia (en sesión conjunta) sostuvo que la Convención sobre

⁹⁸ Véase Stuart Hull McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States* (La Haya: Martinus Nijhoff, 1958), págs. 74 a 86; y McNair, *op. cit.*, 1961, pág. 720. Véase también Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (Nueva York: The Macmillan Company, 1943).

⁹⁹ *I.L.R.*, vol. 74, pág. 559, en la página 564.

cláusulas de arbitraje comercial, de 1923, continuaba en vigor pese a la declaración de guerra de Italia a Francia, habiendo quedado tan sólo suspendida su aplicación hasta el cese de las hostilidades¹⁰⁰.

58) Parecería justificarse el reconocimiento de esta categoría de tratados, y también existen vinculaciones con otras categorías de tratados, incluidos los tratados normativos multilaterales.

59) Hay una analogía importante con la cuestión de los efectos del estallido de las hostilidades sobre una cláusula que prevea el arbitraje con arreglo al Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio. En el caso *Dalmia Cement Ltd. c. National Bank of Pakistan*, el Árbitro Único, Profesor Pierre Lalive, refiriéndose a las hostilidades que tuvieron lugar entre la India y el Pakistán en septiembre de 1965, adoptó la siguiente decisión:

"68. En conclusión, no tengo duda alguna de que, cuando el demandante presentó a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional una solicitud de arbitraje, existía entre las partes un acuerdo válido y vinculante para proceder al arbitraje con arreglo al Reglamento de la CCI, aun suponiendo que hubiera habido un estado de guerra entre la India y el Pakistán."¹⁰¹

¹⁰⁰ *Lanificio Branditex c. Società Azais e Vidal*, ibíd., vol. 71, pág. 595. Véase también la decisión de Suiza relativa al Protocolo sobre cláusulas de arbitraje: *Telefunken c. N. V. Philips*, I.L.R., vol. 19, pág. 557 (Tribunal Federal).

¹⁰¹ I.L.R., vol. 67, pág. 611, en la página 629; laudo de 18 de diciembre de 1967. Dijo también: "Así pues, no es necesario examinar si el sometimiento a arbitraje supone "relaciones" con un "enemigo" y si las autoridades citadas en apoyo de esta alegación son pertinentes únicamente para los arbitrajes "ingleses" o locales, sino también para los arbitrajes internacionales con arreglo al Reglamento de la CCI. Sería igualmente superfluo examinar la cuestión de si las partes previeron, o pudieron prever, al aceptar la cláusula de arbitraje, la posibilidad de que pudiera surgir, o surgiera, un "estado de guerra" o de conflicto armado sin llegar a la guerra, entre el Pakistán y la India.

Por estas razones,

El infrascrito Árbitro

k) *Tratados relativos a las relaciones diplomáticas*

60) Hay razones fundadas para incluir los tratados relativos a las relaciones diplomáticas en la categoría de acuerdos que no quedan necesariamente terminados o suspendidos en caso de conflicto armado. Aun cuando la experiencia no está bien documentada, no es infrecuente que las embajadas permanezcan abiertas en tiempo de conflicto armado. En cualquier caso, las disposiciones expresas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas indican que dicho instrumento es aplicable en tiempo de conflicto armado. De este modo, el artículo 24 dispone que los archivos y documentos de la misión son "siempre" inviolables, y se añadió esta palabra durante la Conferencia de Viena para poner en claro que la inviolabilidad continuaba en caso de conflicto armado¹⁰². En otras disposiciones se utiliza la expresión "aun en caso de conflicto armado", por ejemplo en el artículo 44 relativo a las facilidades para la salida. El artículo 45 reviste especial interés y dispone lo siguiente:

"En caso de ruptura de las relaciones diplomáticas entre dos Estados, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal:

- a) El Estado receptor estará obligado a respetar y a proteger, aun en caso de conflicto armado, los locales de la misión, así como sus bienes y archivos;
- b) El Estado acreditante podrá confiar la custodia de los locales de la misión, así como de sus bienes y archivos, a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor;
- c) El Estado acreditante podrá confiar la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor."

Considera que el procedimiento de arbitraje entablado por el demandante entra en la competencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio y que el Árbitro tiene competencia para resolver la controversia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 13 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la CCI."

¹⁰² Véase Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Oxford: Clarendon Press, 1998), segunda edición, 1998, pág. 160.

61) El principio de supervivencia está reconocido por algunos comentaristas¹⁰³.

El carácter específico del régimen reflejado en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas fue descrito en términos categóricos por la Corte Internacional en el caso *Sobre el personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*. En palabras de la Corte¹⁰⁴:

"En resumidas cuentas las normas del derecho diplomático constituyen un régimen autónomo, que, por una parte, establece las obligaciones del Estado receptor en lo que respecta a las facilidades, privilegios e inmunidades que han de concederse a las misiones diplomáticas y, por otra, prevé su posible abuso por los miembros de la misión y especifica los medios de que dispone el Estado receptor para contrarrestar cualquier abuso de este tipo. Esos medios son, por su propia naturaleza, enteramente eficaces, ya que, a menos que el Estado acreditante retire en el acto al miembro de la misión contra el que se han formulado objeciones, la perspectiva de una pérdida casi inmediata de sus privilegios e inmunidades, como consecuencia de la retirada por el Estado receptor de su reconocimiento en cuanto miembro de la misión, obligará en la práctica a esa persona, por su propio interés, a abandonar el país sin demora. Pero el principio de la inviolabilidad de la persona de los agentes diplomáticos y de los locales de las misiones diplomáticas es uno de los pilares mismos de este régimen establecido desde hace tanto tiempo, a cuya evolución las tradiciones del islam han aportado una contribución sustancial. Además, el carácter fundamental del principio de inviolabilidad está fuertemente destacado en las disposiciones de los artículos 44 y 45 de la Convención de 1961 (véanse también los artículos 26 y 27 de la Convención de 1963). Incluso en el caso de un conflicto armado o de ruptura de las relaciones diplomáticas, esas disposiciones requieren que el Estado receptor respete tanto la inviolabilidad de los miembros de una misión diplomática como la de los locales, bienes y archivos de la misión."

¹⁰³ Véase por ejemplo Chinkin, *op. cit.*, pág. 177, en las páginas 194 y 195. Véase también el Memorando de la Secretaría, párr. 36.

¹⁰⁴ *I.C.J. Reports*, 1980, pág. 3, en la página 40, párr. 86.

62) La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, estaba en vigor tanto para el Irán como para los Estados Unidos. En cualquier caso, la Corte puso razonablemente en claro que el derecho aplicable incluía "las normas aplicables del derecho internacional general" y que la Convención constituía una codificación de ese derecho¹⁰⁵.

1) *Tratados relativos a las relaciones consulares*

63) Como en el caso de los tratados relativos a las relaciones diplomáticas, también en el caso de los tratados relativos a las relaciones consulares hay razones fundadas para incluir esos tratados en la categoría de acuerdos que no quedan necesariamente terminados o suspendidos en caso de conflicto armado. Se reconoce ampliamente que las relaciones consulares pueden continuar incluso en caso de guerra o de ruptura de relaciones diplomáticas¹⁰⁶. Las disposiciones expresas de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares indican que se aplica en tiempo de conflicto armado. De este modo, el artículo 26 dispone que las facilidades que ha de otorgar el Estado receptor a los miembros de la oficina consular, y demás personas, para su salida, se darán "aun en caso de conflicto armado". Y el artículo 27 dispone que el Estado receptor "incluso en caso de conflicto armado" respetará y protegerá los locales consulares. El principio de la supervivencia es reconocido por Chinkin¹⁰⁷.

64) La Corte Internacional de Justicia, en su fallo en el caso *Sobre el personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* hizo hincapié en el carácter especial de las dos Convenciones de Viena de 1961 y 1963.

65) La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares estaba en vigor tanto para el Irán como para los Estados Unidos. Además, la Corte reconoció que la Convención

¹⁰⁵ *I.C.J. Reports*, 1980, pág. 24, párr. 45; pág. 41, párr. 90 y (en la parte dispositiva), pág. 44, párr. 95.

¹⁰⁶ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 1991), segunda edición, pág. 111.

¹⁰⁷ Chinkin, *op. cit.*, pág. 177, en las páginas 194 y 195. Véase también el Memorando de la Secretaría, parr. 36.

constituía una codificación del derecho y puso razonablemente en claro que el derecho aplicable incluía "las normas aplicables del derecho internacional general"¹⁰⁸.

66) La práctica de los Estados en relación con las disposiciones consulares en los tratados bilaterales no es muy coherente¹⁰⁹. Se necesita más información, ante todo sobre la práctica reciente.

Artículo 6

Celebración de tratados durante un conflicto armado

1. El estallido de un conflicto armado no afecta a la capacidad de un Estado parte en el conflicto para celebrar tratados de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

2. Los Estados podrán celebrar acuerdos lícitos que impliquen la terminación de un tratado en vigor entre ellos, la suspensión de su aplicación, en situaciones de conflicto armado.

Comentario

1) Los proyectos de artículo 6 y 7 deben leerse como secuencia. Se han incluido para preservar el principio *pacta sunt servanda*, y se ajustan a la idea fundamental del proyecto de artículos, que es tratar de garantizar la seguridad jurídica y la continuidad de los tratados. Estos dos proyectos de artículo reflejan el hecho de que los Estados, en tiempo de conflicto armado, pueden seguir manteniendo relaciones entre sí.

2) El párrafo 1 del proyecto de artículo 6 recoge la proposición básica de que un conflicto armado no afecta a la capacidad de un Estado parte en el conflicto para celebrar tratados.

¹⁰⁸ *I.C.J. Reports*, 1980, pág. 24, párr. 45; pág. 41, párr. 90 y (en la parte dispositiva), pág. 44, párr. 95.

¹⁰⁹ Véase Rank, *op. cit.*, págs. 341 a 355; y McIntyre, *op. cit.*, págs. 191 a 199.

3) Aunque, desde un punto de vista técnico, la disposición trata del efecto de los conflictos armados en la capacidad de los Estados para celebrar acuerdos, en contraposición al tratado mismo, se ha considerado útil sin embargo mantener el párrafo en el proyecto de artículos. La disposición se ha perfeccionado para indicar la capacidad de "un Estado parte en el conflicto", a fin de indicar que puede haber sólo un Estado parte en el conflicto armado, como en los casos de conflictos armados internos.

4) El párrafo 2 se ocupa de la práctica de los Estados partes en un conflicto armado de convenir expresamente durante el conflicto armado suspender o poner fin a un tratado vigente entre ellos en ese momento. Como ha observado McNair: "No existe ninguna imposibilidad jurídica intrínseca... para la constitución de obligaciones contractuales entre dos partes beligerantes enfrentadas durante la guerra"¹¹⁰. Acuerdos de ese tipo se han celebrado en la práctica y varios autores han mencionado los casos pertinentes. Haciéndose eco hasta cierto punto de McNair, Sir Gerald Fitzmaurice observó en sus conferencias de La Haya:

"Repito que no existe ninguna imposibilidad intrínseca de que se celebren efectivamente tratados entre dos beligerantes en el curso de una guerra. Esto es de hecho lo que ocurre cuando, por ejemplo, se celebra un acuerdo de armisticio entre beligerantes. También ocurre cuando los beligerantes concluyen acuerdos especiales para el intercambio de personal, o para conceder un salvoconducto al personal enemigo a través de su territorio, etc. Estos acuerdos tal vez hayan de ser celebrados por intermediación de un tercer Estado neutral o de una Potencia protectora, pero una vez celebrados, son acuerdos internacionales válidos y vinculantes."¹¹¹

Artículo 7

Disposiciones expresas sobre la aplicación de los tratados

Los tratados que lo dispongan expresamente continuarán aplicándose en situaciones de conflicto armado.

¹¹⁰ McNair, *The Law of Treaties*, *op. cit.*, pág. 696.

¹¹¹ *Recueil des Cours*, ... vol. 73 (1948, II), pág. 309.

Comentario

- 1) Para complementar el proyecto de artículo 6, el proyecto de artículo 7 trata de otra posibilidad, que es la de que los tratados dispongan expresamente que continuarán aplicándose en situaciones de conflicto armado. Sienta la norma general de que, cuando el tratado lo prevea, seguirá aplicándose en situaciones de conflicto armado. El proyecto de artículo se basa en un cuerpo sustancial de doctrina y práctica que reconoce la celebración de acuerdos legítimos incluso en situaciones de conflicto armado.
- 2) La redacción del proyecto de artículo 7 se centra en que la "operatividad" de los tipos de tratados que se examinan no se verá afectada por un conflicto. Inicialmente, la disposición mencionaba la "vigencia" del tratado. Se hicieron algunas propuestas para que hiciera referencia, en lugar de a la continuación, al "cumplimiento" o la "aplicación". Se decidió adoptar esta última opción, porque se estimó que el acento debía estar no en si el tratado seguiría en vigor o sería potencialmente aplicable, sino en si seguiría aplicándose realmente en el contexto de un conflicto armado.
- 3) Se debatió si debía mantenerse el término "expresamente". Se opinó que era innecesariamente limitador, puesto que había tratados que, aunque no lo previeran expresamente, seguían cumpliéndose por implicación. No obstante, en definitiva, se decidió mantener una formulación más estricta, que abarcaría claramente los tratados que contuvieran esas disposiciones expresas y dejaría que los tratados con la implicación necesaria siguieran aplicándose por efecto de los proyectos de artículo 4 y 5.
- 4) Desde un punto de vista estricto, este proyecto de artículo puede parecer redundante, pero se reconoció en general que la disposición se justificaba por razones de claridad de exposición.

Artículo 8

Notificación de terminación, retiro o suspensión

1. Un Estado participante en un conflicto armado que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte, retirarse de él o suspender su

aplicación deberá notificar esa intención ya sea al otro Estado parte o los otros Estados partes en el tratado, o al depositario del tratado.

2. La notificación surtirá efecto cuando haya sido recibida por el otro Estado parte o los otros Estados partes.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará al derecho de una parte a formular objeciones, conforme a lo dispuesto en el tratado o las normas aplicables del derecho internacional, a la terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de un tratado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 8 establece la obligación básica de la notificación de terminación, retiro o suspensión. El texto se basa en el artículo 65 de la Convención de Viena, aunque racionalizado y ajustado en el contexto de los conflictos armados.

La intención que inspira el proyecto de artículo es establecer una obligación básica de notificación, sin dejar de reconocer el derecho de otro Estado parte en el tratado a formular una objeción, pero sin ir más lejos. En otras palabras, en esas situaciones habría una controversia que quedaría por resolver, al menos mientras durase el conflicto.

Se reconoció que no sería viable mantener un equivalente pleno del artículo 65, ya que no sería realista tratar de imponer un régimen de arreglo pacífico de controversias para la terminación, retiro o suspensión de tratados en el contexto de un conflicto armado.

2) En el párrafo 1, el texto se ha ajustado al de la Convención de Viena, sustituyendo "desea" por "tenga la intención", y añadiendo las palabras "esa intención" a fin de especificar cuál es el objeto de la notificación. Se debatió también la posibilidad de utilizar la expresión "su pretensión", que es la que utiliza la Convención de Viena, pero se decidió no hacerlo, a fin de distinguir más claramente el procedimiento actual del utilizado en el artículo 65 de esa Convención.

3) En cuanto a las palabras "o a su depositario", hubo propuestas de cambiarlas por "y al depositario", o suprimir la referencia a "otros Estados". Sin embargo, finalmente se utilizó la fórmula "o al depositario", en el sentido inicialmente propuesto, ya que es

función del depositario notificar a las partes. En consecuencia, en el párrafo 1 debe preverse la posibilidad de notificar a los Estados partes o al depositario. No obstante, en cuanto al efecto de la notificación, lo importante es el momento en que el otro Estado parte o los otros Estados partes reciben la notificación, y no el momento en que la recibe el depositario. Por ello, en el párrafo 2 no se menciona a éste.

4) Sobre la formulación del párrafo 2, se sometió a examen una propuesta para especificar que es la "terminación, suspensión o retiro" la que surte efecto al recibir la notificación. Sin embargo, se decidió mantener únicamente la referencia al efecto de la "notificación", porque adoptar la enmienda propuesta habría tenido el efecto de indicar que la terminación, suspensión o retiro se produciría inmediatamente después de recibir la notificación, cuando el párrafo 3 prevé que una parte en un tratado conserva su derecho a oponerse a la terminación.

5) La intención del párrafo 3 es preservar el derecho que puede existir en virtud de un tratado o del derecho internacional general a oponerse a la terminación, suspensión o retiro del tratado. Por ello, la objeción es a la intención de terminar, suspender o retirarse de un tratado, que se comunicará mediante la notificación prevista en el artículo 1.

Artículo 9

Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado

La terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de un tratado, como consecuencia de un conflicto armado, no menoscabarán en absoluto el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sujeto en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado.

Comentario

1) Los proyectos de artículo 9 a 11 tratan de establecer un régimen modificado, siguiendo el modelo de los artículos 43 a 45 de la Convención de Viena. El proyecto de artículo 9 hunde sus raíces en el artículo 43 de la Convención de Viena. Su propósito es

preservar el requisito del cumplimiento de una obligación de derecho internacional general cuando esa misma obligación figura en un tratado que ha sido terminado o suspendido, o del que se ha retirado el Estado parte como consecuencia de un conflicto armado. Se ha añadido este último aspecto, es decir, la vinculación con el conflicto armado, a fin de situar la disposición en su contexto adecuado a los fines del presente proyecto de artículos.

2) El principio establecido en este proyecto de artículo parece obvio, ya que el derecho internacional consuetudinario sigue aplicándose al margen de las obligaciones del tratado. En su famoso pronunciamiento en el asunto *Nicaragua*, la Corte Internacional de Justicia dijo:

"El hecho de que los principios [del derecho internacional general y consuetudinario], reconocidos como tales, se codifiquen o incorporen en convenciones multilaterales no quiere decir que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso con respecto a países que son partes en esas convenciones."¹¹²

Artículo 10

Divisibilidad de las disposiciones de un tratado

La terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de un conflicto armado surtirá efecto con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa al respecto, excepto cuando:

a) El tratado contenga cláusulas que sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

¹¹² Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (competencia de la Corte y admisibilidad de la solicitud), fallo de 26 de noviembre de 1984, *I.C.J. Reports* 1984, párr. 73; véase también la opinión disidente del magistrado Morell en los asuntos *Plataforma continental del mar del Norte*, *I.C.J. Reports* 1969, en la página 198.

- b) Se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y
- c) La continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 10 trata de la posibilidad de dividir las disposiciones de tratados afectados por un conflicto armado.
- 2) Hubo alguna preocupación por que la versión inicial del encabezamiento, que se basaba en su contraparte del artículo 44 de la Convención de Viena, pudiera dar la impresión de que la norma por defecto era que el tratado entero terminaría o quedaría en suspenso a menos que hubiera motivos para separar sus disposiciones. Se señaló que la cuestión relativa al efecto del conflicto armado era diferente de la prevista en la Convención de Viena, en el sentido de que la práctica indicaba que el efecto de un conflicto armado en algunos tratados era sólo parcial. De otro modo, se sugeriría que el efecto se producía siempre en todo el tratado. Se decidió mantener el proyecto de artículo 10, pero ocuparse de la cuestión formulando de nuevo el encabezamiento a fin de no subrayar ya la preexistencia de un derecho en el tratado a terminarlo, retirarse de él o suspenderlo.
- 3) Los apartados a) a c) reproducen literalmente el texto de sus equivalentes en el artículo 44 de la Convención de Viena.

Artículo 11

Pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

Un Estado no podrá ya dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si:

- a) Ha convenido expresamente en que el tratado permanece en vigor o continúa en aplicación, o

b) Se ha comportado de tal manera que puede considerarse que ha dado su aquiescencia a la continuación en vigor o en aplicación del tratado.

Comentario

El proyecto de artículo 11 se basa en la disposición equivalente de la Convención de Viena, es decir, el artículo 45. Esta disposición se ocupa de la pérdida del derecho a terminar, retirarse o suspender la aplicación de un tratado. A fin de proporcionar el contexto de un conflicto armado, se ha añadido en el encabezamiento la referencia apropiada.

Artículo 12

Reanudación de la aplicación de tratados cuya aplicación ha sido suspendida

La reanudación de la aplicación de un tratado que haya sido suspendida como consecuencia de un conflicto armado se determinará de conformidad con los indicios a que se refiere el proyecto de artículo 4.

Comentario

- 1) Este proyecto de artículo constituye otro desarrollo del proyecto de artículo 4, y trata de la reanudación de los tratados suspendidos a consecuencia de un conflicto armado. Los indicios que menciona el proyecto de artículo 4 son también pertinentes para la aplicación de este proyecto de artículo. Por ello, podrán tenerse en cuenta los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como la naturaleza y el alcance del conflicto armado, el efecto del conflicto armado en el tratado, la materia del tratado y el número de partes en el tratado
- 2) La cuestión de cuándo se reanudará un tratado debería resolverse caso por caso.

Artículo 13

Efecto del ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva en un tratado

Un Estado que ejerza su derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas puede suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio de ese derecho, sin perjuicio de las consecuencias resultantes de la posterior calificación de ese Estado como agresor por el Consejo de Seguridad.

Comentario

1) El proyecto de artículo 13 es el primero de tres artículos basados en la resolución pertinente del Instituto de Derecho Internacional, adoptada en el período de sesiones de Helsinki en 1985. El proyecto de artículo 13 refleja la necesidad de un claro reconocimiento de que el proyecto de artículos no creaba ventajas para un Estado agresor. La misma norma imperativa se refleja por consiguiente en los proyectos de artículos 14 y 15. El texto es una versión modificada del artículo 7 de la resolución del Instituto de Derecho Internacional¹¹³.

2) Este proyecto de artículo comprende la situación en que un Estado ejerza su derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Ese Estado podrá suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio de ese derecho. El proyecto de artículo debe entenderse en el marco de la aplicación del régimen de la Carta de las Naciones Unidas, tal como se expone en los proyectos de artículos 14 y 15.

¹¹³ El artículo 7 de la resolución del Instituto dice así:

"El Estado que ejerza su derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas tiene derecho a dejar en suspenso total o parcialmente la aplicación de un tratado incompatible con el ejercicio de ese derecho, a reserva de las consecuencias resultantes de la posterior calificación de ese Estado por el Consejo de Seguridad como agresor."

Artículo 14

Decisiones del Consejo de Seguridad

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con las disposiciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 14 trata de preservar los efectos jurídicos de las decisiones del Consejo de Seguridad, adoptadas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Cumple la misma función que el artículo 8 de la resolución de 1985 del Instituto de Derecho Internacional¹¹⁴. La Comisión prefirió el enfoque de presentar la disposición en forma de cláusula "sin perjuicio", en lugar de la formulación adoptada por el Instituto, que está redactada en términos más afirmativos.
- 2) Algunos miembros se mostraron favorables a la supresión de la referencia a "las disposiciones del Capítulo VII", a fin de reflejar la posibilidad de que el Consejo pudiera tomar decisiones en virtud de otros capítulos de la Carta. Sin embargo, se ha mantenido la referencia al Capítulo VII, porque el contexto del proyecto de artículos es el de los conflictos armados.
- 3) En virtud del Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en caso de conflicto entre las obligaciones en virtud de la Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la Carta. Además de los derechos y obligaciones contenidos en la propia Carta, el Artículo 103 abarca las decisiones vinculantes de los órganos de las Naciones Unidas.

¹¹⁴ El artículo 8 de la resolución del Instituto dice así:

"El Estado que cumpla una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con respecto a las medidas relativas a amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión dará por terminada o suspenderá la aplicación de un tratado que sea incompatible con esa resolución."

En particular, la primacía de las decisiones del Consejo de Seguridad en virtud del Artículo 103 ha sido ampliamente aceptada, tanto en la práctica como en la doctrina¹¹⁵.

4) El proyecto de artículo 14 deja abiertas diversas cuestiones que pueden deducirse como consecuencia del Artículo 103.

Artículo 15

Prohibición de favorecer a un Estado agresor

Un Estado que cometa una agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no dará por terminado un tratado, se retirará de él ni suspenderá su aplicación como consecuencia de un conflicto armado si ello debiera tener por efecto favorecer a ese Estado.

Comentario

1) El proyecto de artículo 15 prohíbe a un agresor beneficiarse de la posibilidad de terminación, retiro o suspensión de un tratado como consecuencia del conflicto armado que ha provocado. La redacción de la disposición se basa en el texto del artículo 9 de la resolución del Instituto¹¹⁶, con algunos ajustes, especialmente para incluir la posibilidad de retirarse de un tratado y para especificar que los tratados a que se refiere son los que son objeto de terminación, retiro o suspensión como consecuencia del conflicto armado de que se trate.

2) El título del proyecto de artículo subraya que la disposición no se ocupa tanto de la cuestión de la comisión de la agresión como de los posibles beneficios que pudiera

¹¹⁵ Véase en particular el estudio analítico del Grupo de Estudio de la Comisión sobre fragmentación del derecho internacional (A/CN.4/L.682), párrs. 328 a 340.

¹¹⁶ El artículo 9 de la resolución del Instituto dice así:

"El Estado que cometa agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no dará por terminada ni suspenderá la aplicación de un tratado si ello tuviera como efecto beneficiar a ese Estado."

obtener el Estado agresor del conflicto armado de que se trate de la terminación, retiro o suspensión de un tratado.

Artículo 16

Derechos y obligaciones dimanantes del derecho de la neutralidad

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados dimanantes del derecho de la neutralidad.

Comentario

El proyecto de artículo 16 es otra cláusula "sin perjuicio", que en este caso trata de preservar los derechos y obligaciones de los Estados derivados de las leyes de la neutralidad. Esta redacción se ha preferido a una referencia anterior más específica a la "condición de terceros Estados en calidad de neutrales". Se estimó que la referencia a "neutrales" era imprecisa, desde el punto de vista de la redacción, y no resultaba claro si se refería a una neutralidad oficial o a una simple no beligerancia. La nueva formulación hace que la disposición sea más una cláusula de salvaguardia.

Artículo 17

Otros casos de terminación, retiro o suspensión

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la terminación de tratados, el retiro de una de las partes o la suspensión su aplicación como consecuencia, entre otras cosas:

- a) Del acuerdo de las partes;
- b) De una violación grave;
- c) De la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento; o
- d) De un cambio fundamental en las circunstancias.

Comentario

- 1) El proyecto de artículo 17 preserva la posibilidad de terminación, retiro o suspensión de los tratados derivada de la aplicación de otras normas de derecho internacional, en el caso de los cuatro ejemplos que enumera en los párrafos a) a d), por aplicación de la Convención de Viena, en particular sus artículos 54 a 62. La referencia a "otros" en el título tiene por objeto indicar que esos motivos son adicionales a los del presente proyecto de artículos. Las palabras "entre otras cosas" al final del encabezamiento tratan de aclarar que los párrafos a) a d) constituyen una lista indicativa.
- 2) Aunque puede decirse que esta reserva declara algo evidente, se consideró que la aclaración era útil.

Artículo 18

Reanudación de las relaciones convencionales después de un conflicto armado

El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio del derecho de los Estados partes en un conflicto armado de regular, después del conflicto, sobre la base de un acuerdo, el restablecimiento de la vigencia de los tratados que se hubieren dado por terminados o cuya aplicación se hubiere suspendido de resultas del conflicto armado.

Comentario

- 1) Esta reserva tiene el objeto específico de tratar la situación en que la condición de los acuerdos "anteriores a la guerra" es ambigua y es necesario proceder a una evaluación general de la situación de los tratados. Dicha evaluación puede suponer, en la práctica, la reanudación de los tratados cuya condición era ambigua o que habían sido considerados terminados o suspendidos como consecuencia de un conflicto armado. El proyecto de artículos no afecta a los acuerdos específicos que regulen la reanudación de esos tratados por una o por ambas partes.
- 2) El proyecto de artículos aclara que el derecho de que se trata es el de los "Estados" partes en el conflicto.
