

EFFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS

[Tema 4 del programa]

DOCUMENTO A/CN.4/645

Nota relativa al proyecto de artículo 5 y al anexo del proyecto de artículos, del Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial

[Original: francés]
[18 de mayo de 2011]

ÍNDICE

	Párrafos	Página
A. Introducción.....	1-4	187
B. Dificultades inherentes al contenido del anexo.....	5-9	188
C. Camino a seguir	10-13	188

A. Introducción

1. En el 62.º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, en 2010, el Comité de Redacción había dejado en suspenso la cuestión relativa a la lista de categorías de tratados cuya «materia» sugiere que el tratado muestra una probabilidad muy alta de aplicabilidad¹. En la presente nota, el Relator Especial desea hacer algunas observaciones y sugerencias al respecto.

2. En cuanto a la suerte del actual proyecto de artículo 5 y el anexo del proyecto de artículos, se pueden contemplar varias soluciones. Una primera solución, propugnada inicialmente por el anterior Relator Especial, sería incorporar la lista al proyecto de artículos como artículo 7.2. También se podría colocar la lista con los comentarios respectivos al final del proyecto de artículos². Así se hizo en la versión de 2008 del proyecto. Una tercera solución sería incorporar la lista, con los comentarios respectivos, al artículo 5. Una cuarta solución, por último, sería anejarla al artículo 5.

3. Indudablemente, las dos últimas soluciones son las más atractivas y ajustadas a la realidad. El Relator Especial se inclina a favor de la cuarta solución, como ya lo indicó en su primer informe³, y su preferencia obedece a

¹ El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina. Memorando de la Secretaría, *Anuario... 2005*, vol. II (primera parte) (Adición), documento A/CN.4/550, párrs. 18 a 36.

² Tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, del Sr. Ian Brownlie, *Anuario... 2007*, vol. II (primera parte), pág. 57, documento A/CN.4/578.

³ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párrs. 52 a 70.

varias razones. Primero, hay una práctica relativamente importante en relación con el tema, circunstancia que, de por sí, justifica que se la tenga en cuenta de otro modo que simplemente en un anexo del proyecto de artículos. Segundo, anexar la lista al artículo 5 facilita la aplicación de esa disposición. Esta última hace hincapié en el criterio de la materia del tratado que puede implicar su continuidad, sin por ello establecer una presunción irrefutable; o, como se indica en el memorando de la Secretaría, la lista abarca las categorías de tratados que muestran «una probabilidad muy alta de aplicabilidad»⁴. Esta probabilidad exige, por otra parte, que se la matice, sobre todo debido a que, a veces, la materia del tratado no coincide con su título, lo que significa que puede haber tratados, que nominalmente pertenezcan a una de las categorías que figuran en la lista, pero que, en realidad, no formen parte de ella; es preferible, pues, decir que la lista es «indicativa». A veces, también, un tratado que reúne concretamente las condiciones para figurar en la lista contiene disposiciones que no guardan relación con la categoría correspondiente y que, por lo tanto, no se benefician de la probabilidad que la lista implica.

4. La solución que se acaba de preconizar es una solución de avenencia en relación con las demás posibilidades. Durante los debates en el plenario de la Comisión en 2010, esta solución parece haber recogido una mayoría sustancial, una razón más para preferirla, incluso si el contenido de la lista y/o los comentarios que la han acompañado requirieran ajustes. Una tercera razón es la mencionada por el actual Relator Especial en su primer informe, a saber, que esta solución entraña un grado de

⁴ Memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), resumen.

obligatoriedad superior a la solución consistente en incorporar la lista al comentario del artículo 5⁵.

B. Dificultades inherentes al contenido del anexo

5. En el párrafo 3 *supra* se expone la dificultad que se puede derivar de que el título de un tratado no coincida —o no coincida totalmente— con su materia. Va de suyo que la caracterización del tratado, esto es, la operación que consiste en determinar si se puede subsumir en una u otra categoría, se debe efectuar en función de la materia real del tratado y sus cláusulas. Esa operación puede, por otra parte, poner de manifiesto que ciertas disposiciones convencionales entran en una u otra de las categorías de la lista, en tanto otras disposiciones no están comprendidas en ninguna de ellas. Esa diversidad se puede tener en cuenta, en cierta medida, mediante la divisibilidad de los tratados contemplada en el artículo 10 del proyecto de artículos.

6. Otra dificultad radica en que, junto con los conflictos armados internacionales, el proyecto aspira a regular los efectos de los conflictos internos sobre los tratados. Hay quienes critican esa ambición y estiman que no se hubiera debido incursionar en ese terreno o que habría que haberlo hecho de manera distinta. Sin embargo, se ha objetado, a ese respecto, que los problemas causados por los conflictos no internacionales, en la actualidad tienen más importancia que los derivados de los conflictos armados internacionales, y que sería lamentable que la Comisión no los tuviera en cuenta. Es cierto, sin embargo, como lo señala Graham, que «[e]l problema del efecto de una revolución [*sic*] en los tratados [...] no se ha debatido suficientemente [...] a ese respecto, sigue habiendo un vacío en el derecho internacional»⁶. Incluso si no hubiera un vacío jurídico, contrariamente a lo que afirma Graham, habría, en todo caso, una práctica exigua y difícil de determinar. Dicho esto, aunque no hay perjuicio en ampliar el ámbito de aplicación del proyecto a ese tipo de situaciones; debemos advertir que, al hacerlo, se introducirá en el proyecto de artículos un componente importante de desarrollo del derecho internacional, más que de codificación.

7. La cuestión de la aplicabilidad continua de los tratados se examina, a veces, sin prestar atención a la cuestión relativa a saber si lo que se ha planteado es realmente un conflicto armado, internacional o no internacional. Así ocurrió, por ejemplo, durante la suspensión de todos los tratados bilaterales por los Países Bajos con ocasión de la lucha civil en Suriname en 1982⁷. En el caso *Plates-formes pétrolières* la CIJ declaró que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 1955 entre los Estados Unidos y el Irán [República Islámica del] había continuado en vigor y podía servir de fundamento para su competencia⁸, pero cabe preguntarse si

había habido verdaderamente un conflicto armado entre ambos países. En el caso *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ admitió la subsistencia del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos de América y la República de Nicaragua⁹, y dicha subsistencia se había confirmado por el hecho de que los Estados Unidos seguidamente lo habían denunciado conforme al procedimiento previsto en el tratado¹⁰. Cabe, sin embargo, preguntarse si había habido verdaderamente un conflicto armado entre ambos Estados. En muchos casos, pues, habrá que preguntarse qué elemento ha hecho surgir el problema de la subsistencia de un acuerdo: si se ha tratado en verdad de un conflicto armado o si, por el contrario, ha habido otros motivos de terminación o suspensión (por ejemplo, la imposibilidad temporaria o definitiva de aplicación o un cambio fundamental en las circunstancias).

8. Otra dificultad, a tenor de la práctica y la doctrina clásicas, era esencialmente la de saber si un tratado (o las partes en un tratado) subsistía o caducaba automáticamente en caso de conflicto armado internacional. En la actualidad, la falta de continuidad de un tratado puede asumir dos formas: la derogación o la simple suspensión, una consecuencia mucho menos dramática del estallido de un conflicto armado que facilita el retorno al *statu quo* ante el fin del conflicto.

9. A estos problemas, en particular el de establecer el ámbito de aplicación preciso de la doctrina y la práctica existente y el de saber cómo conviene apreciar su valor, se añade la cuestión de la forma en que se han presentado estos elementos; se han sustentado en la doctrina y, en cuanto a la práctica, se han basado en la de los países de habla inglesa (los Estados Unidos y el Reino Unido). Los miembros de la Comisión criticaron esa presentación e invitaron al Relator Especial a que incluyera elementos suplementarios, en particular judiciales, y a que lo hiciera de modo que, en los comentarios de los artículos pertinentes, se eliminara el desequilibrio señalado.

C. Camino a seguir

10. En la redacción de los comentarios, el Relator Especial se acogerá a dicha invitación en la medida de lo posible, en particular relativizando el papel de la doctrina. Aunque esta última solo es (o debería ser) el reflejo, la sistematización y la síntesis de la práctica, muchas veces plasma principalmente las opiniones y preferencias personales de los autores. Con todo, no se puede hacer total abstracción de la doctrina, dado el papel que desempeña en el ámbito abarcado por el proyecto de artículos.

11. Con el concurso de la Secretaría y de algunos colegas, el Relator Especial procederá a realizar una

⁵ *Anuario...* 2010, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párr. 64.

⁶ A. M. Graham, «The Effects of Domestic Hostilities on Public and Private International Agreements: A Tentative Approach», *Western Law Review*, vol. 3 (1964), págs. 128 a 149.

⁷ Memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 90.

⁸ República Islámica del Irán c. Estados Unidos, fallo, *C.I.J. Recueil* 2003, pág. 166. El tratado, firmado en Teherán el 15 de agosto de 1955 se encuentra disponible en Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 284, n.º 4132, pág. 93. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párrs. 70 y 71.

⁹ Nicaragua c. Estados Unidos, competencia y admisibilidad, fallo, *C.I.J. Recueil* 1984, págs. 392 y 442; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 188. Véase asimismo el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 72. Para el texto del tratado, firmado en Managua el 21 de enero de 1956, véase Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 367, n.º 5224, pág. 3.

¹⁰ Nicaragua c. Estados Unidos, fondo fallo, *C.I.J. Recueil* 1986, opinión disidente del magistrado Jennings, págs. 528, 538 y 539; véase también *C.I.J. Resúmenes 1948-1991*, pág. 210. Véase también el memorando de la Secretaría (nota 1 *supra*), párr. 72.

investigación complementaria, centrada en particular a las decisiones de los tribunales nacionales, a fin de acentuar la orientación jurisprudencial del proyecto. Se ha de tener presente, con todo, que el memorando de la Secretaría, en particular, parece bastante completo, razón por la cual las críticas acerca de la insuficiencia de las remisiones a la práctica, en particular la jurisprudencial, acaso guardan más relación con la presentación del proyecto de artículos que con sus fundamentos. En esta etapa de los trabajos, el Relator Especial estima que las investigaciones complementarias que se emprendan no aportarán resultados extraordinarios. En todo caso, esos resultados se integrarán a los comentarios de los artículos a los que se refieran.

12. En cuanto a las diferentes categorías de tratados enumeradas en el anexo, el Relator Especial no desea modificar nada, como no sea para añadir, oportunamente, los tratados que establecen normas de *jus cogens*. En su primer informe, sin embargo, había rechazado esa idea y

había aducido que las normas imperativas reproducidas en un tratado:

subsisten en época de conflicto armado, al igual que las normas de *jus cogens* que no se reproducen en disposiciones convencionales, ya que de lo contrario no serían normas de *jus cogens*. Por tanto, no parece indispensable incluir esta categoría de tratados¹¹.

13. Sin duda, esta afirmación sigue siendo cierta: la mención propuesta no es indispensable. Con todo, bien puede elucidar un punto que merece ser examinado, a saber, que las normas de *jus cogens*, incorporadas a un tratado o consuetudinarias, resisten a todo, incluso los conflictos armados. Cabe precisar, sin embargo, que por regla general los tratados en cuestión contendrán, junto con normas imperativas, disposiciones que no necesariamente subsistirán.

¹¹ *Anuario... 2010*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/627, párr. 67.