

**Asamblea General**

Distr. general
18 de mayo de 2011
Español
Original: francés

Comisión de Derecho Internacional**63º período de sesiones**

Ginebra, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio
a 12 de agosto de 2011

Efectos de los conflictos armados en los tratados**Nota relativa al proyecto de artículo 5 y al anexo
del proyecto de artículos**

Presentada por el Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial

A. Introducción

1. En el período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional celebrado 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 anexarla 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 varias razones. Primero,

¹ El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina. Memorando de la Secretaría, documento A/CN.4/550, párrs. 18 a 36.

² Tercer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por el Sr. Ian Brownlie, documento A/CN.4/578, pág. 22.

³ Primer informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, documento A/CN.4/627, párrs. 52 a 70.



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 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 de la presente nota 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 de Derecho Internacional no los tuviera en cuenta. Es cierto, sin embargo, como lo señala A. 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

⁴ Memorando de la Secretaría citado en la nota 1, párr. 18.

⁵ Informe citado en la nota 3, párr. 64.

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 la causa titulada, *oil platform*, incoada ante la Corte Internacional de Justicia, esta declaró que el Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 15 de agosto de 1955 entre los Estados Unidos de América y el Irán 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 la causa *Nicaragua* (1984), la misma Corte admitió la subsistencia del Tratado de amistad, comercio y navegación de 21 de enero de 1956 entre los Estados Unidos de América y 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 (el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos). 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.

⁶ A. Graham, “The Effects of Domestic Hostilities on Public and Private International Agreements”, *Western Ontario Law Review*, vol. 3, 1964, pág. 128; la cita figura en el memorando de la Secretaría mencionado en la nota 1, pág. 87, nota 512.

⁷ Memorando citado en la nota 1, párr. 90.

⁸ *Ibid.*, párrs. 70 y 71.

⁹ *Ibid.*, párr. 72.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 72.

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 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 completa, 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 Informe citado en la nota 3, párr. 67.