LA CODIFICACIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS: EL PROYECTO DE ARTÍCULOS DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

THE CODIFICATION OF THE EFFECTS OF ARMED CONFLICTS ON TREATIES: THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S DRAFT ARTICLES

Marta Abegón Novella*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS. III. EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS. 1. LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS. 2 EL PROCEDIMIENTO Y OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA TERMINACIÓN, RETIRO O SUSPENSIÓN DE UN TRATADO, Y CON SU POSTERIOR RESTABLECIMIENTO. IV. LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS Y LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Hace escasamente un año, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas aprobó en segunda lectura un proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados. Gran parte de su importancia reside en que el mismo viene finalmente a colmar una de las principales lagunas que existen en el Derecho de los tratados, tal y como fue codificado en la Convención de Viena de 1969, que mediante la esquivada fórmula del artículo 73 excluyó la cuestión de la regulación. Por este motivo, el objetivo primordial de este estudio es ofrecer un análisis de la estructura y ámbito de aplicación del proyecto de artículos y, fundamentalmente, un examen de los principales principios y reglas que el mismo incorpora, siempre desde una perspectiva sistémica que permita aventurar algunos de los posibles problemas que pueda comportar su puesta en práctica en un futuro.

ABSTRACT: Barely a year ago, the International Law Commission adopted on second reading a draft article on the effects of armed conflicts on treaties. Much of its importance lies in the fact that it is finally going to bridge one of the major gaps in the Law of treaties, as codified in the 1969 Vienna Convention, which, through the elusive formula in article 73, excluded this issue of the regulation. Thus, the primary objective of this study is to provide an analysis of the structure and scope of the draft articles and, fundamentally, to offer a review of the main principles and rules that it incorporates, always from a systemic perspective that allows to identify some possible problems that may involve its implementation in the future.

Palabras clave: Derecho de los tratados, terminación y suspensión de los tratados, conflictos armados, codificación del Derecho internacional

Keywords: Law of treaties, termination and suspension of treaties, armed conflicts, codification of international law

Fecha de recepción del original: 13 de julio de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de enero de 2013.

* Profesora de Derecho Internacional en la Universitat Pompeu Fabra. E-mail: marta.abegon@upf.edu.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de varios siglos, el estallido de un conflicto armado ha constituido, según la doctrina y con el apoyo de la práctica internacional, una causa de terminación de todos los tratados en vigor entre las partes, con la excepción de aquellos concluidos para la guerra¹. No obstante, a finales del siglo XIX y principios del XX, paralelamente al aumento del multilateralismo en las relaciones internacionales, esos efectos tan radicales empiezan a ser cuestionados y suavizados hasta terminar forjando una regla prácticamente de signo opuesto. En este sentido, como resume muy acertadamente K. Mollard-Bannelier, la evolución del derecho internacional de los tratados muestra como “la regla de la abrogación automática ha cedido lugar a la regla de la suspensión automática la cual, a su vez, ha sido reemplazada por presunciones de suspensión o de aplicabilidad en función de la naturaleza de los tratados y del contexto de cada caso”².

Esta evolución doctrinal ha tenido su correspondiente reflejo en las propuestas normativas elaboradas entorno a la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados, muy especialmente en dos resoluciones del *Institut de Droit International* (IDI), la primera adoptada en Christiania el año 1912 y la segunda en Helsinki en 1985³. En el ínterin entre ambas, la elaboración de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969⁴ (CVDT) constituyó la oportunidad más significativa y desaprovechada de este último siglo XX para alcanzar una regulación consensuada al respecto, puesto que en 1963 la cuestión quedaría definitivamente excluida del articulado en aras a evitar un largo debate sobre la legitimidad del recurso a la fuerza a la luz de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (CNU); un aspecto que según la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas (CDI) se alejaba del objeto de la citada Convención⁵. La única mención específica llegó de la mano de las enmiendas presentadas por algunos Estados que promovieron la incorporación del artículo 73, según el cual “las disposiciones de la presente Convención no prejuzgaran ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de la ruptura de hostilidades entre Estados”. Dicho artículo no constituye en realidad nada más que una disposición llamada a posponer el debate; como ha señalado

¹ En este sentido, véase McNAIR, A., *The Law of Treaties*, Oxford University Press, London, 1961, p. 698; y ROUSSEAU, C., *Droit International Public*, 6ª edición, Dalloz, Paris, 1971, p. 71.

² MOLLARD-BANNELIER, K., *La protection de l'Environnement en temps de conflit armé*, Editions A. Pedone, Paris, 2001, p. 247. La traducción es propia.

³ *Institut de Droit International*, Session of Christiania 1912, *Règlement concernant les effets de la guerre sur les traités*, Rapporteur M. Nicolas Politis, 31 de agosto de 1912 ; y Session of Helsinki 1985, *The effects of armed conflicts on treaties*, Fifth Commission, Rapporteur M. Brengt Broms, 28 de agosto de 1985.

⁴ *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*, de 23 de mayo de 1969 (A/CONF.39/27; 1155 UNTS 331).

⁵ *Report of the International Law Commission (A/CN.4/163) on the work of its 15 Session, 6 May to 12 July 1963. Official Records of the General Assembly, 18 session. Supplement No. 9 (A/5509). p. 189, párr. 14.*

A. Remiro, una argucia que “permitía dejar debajo de la alfombra uno de los problemas más perturbadores del proceso codificador”⁶.

La exclusión de dicha cuestión del régimen general de la CVDT ha servido de fundamento durante décadas para sostener la especialidad de los conflictos armados dentro del Derecho de los tratados y para perpetuar la existencia de un vacío normativo cuya respuesta ha quedado tradicionalmente a merced de los propios Estados. Por este motivo constituye un hito tan importante que, más de tres décadas después, en su 52 período de sesiones del año 2000, la CDI escogiera el tema de los “efectos de los conflictos armados en los tratados” para incluirlo en su programa de trabajo a largo plazo.

La codificación de las reglas relativas a los efectos de los conflictos armados en los tratados se ha efectuado en tres etapas: una primera dirigida por el Relator especial I. Brownlie que finalizó con la aprobación de un articulado en primera lectura; una segunda etapa impulsada por el segundo Relator especial L. Caflisch quien, siguiendo el mismo enfoque de su antecesor y manteniendo el espíritu del texto original, reformuló y reestructuró el proyecto de artículos para su aprobación definitiva en segunda lectura el 17 de mayo de 2011 (en adelante, el proyecto de artículos o el articulado)⁷; finalmente, la recomendación de la CDI a la Asamblea General de que tome nota del proyecto en una resolución y estudie la posibilidad de preparar en un futuro una convención en la materia⁸ ha dado comienzo a una tercera etapa de resultados inciertos, actualmente en curso.

El presente trabajo tiene como objetivo ofrecer una primera aproximación al alcance y contenido del proyecto de artículos de la CDI con el fin de proporcionar algunas orientaciones y pautas para comprender sus principios y reglas⁹. Con dicho propósito, en primer lugar se examina el ámbito de aplicación del articulado; a continuación, se analiza su contenido, identificando, por un lado, los principios sustantivos básicos que incorpora el proyecto y, por otro, el procedimiento y otros aspectos relacionados con la terminación, retiro o suspensión de un tratado, y con su restablecimiento; en tercer lugar, se examina la relación entre los efectos de los conflictos armados en los tratados y el principio de prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales; y, finalmente, se presentan algunas consideraciones finales.

⁶ REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 518.

⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 63 período de sesiones, de 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011. Asamblea General. Documentos oficiales. 63 período de sesiones, Suplemento N. 10 (A/66/10)*, pp. 187- 191.

⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011)*, *op. cit.*, p. 186, párr. 97.

⁹ Para un análisis más detallado del proyecto de artículos y de su posible rendimiento práctico, véase ABEGÓN NOVELLA, M., *Los efectos de los conflictos armados en los tratados multilaterales normativos de protección del medio ambiente*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2012.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

Si bien tradicionalmente, la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados ha sido reconducida a otras causas de terminación y suspensión de los tratados como son el cambio fundamental de las circunstancias o la imposibilidad de cumplimiento reguladas en la CVDT, el proyecto de artículos de la CDI reconoce por fin su autonomía¹⁰. En virtud de su artículo 1, el proyecto se aplica a “los efectos de un conflicto armado en las relaciones entre Estados en virtud de un tratado”¹¹, en consecuencia, el ámbito de aplicación del proyecto de artículos en su conjunto depende, fundamentalmente, del significado de tres nociones principales: la noción de “tratado”, la noción de “conflicto armado” y la noción de “efectos”.

De acuerdo con el artículo 2 del proyecto de artículos, debe entenderse 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, e incluye los tratados celebrados entre Estados en los que también sean parte organizaciones internacionales”¹². Dicha noción hunde sus raíces en la definición de tratado contenida en el artículo 2.1.a) de la CVDT, no obstante, en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, se ha puesto de manifiesto que la misma incluye también implícitamente los tratados en situación de aplicación provisional¹³, en la medida en que pueden verse igualmente afectados por el inicio de las hostilidades, y, muy especialmente y de forma explícita, los tratados en los que participan organizaciones internacionales. Como se ha precisado, “las relaciones convencionales de las organizaciones internacionales están excluidas del ámbito de aplicación” del proyecto, pero no debe interpretarse con ello que se excluyan “los tratados multilaterales en que algunas de las partes sean organizaciones internacionales”¹⁴. La decisión debe acogerse positivamente porque, por una parte, el articulado se circunscribe a las relaciones convencionales *entre Estados* y, por lo demás, las organizaciones internacionales no hacen la guerra; y, por otra, en la medida en que no parece justificado ni conveniente excluir del ámbito de aplicación del articulado la

¹⁰ Muy especialmente en su artículo 18: “*Otros casos de terminación, retiro o suspensión.* El presente proyecto de artículos se entiende sin perjuicio de la terminación, el retiro o la suspensión de la aplicación de tratados como consecuencia, entre otras causas: a) de una violación grave; b) de la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento; o c) de un cambio fundamental en las circunstancias”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 191.

¹¹ *Íbid.*, p. 187. Ello ampara tres supuestos: las relaciones convencionales entre Estados parte en un conflicto armado, las relaciones convencionales entre Estados que participen en un conflicto armado y terceros Estados en el mismo, y las relaciones entre un Estado inmerso en un conflicto armado no internacional y terceros Estados (p. 192, párr. 2). La inclusión de esta tercera hipótesis relativa a los conflictos armados no internacionales ha sido controvertida por entender algunas delegaciones, como la de Portugal, que su situación ya quedaba amparada por la aplicación de los artículos 61 y 62 de la CVDT. En la medida en que la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados goza de autonomía frente a otras causas de terminación o suspensión de los tratados reguladas en la CVDT, la decisión debe ser acogida muy positivamente.

¹² *Íbid.*, p. 187.

¹³ *Íbid.*, p. 193, párr. 3.

¹⁴ *Íbid.*, p. 194, párr. 2.

suerte de determinados tratados por el mero hecho de que una o varias organizaciones internacionales sean parte en los mismos.

La delimitación de la noción de *conflicto armado*, a los efectos del proyecto de artículos, se ha revelado mucho más problemática, llegando a plantearse la adopción de tres definiciones distintas: en primer lugar, la definición contenida en la resolución del IDI sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, hecha en Helsinki en 1985¹⁵; en segundo término, las definiciones de conflicto armado internacional y no internacional comprendidas, respectivamente, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en el Protocolo adicional II¹⁶; y, finalmente, la fórmula utilizada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *Tadic*¹⁷. Si bien en primera lectura se adoptó la definición del IDI, en el artículo 2.b) de la última versión del articulado se ha optado por una adaptación de la fórmula *Tadic*. En este sentido, debe entenderse por conflicto armado “una situación en la que se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la fuerza armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados”¹⁸. La razón de dicha modificación ha sido el resultado de un intenso debate en la CDI entorno a la inclusión en el ámbito de aplicación del proyecto de artículos, principalmente, de dos supuestos: el de los conflictos armados no internacionales y el de los conflictos donde no se utiliza la fuerza armada, por constituir una situación de guerra sin empleo de la misma o bien por existir

¹⁵ “For the purposes of this Resolution, the term “armed conflict” means a state of war or an international armed conflict involving armed operations which by their nature or extent are likely to affect treaties between the parties to the armed conflict, regardless of a formal declaration of war or other determination by either of the parties”, *Institut de Droit International*, Session of Helsinki 1985, *The effects ...*, *op. cit.*, artículo 1.

¹⁶ El artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 establece que los mismos se aplicarán “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra (...) también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.” El artículo 1.1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, por su parte, apunta: “El presente Protocolo (...) se aplicará a todos los conflictos armados (...) que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Para el Relator especial L. Caflisch, la adopción de tales definiciones hubiera supuesto la ventaja de emplear una misma noción de conflicto armado en los ámbitos del Derecho internacional humanitario y en el derecho de los tratados, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2010), *op. cit.*, p. 306, párr. 206

¹⁷ “[A]n armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”, *Prosecutor v. Dusko Tadic aka “Dule”*, *Decision on the defence motion for interlocutory appeal of jurisdiction*, 2 octubre 1995.

¹⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 194. Como señala el Relator especial L. Caflisch, corresponde omitir la última referencia a los grupos dentro de un Estado, dado que el proyecto solo se aplica a situaciones que afectan al menos a un Estado parte en el tratado que participa también en las hostilidades, *Informe preliminar sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por Lucius Caflisch, Relator especial (A/CN.4/627)*, de 22 de marzo de 2010, p. 7, párr. 21.

una ocupación de territorio sin resistencia armada¹⁹. En este sentido, si bien la definición adoptada no alude expresamente a ello, de acuerdo con los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, los conflictos armados de carácter no internacional deben entenderse incluidos en la noción de conflicto armado del articulado²⁰. En este sentido, lo decisivo no ha sido tanto la naturaleza del conflicto en sí, si no la capacidad del mismo de afectar el cumplimiento y la aplicación de los tratados.

Por el mismo motivo, y dado que en estas situaciones el problema respecto de la aplicación de los tratados se manifiesta con la misma intensidad que en los conflictos armados en los que sí se produce un uso de la fuerza armada, deben comprenderse también incluidas en el ámbito de aplicación del articulado, formas de conflicto en las que no se dé un uso de la fuerza armada, y especialmente las situaciones de ocupación de territorio que no encuentren resistencia armada y el bloqueo²¹.

En tercer lugar, y aunque sorprende que no se haya incluido una definición en el proyecto, los *efectos* que según el articulado puede tener un conflicto armado en un tratado pueden deducirse de sus propias disposiciones. Así, su examen permite constatar que un conflicto armado puede generar la “terminación”, la “suspensión” de la aplicación total o parcial de un tratado, o el “retiro” de una parte en el mismo. Junto a estos, de lo dispuesto en el párrafo segundo del proyecto de artículo 8, se desprende a su vez que eventualmente la irrupción de hostilidades entre Estados puede suponer también para las partes un derecho a “enmendar” o “modificar” el tratado. La concreción de dichos efectos se regula en el régimen general de la CVDT.

Si bien se trata de una cuestión cuyo examen se echa en falta durante el proceso de codificación, el análisis de la aplicación práctica de las disposiciones del proyecto quizá podrá permitir en un futuro determinar si, por ejemplo, los efectos de un conflicto armado en un tratado difieren en función del tipo de obligaciones contenidas en el mismo. En particular, si la irrupción de las hostilidades tiene un impacto distinto en obligaciones de resultado que en obligaciones de comportamiento, cuestión que *a priori* parece probable.

¹⁹ Respecto a la primera cuestión, las delegaciones estatales se mostraron realmente divididas: Argelia, Austria, China, Indonesia y la República Islámica del Irán se opusieron a la inclusión de los conflictos armados internos en el alcance del articulado; y Grecia, Marruecos, Nigeria, los Países Bajos, Polonia y Eslovaquia, se pronunciaron a favor, *Segundo informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por el señor Ian Brownlie, Relator especial (A/CN.4/570)*, 16 de junio de 2006, p. 4, párr. 9. En relación con el segundo aspecto, especialmente beligerante fue la delegación de los Países Bajos para que se incluyeran en el sentido del proyecto las ocupaciones militares aunque no fueran acompañadas de violencia u operaciones armadas prolongadas (A/C.6/60/SR.18, párr. 44).

²⁰ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2011)*, *op. cit.*, p. 192, párr. 2; p. 195, párr.5; y p. 196, párr. 8. Es preciso señalar, sin embargo, que sí aparece una mención expresa a los conflictos armados no internacionales en el proyecto de artículo 6, cuando se establece que deberá tenerse en cuenta el grado de participación externa en dichos conflictos para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión.

²¹ *Primer informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, pp. 8-9. párr. 16. Sobre la noción de “estado de guerra” y la existencia de situaciones de guerra sin fuerza armada, véase McNAIR, A. y WATTS, A.D., *The legal Effects of War*, 4ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 1966, pp. 2-3, 20-21.

III. EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE ARTÍCULOS

El proyecto de la CDI está formado por 18 artículos y un anexo final que son el resultado de una labor que puede calificarse en gran medida como de *codificación* del Derecho internacional. No obstante, como el mismo Relator especial L. Caflisch ha tenido bien a precisar²², no todo el proyecto de artículos constituye codificación: aspectos como la extensión de su ámbito de aplicación a los conflictos armados no internacionales o la inclusión de determinadas categorías de tratados en la lista de los que en principio deberán seguir siendo aplicados durante las hostilidades, deben considerarse más bien como *desarrollo progresivo* del Derecho internacional. Algunas disposiciones que podrían prestarse a controversia pertenecen al núcleo central del proyecto. A continuación se examina dicho núcleo, distinguiendo entre sus principios sustantivos y las reglas relativas al procedimiento.

1. Los principios sustantivos

Las principales normas y principios de carácter sustantivo del proyecto se encuentran en los artículos 3 a 7, y en el anexo final vinculado a éste último. Junto a ellas, debe tenerse en cuenta el proyecto de artículo 8, el cual regula la celebración de tratados y de acuerdos sobre la terminación, enmienda, modificación o suspensión de los mismos durante un conflicto armado.

A) El principio general

La responsabilidad primordial del primer Relator especial I. Brownlie al abordar la tarea de regular la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados era la de fijar un principio general en la materia. Su opción, que ha marcado la orientación global del proyecto desde el principio y que ha sido respetada a lo largo de todo proceso de codificación, figura actualmente recogida en el artículo 3 del articulado²³. De acuerdo con el espíritu de la resolución del IDI de 1985, el articulado de la CDI consagra como principio general la regla conforme a la cual la guerra no termina ni suspende *ipso facto* las obligaciones convencionales vigentes en el momento de iniciarse. La adopción de dicho principio supone la consagración de lo que la propia CDI ha denominado “un principio general de la estabilidad y continuidad jurídica”²⁴. No obstante, implica también la renuncia a establecer un principio si cabe más garantista, aunque minoritario entre la doctrina, como es el principio de la continuidad en la aplicación de los tratados. Ello se ha puesto de manifiesto muy especialmente a raíz de la propuesta de la

²² *Nota sobre la recomendación que deberá presentarse a la Asamblea General respecto del proyecto de artículos relativos a los efectos de los conflictos armados en los tratados, por Sr. Lucius Caflisch, Relator Especial*, de 18 de mayo de 2011 (A/CN.4/644), p. 3, párr. 6.

²³ “Artículo 3. *Principio general*. La existencia de un conflicto armado no da lugar *ipso facto* a la terminación de los tratados ni a la suspensión de su aplicación: a) entre los Estados parte en el conflicto; b) entre un Estado parte en el conflicto y un Estado que no lo sea”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 187.

²⁴ *Ibid.*, p. 197, párr.1.

delegación de Irán de redactar el principio del artículo 3 en términos afirmativos²⁵. Para el Relator especial L. Caflisch, afirmar que los tratados siguen desplegando efectos durante un conflicto armado no se corresponde con “el estado actual del derecho internacional” y supondría replantear el régimen global del proyecto de artículos²⁶. En este sentido, y teniendo en cuenta que en el primer debate en la Sexta Comisión de la Asamblea General incluso se planteó no desestimar en un principio que determinadas categorías de tratados pudieran darse por terminadas o suspendidas automáticamente en tiempo de conflicto armado²⁷, resulta sencillo prever que la regla de la continuidad en la aplicación de los tratados o hubiera sido mayoritariamente (sino unánimemente) rechazada por las delegaciones estatales, o bien hubiera desplazado el centro del debate al ámbito de las excepciones, instaurando entonces una regla general de escasa virtualidad.

Del tenor del artículo 3 se deduce que la existencia de un conflicto armado no produce, *per se*, ni la terminación ni la suspensión de la aplicación de los tratados entre los Estados beligerantes o entre éstos y terceros Estados. En este aspecto, el principio recogido en el articulado difiere sustancialmente de la resolución del IDI antes citada, pues ésta únicamente se refería a la aplicación de los tratados en vigor entre los beligerantes, mientras que el proyecto de la CDI incluye también los tratados vigentes entre dichos Estados y Estados ajenos al conflicto²⁸. Asimismo, deben entenderse alcanzados por el mismo tanto los tratados de naturaleza bilateral como los tratados multilaterales²⁹.

La función del artículo 3 es esencialmente introductoria, puesto que son las disposiciones siguientes las que contienen las reglas sustantivas que han de servir para determinar en qué casos un tratado puede darse por terminado o suspenderse su aplicación, como consecuencia de un conflicto armado³⁰. La consideración del mismo como no estrictamente necesario propició tempranamente que se planteara la posibilidad de eliminarlo del proyecto de artículos, no obstante, el primer Relator especial I. Brownlie se opuso enérgicamente a ello destacando su función constitucional en el conjunto del articulado³¹ y poniendo de manifiesto que su finalidad era reafirmar expresamente un cambio de posicionamiento, recalando “que la posición anterior,

²⁵ A/C.6/63/SR.18, párr. 5, como queda recogido en el informe preliminar del segundo Relator especial, *Informe preliminar sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por Lucius Caflisch, op. cit.*, p.10, párr. 34.

²⁶ *Informe preliminar presentado por Lucius Caflisch, op. cit.*, p. 10, párr. 34.

²⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 57 período de sesiones, de 2 de Mayo a 3 de Junio y de 11 de Julio a 5 de Agosto de 2005. Asamblea General. Documentos oficiales. 60 período de sesiones, Suplemento N. 10 (A/60/10), p. 60, párr. 143.*

²⁸ Así se puntualiza en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 199, párr.4.

²⁹ Se superan así algunas divergencias entre la doctrina acerca de los efectos de los conflictos armados en los diferentes tipos de tratados en razón del número de Estados parte. Sobre ello, véase OPPENHEIM, L., *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo II, Vol. I, (7ª edición inglesa de H. Lauterpacht), Bosch, Barcelona, 1966, pp. 309-311.

³⁰ *Primer informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, p. 11, párr. 28 y *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, p. 7, párr. 17.

³¹ *Segundo informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, p. 5, párr. 15.

según la cual el conflicto armado abrogaba automáticamente las relaciones convencionales, había sido reemplazada por una opción más contemporánea³².

El proyecto de artículo 3 no pretende en ningún caso imposibilitar la terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado, sino establecer de forma expresa que, de acuerdo con las corrientes doctrinales más modernas, un conflicto armado “por sí mismo” no abroga necesariamente y en todos los supuestos los tratados suscritos entre las partes. Así, establecido el principio general, los supuestos, criterios y condiciones para la terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado se regulan en los artículos 4 a 7 del articulado, junto con su anexo, los cuales se exponen en el mismo orden de prioridad en el que deben ser aplicados.

B) Los efectos de los conflictos armados en los tratados que contienen disposiciones expresas sobre su aplicación durante las hostilidades

La primera regla que establece el proyecto de artículos para determinar si un tratado sobrevive o no al estallido de un conflicto armado, contenida en el proyecto de artículo 4, consiste en hacer valer las disposiciones sobre su aplicación en tales circunstancias que pudiera contener el propio tratado³³. Tales disposiciones pueden conllevar tanto la continuidad en la aplicación del tratado, como la terminación o suspensión de su aplicación³⁴.

El Relator especial I. Brownlie ya advirtió en relación con el entonces proyecto de artículo 5 que la inclusión de esta previsión en el articulado puede ser hasta cierto punto superflua³⁵. No obstante, su incorporación obedece a la firme voluntad del mismo de elaborar un articulado que expresase inequívocamente unos principios claros en la materia y que marcara netamente la evolución de la doctrina hacia una postura continuista; pretensión respecto de la cual la CDI dio su apoyo unánime desde un principio.

C) Los efectos de los conflictos armados en los tratados que no contienen disposiciones expresas sobre su aplicación durante las hostilidades

La determinación de los efectos de un conflicto armado en los tratados que incluyen disposiciones expresas sobre su aplicación en tales circunstancias constituye una tarea relativamente sencilla. No obstante, la práctica internacional muestra que, en la gran

³² *Informe de la Comisión de Derecho Internacional (2005), op. cit.*, p. 60, párr. 142.

³³ “Artículo 4. *Disposiciones sobre la aplicación de los tratados*. Cuando el propio tratado contenga disposiciones sobre su aplicación en situaciones de conflicto armado, se aplicarán estas disposiciones”, *Informe de la Comisión de Derecho internacional (2011), op. cit.*, p. 188.

³⁴ Un ejemplo claro de tales previsiones se encuentra en el artículo XIX del Convenio Internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, hecho en Londres el 12 de mayo de 1954: “1. En caso de guerra u otras hostilidades, el Gobierno Contratante que se considere afectado, ya sea como beligerante o como neutral, podrá suspender la aplicación de la totalidad o de una parte de la presente Convención en relación con todos o algunos de sus territorios (...)”.

³⁵ *Primer informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, p. 18, párr. 55.

mayoría de supuestos, los tratados no suelen incorporar tales previsiones³⁶. Por este motivo, las reglas del articulado que sirven para dilucidar la suerte de aquellos tratados que guardan silencio sobre su aplicación durante las hostilidades constituyen, sin duda alguna, el núcleo esencial del mismo y la razón de su adopción.

Así, en caso de que el tratado no incluya ninguna disposición expresa sobre su aplicación en tiempo de conflicto armado o que de la aplicación del proyecto de artículo 4 no se derive ningún resultado concluyente, corresponde aplicar sucesivamente los principios que suministran los proyectos de artículos 5 a 7, es decir: la aplicación de las reglas sobre interpretación de los tratados; la apreciación de determinados factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión; y la presunción de aplicación de ciertos tratados en razón de la materia que regulan.

a) La aplicación de las reglas sobre interpretación de los tratados

En virtud del artículo 5, en el supuesto de que el tratado no incorpore disposiciones expresas sobre su aplicación durante un conflicto armado, deberán aplicarse las reglas de derecho internacional sobre interpretación de los tratados³⁷. Uno podría preguntarse sobre la necesidad de dicha previsión siendo evidente que, aun cuando nada estableciera el articulado, las reglas de interpretación de los tratados resultarían igualmente aplicables. Ello es cierto, sin embargo, en nuestra opinión, el proyecto de artículo 5 no alude a una interpretación general de los tratados, sino que se configura como una norma particular que se refiere a “situaciones específicas en que las reglas existentes sobre interpretación de los tratados han de aplicarse”³⁸. Por ello, la aplicación de dichas reglas en esta fase concreta del proceso de determinación de los efectos de un conflicto armado en un tratado no obsta para que las mismas sean aplicadas en otros momentos distintos del proceso, cuestión que, efectivamente, resultaría superflua de mencionar o incluir.

En anteriores versiones del proyecto de artículos, el entonces artículo 4, aludía expresamente a los artículos 31 a 33 de la CVDT³⁹. Dicha mención se ha eliminado, siendo substituida por la expresión más genérica de “reglas de derecho internacional sobre interpretación de los tratados”. La modificación no es meramente formal: como consta en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, la expresión adoptada en la última versión pretende abarcar sobre todo los artículos 31 y 32 CVDT pero también

³⁶ Buena muestra de esta tendencia son los tratados de protección del medio ambiente, los cuales sólo muy excepcionalmente incluyen disposiciones sobre su aplicación en tiempo de guerra. Por este motivo, el Secretario General de Naciones Unidas hizo un llamamiento expreso a los Estados para que incluyeran tales previsiones en sus futuros tratados. En este sentido, véase el *Informe del Secretario General sobre la Protección del medio ambiente en tiempo de conflicto armado*, de 29 de julio de 1993, (A/48/269), p. 16, párr. 76.

³⁷ “Artículo 5. *Aplicación de las reglas sobre interpretación de los tratados*. Para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión en caso de conflicto armado se aplicarán las reglas de derecho internacional sobre interpretación de los tratados”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 188.

³⁸ *Ibid.*, p. 196.

³⁹ *Primer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p.11.

aquellas normas sobre la interpretación de los tratados que forman parte ya del Derecho internacional general⁴⁰. Con ello se pretende reflejar que muchos Estados no son aún partes en la CVDT, pero ello no impide que algunas de las normas contenidas en la misma les sean igualmente aplicables en tanto que Derecho internacional general.

Las reglas de interpretación de los tratados son las reglas generalmente aceptadas en Derecho internacional, tal y como fueron recogidas en los artículos 31 y 32 CVDT, es decir, la *regla general de interpretación*⁴¹ y los medios de interpretación complementarios⁴². A la luz de las mismas, la CVDT consagró una interpretación de tendencia *objetivista*, centrada en el análisis del texto, y *teleológica*, que busca tener en cuenta el objeto y fin de la disposición, más que *subjetivista* y, por tanto, abocada a averiguar la intención de las partes al momento de su redacción⁴³. Por ello, una cuestión importante que merece ser tomada en consideración es que en la versión última del proyecto de artículo 5 se ha eliminado ya definitivamente toda referencia a la intención de las partes como criterio para determinar la suerte de los tratados en caso de que estallen las hostilidades entre los Estados⁴⁴. Ello constituye la consolidación de una

⁴⁰ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 200, párr. 2. Sobre la interpretación de los tratados internacionales, véase MILLÁN MORO, L., “La interpretación de los tratados”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. XI/XII, 2007/2008, pp. 451-517.

⁴¹ Sobre la misma, véase SOREL, J.-M., “artículo 31 CVDT”, en CORTEN, O. et KLEIN, P. (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 1295, nº 9. La interpretación del *texto* del tratado en ocasiones puede ser suficiente para determinar que el mismo debe continuar aplicándose en tiempo de conflicto armado, especialmente cuando contiene disposiciones que no regulan expresamente su aplicabilidad durante las hostilidades pero que, en el fondo, encierran la intención de las partes respecto a esa misma cuestión. Algunos ejemplos de ello podrían ser los tratados que excluyen de su ámbito de aplicación a buques y naves de guerra (como el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, hecho en Londres el 2 de noviembre de 1973, conocido como Convenio MARPOL, artículo 3), o aquellos que regulan la responsabilidad por daños excluyendo aquellos resultantes directamente de un conflicto armado (como la Convención para la Regulación de las actividades sobre recursos minerales antárticos, adoptada en Wellington el 2 de junio de 1988, artículo 8). En otros casos, sin embargo, para encontrar la verdadera intención de las partes es necesario examinar también el contexto, las circunstancias y, eventualmente y de forma complementaria, también los trabajos preparatorios del tratado.

⁴² Aunque secundaria, junto a ellas, hay que entender comprendida la regla específica del artículo 33 CVDT para el supuesto de los tratados autenticados en más de una lengua.

⁴³ CASANOVAS Y LA ROSA, O., RODRIGO HERNÁNDEZ, Á. J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 93-94.

⁴⁴ La referencia a la intención de las partes se mantuvo en todos los informes del primer Relator especial y fue eliminada en el texto del proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2008), *op. cit.*, p. 104. En este sentido, la versión original incluida en el primer informe del Relator especial I. Brownlie, establecía lo siguiente: “*Proyecto de artículo 4. Los indicios de probabilidad de terminación o suspensión de tratados en caso de conflicto armado. 1. La probabilidad de la terminación o suspensión de tratados en caso de conflicto armado viene determinada por la intención de las partes en el momento en que se celebró el tratado. 2. La intención de las partes en un tratado con respecto a la probabilidad de su terminación o suspensión se determinará por: a) Las disposiciones de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados; y b) La naturaleza y alcance del conflicto armado de que se trate*”, *Primer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 11. La elección de la intención de las partes como criterio general para determinar el efecto de los conflictos armados en los tratados generó un extenso debate en el seno de la CDI al ser objeto de diversas críticas por parte de algunas delegaciones gubernamentales (Austria, Bulgaria,

modificación respecto a versiones anteriores que fue tempranamente introducida en el texto del proyecto aprobado en primera lectura por la CDI. Su fundamento es la voluntad de no reintroducir en el proyecto de artículos una concepción de la interpretación de los tratados que no es la que se adoptó finalmente en la CVDT⁴⁵.

Si bien ello es, sin lugar a dudas, exacto, la toma en consideración de la intención de las partes no deja de estar presente en el actual artículo 5 en la medida en que también se entiende incorporada en las reglas de interpretación de los tratados tal y como fueron plasmadas en los artículos 31 y 32 CVDT⁴⁶. Esa precisión ha sido recogida expresamente en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI al reconocer que “el criterio de la intención de las partes está implícito en el análisis descrito en el artículo 31 de la Convención de Viena”⁴⁷. Como dijo en su momento P. Reuter, “la interpretación”, en el fondo, “consiste en reencontrar la voluntad de las partes a partir de un texto”⁴⁸, la misma actividad de interpretación implica siempre la “reconstrucción de la intención de las partes como una hipótesis práctica”⁴⁹, la reconstrucción de aquello que verazmente habrían deseado las partes aunque no se plasme en el tratado de forma expresa.

b) La apreciación de factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión

Si la aplicación de los artículos 4 y 5 del proyecto no conduce a determinar si un tratado sobrevive o no a las hostilidades entre los Estados, la siguiente regla recogida en el proyecto de artículo 6 insta a valorar determinados factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión⁵⁰. Dichos factores constituyen elementos

Colombia, Francia, Japón, República de Corea, Portugal y Estados Unidos) motivadas, fundamentalmente, por la dificultad de interpretar la intención de las partes en el momento de concluir el tratado y por la omisión de otros factores que pudieran haber sido relevantes, como el carácter de las disposiciones, las circunstancias del conflicto o el objeto y propósito del tratado. En este sentido, véase el *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, pp. 8-9, párr. 21.

⁴⁵ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 200, párr. 3.

⁴⁶ Sobre ello, véase el excelente artículo de CORTEN, O., “Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des conventions de Vienne: approche objectiviste ou approche volontariste de l’interprétation”, *Revue Générale de Droit International Public*, t. 115, n° 2, 2011, pp. 351-366. Por su parte, para J.-M. Sorel, el artículo 31 CVDT supone, en esencia, “un compromiso entre los partidarios de la interpretación textual, de la interpretación subjetiva basada en la voluntad de las partes, y de la interpretación finalista o teleológica que pretende extraer del texto todo lo que de este puede deducirse más allá de las palabras utilizadas”, SOREL, J.-M., “artículo 31 CVDT”, en CORTEN, O. et KLEIN, P. (dir.), *Les Conventions de...*, *op. cit.*, p. 1295, n° 9. La traducción es nuestra.

⁴⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 200, párr. 3.

⁴⁸ REUTER, P., *Introduction au droit des traités*, 3ª edición, Presses Universitaires de France, Paris, 1985, párr. 141-142. La traducción es propia.

⁴⁹ *Segundo informe presentado por Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 8, párr. 25.

⁵⁰ “Artículo 6. Factores que indican si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión. Para determinar si un tratado es susceptible de terminación, retiro o suspensión en caso de conflicto armado deberán tenerse en cuenta todos los factores pertinentes, entre otros: a) la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado; y b) las características del conflicto armado, tales como su extensión territorial, su escala e intensidad, su duración

contextuales que sirven para determinar si un tratado concreto puede ser objeto de retiro, terminación o suspensión por causa de la irrupción de un conflicto armado entre las partes. Su valoración por parte de los Estados implicados ha de permitir a los mismos dar por terminado, suspender o retirarse de un tratado por causa de un conflicto armado, o bien impedir tal posibilidad.

Los factores a los que alude el proyecto de artículo 6, que han sido recogidos en abundante jurisprudencia interna⁵¹, pueden dividirse en dos grandes categorías: en primer lugar, aquellos relacionados con el propio tratado; y, en segundo término, aquellos factores “ajenos” que guardan relación con el conflicto armado. En el primer grupo, el articulado cita expresamente “la naturaleza del tratado, y en particular su materia, su objeto y fin, su contenido y el número de partes en el tratado”, aunque no ofrece en este punto indicaciones más precisas de cómo deberán ser apreciados. Muy brevemente, conviene apuntar que “el objeto y fin del tratado” es un elemento que ya deberá haber sido valorado con anterioridad, en el momento de aplicar las reglas generales de interpretación de los tratados, pues el artículo 31 CVDT insta precisamente a ello. En relación con la “materia del tratado”, pese a que el proyecto de artículo 6 no aporta más indicaciones de cómo valorarla, esta es objeto de la siguiente disposición del articulado, la cual establece que determinados tratados continuarán aplicándose en tiempo de conflicto armado en razón de la materia que regulan. Finalmente, en cuanto al número de partes, los comentarios al proyecto aprobados por la CDI explicitan que aunque “no se adopta ninguna posición definitiva” lo que se pretende es “dar a entender que los posibles efectos en los tratados que cuentan con numerosas partes que no son parte en el conflicto armado deberían ser, en principio, menos pronunciados”⁵².

La segunda categoría de factores comprende aquellos elementos ajenos al tratado y relacionados con el conflicto armado, tales como “las características” del mismo, “su extensión territorial, su escala e intensidad, su duración y, en el caso de conflictos armados no internacionales, el grado de participación externa”. Aunque, de nuevo, el articulado no ofrece instrucciones de cómo valorar los distintos factores citados, éste parece sugerir que cuánto más grave, duradero y extenso sea el conflicto, desde una perspectiva territorial y de participación⁵³, más posibilidades habrá de que los tratados vigentes entre los Estados resulten afectados por el mismo.

Probablemente, la continuidad en la aplicación de un tratado o su terminación, suspensión o retiro, no derive únicamente de la naturaleza del tratado en cuestión o de las características del conflicto armado que haya estallado, sino de una combinación de ambos. La valoración de los distintos factores debe hacerse globalmente puesto que un tratado, tomado en abstracto, puede ser de una naturaleza que permita que continúe siendo aplicable durante las hostilidades, pero que se vea afectado por un conflicto de

y, en el caso de conflictos armados no internacionales, el grado de participación externa”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 188.

⁵¹ Una selección de las principales sentencias internas fue analizada por el Relator especial I. Brownlie en su *Segundo informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 7, párr. 22.

⁵² *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 201, párr. 3.

⁵³ *Ibid.*, p. 201, párr. 4.

tal intensidad o duración que haga que su aplicación resulte imposible. O, a la inversa, la naturaleza de un tratado puede ser especialmente sensible a las situaciones bélicas pero el conflicto concreto ser tan breve y puntual, que el tratado no resulte afectado. La toma en consideración de dichos factores en su conjunto, en definitiva, supone un cierto reconocimiento de la doctrina de la compatibilidad, en virtud de la cual resultan aplicables durante las hostilidades aquellos tratados que sean compatibles con el conflicto armado o, dicho de otro modo, que sean compatibles con las necesidades militares de los Estados en el conflicto⁵⁴.

La lista de factores incluida en el proyecto de artículo 6 no se configura en ningún caso como una lista exhaustiva. Así, para decidir sobre la terminación, suspensión o retiro de un tratado durante un conflicto armado, pueden tenerse en cuenta otros elementos o circunstancias que pudieran considerarse pertinentes. El proyecto de artículo 6, en definitiva, establece una regla general y abierta dirigida a ofrecer algunos elementos que faciliten la decisión de aquél que haya de determinar si un tratado puede o ha podido terminarse, suspenderse o permitir el retiro de una parte, durante un conflicto armado. Por lo demás, no prejuzga conclusiones sino que más bien insinúa posibles afectaciones.

c) La presunción de aplicación de determinados tratados en razón de la materia que regulan

El artículo 7, constituye el desarrollo excepcional de uno de los elementos apuntados en la disposición precedente. El mismo establece que determinados tratados, en función de la materia que regulan, continuarán aplicándose, en su totalidad o en parte, durante las hostilidades⁵⁵. Las categorías de tratados que subsisten a un conflicto armado son las contenidas en el anexo final al articulado⁵⁶. Las mismas están basadas en la práctica de

⁵⁴ Desde esta perspectiva, en el ámbito de la protección internacional del medio ambiente, por ejemplo, resultarían aplicables por ser compatibles con las hostilidades aquellos tratados que protegen determinados sectores del medio ambiente no necesarios para la guerra (como el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 22 de marzo de 1985 o la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de 9 de mayo de 1992), así como los tratados que incluyen excepciones en caso de emergencia (como el Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertimientos desde buques y aeronaves, de 15 de febrero de 1972, artículo 8).

⁵⁵ “Artículo 7. *Continuación de la aplicación de los tratados en razón de su materia*. En el anexo del presente proyecto de artículos figura una lista indicativa de los tratados que, en razón de su materia, continúan aplicándose, en todo o en parte, durante un conflicto armado”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 188.

⁵⁶ “Anexo. *Lista indicativa de los tratados a que se hace referencia en el artículo 7*. a) Tratados sobre el derecho de los conflictos armados, incluidos los tratados de derecho internacional humanitario; b) Tratados por los que se declara, crea o regula un régimen o un estatuto permanente o derechos permanentes conexos, incluidos los tratados en que se establecen o modifican fronteras terrestres y marítimas; c) Tratados multilaterales normativos; d) Tratados en materia de justicia penal internacional; e) Tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos relativos a derechos privados; f) Tratados para la protección internacional de los derechos humanos; g) Tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente; h) Tratados relativos a cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas; i) Tratados relativos a acuíferos e instalaciones y construcciones conexas; j) Tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales; k) Tratados relativos a la solución internacional de controversias por medios pacíficos, en particular mediante la conciliación, la

los Estados, sobre todo jurisprudencial, y en la doctrina más arraigada, y no siguen un orden particular de priorización⁵⁷. Como bien se precisa en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, se trata de “presunciones rebatibles basadas en la materia de los tratados”⁵⁸. En tanto que presunciones, que un tratado pueda clasificarse dentro de una de esas categorías no implica necesaria y automáticamente que vaya a continuar aplicándose en tales circunstancias. Asimismo, es preciso puntualizar que puede ocurrir que un tratado sea subsumible en más de una categoría, supuesto por lo demás que no presentaría ningún problema práctico, o que sean únicamente algunas de las disposiciones de un tratado las que se enmarquen dentro de las mismas, en cuyo caso solamente éstas gozarán de la presunción de que deben continuar siendo aplicadas.

El artículo 7, así como el anexo final, tienen su origen en el proyecto de artículo 7 propuesto por el Relator especial I. Brownlie en su última versión del articulado⁵⁹. Éste unía en una sola disposición el contenido del actual artículo 7 con el del anexo final, no obstante, durante el debate en el seno de la CDI fue objeto de numerosas críticas entorno a la escasa utilidad de un artículo basado en presunciones; a la problemática inherente al uso de categorías de tratados y a las dificultades y la imprecisión que supondría clasificar los tratados en unas categoría dentro de las cuales podrían no ajustarse necesariamente⁶⁰; y respecto de algunas de las tipologías de tratados incluidas⁶¹, tanto desde una perspectiva material, como por el hecho de que determinadas categorías, en opinión de algunas delegaciones, no contaban con una base suficiente en la práctica de los Estados⁶². Fueron diversas las soluciones alternativas que se plantearon con el objeto de superar éstas dificultades iniciales: suprimir un proyecto de artículo 7 redundante e innecesario; mantener el artículo pero valorando la posibilidad de introducir modificaciones en la tipología de tratados; sustituir el listado de categorías por un listado de factores o criterios; o sustituir el artículo 7 por un anexo

mediación, el arbitraje y el arreglo judicial; l) Tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares”, *Íbid.*, p. 191.

⁵⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2008), *op. cit.*, p. 109, párr. 7.

⁵⁸ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 213, párr.2.

⁵⁹ *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 22.

⁶⁰ En este sentido resultan interesantes las declaraciones efectuadas por los Estados Unidos en la Sexta Comisión durante el debate en el sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General, *Segundo informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 11, párr. 35 c).

⁶¹ En el *Segundo informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 12, párr. 39-41, se recogen las críticas de la delegación británica a la inclusión de los tratados relacionados con la protección del medio ambiente (categoría e); las críticas de la CDI a la inclusión de tratados que estipulen un régimen o condición permanente (categoría b) por ambigua; o la categoría de tratados de protección de los Derechos Humanos. Asimismo, en el *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.* p.13, párr. 35, se apunta la propuesta de incluir una nueva categoría en el listado que había sido analizada por la Secretaría en su Memorando, la de los “tratados que codifiquen normas de *ius cogens*”. Como consta en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, dicha categoría no ha sido finalmente incorporada por ser cualitativamente distinta al resto pero ello no obsta que “los proyectos de artículo 3 a 7 se entienden sin perjuicio del efecto de los principios o normas incluidos en los tratados que tienen carácter de *ius cogens*”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 213, párr. 3.

⁶² Cuestión que suscitó la reflexión en el *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie*, *op. cit.*, pp. 15-16, párr. 46-48, sobre si es suficiente motivo para rechazar una categoría el hecho de que no tenga el apoyo por parte de los Estados, cuando el objeto del articulado es precisamente uniformar y reconducir la práctica internacional existente al respecto.

ejemplificativo que incorporase la jurisprudencia, la doctrina y la práctica internacional de los Estados al respecto. Finalmente se optó por escindir el que fuera el primer proyecto de artículo 7 en una disposición y un anexo final con el listado de las categorías de tratados susceptibles de continuar siendo aplicadas.

Aunque en términos globales el listado actual de categorías de tratados del anexo final es casi idéntico a aquél que incorporaba el anterior proyecto de artículo 7, parece necesario señalar que su valor jurídico no es igual o, como mínimo, no tiene la apariencia de serlo. Desde una perspectiva sistemática y de conjunto, al menos simbólicamente, no es lo mismo que el listado de categorías figure en un artículo central del proyecto a que sea objeto de un anexo adicional⁶³. El juego artículo 7-anexo, en su versión final, pese a ser una parte central del articulado, ha quedado reducido a una lista indicativa situada fuera del núcleo esencial del proyecto.

El estudio en detalle de cada una de las categorías de tratados incluidas en el anexo, que sin lugar a dudas habrá de realizarse con detenimiento para explorar las posibilidades y el rendimiento del proyecto, exige un análisis en profundidad que excede en este momento el objeto del presente trabajo. No obstante, y con la voluntad de ofrecer una visión panorámica y de conjunto del articulado, a continuación se presentan brevemente cuáles son:

i) Tratados sobre el derecho de los conflictos armados y de derecho internacional humanitario

Concebidos expresamente para ser aplicados en tiempo de guerra, los tratados sobre el derecho de los conflictos armados y los tratados de derecho internacional humanitario, por una exigencia que podría calificarse de lógica, no se ven afectados por el inicio de las hostilidades. Ello goza de consenso tanto en la doctrina⁶⁴, como en la práctica de los Estados⁶⁵. En este sentido, la aplicación en tiempo de guerra de las normas de derecho internacional humanitario fue reconocida por la CIJ en su reiteradamente citada Opinión consultiva *sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*:

⁶³ En un sentido parecido, el Relator especial L. Caflisch apuntaba que incorporar la lista como anexo tiene un grado de obligatoriedad mayor que incorporarla en los comentarios finales al articulado, *Informe preliminar presentado por Lucius Caflisch, op. cit.*, p. 19, párr. 64.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, McNAIR, A., *The Law of...*, *op. cit.*, p. 704; OPPENHEIM, L., *Tratado de...*, *op. cit.*, p. 309; ROUSSEAU, CH., *Droit International...*, *op. cit.*, p. 73, párr. 72; y GUGGENHEIM, P., *Traité de ...*, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁵ Así, aún siendo las dos guerras mundiales los conflictos bélicos donde más se han hecho notar los efectos de los conflictos armados sobre los tratados, los tratados sobre Derecho internacional humanitario continuaron siendo aplicados, *Memorando de la Secretaría. El efecto de los conflictos armados en los tratados: examen de la práctica y de la doctrina* (A/CN.4/550), 1 de febrero de 2005, p. 17, párr. 19. En este mismo sentido apuntan las declaraciones del año 1963 del Consejero General del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, en ocasión del debate en relación con la aplicabilidad en tiempo de guerra del Tratado de prohibición de ensayos nucleares en la atmósfera, el espacio o el alta mar, firmado en Moscú el 5 de agosto del mismo año, WHITEMAN, M. M., *Digest of International Law*, Washington: Government Printing Office, vol. XIV, 1963-1973. p. 510.

“como en el caso de los principios de derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados, el derecho internacional no deja duda de que el principio de la neutralidad, cualquiera que sea su contenido (...) 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”⁶⁶.

Cabe precisar, como así se recoge en el primer informe el Relator especial I. Brownlie, que buena parte de estos tratados ya indican expresamente que continuarán siendo aplicados en tiempo de conflicto armado⁶⁷.

ii) Tratados que declaran, crean o regulan regímenes o derechos permanentes

Deben ser calificados como tales, entre otros, “los acuerdos relativos a la cesión de territorios, los tratados de unión, los tratados de neutralización de una parte del territorio de un Estado, los tratados que establecen o modifican fronteras, y los tratados que crean derechos excepcionales de uso del territorio de un Estado o de acceso a él”⁶⁸. Una mención específica a los tratados que crean fronteras no resulta sorprendente en la medida en que también ocuparon un lugar destacado en la regulación del cambio fundamental de las circunstancias como causa de terminación de los tratados en la CVDT (artículo 62.2.a). En este sentido, de nuevo aparecen como una clase de tratados que, en aras a la seguridad jurídica y al mantenimiento de unas relaciones internacionales pacíficas, deben mantenerse indemnes, en la medida de lo posible.

Se trata de una categoría extensa y, tal y como ya señaló en un principio la CDI, de límites eminentemente “inciertos”⁶⁹. En este sentido, no solamente resulta complejo generalizar una pauta para tratados tan diversos y dispares sino que, además, conviene advertir que en muchos casos puede que no sea el tratado mismo el que no resulte afectado por el conflicto armado, sino los derechos permanentes establecidos en él⁷⁰. Aún así, pese a su diversidad, dichos tratados han sido considerados tradicionalmente por la doctrina como una excepción a la regla de la abrogación⁷¹ o sencillamente, como

⁶⁶ Opinión consultiva de 8 de julio de 1996 *sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, (ICJ Reports, 1996), p. 226, párr. 89. Sobre la aplicación de los tratados de Derecho internacional humanitario durante las hostilidades, véase el *Memorando de la secretaría*, *op. cit.*, pp. 15-20, párrs. 18-25.

⁶⁷ *Primer informe presentado por el Relator I. Brownlie*, *op. cit.*, p. 22, párr. 67. Un ejemplo de ello es el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949: “Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor ya en tiempo de paz, el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o cualquier otro tipo de conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 215, párr. 8.

⁶⁹ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2008), *op. cit.*, p. 155, párr. 18.

⁷⁰ Así lo advertía HURST, C. J. B. en “The effect of War on Treaties”, *BYIL*, 1921, vol. 2., p. 46 y así ha quedado reflejado en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 215, párr. 11.

⁷¹ Véase, entre otros, ROUSSEAU, Ch., *Droit International...*, *op. cit.*, p. 73, párr. 72 o GUGGENHEIM, P., *Traité de...*, *op. cit.*, p. 241.

categorías de tratados que no quedan afectados por la guerra⁷². Una abundante práctica de los Estados corrobora esta postura⁷³.

iii) Tratados que son instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales

Los instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales crean sujetos de derecho internacional distintos de los Estados miembros que las han instituido. Ello no diverge en lo esencial de los tratados que establecen regímenes permanentes, por dicho motivo, les son de aplicación las mismas consideraciones que respecto a los tratados de cesión de territorio o de establecimiento de fronteras y, en consecuencia, las hostilidades que puedan surgir entre los Estados miembros no deberían afectar, en principio, a la existencia y autonomía de las propias organizaciones.

Como se recoge en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, es el instrumento constitutivo de la organización internacional el que goza de una presunción de continuidad durante las hostilidades. Ello no obsta, sin embargo, que algunas disposiciones sí puedan verse afectadas en tales circunstancias. Puede ser el caso de los artículos que regulen la continuación de la participación de los Estados miembros en la actividad de la organización, o también de aquellos que reglamenten la suspensión de dicha actividad o la disolución de la organización por dicha causa⁷⁴.

iv) Tratados relativos a cursos de agua internacionales o a acuíferos e instalaciones y construcciones conexas

La práctica internacional respecto a la aplicación de dichos tratados durante las hostilidades resulta dispar. Así, mientras que en algunos casos se han considerado aplicables pese a la existencia de un conflicto armado, en otros no ha sido así⁷⁵. Como señaló el Relator especial I. Brownlie en su primer informe, “no está claro que el objeto y propósito de estos tratados impliquen necesariamente que no se derive ningún efecto de un conflicto armado, sobre todo cuando al conflicto afecta al Estado ribereño”⁷⁶ y, en ese sentido, los comentarios al proyecto aprobados por la CDI han precisado que su aplicación está sujeta al ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa reconocido en el artículo 51 CNU⁷⁷. Aún así, “la necesidad de proteger las aguas” ha pesado como

⁷² OPPENHEIM, L., *Tratado de...*, *op. cit.*, p. 309.

⁷³ En este sentido, véase el clarificador análisis de la práctica estatal efectuado por McNAIR, A., *The Law of...*, *op. cit.*, pp. 704-710 y 720.

⁷⁴ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 230, párr. 67.

⁷⁵ Como consta en el memorando inicial preparado por la Secretaría, mientras que la CPJI no consideró ajustada a Derecho internacional la negativa de Alemania de permitir el paso por el canal de Kiel a un buque que llevaba municiones a Polonia durante la guerra polaco-prusiana de 1920 [Asunto *S. S. Wimbledon (Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón/Alemania)*, Sentencia de agosto de 1923, (CPJI, 1923, serie A, n.º. 1) p. 22], Gran Bretaña obstaculizó el paso a los buques enemigos a través del Canal de Suez durante la primera y segunda Guerras Mundiales, *Memorando de la Secretaría*, *op. cit.*, pp. 36-37, párr. 56-57.

⁷⁶ *Primer informe presentado por el Relator I. Brownlie*, *op. cit.*, p. 33, párr. 98.

⁷⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 228, párr. 58.

un buen argumento para defender la presunción de continuidad en la aplicación de los tratados que protegen los acuíferos internacionales⁷⁸; consideración que puede hacerse extensiva para los tratados que regulan los cursos de agua internacionales en general.

v) Tratados multilaterales normativos

Los tratados multilaterales normativos fueron definidos por A. McNair como “tratados que crean normas de Derecho internacional para regular la conducta futura de las partes sin crear un régimen, estatuto o sistema internacional”⁷⁹. Sobre ellos, A. Pellet puntualizó:

“la particularidad esencial que caracteriza a estos instrumentos es que no tienen por objeto establecer un equilibrio entre los derechos y ventajas que se reconocen mutuamente los Estados partes, sino que se orientan a instituir una normativa internacional común, una traducción de valores compartidos, que todas las partes se comprometen a respetar, cada una en lo que le concierne”⁸⁰.

Dentro de esta categoría de tratados se encuentran tanto aquellos *tratados multilaterales normativos de carácter técnico*, relativos a las comunicaciones, la salud, el control de los estupefacientes, la nacionalidad, el matrimonio, la propiedad industrial, etc., como aquellos *tratados multilaterales normativos que protegen intereses generales de la Comunidad internacional*, como la protección de los derechos humanos o la conservación del medio ambiente, entre otros. Existe entre la doctrina un amplio consenso en torno a la idea de que esta tipología de tratados sobrevive a los conflictos armados⁸¹, participen en ellos todos los Estados parte o solamente algunos de ellos⁸². Como señala el propio A. McNair, el motivo por el cual dichos tratados siguen siendo aplicados es que con ellos los Estados pretendían crear disposiciones jurídicas de carácter permanente⁸³. En la práctica de los Estados, ello se ha reflejado en la convicción casi unánime de que dichos tratados no se terminan cuando irrumpe un conflicto armado, si bien su aplicación puede verse total o parcialmente suspendida mientras el mismo se prolongue⁸⁴.

vi) Tratados relativos a la protección internacional de los derechos humanos

⁷⁸ *Ibid.*, p. 229, párr. 65

⁷⁹ McNAIR, A., *The Law of...*, *op. cit.*, p. 723

⁸⁰ *Segundo informe sobre las reservas a los tratados, preparado por el Sr. Alain Pellet, Relator especial*, de 13 de junio de 1996 (A/CN.4/477/Add.1), p. 14, párr. 84. Como señala A. Pellet, ello no impide que dentro de estos tratados considerados normativos puedan hallarse también cláusulas típicamente contractuales (párr. 85).

⁸¹ Véase, por ejemplo, OPPENHEIM, L., *Tratado de...*, *op. cit.*, p. 310; y GUGGENHEIM, P., *Traité de...*, *op. cit.*, p. 242. Ch. Rousseau, por su parte, entiende los tratados normativos multilaterales como un tipo de tratados multilaterales las obligaciones de los cuales quedarán suspendidas entre los Estados beligerantes partes en los tratados, y que no se verán afectados entre estos y terceros Estados neutrales, ROUSSEAU, Ch., *Droit International...*, *op. cit.*, p. 73, párr. 72.

⁸² McNAIR, A., *The Law of...*, *op. cit.*, p. 723.

⁸³ *Ibid.*, p. 723.

⁸⁴ Véase el análisis de la Secretaría sobre los efectos de la Segunda Guerra Mundial en algunos tratados, *Memorando de la Secretaría*, *op. cit.*, pp. 33-35, párr. 47-51, así como notas 272-290.

La aplicación en tiempo de guerra de los tratados sobre derechos humanos ha sido objeto de un largo debate en Derecho internacional, sobre todo antes de su significativa proliferación tras la adopción de la CNU. Actualmente dicho debate parece haber sido paulatinamente superado. Muestra de dicho consenso es la mención explícita en el artículo 4 de la resolución del IDI de 1985 de que “la existencia de un conflicto armado no faculta a una parte a dar por terminada o suspendida unilateralmente la aplicación de aquellas disposiciones relativas a la protección de la persona humana, a menos que el tratado disponga lo contrario”⁸⁵. Con posterioridad, dos pronunciamientos de peso no han hecho sino confirmar esta norma. En primer lugar, la Opinión consultiva *sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares*, en la que la CIJ afirmó expresamente la aplicabilidad en tiempos de guerra de aquellas disposiciones no derogables del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

*“La Corte observa que la protección prevista en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 del Pacto, según el cual algunas disposiciones pueden ser suspendidas cuando se da una situación de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no es una de esas disposiciones. En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades”*⁸⁶.

En segundo término, los comentarios a los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en los cuales se estableció que la legítima defensa no excluye la ilicitud de un comportamiento respecto de todas las obligaciones, en particular, “las obligaciones impuestas por el derecho humanitario internacional y *en relación con disposiciones no derogables sobre derechos humanos*”⁸⁷. Dichas obligaciones, en consecuencia, siguen vigentes y plenamente aplicables en tiempo de conflicto armado⁸⁸.

A lo anterior hay que añadir que los tratados más recientes de protección internacional de los derechos humanos ya no suelen incorporar cláusulas expresas de derogación como las que se incluyeron en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 4) o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 27). Ello parece apuntar a una concepción más expansiva de la protección internacional de los derechos humanos.

vii) Tratados relativos a la protección internacional del medio ambiente

La cuestión de si los tratados que regulan la protección del medio ambiente sobreviven o no a las hostilidades ha sido objeto de un intenso debate especialmente avivado en la

⁸⁵ Resolución IDI (1985), *op. cit.* La traducción es nuestra.

⁸⁶ Opinión consultiva de la CIJ *sobre la legalidad...*, *op. cit.*, p. 16, párr. 25. La cursiva es nuestra.

⁸⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53 período de sesiones, de 23 de Abril a 1 de Junio y 2 de Julio a 10 de Agosto de 2001, Asamblea General. Documentos oficiales, 56 período de sesiones, Suplemento N. 10, (A/56/10), p. 181, párr. 3. La cursiva es nuestra.

⁸⁸ La Secretaría precisa, asimismo, que las disposiciones no derogables sobre derechos humanos son, en realidad, disposiciones que codifican normas *de ius cogens*, Memorando de la Secretaría, *op. cit.*, p. 25, párr. 32.

década de los noventa como consecuencia de los daños medioambientales causados durante la primera guerra del Golfo. Así, mientras que la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, de 14 de junio de 1992, establece que “los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen el medio ambiente en épocas de conflicto armado”⁸⁹, una prolífica doctrina ha apuntado que, dada la variabilidad en sus objetivos y modalidades, no todos los tratados de protección del medio ambiente se relacionan de la misma forma con los conflictos armados⁹⁰. La CIJ, en su Opinión consultiva *sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares* anteriormente citada, planteó la cuestión del siguiente modo:

“La cuestión no es si los tratados relativos a la protección del medio ambiente son o no aplicables durante un conflicto armado, sino más bien en saber si se ha querido que las obligaciones derivadas de esos tratados sean obligaciones de abstención en caso de conflicto militar. La Corte no considera que porque los tratados en cuestión contengan obligaciones con respecto a la protección del medio ambiente, se haya pretendido con ellos privar a un Estado del ejercicio del derecho a la legítima defensa que el derecho internacional le reconoce. Sin embargo, los Estados deben tener en cuenta las consideraciones ambientales cuando determinan qué es necesario y proporcional para lograr objetivos militares legítimos. El respeto del medio ambiente es uno de los elementos que se han de sopesar para saber si una acción es conforme a los principios de necesidad y proporcional”⁹¹.

El debate doctrinal no había sido resuelto al momento de iniciarse los trabajos de la CDI. Tampoco los Estados habían llegado a un acuerdo al respecto. Por ello, la inclusión de esta categoría de tratados en el anexo final, más que reflejar un consenso previo, supone una apuesta de futuro defendida por el primer Relator especial I. Brownlie ya desde su primer informe⁹².

⁸⁹ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, hecha en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992 (Doc. A/CONF.151/26/Rev.1)

⁹⁰ Entre los autores que recientemente han estudiado la cuestión, véase SCHMITT, M. N., “Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict”, *YJIL*, vol. 22, 1997, pp. 39-40; VÖNEKY, S., “A new Shield for the Environment: Peacetime Treaties as legal restraints of Wartime Damage”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 9 (1), 2000, p. 20-32; HULME, K., *War Torn Environment: Interpreting the Legal Threshold*, *International Humanitarian Law Series*, Vol. 7, Boston: Martinus Nijhoff Publishers: 2004; MOLLARD-BANNELIER, K., *La protection...*, *op. cit.*; y, especialmente, SIMONDS, S., “Conventional Warfare and Environmental Protection: A Proposal for International Legal Reform”, *SJIL*, vol. 29, 1997. p. 165.

⁹¹ Opinión consultiva de la CIJ *sobre la legalidad...*, *op. cit.*, p. 18, párr. 30.

⁹² *Primer informe presentado por el Relator Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 31, párr. 91. La última versión del proyecto de articulado propuesto por el primer Relator especial incorporaba una previsión específica respecto a estas tres últimas subcategorías de tratados, el artículo 6 bis, el cual condicionaba la aplicación de los tratados multilaterales normativos y los de protección de los derechos humanos y del medio ambiente a la *lex specialis* aplicable en caso de conflicto armado, *Tercer informe presentado por el Relator Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 11, párr. 29. Tras su eliminación en el articulado aprobado en primera lectura por la CDI, el proyecto definitivo no contiene dicha previsión, si bien debe presumirse que la aplicación de dichos tratados durante un conflicto armado es siempre en función de la *lex specialis*.

viii) Tratados de amistad, comercio y navegación y acuerdos relativos a derechos privados

Bajo dicha rúbrica se hace referencia a un amplio conjunto de transacciones internacionales de nomenclatura variada que incluye tanto acuerdos bilaterales sobre inversiones, como acuerdos sobre concesión de derechos recíprocos a los nacionales de los Estados parte que residen en el territorio de las partes respectivas en materia de derechos de adquisición de bienes, de transferencia, de sucesión, de nacionalidad, de matrimonio o de tutela, entre otros⁹³. Si bien tradicionalmente existía la convicción de que los tratados de carácter político o comercial quedaban terminados o suspendidos durante las hostilidades, el estudio llevado a cabo por la Secretaría muestra como dichos tratados frecuentemente no se ven afectados por la guerra⁹⁴. Como en su momento apuntaba el Relator especial I. Brownlie “no hay motivos imperiosos para que el estallido de un conflicto armado desplace *el status quo* mutuamente beneficioso”⁹⁵.

ix) Tratados relativos a la solución internacional de controversias por medios pacíficos y en materia de justicia penal internacional

En el primer grupo se incluyen las convenciones que regulan los procedimientos internacionales de solución de controversias entre sujetos de derecho internacional. La aplicación de dichos tratados durante las hostilidades no ha sido objeto de un gran interés por parte de la doctrina, no obstante la práctica de los Estados parece apuntar que los mismos continúan siendo aplicados durante las hostilidades⁹⁶ y ello concuerda con la postura adoptada en el conjunto del articulado, el cuál también opta, cuando regula el procedimiento de notificación, por reforzar los derechos y obligaciones de los Estados en materia de arreglo pacífico de controversias⁹⁷.

El segundo grupo de tratados incluye los acuerdos generales, regionales o bilaterales por los que se establecen mecanismos internacionales para el procesamiento y enjuiciamiento de presuntos autores de crímenes internacionales⁹⁸. La aplicabilidad en tiempo de guerra de dichos instrumentos deriva, según la CDI, de un doble fundamento: en primer lugar, del hecho de que “el procesamiento por delitos internacionales y el enjuiciamiento de los presuntos autores concierne a la comunidad internacional en su conjunto”; en segundo término, de una exigencia que podríamos calificar de lógica, por

⁹³ Nótese que dicha categoría de tratados es en parte coincidente con el ámbito de regulación de los tratados multilaterales normativos, *Informe de la Comisión de Derecho internacional* (2011), *op. cit.*, p. 225, párr. 45.

⁹⁴ *Memorando de la Secretaría*, *op. cit.*, pp. 47-49, párr. 69-74.

⁹⁵ *Primer informe presentado por el Relator Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 25, párr. 77.

⁹⁶ Así, por ejemplo, se mantuvieron vigentes los acuerdos especiales concluidos antes de la Primera Guerra Mundial para proceder a los arbitrajes correspondientes después de la guerra, *Primer informe presentado por el Relator Ian Brownlie*, *op. cit.*, p. 36, párr. 107.

⁹⁷ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 231, párr. 70.

⁹⁸ *Íbid.*, p. 219, párr. 22. Se excluyen expresamente los mecanismos internacionales creados por otros medios, como resoluciones de organizaciones internacionales (y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en particular) o acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales. Tampoco incluyen acuerdos sobre cuestiones de derecho penal internacional en general.

cuanto los citados crímenes internacionales se encuentran inextricablemente relacionados, en su mayoría, con el desarrollo de situaciones bélicas⁹⁹. Ello no obsta, sin embargo, que algunas de las disposiciones que estos instrumentos incorporan puedan resultar suspendidas en un contexto de conflicto armado, en especial cuando entrañen determinadas obligaciones de cooperación para los Estados¹⁰⁰.

x) Tratados relativos a las relaciones diplomáticas y consulares

Como señala la CDI, no resulta extraño que las embajadas continúen abiertas y en funcionamiento aun en tiempo de guerra y, que en caso de cierre, las relaciones consulares se mantengan¹⁰¹. Dicha vocación de permanencia e inviolabilidad se recoge en algunas de las disposiciones de las principales convenciones en la materia. A ello aludía la CIJ, en el asunto *relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* de 1980, cuando afirmaba que:

*“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”*¹⁰².

d) *La celebración de acuerdos de terminación, suspensión, enmienda o modificación de un tratado durante un conflicto armado*

El proyecto de artículo 8 constituye una última disposición que viene a completar el núcleo sustantivo de la regulación¹⁰³. Se trata de una de las disposiciones que más cambios ha sufrido a lo largo de los trabajos de codificación llevados a cabo por la CDI y, probablemente, una de las que en su versión definitiva resultan más insatisfactorias. Más que por su contenido, el actual proyecto de artículo 8 merece cierta crítica sobre todo por su ubicación, ya que el mismo contiene dos normas, ninguna de las cuales se encuentra donde correspondería dentro del articulado. El primer párrafo establece que la existencia de un conflicto armado no afecta a la capacidad de los Estados para celebrar tratados de conformidad con el derecho internacional. Como se precisa en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI, “desde un punto de vista técnico, el párrafo 1 trata de los efectos de los conflictos armados *en la capacidad* de los Estados para celebrar acuerdos, en contraposición a los efectos en los propios tratados”¹⁰⁴. En

⁹⁹ *Ibid.*, p. 220, párr. 23.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 220, párr. 24. Como por ejemplo las obligaciones asumidas en relación con la ejecución de sentencias en su territorio.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 231-232, párr. 71 y 74, respectivamente.

¹⁰² *Asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*, Sentencia de 24 de mayo de 1980 (CIJ Recueil, 19809, p.40, párr. 86

¹⁰³ “Artículo 8. *Celebración de tratados durante un conflicto armado*. 1. La existencia de un conflicto armado no afectará a la capacidad de un Estado parte en el conflicto para celebrar tratados de conformidad con el derecho internacional. 2. Los Estados podrán celebrar acuerdos sobre la terminación o la suspensión de un tratado, o de parte de él, que sea aplicable entre ellos en situaciones de conflicto armado, o podrán convenir su enmienda o modificación”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 202.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 202, párr. 3. La cursiva es propia.

consecuencia, y aunque pueda servir de introducción al siguiente párrafo, su ubicación correcta quizá debería haber sido junto con el resto de cláusulas ubicadas en la tercera parte del proyecto.

El segundo párrafo, que interesa más aquí, establece que los Estados, por una parte, podrán acordar durante un conflicto armado la terminación o la suspensión entre ellos de la totalidad o de parte de un tratado que, en caso contrario, seguiría siendo aplicable; por otra, que podrán acordar, asimismo, su enmienda o modificación. El sentido de dicha disposición es reflejar la práctica de los Estados parte en un conflicto armado de convenir expresamente durante el mismo la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación “entre ellos en ese momento”¹⁰⁵. En segundo término, permitir la posibilidad de enmendar o modificar un tratado especialmente a los Estados parte en el mismo, pero terceros en el conflicto armado, que difícilmente estarán en condiciones de justificar su terminación o suspensión¹⁰⁶.

Este segundo párrafo completa el régimen sustantivo del articulado y, por ello, quizá estaría mejor ubicado a continuación del artículo 7, dentro del mismo capítulo I dedicado a la aplicación de los tratados en caso de conflicto armado. Su ubicación actual, dentro del capítulo II, responde a la voluntad de no interrumpir la secuencia de aplicación de los artículos 3 a 7¹⁰⁷ pero conduce a confusión, en la medida en que ofrece la apariencia de ser una disposición cuya aplicación se desarrolle al margen del resto de reglas. Ello no parece el verdadero sentido del artículo 8, ya que el mismo introduce la regla, importante también, de que a pesar de lo que establezca el tratado, y sin perjuicio de lo que se deduzca de las reglas de interpretación de los tratados o de los factores relacionados con el tratado y con el conflicto armado, incluida su materia, los Estados partes en el conflicto armado pueden tomar una decisión vinculante sobre la aplicación del tratado durante las hostilidades. Eso sí, únicamente con efectos entre ellos.

La redacción del artículo y los comentarios que la acompañan, por otra parte, tampoco perfilan completamente el alcance de la disposición. En particular, no queda claro cuál puede ser el contenido de los acuerdos a los que el mismo hace referencia¹⁰⁸. Es decir, no se especifica si tales acuerdos deben estar fundados en las reglas precedentes o bien puede tratarse de acuerdos basados en otros motivos no recogidos en el articulado o incluso en ninguno. Cuando los comentarios al proyecto aprobados por la CDI hacen referencia a que la mención a la enmienda o modificación del tratado se incluye pensando en aquellos Estados que no están en condiciones de “justificar” su terminación o suspensión, parece que se alude a que la terminación o la suspensión de un tratado, aunque sea solamente entre algunas partes en el tratado, debe ser siempre fundada. No obstante, la explicación del Relator especial L. Caflisch al afirmar que el entonces artículo 6 permite la terminación o suspensión de tratados que, “en caso

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 202, párr. 4.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 202, párr. 6.

¹⁰⁷ *Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, de 17 de mayo de 2011, p. 18.

¹⁰⁸ En este sentido, incluso ha desaparecido el adjetivo de “lícitos” que acompañaba a los acuerdos a que se referían las anteriores versiones del artículo, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 203, párr. 6.

contrario, seguirían siendo aplicables”, parece sugerir justamente todo lo contrario. En ese caso, sería un modo de decir que los acuerdos que regula el artículo 8 son una vía para permitir entre algunos Estados una terminación o suspensión que en términos generales, para todos, no estaría permitida a la luz de las reglas de los artículo 4 a 7 del proyecto.

2. El procedimiento y otros aspectos relacionados con la terminación, retiro o suspensión de un tratado, y con su posterior restablecimiento

A continuación de los principios sustantivos, el proyecto de artículos incorpora un segundo capítulo que lleva por título “otras disposiciones relativas a la aplicación de los tratados”. Dejando al margen el artículo 8, que ya ha sido analizado, el capítulo comprende también los artículos 9 a 13, los cuales establecen, por una parte, el procedimiento de notificación a seguir en caso de que un Estado tenga la intención de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación; en segundo término, la regulación de otros aspectos importantes relacionados con tal posibilidad, como son la identificación de qué disposiciones se ven afectadas o la determinación de cuándo un Estado puede perder el derecho a ejercer dicha facultad; y, en tercer lugar, el restablecimiento de la vigencia o reanudación de la aplicación de los tratados que hayan sido terminados o suspendidos como consecuencia de un conflicto armado. Su examen resulta indispensable para ofrecer una visión global del resultado de la codificación de las normas internacionales sobre la materia llevada a cabo por la CDI.

A) El deber de notificar la intención de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

La labor de determinar cómo proceder a la terminación, suspensión o retiro de un tratado como consecuencia del estallido de un conflicto armado, cuando tal posibilidad resulte de la aplicación de los principios sustantivos anteriormente examinados, fue especialmente abordada por el Relator especial I. Brownlie en su primer, tercer y, sobre todo, cuarto informe. El punto de partida de sus trabajos fue el procedimiento general de nulidad, terminación, retiro de una parte o suspensión de la aplicación de un tratado, establecido en el artículo 65 de la CVDT. Sin embargo, la cuestión que ya muy tempranamente se planteó fue si resultaba conveniente extender el ámbito de aplicación de este procedimiento a la terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de un conflicto armado, o bien constituía una mejor opción elaborar un procedimiento específico para la materia.

El procedimiento incorporado al proyecto de artículo 9 ciertamente se fundamenta en el artículo 65 CVDT¹⁰⁹ pero se caracteriza sobre todo por introducir un deber de notificación previo racionalizado y adaptado al especial contexto de los conflictos

¹⁰⁹ El Relator especial I. Brownlie también tuvo en cuenta, como una alternativa plausible, el proyecto de artículo 26 propuesto por Sir G. Fitzmaurice durante los trabajos de elaboración de la CVDT, *Cuarto informe del Relator especial, op. cit.*, pp. 16-18, párr. 34-35. El mismo puede consultarse en el *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. II, p. 34, Second report by G. Fitzmaurice, Special Rapporteur (A/CN.4/107)

armados¹¹⁰. Ello se plasma muy especialmente en la inclusión de un “plazo razonable” para formular objeciones, cuya concreción dependerá de las circunstancias concretas, teniendo en cuenta los factores enumerados en el artículo 6¹¹¹.

Como señala la propia CDI, “la intención que inspira el artículo 9 es establecer una obligación básica de notificación, sin dejar de reconocer el derecho de otro Estado parte en el tratado a formular una objeción”¹¹². Para el Relator especial I. Brownlie varios argumentos apoyan su inclusión: en primer lugar, la consideración del deber de notificación como una garantía para evitar acciones unilaterales por parte de los Estados e inducirlos a recurrir a vías pacíficas de solución de controversias; en segundo término, la posibilidad, aun viable en condiciones normales, de que los Estados parte en el conflicto armado mantengan contacto; y, finalmente, y desde un punto de vista sistémico, su coherencia con la estabilidad que pretende el artículo 3 del proyecto¹¹³. En un sentido parecido, el segundo relator especial L. Caflisch afirmaba que “sin deber de notificación, las normas del proyecto de artículos serían en gran medida teóricas”¹¹⁴.

La inclusión de una referencia a la obligación de acudir a los medios pacíficos de solución de controversias regulados en el artículo 33 CNU en caso de desacuerdo entre los Estados ha sido, quizás, la cuestión más controvertida en relación con el proyecto de artículo 9. El proyecto de artículos aprobado en primera lectura por la CDI no incorporaba tal mención, por considerar “poco realista” la imposición de un régimen de solución pacífica de controversias en este contexto¹¹⁵. La versión final del mismo, por el contrario, sí la incluye, de forma similar al tercer párrafo del artículo 65 CVDT. En opinión del Relator especial L. Caflisch, no existe realmente una “dificultad insuperable” para prever que los procedimientos de solución pacífica de controversias sigan estando a disposición de los Estados, aún durante las hostilidades¹¹⁶. Ello resulta coherente con el proyecto de artículo 7 y con el anexo final (letra k), los cuales establecen, como una

¹¹⁰ “Artículo 9. *Notificación de la intención de dar por terminado un tratado, de retirarse de él o de suspender su aplicación*. 1. El Estado que tenga la intención de dar por terminado un tratado en el que es parte, retirarse de él o suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado notificará esa intención 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, salvo que en ella se prevea una fecha posterior. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará al derecho de una parte a formular, en un tiempo razonable y conforme a lo dispuesto en el tratado o en otras reglas aplicables del derecho internacional, objeciones a la terminación de un tratado, al retiro de una de las partes o a la suspensión de su aplicación. 4. Cuando se haya formulado una objeción con arreglo al párrafo 3, los Estados afectados buscarán una solución por los medios indicados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. 5. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de los Estados relativas al arreglo de controversias en la medida en que han seguido siendo aplicables”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 189.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 204, párr. 4.

¹¹² *Ibid.*, p. 203, párr. 1.

¹¹³ *Cuarto informe sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados, presentado por el señor Ian Brownlie, Relator especial. Procedimiento de suspensión y terminación* (A/CN.4/589), 14 de noviembre de 2007, p. 16, párr. 30-34.

¹¹⁴ *Informe preliminar presentado por Lucius Caflisch, op. cit.*, p. 26, párr. 89.

¹¹⁵ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2008), *op. cit.*, p.141, párr.1..

¹¹⁶ *Informe preliminar presentado por Lucius Caflisch, op. cit.*, p. 25, párr. 87.

categoría de tratados que en principio deben continuar siendo aplicables durante las hostilidades, los tratados relativos a la solución internacional de controversias.

B) Aspectos relacionados con el ejercicio de la facultad de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

Los aspectos relacionados con el ejercicio de la facultad de dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, regulados en los artículos 10 a 12 del articulado, son en realidad una transposición, matizada y adaptada, de los artículos 43 a 45 CVDT¹¹⁷:

a) El deber de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado

El artículo 10 del proyecto de artículos, a imagen del artículo 43 CVDT, establece que la terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia de un conflicto armado no afectará en ningún caso al deber de los Estados de cumplir las obligaciones contenidas en el mismo a las que estén sujetos en virtud del Derecho internacional¹¹⁸.

Esta disposición recoge la distinción tradicional entre las obligaciones de origen convencional y las obligaciones derivadas del Derecho internacional general y consagra el principio esencial de la autonomía de las fuentes del derecho internacional. En palabras de la CDI, “el derecho internacional consuetudinario sigue aplicándose independientemente de las obligaciones convencionales”¹¹⁹. La existencia autónoma de dichas obligaciones ha sido reconocida en reiteradas ocasiones por la CIJ¹²⁰, por ello,

¹¹⁷ En la última propuesta del Relator especial I. Brownlie, contenida en su tercer y cuarto informe, estas disposiciones se integraban en el entonces proyecto de artículo 8, mediante una fórmula de remisión a los artículos 42 a 45 CVDT. Véase el anexo al *Tercer informe presentado por el señor Ian Brownlie, op. cit.*, p. 23. No obstante, ya en la versión del articulado aprobado en primera lectura, se optó por eliminar la remisión y añadir los artículos 9 a 11. Cabe puntualizar que, respecto a la primera versión, se ha obviado cualquier mención ni directa ni indirecta al artículo 42 CVDT, el cual establece que la impugnación de la validez de un tratado o la terminación, suspensión, denuncia o retiro de una parte deberá hacerse “en aplicación de las previsiones de la propia Convención”. Esta omisión debe valorarse muy positivamente puesto que la referencia al artículo 42 suponía, en el fondo, la incorporación por remisión de toda la Parte V de la CVDT (artículos 42 a 72) relativa a la “Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados” y, en especial, a las previsiones de la Sección IV sobre “Procedimiento” (artículos 65 a 68).

¹¹⁸ “Artículo 10. *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 su aplicación como consecuencia de un conflicto armado no menoscabarán en modo alguno 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”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 205, párr. 2.

¹²⁰ Véanse especialmente los asuntos *de la Plataforma continental del Mar del Norte* (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos), *I.C.J. Reports* 1969, p. 424, párr. 74, y de *las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua* (Nicaragua/Estados Unidos), *I.C.J. Reports* 1984, párr. 73.

puede afirmarse que la inclusión de esta previsión en el articulado tiene un carácter meramente declarativo.

b) La divisibilidad de las disposiciones de un tratado

La segunda previsión relativa al régimen de terminación, retiro o suspensión de un tratado como consecuencia de un conflicto armado es el proyecto de artículo 11, que incorpora *mutatis mutandis* el régimen general del artículo 44 CVDT sobre la divisibilidad de las disposiciones de un tratado¹²¹. Se contempla como una regla general en este artículo, que la terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado tendrá efecto respecto de la totalidad del mismo, excepto cuando el propio tratado establezca lo contrario o los Estados parte así lo acuerden. No obstante, podrá ejercerse dicha pretensión respecto únicamente de una o algunas de las cláusulas del tratado siempre y cuando se cumpla la triple condición de que las cláusulas puedan separarse del resto del tratado; que éstas no constituyan la base esencial del consentimiento en obligarse por el tratado en el su conjunto; y que sea posible el cumplimiento del resto de tratado sin que éste devenga injusto.

Con esta disposición se asume una práctica estatal según la cual los efectos de un conflicto armado en un tratado pueden ser únicamente parciales¹²², y se posibilita así la salvaguarda de las obligaciones no afectadas por las hostilidades. Ello contribuye a moderar el impacto de los artículos 4 a 7, permitiendo que un conflicto armado tenga efectos diferenciados en un mismo tratado¹²³. Desde la perspectiva de la estabilidad de las relaciones internacionales y de la continuidad de los compromisos convencionales asumidos por los Estados, dicha regla debe acogerse con satisfacción en la medida en que puede proteger obligaciones que de otro modo se verían irremisiblemente afectadas.

c) La pérdida del derecho a dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación

La postrera previsión relativa al régimen de terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado en caso de conflicto armado es el artículo 12, el cual, en términos equivalentes al artículo 45 CVDT, limita la facultad de los Estados parte de hacer efectiva su pretensión en ciertas circunstancias¹²⁴. El objeto de dicho artículo no

¹²¹ “Artículo 11. *Divisibilidad de las disposiciones de un tratado*. La terminación de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación como consecuencia de un conflicto armado surtirá efecto con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, salvo cuando: a) el tratado contenga cláusulas que sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; 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”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 189.

¹²² *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2008), *op. cit.*, p. 143, párr. 2.

¹²³ *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 206, párr. 1.

¹²⁴ “Artículo 12. *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 como consecuencia de un conflicto armado si, después de haber tenido conocimiento de los hechos: a) ha

es otro que reconocer que incluso durante un conflicto armado persisten las obligaciones derivadas del principio general de la *buena fe* en las relaciones internacionales¹²⁵. En este sentido, un Estado no podrá pretender dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado si ha convenido de forma expresa en que el tratado continuaría en vigor o que no se suspendería su aplicación, o si se ha comportado de tal forma que pueda deducirse su aquiescencia respecto de la continuidad de la aplicación del tratado o su mantenimiento en vigor.

Conviene precisar que, aplicado al ámbito que nos ocupa, debe entenderse que un Estado “conocía los hechos”, si tenía conocimiento del conflicto armado y de sus posibles consecuencias para el tratado¹²⁶, cuestión que ha de ser apreciada cuando el conflicto ya ha producido efectos en el tratado¹²⁷.

C) El restablecimiento de la vigencia o la reanudación de la aplicación de los tratados que hayan sido terminados o suspendidos

Una última cuestión procedimental que queda por examinar es qué ocurre con los tratados que, en aplicación de las normas precedentes, han sido terminados o suspendidos como consecuencia de un conflicto armado. En particular, cuándo podrá restablecerse su vigencia o reanudarse su aplicación tras la finalización del conflicto armado. Ello viene regulado en el proyecto de artículo 13¹²⁸, el cual incorpora, en realidad, dos normas diferenciadas: una relativa al *restablecimiento* de la vigencia o aplicación de un tratado (párrafo 1) y otra en relación con la *reanudación* de su aplicación (párrafo 2). El párrafo primero del artículo 13 establece una regla de amplio alcance, en virtud de la cual, mediante la celebración de un acuerdo, los Estados parte pueden restablecer la vigencia de aquellos tratados que hayan sido terminados total o parcialmente, o restablecer la aplicación de aquellos otros que hayan sido únicamente suspendidos como consecuencia del inicio de las hostilidades. Lo esencial en tal caso es el acuerdo de las partes.

El segundo párrafo del artículo 13, por el contrario, introduce una regla que pretende posibilitar que se reanude la aplicación de aquellos tratados que hayan sido suspendidos como consecuencia del conflicto armado. La petición de reanudación podrá efectuarse unilateralmente por un Estado parte o conjuntamente por varios de ellos, pero deberá

convenido expresamente en que el tratado permanezca en vigor o continúe aplicándose; o b) se ha comportado de tal manera que deba considerarse que ha dado su aquiescencia a la continuación de la aplicación del tratado o a su mantenimiento en vigor”, *Íbid.*, p. 190.

¹²⁵ *Íbid.*, p. 207, párr. 1.

¹²⁶ *Íbid.*, p. 207, párr. 2.

¹²⁷ *Íbid.*, p. 207, párr. 3.

¹²⁸ “Artículo 13. *Restablecimiento o reanudación de las relaciones convencionales tras un conflicto armado*. 1. Tras un conflicto armado, los Estados parte podrán determinar, mediante acuerdo, el restablecimiento de la vigencia de los tratados que se hubieran dado por terminados o cuya aplicación se hubiera suspendido como consecuencia del conflicto armado. 2. La reanudación de la aplicación de un tratado que hubiera sido suspendida como consecuencia de un conflicto armado se determinará con arreglo a los factores mencionados en el artículo 6”, *Íbid.*, p. 190.

determinarse con arreglo a los factores relacionados con el tratado y con el conflicto armado establecidos en el proyecto de artículo 6. En tal caso, lo que ocurre es que aquellos tratados que hubieran sido suspendidos como consecuencia de la valoración de los factores del artículo 6, al dejar de concurrir los mismos por obra de la finalización del conflicto, pueden volver a ser aplicados¹²⁹. Ello es lo que se desprende de la propia noción de suspensión que tiene, por definición, un carácter temporal. En este último supuesto, la cuestión de cuándo va a reanudarse la aplicación del tratado deberá ser determinada caso por caso.

IV. LOS EFECTOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LOS TRATADOS Y LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA

La tercera parte del proyecto contiene algunas normas, bajo la forma de cláusulas de salvaguardia o “sin perjuicio”, que establecen determinadas cautelas que afectan a la globalidad del proyecto y que relacionan la cuestión objeto de codificación con uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional actual: el principio de prohibición del uso de la fuerza. Su pretensión no es alterar el resultado de los principios y reglas sustantivas básicas del proyecto¹³⁰, sino matizar su aplicación de forma que resulte coherente en el marco del ordenamiento jurídico internacional en su conjunto. En otras palabras, ubicar las normas proyecto de artículos en un ámbito en el que confluyen muy especialmente dos regímenes internacionales: el Derecho de los tratados y el Derecho de los conflictos armados.

Como ha sido señalado, el principio de prohibición del uso de la fuerza tiene consecuencias jurídicas importantes en relación con la aplicación de las normas del proyecto de artículos, en la medida en que ésta podría verse afectada para garantizar un ejercicio lícito de la fuerza en las relaciones internacionales¹³¹. Como es bien sabido, tal ejercicio puede consistir, bien en un uso de la fuerza en legítima defensa (permitido en virtud del artículo 51 CNU), bien en un uso autorizado y supervisado por el Consejo de Seguridad (amparado por el Capítulo VII de la CNU). Ambos supuestos son los que recogen, respectivamente, las cláusulas de salvaguarda contenidas en los proyectos de artículos 14 y 16: según lo dispuesto en el artículo 14, un Estado que ejerza su derecho inherente de legítima defensa de acuerdo con la CNU, podrá decidir suspender total o parcialmente (no retirarse ni darlo por terminado) un tratado en el que sea parte, en la medida en que su aplicación sea incompatible con tal derecho¹³²; en virtud del artículo

¹²⁹ *Íbid.*, p. 208, párr. 3.

¹³⁰ Una muestra de ello es que en los comentarios al proyecto aprobados por la CDI se precisa que el artículo 14 está sujeto a la aplicación de los artículos 6 y 7, de modo que “en el marco de la legítima defensa, no cabe admitir una consecuencia que no se toleraría en el contexto de un conflicto armado, *Íbid.*, p. 209, párr. 2.

¹³¹ Véase el reciente artículo de DÍAZ BARRADO, C. M., “Tratados internacionales y conflictos armados: una cuestión siempre pendiente”, *REDI*, vol. LXIV, núm. 2, julio-diciembre 2012, pp. 23-33.

¹³² “Artículo 14. *Efecto sobre un tratado del ejercicio de legítima defensa.* El Estado que ejerza su derecho inherente de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas podrá suspender total o parcialmente la aplicación de un tratado en el que sea parte, en la medida

16, la aplicación del proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de las decisiones que pueda acordar el Consejo de Seguridad de conformidad con la CNU y que pueden entrañar la autorización de un uso lícito de la fuerza para salvaguardar la paz y la seguridad internacionales¹³³. Como apunta C. M. Díaz Barrado, “en ambos casos, se trata de que los Estados, que actúan conforme a los principios esenciales del Derecho internacional, no se vean perjudicados por una aplicación automática de las normas relativas a los efectos de los conflictos armados sobre los tratados”¹³⁴.

Lo mismo puede predicarse respecto de los Estados neutrales en el conflicto armado¹³⁵: el estatuto jurídico que conlleva la neutralidad sobrevive al conflicto, en la medida en que está destinado a aplicarse precisamente en períodos de conflicto armado. En consecuencia, los derechos y deberes del Estado neutral prevalecen sobre los derivados del proyecto de artículos de la CDI¹³⁶.

Consecuencias diametralmente opuestas, como consecuencia de un uso de la fuerza prohibido por el Derecho internacional, van a generarse para los Estados que hayan sido calificados por el Consejo de Seguridad como Estados *agresores*. El proyecto de artículo 15 tiene como objetivo reconocer que “el proyecto de artículos no crea ventajas para un Estado agresor”¹³⁷, impidiendo que el mismo pueda beneficiarse de la terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado como consecuencia del inicio de un conflicto armado que él mismo haya provocado¹³⁸. En este aspecto, el proyecto de artículo se muestra contundente y sus normas no resultan aplicables en favor de aquellos Estados que hayan cometido un uso ilícito de la fuerza.

En definitiva, estos cuatro artículos, imprescindibles para completar el articulado, consagran la premisa de que si bien la cuestión de los efectos de los conflictos armados en los tratados goza de autonomía dentro del derecho de los tratados, la misma no permanece aislada dentro de dicho régimen. Por el contrario, su regulación se adapta y resulta permeable a las exigencias del principio de prohibición del uso de la fuerza, como uno de los principios básicos sobre los que se sustenta el ordenamiento jurídico internacional.

en que esa aplicación sea incompatible con el ejercicio de ese derecho”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 190.

¹³³ “Artículo 16. *Decisiones del Consejo de Seguridad*. El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de las decisiones pertinentes adoptadas por el Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, *Íbid.*, p. 191.

¹³⁴ DÍAZ BARRADO, C. M., “Tratados internacionales ...”, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁵ “Artículo 17. *Derechos y obligaciones dimanantes del Derecho de la neutralidad*. El presente proyecto de artículos se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los Estados dimanantes del derecho de la neutralidad”, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional* (2011), *op. cit.*, p. 191.

¹³⁶ *Íbid.*, p. 211, párr.2.

¹³⁷ *Íbid.*, p. 208, párr.1.

¹³⁸ “Artículo 15. *Prohibición de beneficio para un Estado que cometa un acto de agresión*. El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la CNU y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado resultante de un acto de agresión, si ello redundase en beneficio de ese Estado”, *Íbid.*, p. 190.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El proyecto de artículos de la CDI sobre los efectos de los conflictos armados en los tratados resuelve finalmente una de las lagunas normativas más importantes que existían hasta el momento en el Derecho de los tratados. Así, el principio general de la no suspensión automática de los tratados durante las hostilidades refleja de una forma sucinta un cambio de concepción radical entorno al papel y efectos de la guerra en el mundo contemporáneo y en el ordenamiento jurídico internacional en particular, a partir sobre todo de la adopción de la CNU. La inclusión, junto a éste, de unos principios claros en la materia están llamados a aportar, por fin, estabilidad y seguridad jurídica en un ámbito que tradicionalmente ha permanecido a merced de la voluntad de los Estados.

El examen del articulado de la CDI, no obstante, permite formular también alguna reflexión crítica y es que, desde una perspectiva integral, más ambiciosa, resulta decepcionante que no se haya aprovechado la demora de más de cuatro décadas en la regulación de esta cuestión para dar cabida, o para explicitar en mayor medida, algunos cambios y transformaciones en los que está inmerso el propio ordenamiento jurídico internacional y de los que también debería hacerse eco el Derecho de los tratados. En este sentido, la propia ordenación jerárquica de los principios y reglas del articulado, que no es en ningún caso neutra, constituye de hecho la consagración de una jerarquía material que prioriza la toma en consideración de la voluntad explícita o implícita de las partes frente a aspectos como la materia regulada por el tratado o el tipo de obligaciones que contiene. Ello supone, en el fondo, el reconocimiento y el refuerzo, una vez más, del carácter voluntarista del Derecho internacional, del que está profundamente impregnada la CVDT. Y, en consecuencia, también implica el abandono de una concepción más moderna y constitucionalista del ordenamiento jurídico internacional, que tendría verdaderamente en consideración el carácter cualitativamente distinto de determinados tratados internacionales por razón de la naturaleza de algunas de las disposiciones que contienen y en atención a la función que cumplen dentro del ordenamiento jurídico internacional.

Dicha concepción fue recogida, aunque parcialmente, en el párrafo quinto del artículo 60 CVDT cuando, en el marco del régimen general, se excluyó la posibilidad de dar por terminadas o suspendidas las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, como respuesta a una violación grave y previa del mismo por alguno de sus Estados parte. Siguiendo esa pequeña pero significativa brecha, el proyecto de artículos de la CDI podría haber reconocido con claridad la especificidad de los tratados multilaterales normativos que protegen intereses colectivos como el medio ambiente, o la paz y la seguridad internacionales. A fin de cuentas, el Derecho internacional, y los tratados internacionales en particular, cumplen actualmente una función, no solamente de salvaguardia de los intereses de sus Estados parte, sino también, y cada vez más, una función de protección de los intereses generales de la Comunidad internacional en su conjunto.

En la medida en que los principios que incorpora el articulado para determinar qué tratados siguen siendo aplicables y cuáles pueden verse afectados por las hostilidades se aplican sucesivamente, siguiendo un orden jerárquico, no resulta suficiente la inclusión de una lista indicativa de categorías de tratados que, en razón de su materia, en principio deben continuar aplicándose. Dicha lista incluye, efectivamente, tanto los tratados de protección del medio ambiente como los tratados multilaterales normativos, no obstante, antes de llegar a ella son varios los criterios que deben ser valorados con prioridad y que toman en consideración más bien la intención expresa o implícita de las partes o las características del tratado y del conflicto. Y ello sin duda plantea ciertas dudas sobre las posibilidades reales de que tales tratados sigan siendo mayoritariamente aplicados.

Las perspectivas de futuro del proyecto de artículos son igualmente inciertas. En términos generales, los trabajos que ha llevado a cabo la CDI durante siete años pueden concebirse como una labor de codificación del Derecho internacional. El hecho de que algunos aspectos, como la extensión del ámbito de aplicación del proyecto de artículos a los conflictos armados no internacionales, deban calificarse más bien como desarrollo progresivo del Derecho internacional, sin embargo, puede suponer en cierta medida un obstáculo a la futura negociación y conclusión de una convención general en la materia. Por el momento, la Asamblea general se ha limitado a tomar nota del proyecto, incluyéndolo como anexo en su resolución 66/99 de 9 de diciembre de 2011, y ha pospuesto el debate sobre la forma que debe darse al proyecto de artículos en la agenda provisional de 2014 de la Sexta Comisión.

En definitiva, aunque nada impide que los Estados u otros agentes jurídicos puedan aplicar las normas que incorpora el proyecto de artículos desde ahora, será necesario efectuar un seguimiento de las acciones tomadas por la Asamblea General, la Sexta Comisión y los Estados en relación con el proyecto y, en particular, constatar si es finalmente convocada o no una conferencia internacional para plasmar en un tratado el producto de la labor de la CDI. Ello dependerá, naturalmente, del grado de aceptación de sus normas por parte de los Estados.