

400 AÑOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

400 YEARS IN THE EVOLUTION OF THE LAW OF TREATIES

Arturo S. Pagliari* y Oscar C. Benitez**

Resumen: La evolución del derecho de los tratados a partir de la Paz de Westfalia 1648. Los tratados en el tiempo con particular referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Abstract: The evolution of the law of the treaties from the Peace of Westphalia 1648. Treaties over time with particular reference to the *rebus sic stantibus* clause.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Tratados. Su importancia en el derecho internacional. - III. Terminación de los tratados. - IV. La cláusula *rebus sic stantibus*. - V. Evolución. Interpretación. - VI. Normas internacionales que fijan un límite. Posibles excepciones a la prohibición de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El principio del *uti possidetis*. Los tratados en el tiempo. - VII. Perú c.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogado. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Chile. - VIII. Bolivia c. Chile. - IX. Níger c. Burkina Faso. - X. Nuevas pautas de interpretación. El derecho actual. Fines y objetivos. La equidad.

I. Introducción

Un hecho histórico decisivo para la constitución de la comunidad internacional fue la Reforma que emancipó a Alemania, Suecia, Dinamarca, Suiza, los Países Bajos, Escocia e Inglaterra. Las guerras originadas por ese movimiento – que pusieron fin a la guerra de los 30 años (entre católicos, protestantes y luteranos), culminaron con los tratados de Munster¹ y Osnabruck² de 1644-1648 conocidos como el Congreso de Westfalia³, que reconocieron entre otras cosas, la igualdad de los Estados, que su forma de gobierno no influye en su condición internacional, el principio del equilibrio político, el compromiso en reunirse en Congresos internacionales y la importancia de los tratados en las relaciones internacionales.

El nacimiento de la comunidad internacional va de la mano con el del derecho internacional a partir del Tratado de Westfalia que consolida el núcleo inicial de ambos. En el periodo que se extiende hasta fines del siglo XVIII se aplicó lo que se denominó –Derecho público europeoll (derecho internacional de la época), basado en el equilibrio de poder entre Estados soberanos, la licitud de la fuerza armada, la costumbre internacional considerada como pacto tácito, el principio de la libertad de los mares, el de neutralidad, el de inmunidades y privilegios diplomáticos y el

¹ Se firma el 27 de noviembre de 1647 entre el Imperio y Francia y el 30 de Enero de 1648 entre España y los Estados Generales de Holanda.

² Este tratado se firma el 24 de octubre de 1648 entre Fernando III, Suecia y los príncipes alemanes.

³ Así llamado por encontrarse Munster y Osnabruck en ese territorio alemán.

tratado como instrumento jurídico para regular las relaciones internacionales.

A partir de esa fecha se generaliza la firma de tratados que contienen declaraciones en la que ya se esboza la teoría sobre las causas de extinción de las obligaciones internacionales, entre las que se encuentra el cambio de circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*). Es grande el auge de tratados políticos que contienen objetivos comerciales. También registran progresos los tratados en los que se percibe una preocupación por los derechos individuales¹.

II. Tratados. Su importancia en el derecho internacional

Los tratados son el derecho escrito y la fuente más directa, clara y comprobable del derecho internacional. Sin embargo, esta claridad tiene como contraposición, el ámbito más restringido de aplicación que otras fuentes tienen como la costumbre y los principios generales, ya que las convenciones escritas entre Estados sólo crean obligaciones para con las partes. Si bien los tratados no vinculan a todos los Estados de la comunidad internacional, aquellos cuyo objeto interesa a la comunidad internacional en su conjunto, tienden a convertirse en reglas de derecho internacional general, e incluso alcanzan la categoría de normas imperativas.

El derecho internacional no proviene de un órgano común de creación de normas internacionales; estas derivan principalmente del acuerdo entre los Estados. Estos son los formadores del derecho internacional y, a su vez, los destinatarios de las normas por ellos creadas, con la particularidad, de que generalmente sólo obligan a los que las han aceptado (principio de libre consentimiento). Por ello se dice que el derecho internacional es relativo y difícilmente

¹ Cláusulas de de opción para los habitantes de territorios anexados, los llamados derechos de aubana y de naufragio, etc.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

modificable. En efecto, el principio de la soberanía del Estado como una de las bases del derecho internacional, conduce necesariamente a un relativismo de los derechos y obligaciones internacionales, lo que se traduce en una incertidumbre en cuanto a la aplicación de la norma internacional al caso concreto, ya que se debe determinar en cada caso, si ha existido o no consentimiento del Estado afectado para obligarse por la norma en cuestión. Esta perspectiva relativista conduce a considerar que las normas internacionales, sean generales o particulares, en cuanto a su aplicación a situaciones determinadas, debe hacerse siempre en relación con un sujeto determinado.

El derecho de los tratados (codificado en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en adelante CV69) está basado en el consentimiento de los Estados (*ex consensu adventi vinculum*). De allí nacen una serie de instituciones y principios como que el consentimiento para ser válido no debe encontrarse viciado, que debe ser prestado por un agente con capacidad suficiente para obligar al Estado, que los Estados pueden efectuar reservas; que el consentimiento es necesario a los fines de la enmienda, modificación o terminación de un tratado; etc. Consecuencia directa del principio del consentimiento (autonomía de la voluntad) como base fundamental de la obligación jurídica convencional, es el principio establecido en el artículo 34 de la CV69: Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt (Res inter alios acta)*)².

² Una vez prestado el consentimiento, los tratados obligan a los Estados partes y deben ser cumplidos por ellos de buena fe. Este constituye un principio fundamental del derecho internacional (*pacta sunt servanda*) y esta recogido en el artículo 26 de CV69. Tiene como condición de que el tratado se encuentre en vigor y produce como efecto que los Estados no puedan alegar las disposiciones de su derecho interno para desligarse de las obligaciones de un tratado.

El propósito del derecho internacional en general, y de los tratados en particular, es el de limitar la soberanía de los Estados en la esfera particular de que se trate. Es sabido que los tratados solo producen efectos jurídicos obligatorios entre los Estados parte. Sin embargo, la efectividad, por medio de la adhesión de un cierto número de Estados, produce un efecto limitador a la libertad de los Estados no partes (terceros). En efecto, determinadas situaciones de naturaleza convencional provistas de una cierta efectividad, *“producen efectos respecto de terceros Estados, aun en el supuesto de que estos no las hayan reconocido”*³.

III. Terminación de los tratados

Los tratados terminan como consecuencia de la voluntad de las partes o de hechos imputables a ellas, y por circunstancias imprevistas ajenas a su voluntad. Entre las primeras, se encuentran las que establecen las propias disposiciones del tratado⁴ (artículo 54, a) o, en cualquier momento, por consentimiento (unanimidad) de todas las partes (art.54, b), por la celebración un tratado posterior sobre la misma materia (art.59 en concordancia con el art.30), o por denuncia. Entre las causas de terminación por hechos o actos realizados por algunas de las partes se encuentra la violación grave

³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Tecnos, 1969, pag. 186 y ss. Entiende que la oponibilidad a terceros Estados, que tiene como fundamento la efectividad, queda patentizada en distintos casos: normas de un tratado que se convierten en obligatorias para terceros porque se transforman en costumbre; tratados que interesan a la comunidad internacional en su conjunto (Tratado Antártico de 1959, Tratado de no proliferación de armas nucleares 1968, etc.); tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

⁴ La mayoría de los tratados contienen cláusulas que establecen su plazo de duración (con posibilidad de renovarlos o no o, en su caso al vencimiento del término la opción de denunciarlos o retirarse del tratado), o condiciones resolutorias para darlos por terminados.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

del tratado (art.60) y la ruptura de relaciones diplomáticas (art.63) en algunos casos⁵.

La terminación los tratados por causas ajenas a la voluntad de las partes se produce cuando existe la imposibilidad de su cumplimiento (artículo 61), la aparición de una nueva norma *ius cogens* (artículo 64) o por un cambio fundamental de las circunstancias (art. 62). En virtud de la terminación de un tratado las partes quedan eximidas de seguir cumpliendo con sus disposiciones no afectando derechos, obligaciones o situaciones jurídicas por la ejecución de las disposiciones del tratado con anterioridad a la fecha de su terminación⁶.

IV. La cláusula *rebus sic stantibus*

Un cambio fundamental de las circunstancias, constituye un antiguo principio de derecho internacional en materia de suspensión, modificación o terminación de los tratados que responde a la máxima del derecho romano *omnia conventio intellegitur rebus sic stantibus*, que sirve como justificación para no cumplir un tratado fundado en razones de justicia y equidad⁷. La excesiva onerosidad⁸ o

⁵ La excepción se configura si el mantenimiento de tales relaciones constituye una base indispensable para la aplicación del tratado. En efecto, las relaciones diplomáticas y consulares en algunos tratados, como los de asistencia y cooperación, son indispensables para su ejecución, mientras que en otros, como las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, son el objeto mismo del tratado.

⁶ Si la terminación se produce como resultado de la causal del artículo 64 (aparición de una nueva norma de derecho internacional general imperativa), los derechos obligaciones generados durante el cumplimiento del tratado, se mantendrán únicamente en la medida que no se encuentren en oposición con lo dispuesto por la nueva norma *ius cogens*.

⁷ Se cita como antecedente el caso de Rusia desligándose unilateralmente durante la guerra franco prusiana de 1870 de la neutralización del Mar Negro

dificultad de cumplir con alguna prestación impuesta por el tratado ante un cambio esencial de las circunstancias originarias ha permitido invocar esta regla por la que algunos Estados han pretendido y en alguna ocasión conseguido⁹, desligarse por su voluntad unilateral de las condiciones establecidas en un tratado. Se ha alegado que en todo tratado existe tácitamente una cláusula que subordina la continuidad de vigencia del acuerdo a que las circunstancias de hecho que rodearon a las partes sean las mismas que cuando se concertó. Otros, teoría objetiva, basan el derecho de una de las partes de desligarse de lo pactado alegando su derecho de conservación.

El artículo 62 de la CV69, codifica una norma general consuetudinaria de derecho internacional que en rigor de verdad no atenta contra el principio de la *pacta sunt servanda* sino que le sirve de complemento.

La regla general es que un cambio fundamental de las circunstancias respecto a las existentes en el momento de la

impuesta por el Tratado de París de 1856. El hecho quedó consumado, pero las restantes potencias suscribieron el Protocolo de Londres de 1871 en el que declararon que ningún Estado puede liberarse por acto unilateral de sus obligaciones convencionales.

⁸ Algunos autores consideran que existe un paralelismo con la teoría de la imprevisión aceptada por ciertas legislaciones internas de los Estados como causal de modificación, suspensión o terminación de obligaciones.

⁹ El artículo 62 fue aplicado por primera vez por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia del 16 de junio de 1998 en el caso *Racke* para justificar la suspensión de las concesiones comerciales previstas en el acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia llevada a cabo en el contexto de la crisis yugoslava mediante el reglamento (CEE) n.3300/91 del Consejo, por entender que el citado artículo recoge la norma consuetudinaria en la materia y que en el caso concreto se daban los requisitos exigidos por la disposición de referencia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

celebración de un tratado no puede alegarse como causa de terminación del mismo. La CV69 se inclinó por redactar esta causal en términos negativos, estableciendo condiciones rigurosas para su alegación. El carácter excepcional y restrictivo de la cláusula motivó su rechazo en cuanto a su aplicación, por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1977¹⁰. En igual sentido con anterioridad en el *asunto de las pesquerías*¹¹ la Corte sostuvo que *“en derecho internacional un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar el tratado, si ha producido una transformación radical del alcance de las obligaciones establecidas por éste puede, bajo ciertas condiciones, otorgar a la parte afectada una base para invocar su terminación o suspensión. La invocación por un Estado parte de esta causal, no opera para extinguir un tratado automáticamente; sólo confiere un derecho a solicitar su terminación; tanto es así, que en caso de objeción por otro Estado parte, la cuestión debe ser sometida y resuelta por algún medio pacífico de solución de controversias”*

La excepción a esta regla, aplicable a los llamados tratados perpetuos y a los que no contienen cláusulas sobre su terminación, debe reunir las siguientes condiciones: a) Que tales circunstancias en el momento de la celebración, constituyeran una base esencial del consentimiento en obligarse por el tratado; b) Que tal cambio modifique radicalmente el alcance de las obligaciones que resten cumplirse por parte del Estado que la alega. Del artículo 62 se desprenden los siguientes requisitos: 1) Que el cambio de las

¹⁰ CIJ, Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría/República Checa). Recueil, 1977. “El hecho de que el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados esté redactado en términos negativos y condicionales indica por otra parte claramente que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que la causa extraída de un cambio fundamental de circunstancias no se aplique más que en casos excepcionales”.

¹¹ CIJ, Recueil, 1973.

circunstancias sea fundamental¹²; 2) Que el cambio de las circunstancias debe darse en relación a las existentes en el momento de celebración del tratado¹³; 3) Que esas circunstancias hayan constituido una base esencial del consentimiento de las partes por el tratado; 4) Que el cambio no haya sido previsto por las partes; 5) Que el cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. El cambio de las circunstancias debe significar una transformación radical del alcance de las obligaciones todavía a ser cumplidas; debe haber aumentado el peso de las obligaciones a ser ejecutadas tanto como para transformar el cumplimiento en algo esencialmente diferente de la que se asumió originalmente.

Aun si dieran estas condiciones que admiten la excepcionalidad a la regla general, esta causa no puede alegarse: a) En los casos de tratados que establecen una frontera¹⁴; b) Si el cambio de las circunstancias se hubiera producido por la violación de la Parte que la alega de una obligación del tratado o de otra obligación internacional respecto de cualquiera de las otras Partes del tratado.

Un cambio fundamental de las circunstancias que dieron origen a un tratado (cláusula *rebus sic stantibus*) es una efectividad en acción y puede provocar una tensión entre un tratado y la necesidad de su caducidad, suspensión o nueva formulación.

¹² De tal naturaleza que incluso tales cambios puedan poner en peligro la existencia misma del Estado.

¹³ Este cambio puede ser de las circunstancias de hecho o jurídicas

¹⁴ La razón de esta excepción está que (ejecutado no), el objeto y fin de los tratados que establecen una frontera estriba en asegurar la estabilidad y orden; a fin, pues, de tranquilizar a los Estados en el sentido de que los arreglos territoriales existentes no serían ~~reventados~~ por una causa de terminación como la establecida en el artículo 62 se incluyó la excepción. GUTIÉRREZ ESPADA, C. *Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 1995, pag. 488.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

V. Evolución. Interpretación

Las reglas de interpretación de los tratados internacionales consignadas en los artículos 30 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son en la actualidad derecho internacional general consuetudinario producto de la interacción entre las fuentes. El artículo 31 establece una serie de pautas a tener en cuenta para la interpretación, entre las que se destacan la buena fe (en concordancia con el artículo 26), el sentido corriente a los términos del tratado (interpretación literal), su contexto, es decir, en una visión sistemática de la totalidad del tratado (interpretación sistemática), siempre teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado (interpretación teleológica). Agrega el apartado 2 a los fines de la interpretación, el contexto de un tratado incluye no sólo el texto, sino también su preámbulo y anexos, y cualquier acuerdo o instrumento en el marco de la celebración del tratado.

Los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 31 consignan lo que se denomina una interpretación auténtica del tratado, es decir aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse tácitamente, ya que sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes. La práctica ulterior (efectividades) cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para

determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Ambas disposiciones, se basan en la regla de que los tratados deben interpretarse de manera que sean eficaces, en lugar de ineficaces.

Los distintos medios de interpretación que han sido utilizados por diferentes órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales son: a) Convencionales. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, la mayoría de los órganos decisorios (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, tribunales del CIADI, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y tribunales penales internacionales) han seguido enfoques que en general tienen en cuenta todos los medios de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena¹⁵. b) Orientados al fin. Los tribunales regionales de derechos humanos, así como el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han hecho hincapié en muchos casos en el objeto y fin¹⁶. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con el

¹⁵ Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) han hecho hincapié en sus informes en el texto del tratado (el sentido corriente o especial de los términos del acuerdo) y se han mostrado reticentes a insistir en la interpretación orientada al fin del tratado. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con una necesidad particular de seguridad y con el carácter técnico de numerosas disposiciones incluidas en acuerdos relacionados con la OMC.

¹⁶ Las pautas tenidas en cuenta para la interpretación de los tratados de derechos humanos son. a) la naturaleza de los deberes de los Estados Partes; b) que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos; c) el principio de interpretación que las disposiciones de limitación se interpretarán y aplicarán de forma restrictiva; d) la regla de eficacia; e) Interpretación evolutiva. Los derechos humanos no son estáticos y por lo tanto la protección efectiva de estos derechos implica tener en cuenta la evolución y cambios del derecho y la sociedad; f) La interpretación del texto a la luz del objeto y fin; g) Interpretación autónoma. En estrecha relación con la regla de interpretación evolutiva es la regla de interpretación autónoma. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

carácter de las disposiciones sustantivas de los tratados de derechos humanos que se ocupan de los derechos de la personas en una sociedad en evolución. c) Teniendo en cuenta los acuerdos y prácticas ulteriores. Las razones de que algunos órganos decisorios a menudo se centren en el texto, y otros lo hagan más en el objeto y fin, puede no depender únicamente de la materia específica objeto de las obligaciones convencionales en cuestión sino también a la forma en que están redactadas las disposiciones y a otros factores, como la antigüedad del régimen convencional. Los tribunales, en su mayoría, reconocen que los acuerdos y las prácticas ulteriores, en el sentido del artículo 31 3) a) y b) de la CV69, son un medio de interpretación que debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar tratados.

El tema referido (interpretación auténtica – prácticas ulteriores), lleva varios años de tratamiento en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en la que se debate la posible modificación de los tratados por acuerdos y prácticas ulteriores y la relación de estos con los procedimientos de modificación formales. Con ese fin se encuentran analizando temas como el reconocimiento general de los acuerdos y prácticas ulteriores como medio de interpretación de los tratados; la impor-

autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les da en la legislación nacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos insisten en el carácter especial de los tratados de derechos humanos que aplican y afirman que este carácter especial incide en el enfoque utilizado para su interpretación. La Corte Penal Internacional y otros tribunales penales (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Rwanda) aplican ciertas normas especiales de interpretación que dimanen de principios generales del derecho penal y de los derechos humanos. No obstante, ni los tribunales regionales de derechos humanos ni los tribunales penales internacionales, cuestionan la aplicabilidad de la norma general contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como base para su interpretación de los tratados.

tancia del papel que conceden diversos órganos decisorios a la práctica ulterior entre los distintos medios de interpretación; el concepto de la práctica ulterior, incluido el aspecto del momento a partir del cual puede considerarse que una práctica es —ulterior—; posibles autores de prácticas ulteriores pertinentes; así como la **interpretación evolutiva** como forma de interpretación con un propósito específico a la luz de la práctica ulterior. La interpretación evolutiva es una forma de interpretación orientada al fin. Puede estar guiada por la práctica ulterior en un sentido limitado y en un sentido amplio¹⁷. Por ello es importante el tema de determinar el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación. La mayoría de los órganos decisorios no han definido el concepto de práctica ulterior, vinculada a la **interpretación evolutiva** como forma de interpretación. La definición acuñada por el Órgano de Apelación de la OMC —secuencia concordante, común y consistente de actos o pronunciamientos que es suficiente para establecer una pauta discernible que implique el acuerdo de las partes— (real intención de las partes al celebrar el tratado), combina el elemento de la —práctica— (secuencia de actos o pronunciamientos) con el requisito del acuerdo (concordante, común) con arreglo a lo previsto en el artículo 31 3) b) de la CV69 (práctica ulterior en sentido limitado). No obstante, otros órganos decisorios han utilizado también el concepto de —práctica— como un medio de interpretación, sin

¹⁷ El Órgano de Apelación de la OMC, que sigue un enfoque orientado al texto, únicamente ha adoptado en algunas ocasiones, de manera expresa, una interpretación evolutiva. Entre los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido con frecuencia una interpretación evolutiva inspirada, de manera explícita, por la práctica ulterior, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos en raras ocasiones han recurrido a la práctica ulterior. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar parece recurrir a una interpretación evolutiva análoga a la de alguna jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

referirse a un acuerdo discernible entre las partes ni exigir dicho acuerdo (práctica ulterior en sentido amplio).

La práctica ulterior pertinente puede estar constituida por actos de cualquier órgano del Estado (del poder ejecutivo, legislativo y judicial) que puedan atribuirse a un Estado a los fines de la interpretación de un tratado. En ciertas circunstancias, dicha práctica puede abarcar, incluso, la ~~práctica social~~, en la medida en que quede reflejada en la práctica del estado. Existe un reconocimiento general de los acuerdos y prácticas ulteriores como medio de interpretación de los tratados, incluido el aspecto del momento a partir del cual puede considerarse que una práctica es ~~ulterior~~, como así también el consenso que tales prácticas tienen relación con los procedimientos de modificación de los tratados.

Las conclusiones del Grupo de Trabajo de las CDI de 2012, muestran que para servir como medio de interpretación, la práctica ulterior debe reflejar la posición de una o más partes con respecto a la interpretación de un tratado. Los órganos o tribunales que se han referido a ellas, no han requerido que, necesariamente, la práctica ulterior refleje expresamente una posición acerca de la interpretación de un tratado, ya que han considerado la posibilidad que esa posición esté implícita en la práctica; La naturaleza y contenido del régimen normativo de que se trate, y el carácter específico de la práctica ulterior, son factores a tener en cuenta al momento de la interpretación. En algunos casos, la especificidad de la práctica ulterior no es determinante, ya que se tienen en cuenta otros elementos como el número de Estados que la han realizado de manera activa o con su silencio o falta de protesta la han aceptado tácitamente.

Si bien es cierto que los acuerdos y prácticas ulteriores son medios válidos a los fines de interpretación de un tratado, tal afirmación se torna cuestionable en lo referido a si la aplicación de

un acuerdo o práctica ulterior pueda tener el efecto de modificar, suspender o dar por terminadas las obligaciones derivadas de un tratado. Entendemos que existe tal posibilidad teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en varios de últimos pronunciamientos en el sentido de que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto.

VI. Normas internacionales que fijan un límite. Posibles excepciones a la prohibición de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El principio del *uti possidetis*. Los tratados en el tiempo

La mayoría de los límites entre Estados se fijan mediante tratados, sin perjuicio que en determinados casos se determinan por decisiones judiciales o arbitrales, o por la costumbre internacional¹⁸.

La necesidad de dotar de permanencia y seguridad a los límites internacionales, ha dado lugar en el orden internacional al principio de «estabilidad de las fronteras» y, en su caso, al «intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización». En virtud de ellos, los Estados tienen una obligación jurídica de respetar las fronteras internacionales, que limita su voluntad al momento de fijar las fronteras territoriales.

¹⁸ Ejemplo de las delimitaciones producto de la costumbre, son las fronteras de un Estado demarcadas de acuerdo al principio de efectividad, es decir, del área en que efectivamente el Estado ejerce su soberanía territorial. Este principio es válido para aquellos territorios ocupados por el Estado constituido desde épocas inmemoriales, o bien cuando se tratare de un territorio sin dueño, aspecto de difícil aplicación en nuestros días, ya que prácticamente no existen territorios “*res nullius*”. El problema está planteado en las zonas polares, especialmente en el continente antártico, respecto del cual las discusiones siguen vigentes.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Tanto la Convención sobre el Derechos de los Tratados (1969), como la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materias de Tratados (1978), contienen normas sobre el particular. La primera establece en el artículo 62.2.: *Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; y la Convención de 1978, en su artículo 11 prescribe: Una sucesión de Estados no afectará de por sí: a) A una frontera establecida por un tratado; ni b) A las obligaciones y derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera.*

Estas normas convencionales no hacen más que ratificar que los límites no pueden fijarse ni modificarse por la voluntad unilateral de los Estados, sino por acuerdo de partes o normas internacionales. Los tratados de límites tienen una naturaleza especial de permanencia en el tiempo.

También en materia de demarcación de territorios, algunos Estados, especialmente los surgidos de un proceso de descolonización, han invocado el principio del “*uti possidetis*” a los fines de la fijación de sus límites basándose en el territorio que poseían al tiempo de la independencia de la potencia colonial de la cual dependían. Esta expresión usada en Roma para proteger la posesión (*uti possidetis... uti possideatis: —como poseéis, así poseeréis*), y que fuera esgrimida por España para señalar hasta donde llegaban sus derechos en sus dominios coloniales, fue alegada por los Estados Americanos, como sucesores de aquella, y aplicada en numerosos tratados de límites y arbitrajes en América. De este modo, dichos Estados se consideraron poseedores de los territorios que pertenecían de “*iure*”, en el momento de la declaración de su independencia, a los reinos de España y Portugal, y de conformidad a los límites de naturaleza administrativa de sus respectivas Provincias.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

Este procedimiento de difícil aplicación, a veces por su imprecisión y extensión, y otras por la falta de conocimiento del terreno o la deficiencia de títulos invocados, fue utilizado con el propósito de evitar o resolver los litigios fronterizos, y, en la mayoría de los casos consiguió ese objetivo, permitiendo la solución pacífica de aquellas cuestiones. El principio en sí mismo puede ser invocado por las partes por consenso, ya se encuentre dentro de las normas aplicables establecidas en un compromiso arbitral, ya porque a él se hace referencia en tratados de límites u otros compromisos suscriptos por las partes. Las decisiones judiciales o arbitrales que se fundan en este título, son simplemente declarativas, ya que no adjudican un territorio a una de las partes en conflicto, sino que se limitan a declarar la existencia del título en base al principio.

Se trata en definitiva de un principio de derecho internacional rescatado por los Estados americanos a fin de *constatar* que en determinada época (1810), los límites de los nuevos Estados eran las fronteras de las demarcaciones españolas de aquél entonces. Este procedimiento demarcatorio de límites, ha recobrado importancia en los últimos años, a raíz del proceso de descolonización de los países africanos.

Según Barberis¹⁹, «La regla de *uti possidetis* no es una norma jurídica en sí misma ya que sólo posee valor jurídico convencional; sólo constituye una regla técnica para fijar límites en los casos de descolonización; no es posible hallar en la Jurisprudencia ningún precedente en que, a falta de norma aplicable para fijar un límite, el juez o árbitro hayan acudido a título supletorio al *uti possidetis*, ni tampoco que haya sido reconocida o aplicada a título de costumbre regional. En una postura radicalmente opuesta se encuentra la

¹⁹ BARBERIS, J. *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, 1973.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sentencia de la CIJ de 1986²⁰ que sostiene que el deber que tienen los Estados de respetar los límites y fronteras, tiene íntima vinculación con el principio de la intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y éste, con el *uti possidetis*. Según la Corte, este último es un principio bien establecido en derecho internacional en materia de descolonización; que implica la transformación de los límites administrativos en fronteras internacionales propiamente dichas y, en consecuencia, constituye un principio general necesariamente vinculado a la descolonización donde quiera que ésta se produzca.

Por otra parte, *el uti possidetis* acredita un título jurídico que tiene un valor superior a la posesión efectiva como base de la soberanía. El principio del *uti possidetis*, afirma la Corte, se mantiene en el rango de los principios jurídicos más importantes, por lo que no puede ponerse en duda su aplicabilidad.

Como se puede observar, por lo menos dos fuentes principales del derecho internacional están referidas directamente a los principios de estabilidad de las fronteras y, en su caso, al principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización. La fuente convencional, se encuentra principalmente en la CV69, que como hemos expresado anteriormente, constituye ya una norma de derecho internacional general; la segunda, en el reconocimiento de que el *uti possidetis* constituye un principio general de derecho. En ambos casos entendemos que tanto la práctica internacional como la jurisprudencia de la CIJ, han flexibilizado tales principios teniendo en cuenta elementos de distinta naturaleza y cambio de circunstancias que condicionan la debida interpretación y aplicación de los mismos.

²⁰ Asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali. CIJ. Sentencia 22.12.1986. Reports, 1986.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

En casos de fronteras establecidas por tratados, en la actualidad se encuentran a consideración de la CIJ dos procesos: a) El caso de Perú c. Chile, en el que se discute la naturaleza jurídica de determinados acuerdos, el silencio o aquiescencia, prácticas ulteriores, etc. a los fines de una debida interpretación; b) El de Bolivia c. Perú, en el que implícitamente se está cuestionando la vigencia del tratado de paz que puso fin a la guerra del pacífico y que ante un cambio fundamental de las circunstancias una parte insta a la otra jurisdiccionalmente para negociar ese tratado y obtener una salida al mar.

El otro reciente caso de límites resuelto por la CIJ (Níger c. Burkina), en el que juega un rol importante tanto el principio del *uti possidetis*, como acuerdos entre las partes, se observa una inclinación, reflejada en las opiniones individuales y separadas de algunos de los miembros de la CIJ, a cuestionar la intangibilidad de los tratados internacionales e inmutabilidad del principio del *uti possidetis*, atendiendo a un cambio radical de circunstancias y a razones de humanidad, aduciendo la equidad como principio rector para la interpretación y aplicación de las normas internacionales.

Nos referiremos a los casos citados anteriormente para resaltar los aspectos que estimamos relevantes sobre el tema que nos ocupa.

VII. Perú c. Chile

Las particularidades que presentan el caso Perú c/ Chile sobre delimitación marítima que se sustancia por ante la Corte Internacional de Justicia se acerca a su etapa final. La sentencia determinará el ser, lo que no necesariamente será el deber ser, de una controversia que tiene en sus alforjas décadas de desavenencias y desconfianza. Una de las cuestiones que se constituyen en centrales dentro del proceso bajo análisis es el reconocimiento de jerarquía

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convencional de determinado instrumento al momento de su celebración como es el caso de la Declaración de Santiago de 1952, y particularmente si dentro de las categorías de tratados estamos en presencia de un tratado de límites.

La segunda cuestión que nos resulta de interés en este breve análisis es si en el presente se configura un caso de cambio fundamental en las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*) que se pueda invocar como causa de terminación o modificación de un tratado. Semejante alteración podría estar constituida por la celebración y entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) de 1982. Para Perú la DS52 no se concibió como un tratado, sino como una proclamación de política internacional marítima de tres estados y su carácter declarativo está claramente reconocido. Sin embargo, reconoce que tiempo después, al ser ratificada por los Parlamentos, adquirió tal rango. Destaca que cuando se sometió al tratamiento del Parlamento peruano se expresó que una de las razones era que tenía un *carácter simplemente declarativo*. Entiende que se trataba de un instrumento provisorio que no reviste los caracteres de un tratado fronterizo, no define una frontera y no da las coordenadas geográficas de ninguna línea fronteriza. No contiene un mapa, sino que su objeto y fin estaba vinculado a cuestiones de pesca muy específicas. Para Perú la Convención Complementaria sobre la Zona Marítima de 200 mm de 1954 tampoco era un tratado de límites sino que tenía por fin limitar las fricciones entre los pescadores y no puede entenderse como una renuncia tácita por anticipación a sus derechos marítimos. Este convenio establece una zona especial a partir de las 12 mm de la costa, de 10 mm de ancho a cada lado del paralelo y expresa que *constituye el límite marítimo entre los dos países*. Entiende que en esa época se trataba de espacios que eran Alta Mar. Era un instrumento secundario y no un tratado fronterizo internacional. No especifica las coordenadas geográficas de esta zona marítima. Considera que la

propuesta peruana de instalación de dos faros no estaba destinada a ser parte de un trazado de una frontera marítima internacional oficial sino de una solución bilateral pragmática a los problemas causados por los pescadores. Perú se contacta con Chile en 1986 para la delimitación lateral marítima a raíz de la CNUDM, de la que no es parte y aún no estaba vigente a esa fecha. Expresa Perú que *La definición de nuevos espacios marítimos, como consecuencia de la aprobación de la Convención sobre el Derecho del Mar, que contó con el voto del Perú y de Chile, y la incorporación de sus principios a la legislación interna de los países, agrega un nivel de urgencia, pues ambos Estados deberán definir las características de su mar territorial, de la zona contigua y de la zona económica exclusiva, así como de la plataforma continental, o sea el suelo y el subsuelo del mar, también hasta las 200 millas, incluyendo la referencia a la delimitación de dichos espacios en la vecindad internacional.*

Por su parte para Chile las partes ya han delimitado sus fronteras marítimas por medio de un acuerdo que es la DS52 en donde se estipula que la línea de frontera marítima entre Chile y Perú y el Ecuador y Perú es el paralelo. Considera que el reclamo de una zona de Alta Mar es contradictorio con la posición peruana de que no existe frontera convencional con Chile. Expresa que si esta tesis fuese correcta la línea de equidistancia delimitaría la zona reivindicada y comprendería la zona de alta mar y no sería necesario hablar del triangulo exterior. La reivindicación de Perú sobre la zona de alta mar no puede ser considerado como una demanda subsidiaria a su demanda principal. Para Chile la pretensión peruana pone en crisis la regla fundamental de la *pacta sunt servanda* y de la estabilidad de las fronteras. Considera revelador Chile que cuando Perú por primera vez en 1986 propone renegociar la demarcación marítima vigente, se debe a que consideraba que las zonas marítimas que surgieron con la CNUDM exigían rever las delimitaciones existentes y no sostenía que no existía frontera marítima convencional entre los dos países. Después de 1986 Perú sigue reconociendo la frontera

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

existente y a fin de 1990 declara que ninguna cuestión fronteriza pendiente queda entre Chile y Perú. Es en el año 2000 que Perú cambia de posición. El Convenio de Lima de 1954, complementario de la DS52, reconoce a la época de su conclusión que una frontera marítima ya existía entre las Partes, según la posición chilena, y en su artículo primero reenvía al paralelo que constituye la frontera marítima entre los dos países. Entiende que Perú es conciente que la DS52 efectúa la delimitación marítima entre ambos. Su posición es que esta delimitación no es específica de las zonas marítimas establecidas en la CNUDM. Para Chile no existe diferendo, no hay controversia. Explica que la tesis sostenida por Perú impone a la Corte resolver sobre una cuestión que los Estados parte del pacto de Bogotá no incluyeron dentro de la materia de su competencia y que el pacto excluye expresamente por tratarse de cuestiones resueltas por acuerdo de partes. Afirma que la DS52 siempre ha sido un tratado. Los tres Estados partes han adoptado un acuerdo internacional enunciando los derechos y obligaciones regidas por el derecho internacional, y a la fecha de la cual sus representantes han firmado la DS52, el 18 de agosto de 1952, y no en virtud de un cualquiera acto unilateral efectuado ulteriormente por uno u otro de los órganos internos de los Estados. Es lo que está consignado en el Registro de tratados de las Naciones Unidas al momento de su registración, que fue efectuado conjuntamente por los tres Estados. Expresa que el artículo IV de la DS52 indica que la zona marítima general de los países quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos. Para Chile la falta de claridad del artículo IV se debe a que Perú y Chile ya en 1947 habían declarado unilateralmente que su zona marítima estaba limitada por los paralelos. Concluye que la DS52 establece un límite lateral único para todas las zonas marítimas, actuales y futuros, de los Estados partes. Perú está privado por la DS52 de la posibilidad de ejercer los derechos soberanos o una jurisdicción al sud del paralelo.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

La primera respuesta que deberá dar la Corte Internacional de Justicia en su sentencia puede ser definitiva, ¿existe en este caso una verdadera controversia?, ¿se encuentra la cuestión planteada por Perú resuelta por acuerdos previos? Sin duda que se trata de respuestas que pueden significar el naufragio de la pretensión peruana en las revueltas aguas del Pacífico. Si la cuestión es considerada resuelta por la Corte por vía de acuerdo correspondería que la Corte rechace la demanda peruana. Para ello la Corte deberá contestar sobre: a) si se acordó y cómo sobre el punto de la frontera terrestre desde donde debe partir la delimitación marítima, b) si los Estados han efectuado previamente una delimitación marítima por vía de acuerdo y, finalmente; c) cuál es el destino del llamado triángulo exterior.

La aparente debilidad de la pretensión peruana, puede no ser tal si tenemos en cuenta la complejidad de las cuestiones a que debe abocarse la Corte. En materia convencional adquiere relevancia la determinación de la naturaleza jurídica de la DS52. Se evidencia una notoria falta de claridad en sus disposiciones respecto de la existencia de una delimitación marítima. Sin embargo, los acuerdos posteriores, la práctica posterior (efectividades), e incluso las opiniones de especialistas parecen tener un efecto saneador de las debilidades de la DS52 favoreciendo las pretensiones chilenas, pero esto no quita que se trate de un instrumento que no cuenta con los requisitos usuales de un tratado de límites, tales como precisión en su terminología, determinación de coordenadas o un mapa que ilustre lo acordado. Un tema que puede jugar su rol en la sentencia es la sanción de la CNUDM en 1982, treinta años después de la DS52, ¿puede la sanción de la CNUDM considerarse un cambio fundamental en las circunstancias que justifiquen la realización de una delimitación?, no se trata de un posibilidad descabellada, aunque en tal sentido hay que destacar que Perú no es parte de la misma y que la DS52 es uno de los principales antecedentes de la creación de los nuevos espacios marinos. Sin embargo, el derecho a

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

una Zona Económica Exclusiva y a una Plataforma Continental de hasta 200 mm, contadas desde las líneas de base desde donde se cuenta el mar territorial, son normas de naturaleza consuetudinaria y en su fijación todo puede pasar. Las posibilidades de Perú crecerán en la medida que la Corte se haga eco de sus argumentos. Acceder a la soberanía sobre el Triángulo exterior, lograr la razón en cuanto al emplazamiento del punto Concordia, la fijación de una línea media a partir de las 12 mm donde termina el mar territorial o desde el punto en que la frontera terrestre toca el mar, o la utilización de otro tipo de medio para efectuar la delimitación que no sea la del paralelo son todas medidas que significarán una victoria para Perú. Mientras que la única victoria de Chile reside en el rechazo total de las pretensiones peruanas algo a lo que la Corte no nos tiene acostumbrados.

VIII. Bolivia c. Chile

El Pacto de Bogotá nuevamente demostró que está vivo al presentar Bolivia su demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia con el fin de lograr el tan ansiado acceso al mar, aquél que perdiera luego de una guerra con Chile. Conforme lo estipulado por el art. XXXI del Pacto Bolivia considera que la controversia se verifica en virtud de que existe una obligación para que se le permita la salida al mar, que dicha obligación se encuentra incumplida a la fecha y que el obligado a cumplirla es Chile. Bolivia solicita a la Corte que declare que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia con el fin de llegar a un acuerdo garantizando un acceso plenamente soberano al Océano Pacífico, que a la fecha no ha cumplido con esa obligación y que la debe cumplir de buena fe, de forma oportuna y eficaz de manera que se asegure Bolivia el acceso al mar. Bolivia se reserva el derecho de solicitar el establecimiento de un tribunal de arbitraje, de conformidad con lo establecido en el artículo XII del Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile el 20 de octubre 1904 y el Protocolo de

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

16 de abril de 1907 en el caso de una disputa referida a ese tratado. Se trata de una causa que está en ciernes, la Corte ha previsto que Bolivia presente su memoria el 17 de abril de 2014 y que Chile presente la contra memoria el 18 de febrero de 2015.

No se puede evitar hacer una comparación entre este caso y el que está pronto a resolverse entre Perú y Chile, todos partícipes del mismo conflicto armado en el que los demandantes sufriesen la pérdida de parte de sus territorios. En ambos casos se suscribieron convenios vigentes que resolvieron sobre la nueva configuración física de los Estados. Sin embargo de manera sistemática Bolivia ha reclamado a Chile el acceso al mar. El tratado de Paz y Amistad de 1904 entre ambos Estados establece en su artículo VI que *La República de Chile reconoce en favor de la de Bolivia y a perpetuidad, el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico. Ambos Gobiernos acordarán, en actos especiales, la reglamentación conveniente para asegurar, sin perjuicios para sus respectivos intereses fiscales, el propósito arriba expresado.* Y en su artículo VII que *La República de Bolivia tendrá el derecho de constituir agencias aduaneras en los puertos que designe para hacer su comercio. Por ahora señala por tales puertos habilitados para su comercio, los de Antofagasta y Arica.*

En recientes declaraciones el Presidente de Bolivia Evo Morales expresó: *No estamos pidiendo que se de el cumplimiento del tratado, sino la devolución de la salida al mar con soberanía argumentando que aquel pacto firmado fue un tratado forzado, un tratado impuesto bajo amenazas el cual perjudica a Bolivia.* Al igual que en el caso entre Perú y Chile nuevamente, con otros argumentos, se controvierte la validez de un tratado de vieja data. Mientras que en el caso Peruano se duda de la naturaleza jurídica de tratado de un instrumento (Declaración de Santiago de 1952) en este caso se ataca al tratado por haber sido suscripto bajo amenazas en contra del propio Estado boliviano.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

IX. Níger c. Burkina Faso

Burkina Faso y Níger representan claros ejemplos del rancio colonialismo europeo; pobreza, reducida expectativa de vida y una endeble organización jurídica política²¹. Luego de su independencia, Burkina Faso y Níger lograron llevar adelante un período pacífico de delimitación de sus fronteras para lo que crearon una Comisión Técnica Mixta, sin embargo, quedaron pendientes de delimitar algunos tramos que ambos Estados decidieron someter, compromiso mediante, a la competencia de la Corte Internacional de Justicia. En el compromiso se solicitó a la Corte que, como parte del derecho aplicable, se tenga presente el Principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización, más conocido en nuestro medio como el *uti possidetis iuris*²². En Burkina Faso/Níger la Corte no

²¹ Ambos Estados se encuentran ubicados en el África Occidental y tienen otros puntos en común: fueron colonizados por Francia, se independizaron en el mismo año (1960) con diferencia de días, están entre los Estados con el mayor índice de natalidad del mundo, y el abanico se completa con la carencia de litoral marítimo, mediterraneidad que reduce aún más los recursos disponibles para sus pueblos. Pertenecían al África Occidental Francesa (AOF) que fue una federación creada por la metrópoli en 1895 y estaba integrada por Senegal, Sudán francés (Mali en la actualidad), Guinea y Costa de Marfil, en 1904 estaba integrado por ocho territorios franceses en África: Mauritania, Senegal, Sudán Francés, Guinea, Costa de Marfil, Níger, Alto Volta (ahora Burkina Faso) y Dahomey (ahora Benín). La AOF dejó de existir en 1958 cuando se creó la Comunidad Francesa en la cual, con excepción de Guinea que votó por la independencia, todos los Estados votaron por ser repúblicas autónomas. Níger y Burkina Faso se integraron a esta Comunidad hasta que el 3 y 5 de agosto de 1960 se independizan totalmente de Francia.

²² Este principio que antiguamente se había utilizado para legitimar conquistas territoriales, con el proceso de descolonización de la América española adquiere un renovado sentido y es alegado por los nacientes Estados latinoamericanos para mantener su integridad territorial como sucesores de la metrópoli, tomando como fronteras las viejas divisiones políticas internas del imperio. Su aplicación no se limitó a los países

se aparta de estos fundamentos al destacar que conforme surge del compromiso, entre las normas del derecho internacional aplicable a la controversia se cuentan el principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y el acuerdo de 28 de marzo de 1987. De este modo, se refieren a las fronteras que existían entre los territorios franceses de ultramar de Níger y el Alto Volta, a la fecha que alcanzaron la independencia (respectivamente 3 y 5 de agosto 1960). Ambos Estados acordaron a través de un Memorandum de Entendimiento del 23 de junio de 1964 que los documentos a tener en cuenta para la delimitación de la frontera común serían la Orden de 1927 (según el texto de la fe de erratas del mismo año) y el mapa 1/200 del Instituto Geográfico Nacional de Francia de 1960. A pesar de que se creó la Comisión Técnica Mixta para cumplir dicho cometido no pudo terminar la tarea. Por lo tanto, la única diferencia entre las partes a la fecha de la introducción de la instancia se refiere a la demarcación de la frontera común entre el punto Tong-Tong y el comienzo de la curva Botou, que es el sector respecto del cual el Comité Técnico Mixto no pudo concluir su trabajo con éxito y que las partes sometieron al Tribunal con soluciones divergentes. De esta suerte, para la Corte la controversia se centra en la determinación de la ubicación de la frontera entre los siguientes puntos: 1. Desde el punto Tong Tong hasta el punto Tao²³; 2. Desde

latinoamericanos extendiéndose a los procesos de descolonización en otros continentes. La cúspide de su desarrollo y cristalización normativa como principio general del derecho internacional se produce en 1986 a través de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Burkina Faso/Mali en donde pasa a ser considerado *un principio general, que está lógicamente relacionado con el fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra. Su objetivo evidente es el de evitar que la independencia y la estabilidad de los nuevos estados esté en peligro por luchas fratricidas provocadas por el cambio de fronteras tras la retirada de la potencia administradora.*

²³ Este primer punto no ofreció mayores dificultades a la Corte que consideró, como lo había solicitado Burkina Faso, que debía utilizarse una

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Tao hasta el Río Sirba a Bossébangou²⁴; 3. Desde Sirba a Bossébangou hasta la intersección con el paralelo de Sirba y el

línea recta para unir ambos puntos. Níger pretendía un dibujo que se apartase de la línea recta tocando el punto Vibourié basado en un informe del 13 de abril de 1935, sin embargo la Corte lo desestima porque el Alto Volta no existía para esa fecha ya que había sido eliminado por Francia en 1932 como colonia separada integrándola a otras existentes. El Alto Volta fue reestablecido recién en 1947 y para esa fecha la Corte entiende no probado que el punto Vibourié se mantuviese vigente por parte de la administración colonial. Níger no demuestra la existencia de efectividades del periodo colonial en la fecha crítica de la independencia, sin embargo, siguiendo los lineamientos de otras sentencias expresa que aún como efectividad no podría, en todo caso anular el título legal que es la Orden de 1927. La Corte mantiene su tradición respecto de la primacía del título legal sobre las efectividades.

²⁴ La Corte concluye que la Orden de 1927 expresa que el límite intercolonial se extiende hasta el Río Sirba. No acepta la Corte el argumento burkinabé de que en los casos que en un acto de demarcación no se especifique la forma en que se unirán dos puntos estos deben unirse por una línea recta, se funda en que la Orden prevé en dos oportunidades que el límite seguirá en algunos sectores un carácter rectilíneo, por lo que si debe interpretarse en el sentido que la indicación de dos puntos sin otra precisión deben ser conectados por una línea recta, ¿porqué la Orden contenía disposiciones específicas de sectores en los que se utilizaría una línea recta? Agrega que la Orden fue emitida sobre la base del Decreto del Presidente de la República francesa de 1926 por el que se encomendaba al Gobernador General del AOF fijar el nuevo límite intercolonial entre Níger y Alto Volta quien tenía una gran incertidumbre sobre como se fijaría el camino para unir los puntos y recurrió a los tenientes gobernadores de las dos colonias para determinar el límite intercolonial mediante la identificación de los límites de los círculos y cantones existentes sin indicios de que seguían una línea recta en el sector. Además, es un argumento de peso para la Corte la aldea de Bangaré la que conforme los documentos contenidos en los registros que son contemporáneos con la Orden de 1927 permiten establecer que durante el periodo colonial pertinente y hasta la fecha crítica de la independencia Bangaré fue administrado por las autoridades nigerinas. En defecto de la Orden de 1927 la Corte mantiene la ruta que sigue el mapa IGN de 1960. Respecto de Petelkolé y Oussaltane entiende la Corte que ambos se encuentran del lado burkinabé, tanto si se fija una línea recta como si se

paralelo de Say; 4. Desde este último punto hasta el punto situado a 1.200 metros al oeste de la aldea de Tchenguiliba²⁵

Con respecto al tercer punto (Desde Sirba a Bossébangou hasta la intersección con el paralelo de Sirba y el paralelo de Say), para la Corte, según la Orden de 1927 *es evidente que los resultados de la línea de frontera llega al río Sirba y no al pueblo de Bossébangou*. Rechaza los argumentos de costa seca en perjuicio de alguno o la posibilidad de atribución de la totalidad del río a una u otra parte. *En este sentido, la Corte observa que el requisito de acceso al agua para todos los habitantes de pueblos de los alrededores es mejor satisfecho por una frontera emplazada en el río que en una u otra rivera*. La trascendental importancia del agua para las poblaciones prima en la respuesta de la Corte sobre este sector. Para la Corte el punto final de la línea fronteriza en la región de Bossébangou se encuentra en la línea media del río Sirba por ser un río no navegable y por ser la que mejor cumple los requisitos de seguridad jurídica para determinar un límite.

Si bien el fallo en cuestión contiene disposiciones precisas sobre las pretensiones en lo referente a la delimitación de la frontera entre los dos Estados y fue emitido por unanimidad de todos los integrantes de la Corte, las opiniones individuales de algunos de sus

mantiene la línea del mapa IGN de 1960, y si bien es cierto que, como regla general, las efectividades se pueden utilizar para compensar la falta de título jurídico o completar un título incompleto, no se verifica en el presente caso ya que el acuerdo de 1987 obliga a la Corte en caso de insuficiencia de la Orden de 1927 a utilizar el mapa IGN de 1960 independientemente de que hubiere una discrepancia con las efectividades.

²⁵ La Corte entiende que la Orden en esta parte de la frontera especifica que se extiende en línea recta. No hay insuficiencia en la Orden para la Corte en este punto. *La Corte considera que en esta parte de la frontera, la línea se compone de una línea recta entre la intersección del paralelo de Say y la margen derecha del río Sirba y el comienzo de la curva Botou.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

miembros, demuestran un nuevo rasgo de pensamiento sobre temas como los que estamos tratando, cuales son, los tratados en el tiempo y el cambio de circunstancias que les dieron origen, fundamentales a la hora de aplicación de un tratado, y particularmente de uno de límites, en cuanto a causas posibles que hacen a su modificación e incluso a su terminación.

Siguiendo con su postura actual la Corte, en cuanto a la fecha crítica y al factor tiempo, mantiene su posición de que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto. En este sentido, considera que puede recurrirse al derecho colonial, no como derecho actual, (como vínculo jurídico entre este y el derecho actual (*continuum juris*), sino como un elemento de hecho, entre otros, o como medio de prueba y demostración a lo que se ha llamado *el legado colonial* (asunto de la *Controversia fronteriza* (Burkina Faso / República de Malí), Sentencia, ICJ Reports 1986, pág 568, párr. 30).

El objeto del asunto es trazar la frontera entre Burkina y Niger, o completarla, aplicando una Orden del Gobernador General del África Occidental Francesa (AOF) 1927.

Los trazados de los límites y fronteras internacionales y los procedimientos para efectuarlos, tienen como finalidad la necesidad de dotarlos de permanencia y seguridad. En el orden internacional tiene vigencia el principio de *estabilidad de las fronteras* que incluye el de *intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización*. En virtud de ellos, los Estados tienen una obligación jurídica de respetar las fronteras internacionales. Estos principios están íntimamente relacionados con los de respeto a la soberanía y a la integridad territorial de cada Estado. El principio de inviolabilidad de las fronteras se encuentra implícito en el de integridad territorial. En este último es donde la Corte parece haber encontrado que

contiene, implícitamente, el principio del *uti possidetis* aplicable en cuestiones de límites a todos los Estados africanos. La aplicación del mismo se torna necesario para respetar la prohibición que tienen los Estados de alterar las fronteras existentes por la fuerza, establecido claramente en la Declaración de las Naciones Unidas 1970 sobre los principios de Derecho Internacional (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General), según el cual: “*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver las controversias internacionales, incluidas las disputas territoriales y los problemas relativos a las fronteras*”.

El principio de la inviolabilidad de las fronteras puede considerarse que constituye un elemento básico del principio más amplio de la integridad territorial de los Estados. Sin embargo, cabe señalar que, en general, la inviolabilidad no significa invariabilidad o intangibilidad de las fronteras. Esto significa que los cambios territoriales, de conformidad con el derecho internacional, pueden realizarse de mutuo acuerdo, o por otros medios de solución pacífica de controversias. Los instrumentos de la OUA / UA prescriben el principio del respeto de las fronteras existentes en el logro de la independencia, e implícitamente reconocen su inviolabilidad con el fin de garantizar la paz y la estabilidad en el continente africano²⁶.

Tres jueces del CIJ hacen referencia a los tratados en el tiempo, cuestionando su aplicación a la luz del derecho actual. —El fantasma de los resultados de la Conferencia de Berlín (1885 en adelante) por fin ha desaparecido; ya no es la África inquietante, con sus culturas seculares. Las complejidades y problemas que existen en la frontera africana no pueden reducirse al simple trazado de líneas

³⁰ Opinión del Juez Yusuf.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

rectas —artificialesll en todas partes²⁷. La época de resolver las disputas territoriales en abstracto, sin tener en cuenta las necesidades de las poblaciones locales, ha sido superada. El trazado de las fronteras siguiendo el modelo de Westfalia, está muy lejos de la herencia cultural de esta región²⁸. Este caso, ya no trata de una simple cuestión de límites administrativos internos de una misma colonia, está referido a una frontera internacional entre dos Estados independientes y soberanos. Aunque no existe una regla fija, los tratados que establecen un límite en la orilla opuesta, de hecho poco frecuente, se concluyeron en tiempos lejanos y no responden a la práctica actual que establecen preferiblemente ya sea el talweg o la línea media de acuerdo de acuerdo a si el río es navegable o no²⁹.

En el fallo existe una referencia indirecta al *uti possidetis* en el artículo III, párrafo 3, de la Carta de la OUA que declara la adhesión de sus Estados miembros con el principio de —respeto a la soberanía y la integridad territorial de cada Estado y de su derecho inalienable a la vida independiente. Como hemos expresado precedentemente, la referencia al principio de integridad territorial parecería que contiene el principio del *uti possidetis* aplicable a todos los Estados africanos. La Carta de la OUA fue reemplazada por la Ley Constitutiva de la UA el 26 de mayo de 2001. Así, el artículo III, párrafo 3, ya no existe. En su lugar, uno de los objetivos de la Ley Constitutiva de la Unión Africana, es el de —defender la soberanía, la

²⁷ En el presente caso de la Controversia fronteriza entre Burkina Faso y Níger, la CIJ ha encontrado que, en la zona comprendida entre el marcador astronómico Tao y Bossébangou, la línea IGN fue el que constituye el curso de su frontera. La línea de IGN en esa zona es de hecho la línea fronteriza apropiada en el mismo, por todas las razones que he señalado en el presente Voto Razonado, desde la perspectiva de las relaciones entre las personas y el territorio. Opinión separada del Juez Cansado Trindade.

²⁸ Opinión del Juez Bennouna.

²⁹ Opinión del Juez ad hoc Daudet.

integridad territorial y la independencia de sus Estados miembros (art. 3, párr. (B)). Quizás esta evolución del principio de la integridad territorial de los instrumentos constitutivos de las organizaciones pan-africanas ya arrojan algo de luz sobre la distinción entre *uti possidetis juris* y la integridad territorial. Es necesario hacer presente la diferencia entre los dos principios, en particular en el contexto de los instrumentos fundamentales de la OUA / UA. Ambos documentos derivan su inspiración en el principio más amplio de la integridad territorial consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, pero ninguno de los dos consagra el principio del *uti possidetis juris*, que tiene un significado y contenido normativo diferente³⁰.

A pesar de que las Partes - Burkina Faso y Níger - invocan el principio del *uti possidetis juris*, este caso es muy diferente a los anteriores de Controversia fronteriza (Burkina Faso / Mali) (ICJ Reports 1986) y la Controversia fronteriza (Benin / Níger) (ICJ Reports 2005). En el presente caso, Burkina Faso y Níger firmaron un acuerdo en 1987 sobre la delimitación de su frontera común. Sin embargo, no han podido llegar a un acuerdo, en la interpretación y aplicación del convenio en relación con el curso real de la línea fronteriza. La disputa sometida a la Corte es en este sentido. A diferencia de los casos de delimitación anteriores, esta diferencia entre las Partes, que se refiere a la interpretación y aplicación de un acuerdo internacional, no tiene que ser evaluada a la luz de la ley colonial francesa. En otras palabras, no se requiere a la Corte que aplique el *uti possidetis* producto de la herencia colonial para determinar los derechos de cada una de las Partes. Estas ya lo habían especificado en su propio acuerdo de delimitación. Por lo tanto, a pesar del hecho de que Burkina Faso y Níger heredaron los antiguos límites administrativos del África Occidental Francesa que se

³⁰ Opinión del Juez Yusuf.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convirtieron en las fronteras internacionales cuando accedieron a la independencia, en este caso, el principio del *uti possidetis juris* no debía ser aplicado, como resultado de la conclusión del acuerdo de 1987 de delimitación entre los dos Estados independientes. En definitiva, lo que se solicita a la Corte, es la interpretación de este acuerdo de delimitación. Sería un error, creer que el principio del *uti possidetis* es sagrado e inmutable en el tiempo respecto al de integridad territorial, es decir, asimilar estos dos principios del derecho internacional³¹.

En este caso la aplicación del principio del *uti possidetis* ha sido desplazado por la realidad actual³², ya que la aplicación del *uti possidetis juris* no siempre permite establecer la paz entre los Estados herederos de la descolonización. Por ello es necesario que el tribunal al juzgar casos como éste que están referidos a la aplicación del *uti possidetis juris*, deba tener en cuenta el derecho intertemporal, en el sentido de que el destino de los pueblos interesados, a la hora de la interpretación del derecho colonial, no puede ser ignorado³³.

X. Nuevas pautas de interpretación. El derecho actual. Fines y objetivos. La equidad

³¹ Si uno lee una referencia indirecta a *uti possidetis* en el artículo III, párrafo 3, de la Carta de la OUA por su texto sobre "integridad territorial", a continuación, se debe llegar a la misma conclusión sobre el artículo 2, apartado 4, de la Carta de las Naciones Unidas. Las dos Cartas se refieren a la integridad territorial, como principio fundamental del derecho internacional y la base fundamental de las relaciones pacíficas entre los Estados, pero ninguno de ellos hace una referencia directa al *uti possidetis juris*. Opinión del Juez Yusuf.

³² Opinión del Juez *ad hoc* Daudet.

³³ Opinión del Juez Bennouna.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

La Corte considera que puede recurrirse al derecho colonial, no como derecho actual, (como vínculo jurídico entre este y el derecho actual (*continuum juris*), sino como un elemento de hecho, entre otros, o como medio de prueba y demostración a lo que se ha llamado –el legado colonial³⁴, tal como lo efectuó en el *asunto de la controversia fronteriza* Burkina Faso / República de Malí. En este sentido, la Corte se comprometió a la aplicación de la ley colonial recurriendo a distintos métodos de interpretación.

De las opiniones individuales de los jueces surge el interrogante si el actual derecho internacional puede apoyarse para el trazado de las fronteras en la ley colonial. La opinión del Juez Benounna es terminante: No es posible efectuar, ni siquiera indirectamente, ninguna legitimación retroactiva de la institución colonial a la luz del derecho internacional contemporáneo. Sostiene que para morigerar esta aplicación estricta debe recurrirse a la utilización de consideraciones de equidad “*infra legem*”³⁴. La ley no puede aplicarse mecánicamente con un excesivo formalismo, y ese sentido elude una interpretación literal, por una más ajustada a la equidad. Así lo sostiene el Juez Daudet, en relación a la decisión de la Corte cuando opta por la línea media para el trazado de la frontera: –*Ajustarse estrictamente al compromiso sin ninguna consideración de equidad,*

³⁴ Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina “*infra legem*” o “*infra ius*” o “*secundum legem*”. El juez debe adecuar la norma al caso concreto con un sentido de justicia, atemperando su excesivo rigor o adaptándola, conforme el criterio valorativo de las circunstancias del caso, cuando la misma sea imprecisa, injusta o insuficiente. Los jueces pueden considerar razones de equidad en el sentido de que entre varias interpretaciones o aplicaciones posibles de una regla positiva, se escoja aquella que tenga mejor en cuenta la situación individual de las partes en litigio y el conjunto de sus derechos y deberes.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

*conduciría a un resultado significativo de excesivo formalismo. La aplicación del principio del uti possidetis ha sido “desplazado” por la realidad actual*III.

También las opiniones individuales hacen referencia a la equidad para esbozar un nuevo concepto de soberanía vinculada al deber que tienen los Estados de resguardar los derechos humanos. Para el Juez Cansado Trindade, en la consideración del trazado de las fronteras no pueden ignorarse el factor humano. La Corte ha dado un importante paso adelante en este sentido, reconociendo expresamente que los problemas territoriales deben ser adecuadamente abordados teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones locales. El requisito relativo al acceso a los recursos hídricos de todas las personas que viven en los pueblos ribereños es mejor recibido por una frontera situada en la línea media del río que en una costa u otra. Por lo tanto, la solución que la frontera debe seguir la línea media del río, como medio habitual en los casos de fronteras fluviales entre Estados que comparten ese espacio, significa asegurar la igualdad de acceso a los recursos, especialmente el agua. “Esta es una solución de sentido común, de base jurídica y equitativa”³⁵.

En lo referido a este nuevo concepto de soberanía vinculado estrechamente al resguardo de los derechos humanos, el Juez Bennouna expresa: *En la actualidad existe un nuevo concepto de la soberanía. Esta se ha vuelto inseparable de la responsabilidad respecto de la población. Este cambio obliga a los Estados a que adopten las medidas necesarias para proteger los derechos de las poblaciones afectadas. Las realidades geográficas y humanas entre una época y otra han cambiado y la Corte hace que la justicia, casi un siglo después, no pueda dejar de tenerlos en cuenta. El objetivo de contribuir al fortalecimiento de las relaciones pacíficas entre los Estados, implica garantizar la seguridad humana, es decir, los derechos fundamen-*

³⁵ Opinión del Juez ad hoc Mahiou.

tales de las personas involucradas y su protección, incluida la justicia internacional. En concordancia con esta nueva visión de la soberanía, el Juez Cansado Trindade entiende que desde una perspectiva histórica o temporal, las poblaciones han precedido en gran medida la aparición de los Estados en el clásico *jus gentium*. Los Estados tienen fines humanos. Fueron concebidos, con el fin de proteger a los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, y a luchar por el bien común.

Del fallo y de las opiniones individuales de varios de los jueces que componen la CIJ se pueden destacar una visión renovada del concepto de la soberanía del Estado resaltando una íntima relación entre el respeto de la solidaridad humana con la necesaria permanencia y seguridad jurídica que deben tener las fronteras; un particular concepto en materia de interpretación de los tratados y principios del derecho, conectado con el factor tiempo en correspondencia con el cambio de circunstancias que les dieron origen; una interpretación en que la equidad pone en jaque una aplicación rígida de los tratados y principios, modificando incluso la inmutabilidad de los tratados que fijan un límite o frontera y de un principio general del derecho como el *uti possidetis* que tiene el mismo objeto o fin, todo ello anteponiendo la realidad y las necesidades sociales actuales en la función de la norma a la aplicación de la ley mecánica y formalista.