

**Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia**

**Las obligaciones internacionales del Estado del Ecuador y la nueva
Constitución
El principio *pacta sunt servanda* versus el principio
*rebus sic stantibus***

**Diana María Guevara Duque
Juan Pablo Albán Alencastro, Dr., Director de Tesis**

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de abogado

Quito, noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Las obligaciones internacionales del Estado del Ecuador y la nueva Constitución. El principio pacta sunt servanda versus el principio rebus sic stantibus”

Diana Ma. Guevara Duque

Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Pablo Albán
Director de Tesis

Dr. Diego Pérez
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 9 de enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Diana María Guevara Duque

C. I.: 171918452-3

Fecha: 09/01/2013

Agradecimientos

A mis padres, por su apoyo incondicional y palabras de aliento.

*A mis hermanas, por siempre estar ahí para sacar una sonrisa, aún en los momentos
difíciles.*

A toda mi familia, por ser un soporte invaluable.

A mis amigos y compañeros, por poder recorrer el camino juntos.

*A mis profesores, por compartir sus conocimientos con paciencia y pasión, en especial
a Juan Pablo Albán, por haberme guiado para la realización de este trabajo.*

Resumen

La presente tesina consiste en un análisis de los principios *pacta sunt servanda*, o sea la obligación internacional de cumplir con los tratados internacionales, y *rebus sic stantibus*, es decir, la idea de que es posible dejar sin efecto un contrato si las circunstancias fácticas son diferentes de aquellas que se tuvieron al momento de celebrarse el contrato, de su relación entre ellos, y de las consecuencias de los mismos. Adicionalmente, se desarrolla el tema de la responsabilidad internacional de los Estados por sus obligaciones convencionales y se analiza las posibles repercusiones como consecuencia de los cambios constitucionales y política exterior del Ecuador, con ocasión de la denuncia de algunas cláusulas de un tratado bilateral de inversión.

Abstract

This thesis is an analysis of the principles of *pacta sunt servanda*, or international obligation to comply with international treaties, and *rebus sic stantibus*, that is, the idea that it is possible to rescind a contract if the factual circumstances are different from those that were taken at the time of conclusion of the contract, of the relationship between them, and the consequences thereof. Additionally, it develops the notion of the international responsibility of States for its treaty obligations and discusses the potential impact as a result of Ecuador's constitutional changes and new foreign policy, during the denunciation of certain clauses of a bilateral investment treaty.

Abreviaturas

AG: Asamblea General de las Naciones Unidas
Art.: Artículo
CC: Corte Constitucional del Ecuador
CDI: Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CIA: Central Intelligence Agency
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ: Corte Internacional de Justicia
ConsP: Constitución Política de la República del Ecuador de 1998
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional
CRE: Constitución de la República del Ecuador de 2008
CS: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
DI: Derecho Internacional
DPI: Derecho Penal Internacional
EEUU: Estados Unidos de Norteamérica
LOGJCC: Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
OEA: Organización de Estados Americanos
ONU: Organización de Naciones Unidas
R.O.: Registro Oficial
SALT: Strategic Arms Limitation Talks
TAMB: Tratado Anti-Misiles Balísticos
TBIs: Tratados Bilaterales de Inversión
UCLAs: Unilaterally Controlled Latino Assets
URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

Índice

Agradecimientos	iv
Resumen	v
Abstract	vi
Abreviaturas	vii
Introducción	1
Capítulo 1	4
El principio pacta sunt servanda.....	4
Origen y desarrollo.....	4
Como norma ius cogens	12
Obligaciones del Estado derivadas de este principio	24
Capítulo 2.....	28
Principio rebus sic stantibus.....	28
Origen y desarrollo.....	28
Como excepción del pacta sunt servanda.....	35
Como causa de suspensión de tratados	43
Capítulo 3	48
Responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones convencionales.....	48
Primacía del Derecho Internacional	48
Obligaciones adquiridas mediante un tratado	53
Normativa constitucional relevante.....	59
Responsabilidad internacional.....	63
Capítulo 4.....	85
Análisis de casos	85
Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), 1974.....	86
Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 1997.....	88
Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986.....	91
Conclusiones	97
Recomendaciones.....	99
Bibliografía	100
Normativa Citada	107

Introducción

“We have entered an era of international law in which international law sub serves not only the interests of individual states, but looks beyond them and their parochial concerns to the greater interests of humanity and planetary welfare”

Juez Weeramantry¹

Es claro que los tratados internacionales son la base del sistema internacional actual, dado que viabilizan todas las relaciones bilaterales y multilaterales y los proyectos de cooperación internacional. El inconveniente surge al momento de pretender aplicarlos dentro de los ordenamientos internos de cada Estado, puesto que, dependiendo de la teoría o tesis que cada Estado adopte, monista, dualista o cualquiera de sus formas, la manera de aplicación variará. Esta forma de aplicación dependerá directamente de la normativa constitucional de cada Estado, por ello la relevancia de los cambios constitucionales que se suscitaron dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el año 2008.

En este contexto, en lo que se refiere al ámbito internacional, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) cambió de manera directa ciertas regulaciones de la forma en la que el Ecuador debe comportarse en sus relaciones internacionales y concernientes con los tratados internacionales. Esto afectó directamente a los tratados ya vigentes, es decir, aquellos que habían sido firmados y ratificados durante la vigencia de la Constitución Política de 1998 (ConsP).

El tema en concreto de la presente tesina se centra en el conflicto producido por los cambios constitucionales que se suscitaron dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el año 2008, en el ámbito internacional. Es decir, en las afectaciones directas al régimen internacional vigente dentro de la comunidad internacional y su contraposición con el articulado constitucional que regula la forma en la que el Ecuador debe comportarse en sus relaciones internacionales y concernientes con los tratados internacionales.

¹ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997. <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (acceso: 23/10/2012).

El análisis se centrará en determinar la manera en la que, como consecuencia directa de la adopción de la CRE, surge una cierta afectación y relativización del principio *pacta sunt servanda* y cuáles pueden ser las implicaciones y responsabilidades internacionales que pueda tener el Ecuador por estos cambios elementales. De esta manera, surge un conflicto legal en el cual se debe contraponer el *rebus sic stantibus* y el *pacta sunt servanda*, analizándose de qué manera se ven afectados estos principios dentro del ordenamiento constitucional vigente desde el 2008, y las posibles consecuencias a nivel internacional e interno.

Para el desarrollo del presente trabajo, se lo ha dividido en cuatro capítulos. El primero analiza el principio *pacta sunt servanda*. Inicia con una descripción de su origen y desarrollo, de la forma en la que éste se aplica en otras ramas del Derecho. Como segundo punto a tratarse se establece que el principio *pacta sunt servanda* debe ser considerado como una norma de *ius cogens*, estableciendo claramente qué significan e implican las normas de *ius cogens*. El tercer y último punto del primer capítulo analiza las obligaciones del Estado que se derivan de éste principio, principalmente la obligación de cumplir el tratado que haya sido firmado de buena fe.

El segundo capítulo se centra en la doctrina del *rebus sic stantibus*. En primer lugar, trata su origen y las diferentes formas de aplicación del mismo. Segundo, analiza si es que en realidad puede ser considerado o no como una excepción al cumplimiento del *pacta sunt servanda*. Finalmente, se desarrolla la posibilidad o imposibilidad de que el *rebus sic stantibus* pueda ser considerado como una causa de suspensión de los tratados o acuerdos internacionales adoptados por un Estado.

El tercer capítulo desarrolla la responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones convencionales. Inicia con una explicación sobre la primacía del derecho internacional y sobre qué tipo de teoría o tesis se maneja dentro de la CRE. Segundo, se analiza qué tipo de obligaciones se adquieren por medio de tratados, recurriendo a jurisprudencia internacional para su explicación. Tercero, se hace una comparación sobre la normativa constitucional relevante al caso de la ConsP y de la CRE, tomando una posición al respecto. Cuarto, se analiza la responsabilidad internacional desde diferentes ángulos, en general, por violación de un tratado y por violación de una norma de *ius cogens*. Finalmente, se realiza un análisis de un tratado

denunciado por el Ecuador, el Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal Alemana sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, examinando el dictamen de la Corte Constitucional que autorizó la denuncia e incluyendo una opinión personal al respecto.

Por último, el cuarto capítulo se encarga de estudiar casos de tribunales internacionales que se relacionan directamente con los temas abordados en los tres primeros capítulos. De esta manera, se tratan tres casos importantes dentro de la comunidad internacional: *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, de 1974, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, de 1997, y el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, de 1986.

Con esto, se pretenderá demostrar la prevalencia del derecho internacional y la obligación estatal de respetar los acuerdos y tratados internacionales, independientemente de que surjan cambios que podrían afectar la validez de éstos.

Capítulo 1

El principio pacta sunt servanda

Origen y desarrollo

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) de 1969 define en su artículo 26 “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.² Esta idea se encuentra complementada con la disposición del Art. 27 de la misma Convención “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. [...]”. En este contexto, se puede decir que el principio pacta sunt servanda es la base del cumplimiento de los Tratados Internacionales, que son la base del Derecho Internacional mismo. Este principio “implica deberes de acción u omisión y también una actitud de reconocimiento y valoración del derecho lo suficientemente convincente para asumir una posición de respeto frente a los compromisos internacionales”³ y también de confianza en los otros Estados contratantes de un tratado.

En la esfera sociopolítica este principio puede ser visto como “manifesting the need perceived by states for an international legal system that can ensure international order and prevent arbitrary behavior and chaos”⁴ y en la esfera legal, el principio “is confirmation of the character of international law as law”.⁵

Ahora, esta regla de cumplir con las disposiciones de un determinado tratado de buena fe, como cualquier otra regla de Derecho Internacional, “derives from, and is kept in force by, the general consent of states”.⁶ En este punto cabe mencionar que el consentimiento de los Estados es la única forma de establecer reglas que vinculen

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en la ciudad de Viena, Austria, dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas, con fecha 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador el 18 de julio del año 2003, dada por Decreto Ejecutivo No. 619, publicado en Registro Oficial 134 de 28 de julio del 2003.

³ Germán Ramírez Bulla. *Política Exterior y Tratados Públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 387.

⁴ I. I. Lukashuk. “The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligations Under International Law”. *The American Journal of International Law*. Vol. 83, No. 3 (Jul., 1989), p. 513.
<http://www.jstor.org/stable/2203309> (acceso: 05/06/2012)

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

legalmente a los Estados soberanos. Hay quienes arguyen que la comunidad internacional podría funcionar sin regulaciones legales, pero en realidad

[t]he normal functioning of the system of international relations is impossible without legal regulation. To this end, the legal force of rules of international law should be recognized. Consequently, the principle of good faith fulfillment of assumed obligations is objectively needed. It is the *jus necessarium*.⁷

Pero, sea cual sea el nivel de necesidad de un determinado principio, éste no podrá ser establecido o adoptado sin la existencia del consentimiento de los Estados, volviendo al consentimiento un requisito *sine qua non* para el establecimiento de un principio determinado. En el caso del principio bajo análisis, el *pacta sunt servanda*, es evidente que existió un consentimiento de los Estados para su inclusión en el texto de la CVDT de 1969 y en la posterior de 1986, más aún en la Carta de la Organización de Naciones Unidas de 1945 en su preámbulo y en su Art. 2.2. Adicionalmente, se puede encontrar la positivización del principio en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados que se adoptó en concordancia con la Carta de las Naciones Unidas⁸ y en el Acta Final de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa⁹, sin considerar otros tratados multilaterales o bilaterales que lo mencionen explícitamente o hagan referencia a las reglas de la CVDT. De esta manera es que

[e]very legal order regulates for itself the creation of its norms. *Pacta sunt servanda* is a customary norm of general international law, a constitutional norm of superior rank, which institutes a particular procedure of the creation of norms of international law, namely the treaty-procedure.¹⁰

Pero no se trata de una norma aislada que se incluyó en el texto de la CVDT sin base alguna. En realidad “[s]e trata de una norma de origen consuetudinario, que ya se aplicaba entre los romanos, fue reconocida en la edad media y ahora se considera como fundamental [...]”¹¹ para el desenvolvimiento de las relaciones, no solo entre Estados,

⁷ *Ibid.*

⁸ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement> (acceso: 06/06/2012).

⁹ 1 de Agosto de 1075, 73 Dep't St. Bull. 323.

¹⁰ Josef L. Kunz. “The Meaning and Range of the Norm *Pacta Sunt Servanda*”. *The American Journal of International Law*. Vol. 39, No. 2 (Apr., 1945), p 181. <http://www.jstor.org/stable/2192340> (acceso: 06/06/2012).

¹¹ *Id.*, p. 508.

sino entre sujetos de Derecho Internacional. Así, este término latino es “atribuido al jurista Ulpiano en el Digesto, que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse. Los romanos llegaron a esta concepción en el derecho bizantino, ya que antes solo obligaban los contratos. Los pactos, que eran acuerdos de voluntades sin solemnidades solo daban origen a obligaciones naturales, y no a acciones civiles”.¹² De esta manera, para la civilización romana rígida de la época, esta afirmación, considerada natural en la actualidad, constituyó una verdadera revolución jurídica. Por otro lado, también se puede encontrar esta máxima jurídica con un “carácter espiritualista, por el Derecho Canónico: ‘Pacta quantum cunque nuda, servanda sunt’ (Aún muchos los pactos, hay que cumplirlos)”¹³, lo que confirma la obligatoriedad del cumplimiento del pacto o acuerdo adquirido. Con el paso del tiempo, la aplicación del principio no fue restringida solamente a la contratación en general, como se desprende de su origen romanista, sino que se lo transportó al Derecho Internacional. Así se puede decir que “[t]he evolution of the content of principle pacta sunt servanda has moved toward divesting it of its formal and abstract nature and transforming it into a specific set of rules governing the process by which norms of international law are to be given effect [...]”.¹⁴ Pero esta evolución positiva no lleva necesariamente a una intervención en la esfera doméstica por respeto a los principios de igualdad soberana y no interferencia en asuntos internos. A pesar de que “the principle on obligation leaves the choice of ways to implement international rules in the domestic sphere to the discretion of each individual state”¹⁵, esto no puede ser considerado como excusa para justificar un incumplimiento de una obligación adoptada por tratado.

Alcance

En lo que se refiere al alcance del principio *pacta sunt servanda*, la aplicación del mismo no se cuestiona en lo que se refiere a las reglas generalmente reconocidas ni a las derivadas de tratados internacionales, puesto que éstas dependerán directamente de la

¹² La Guía de Derecho. *Pacta sunt servanda*. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/pacta-sunt-servanda>. (acceso: 07/06/2012).

¹³ Fausto Oscar García Delgadillo. *Rebus Sic Stantibus vs. Pacta Sunt Servanda en el Derecho de los Negocios Internacionales*. Universidad Francisco Marroquín, p. 49 www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/3465.pdf (acceso: 06/08/2011).

¹⁴ I. I. Lukashuk. “The Principle Pacta Sunt Servanda...”, *Óp. cit*, p. 515.

¹⁵ *Ibid*.

validez del tratado por sí mismo, es decir, de factores meramente procesales. Así, la primera condición necesaria para la validez de un tratado es que éste haya sido concluido entre partes capaces conforme al Derecho Internacional, es decir, Estados, quienes son, como consecuencia directa de su atributo de soberanía, los únicos que tienen *ius contraendi*, es decir, el derecho a contratar o firmar tratados. Esto está reafirmado por el Art. 6 de la CVDT que determina que “[t]odo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”. En consecuencia, “*treaties concluded with parties which have no treaty making power under international law do not create valid treaty norms*”.¹⁶ En esta misma línea, se debe tomar en cuenta la competencia del órgano concluyente del tratado, puesto que el Derecho Internacional contiene una norma de renvío a las Constituciones de los Estados para este tema. Por eso, “*treaties are invalid if the concluding organ was wholly incompetent or unauthorized under Constitutional law or if it has acted in excess of authority*”.¹⁷ En este punto es evidente la relevancia del Art. 46.1 de la CVDT que hace referencia a la nulidad de un tratado por falta de capacidad del contrayente. El artículo antes mencionado establece que

El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Por ello, queda claro que un tratado será nulo si es que la razón por la que consintió el Estado en cuestión va en contra de sus normas internas relativas a la capacidad para obligar al Estado, siempre y cuando estas se vean afectadas.

No es tema de la presente tesina el analizar los problemas que esta incompetencia podría ocasionar, pero puedo mencionar el referente a quién podría invocar esta invalidez, si la parte contraria o las dos. En este punto es donde entran las reglas de la verdadera intención de las partes, considerándose inclusive al error esencial y excusable. En lo que se refiere al proceso de conclusión de un tratado, éste tiene tres fases: negociación, firma y ratificación y su posterior depósito, siendo un requisito *sine qua non* la ratificación. Por regla general, ésta es hecha después de la aprobación por parte del órgano legislativo del Estado del texto del tratado, con un previo análisis en su

¹⁶ Josef L. Kunz. “The Meaning and Range...”, *Óp. cit* p. 183.

¹⁷ *Id.*, p. 184.

seno. Por otro lado, cabe mencionar que “[g]eneral international law prescribes no particular form for treaties; treaties can, therefore, be concluded not only in writing, by telegram, by telephone, by wireless, but also orally and even by symbols”.¹⁸ Ahora, es menester recalcar que “[a] treaty may be invalid on account of the illegality of its contents, namely if these contents are in violation of a hierarchically superior norm of general or particular international law which constitutes jus cogens”¹⁹, lo cual se desarrollará posteriormente.

Entonces, mientras un tratado cumpla con las condiciones procesales antes expuestas, el alcance del principio *pacta sunt servanda* dependerá directamente de lo que las partes hayan decidido incluir como tal dentro del texto del tratado, sea directamente en éste o por remisión a otros instrumentos, como puede ser la CVDT.

El verdadero debate sobre el alcance del principio *pacta sunt servanda* surge para las normas consuetudinarias. En realidad “such norms are not covered by the literal wording of the present concept of good faith fulfillment of obligations”.²⁰ Pero, este problema puede ser resuelto por interpretación por analogía, en base a la cual el principio aplica para tratados bilaterales y regionales y para “obligations arising from nonuniversal customary norms valid in conformity with the generally recognized principles and norms of international law”.²¹

Por otro lado, es importante establecer a qué tipo de normas aplica esta regla o principio. Así, “the principle *pacta sunt servanda* applies to the rules in force, i.e., those which have entered into, and remain in, force”²², que se confirma por el mismo Art. 26 de la CVDT. Adicionalmente, el Art. 18 de la misma Convención extiende el efecto del principio, de una manera limitada, a los tratados que han sido firmados pero no ratificados, en el sentido de que “[t]he parties are obliged to refrain from acts that would defeat the object and purpose of such treaties”.²³ Asimismo, bajo el Art. 25 de la CVDT,

¹⁸ *Id.*, p. 185.

¹⁹ *Id.*, p. 187.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, p. 516.

²³ *Ibid.*

el principio cubrirá los casos en que se da una aplicación provisional de los tratados cuando no se ha ratificado todavía el texto del mismo.

Contenido

Una gran parte del contenido del principio dependerá directamente de su interacción con otros principios de Derecho Internacional, dado que éste determinará “the intrinsic features of the process of implementation of international law and regulate it in a peremptory way”.²⁴ Una de las principales consideraciones para el contenido de este principio, es que la regla que se quiere hacer cumplir no puede pretender cumplirse con amenazas o uso de la fuerza de ninguna manera. Además, cualquier controversia que surja debe ser resuelta por medios pacíficos y cualquier tipo de intervención en los asuntos internos de un Estado es inadmisibles. No se debe dejar de lado el hecho de que cualquier regla deberá ser implementada con base en la igualdad soberana de los Estados que formen parte del tratado.²⁵

En lo que se refiere a la obligación de actuar de buena fe, parte vital del principio *pacta sunt servanda*, “the content of the principle of good faith fulfillment of obligations is being made increasingly specific by cross-reference to the principle of justice”.²⁶ Además, el principio de buena fe tiene el beneficio de que

binds subjects of international law to identify in good faith the actual circumstances and interests of states within the scope of a rule; to select the applicable rule or rules in good faith; to ensure that the application of rules is truly compatible with their letter and spirit, as well as with concepts of international law and morality and other obligations of the subjects; to define in good faith the limits of rules so as not to apply them in such a way as to cause damage to the rights and legitimate interests of other subjects; and to prevent abuse of rights.²⁷

Por otro lado, el principio de buena fe incluye una regla de justicia y reciprocidad, lo que se traduce en una especie de derivación del principio de contratación en general de la mora purga la mora, o *exceptio non adimpleti contractu*, es decir que “one who has violated a rule has no right to demand its fulfillment by other parties or subjects and

²⁴ *Id.*, p. 517

²⁵ *Ibid.*, (traducción libre)

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

may not claim the benefits arising from the violated rule”.²⁸

Ahora, el hecho de que las obligaciones internacionales deban ser cumplidas de buena fe introduce elementos no legales al principio *pacta sunt servanda*, es decir, elementos morales y políticos, por la naturaleza del concepto de la buena fe.²⁹ Por ello, la tendencia reciente es procurar un desarrollo más “broadening of the regulations governing the process of implementation of rules”.³⁰

Cabe mencionar que la noción anterior de *pacta sunt servanda* fue creada por la CVDT, dado que se “consagró a la norma *pacta sunt servanda* [...] conectándola con el principio de buena fe”.³¹

De esta manera puedo concluir que el principio *pacta sunt servanda* “[s]e trata de un principio fundamental, universalmente reconocido, reiteradamente evocado por la jurisprudencia arbitral y del Tribunal de la Haya y, hoy, por textos tan significativos como la Carta de las Naciones Unidas (preámbulo y art. 2.2), las Convenciones sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 (preámbulo y art. 26) y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre Estados”.³² Por otro lado, esta postura se complementa por lo dicho por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas, para quien *pacta sunt servanda*, la regla de acuerdo a la cual los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe, es el principio fundamental del Derecho de los Tratados.³³ Por otro lado, se debe mencionar que según este principio las partes no solamente están obligadas a ejecutar el tratado de buena fe, “sino que deben hacerlo [...] sin caer en abuso de los derechos u obligaciones en su caso, que les otorgan o imponen [los] instrumentos”.³⁴

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Id.*, p. 518.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Manuel Diez de Velasco en Nicolás Carrillo Santorelli. “Los retos del derecho de gentes – *ius cogens* –. La transformación de los derechos internacional y colombiano gracias al *ius cogens* internacional”. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 93.

³² Antonio Remiro Brotons. “Derecho Internacional Público. Tomo II, Derecho de los Tratados”. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1987, p. 258.

³³ DJ Harris. “Cases and Materials on International Law”. Fifth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1998. p. 806.

³⁴ Fausto Oscar García Delgado, *Óp. cit.*, p 54.

Ahora, se vuelve evidente que la relevancia de este principio desarrollado radica en que éste es el fundamento del sistema internacional, del derecho internacional convencional, en lo que se refiere a obligaciones. Tan fundamental es el *pacta sunt servanda* que es reconocido no solo convencionalmente, sino por la jurisprudencia internacional, sea cual sea el ámbito del derecho internacional al que se esté haciendo referencia.

Adicionalmente, por el significado del *pacta sunt servanda*, es decir, cumplir lo estipulado y pactado de buena fe, ayuda a ordenar las actividades y actitudes de los Estados y otros sujetos de derecho internacional, puesto que no hace referencia solamente a obligaciones convencionales, sino también a otras fuentes de obligaciones en el ámbito internacional. Ordena las actividades porque otorga un cierto grado de seguridad de las acciones y omisiones que podrán tener los otros miembros de la comunidad internacional.

Además, el apropiado funcionamiento de las relaciones bilaterales y multilaterales descansa sobre el efectivo respeto y cumplimiento de las obligaciones convencionales que los Estados adquieren, en ejercicio de su soberanía y su *ius contraendi*, por el simple hecho de que los tratados y los acuerdos son la base del poder de acción que puede tener la comunidad internacional como tal, especialmente en lo que se refiere a instrumentos multilaterales.

Esta importancia se refuerza por el hecho de que el sistema internacional carece de una forma de coerción o de obligar a los Estados a cumplir con los tratados y resoluciones que aceptan, por ello lo único que queda es la utilización de presión diplomática, las normas de *ius cogens*, de las que se habla posteriormente, los principios y una posible decisión de un tribunal internacional, de ser el caso. En realidad, todo regresa a la necesidad de confiar en que los Estados cumplirán con sus obligaciones adquiridas, con base en el *pacta sunt servanda*.

Por otro lado, se debe mencionar el hecho de que este principio y su aplicación es vital no solo para el derecho internacional, sino para todo el sistema jurídico, en consideración de que su apropiado funcionamiento depende de un sinnúmero de contratos de diferente índole.

Como norma *ius cogens*

Del *ius cogens* en general

Al referirse a una norma *ius cogens* se está queriendo hacer mención a normas perentorias que no se pueden derogar que surgieron tras la Segunda Guerra Mundial, o por lo menos su idea.³⁵ No se acostumbraba mencionar a estas normas con frecuencia, es así que “pocos autores y pocas decisiones judiciales se han referido a esta cuestión y, cuando lo hacen, de ordinario lo contemplan como una mera hipótesis”³⁶, hasta los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional y de la Conferencia de Viena de 1968-1969.

Antes de continuar, es necesario establecer dos características principales de las normas de *ius cogens*. En primer lugar, se dice que están revestidas de un carácter especial, para lo cual me puedo remitir a la Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons) que dice “[t]he question whether a norm is part of the *jus cogens* relates to the legal character of the norm”.³⁷ En este punto, concuerdo con lo dicho por Nicolás Carrillo Santarelli, para quien

el pasaje transcrito de la Corte Internacional de Justicia se limita a resumir un planteamiento un tanto más extenso, consistente en que la institución del *ius cogens* fue consagrada de manera tal que sus normas son normas de Derecho Internacional creadas por los mecanismos tradicionales de producción de dicho ordenamiento jurídico. [...] [l]as normas *iuris cogenitis* son normas emanadas de las fuentes tradicionales del derecho en el plano internacional, con ciertas especificidades tanto en su creación como en su contenido y consecuencias.³⁸

De esta manera, a pesar de que hayan seguido el proceso regular de creación de normas de derecho internacional, las normas de *ius cogens* tendrán características

³⁵ Nicolás Carrillo Santorelli. “Los retos del derecho de gentes – *ius cogens* –. La transformación de los derechos internacional y colombiano gracias al *ius cogens* internacional”. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, Grupo Editorial Ibáñez, 2007, p. 32.

³⁶ Paul Reuter. “Introducción al Derecho de los Tratados”. México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1999, p. 179.

³⁷ International Court of Justice. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (acceso: 21/07/2012).

³⁸ Nicolás Carrillo Santorelli. *Óp. cit.*, p. 34.

especiales que les otorgarán un estatus especial y propio, que hará que se las diferencie por consecuencias y efectos.

La segunda característica se refiere a que las normas de *ius cogens* “han logrado que ciertos principios y características tradicionales del Derecho Internacional no sean absolutas o intocables como antes de su aparición lo eran”.³⁹ De cierta manera, esto fue expresado por el juez Kreca de la CIJ en su Opinión Disidente de la sentencia de Excepciones Preliminares del 11 de julio de 1996 en el caso de la aplicación de la Convención para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, quien dijo que “[i]us cogens creates grounds for a global change in relations of State sovereignty to the legal order in the international community and for the establishment of conditions in which the rule of law can prevail over the free will of States”.⁴⁰

El problema, en la práctica, surgió por el hecho de que al momento puesto que ciertos Estados tenían como “política constante [...] abstenerse de todo compromiso internacional relacionado con el *jus cogens*”.⁴¹ Por ello se puede decir que esta “norma cuya derogación no está permitida y que sólo podrá modificarse por una norma ulterior del derecho internacional público que tenga el mismo carácter”⁴², crea una verdadera dificultad puesto que “recurre a un concepto aplicado a los contratos en el derecho nacional, es decir, en un sistema jurídico en conformidad con una legislatura cuya autoridad impone normas generales a todos los sujetos jurídicos”⁴³, dejando la gran controversia de quién o cuál podría ser ese órgano en el ámbito internacional. Es por esta razón que la Comisión de Derecho Internacional no especificó demasiado sobre esta norma perentoria, de manera que las dos CVDI (de 1969 y de 1986) dan a entender que “esa norma perentoria surge de la costumbre al establecer que la norma es [...] aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su totalidad”.⁴⁴ Entonces, se podría entender que esta norma perentoria es “una costumbre con una clase particular de *opinio juris* que expresa la convicción de que la norma en cuestión tiene

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ International Court of Justice. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Preliminary Objections, Judgment of 11 July 1996. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> (acceso: 22/07/2012).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Art. 53 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁴³ Paul Reuter. “Introducción al Derecho de los Tratados”, *Óp. cit.*, p. 180.

⁴⁴ *Ibid.*

una naturaleza absoluta [... y que] la norma podría considerarse universalmente aceptada, aunque no todos los Estados la reconozcan así expresamente y sin excepción”.⁴⁵

Por otro lado, el Art. 53 de la CVDT establece que una norma de *ius cogens* es “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Cabe mencionar que el mismo artículo determina la nulidad de cualquier tratado que sea contrario al *ius cogens*, lo que implica un claro reconocimiento de la supremacía del derecho internacional general imperativo. Misma definición y descripción se puede encontrar en el Art. 53 de la CVDT entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Adicionalmente, con la adopción del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, la CDI retomó de manera implícita la definición prevista en las dos CVDT en su Art. 40 del Capítulo III que dice “[t]his chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law”. En este artículo en ningún momento se define a las normas perentorias, pero en realidad “[...] para aplicar el artículo en cuestión, es necesario remitirse a la definición que desde 1969 se tiene de las normas perentorias de derecho internacional”.⁴⁶ Si no se conociera las disposiciones de las CVDT, la norma del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados evidenciaría un vacío. Esto es reafirmado por la propia CDI, quien en sus comentarios al proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados afirma que

Para dar lugar a la aplicación de este capítulo, una violación debe referirse a una obligación contraída en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general [establecida] de conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁷

De esta manera se puede decir que el claro establecimiento de lo que significa una norma de *ius cogens* es uniforme en el derecho positivo internacional. Cabe mencionar

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Nicolás Carrillo Santorelli. *Óp. cit.*, p. 38.

⁴⁷ Comisión de Derecho Internacional. Comentarios al proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

que lo anterior hace referencia a una determinación de las normas de *ius cogens* de acuerdo a un criterio formal, más no se refiere al contenido de estas o a un criterio material, que no ha sido delimitado por ningún instrumento internacional, sino que su “creación nace de la convicción general de la necesidad del mismo [del *ius cogens*] y de su carácter fundamental para el logro de los propósitos contenidos en el artículo 1° de la Carta de las Naciones Unidas”.⁴⁸ Muchos pueden decir que el hecho de que solamente exista un criterio puramente formal deja en un limbo jurídico a esta institución, pero debo decir que considero apropiada la decisión tomada por la Comunidad Internacional. En primer lugar porque al momento en que se adoptaron los instrumentos antes mencionados era en lo único en lo que existía consenso. Por otro lado, y lo que considero la razón más fuerte, es que, como menciona Carrillo Santorelli, “las normas de *ius cogens* son normas evolutivas, cuyo contenido corresponderá al determinado por el conjunto de Estados en determinado momento, atendiendo a las necesidades y prioridades que en ese entonces reconozca y tenga tal sociedad”.⁴⁹ Así, se puede decir que los artículos 53 y 64 prevén la posibilidad de que aparezcan nuevas normas de *ius cogens*, conocido como *ius cogens* superviviente.

Por otro lado cabe mencionar que de surgir la idea de que se determinen grupos de normas perentorias esto significaría un estancamiento claro de la noción de *ius cogens* puesto que “[s]i fuese un grupo cerrado o taxativo de normas, no se permitiría que surgiesen después otras normas de contenido diferente a las que en determinado momento tuviesen la categoría de *ius cogens*”.⁵⁰ Esto implicaría la necesidad de conferencias para la reforma de tratados para incluir las normas que vayan surgiendo y cada vez que una norma deje de pertenecer al derecho internacional imperativo.

Se debe agregar que las normas de *ius cogens* no se pueden modificar mediante un tratado o por una cláusula del mismo⁵¹, a menos que éste recoja otra norma de *ius cogens*, pero si pueden establecerse mediante uno. Y, segundo, “[l]as normas perentorias no sólo prevalecen sobre los tratados que entran en conflicto con ellas, sino que los privan de toda validez jurídica”.⁵² Entonces, se evidencia la relevancia teórica y

⁴⁸ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 388.

⁴⁹ Nicolás Carrillo Santorelli. *Óp. cit.*, p. 41.

⁵⁰ *Id.*, p. 42.

⁵¹ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 181.

⁵² *Ibid.*

práctica de la existencia de normas perentorias de derecho internacional, o normas *ius cogens*.

Esto nos lleva a hablar de lo que se ha considerado como los requisitos de las normas de *ius cogens*, en base a la definición que se tiene de las estas normas. Así, es posible identificar tres requisitos principales. En primer lugar son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, lo que significa que “debe haber una manifestación positiva del conjunto de Estados que integran la sociedad internacional consistente en atribuir un carácter determinado, de gran relevancia, a una norma de derecho internacional”.⁵³ De esta manera la participación de la comunidad internacional se vuelve trascendental, formando, lo que se puede llamar, el derecho de la comunidad internacional. En este punto cabe mencionar que en realidad esta participación activa de los Estados solo se puede encontrar en dos de las fuentes de Derecho Internacional que se encuentran en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las que son la costumbre y los tratados. Adicionalmente, se debe considerar que en ningún momento se está buscando unanimidad para la adopción de normas perentorias de derecho internacional, sino que, como dijo el Presidente del Comité de Redacción de la Convención de 1969, el señor Yasseen:

Al añadir en el artículo 50 las palabras «en su conjunto», el Comité de Redacción ha querido subrayar que no se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehúsa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del y/o esa norma por la comunidad internacional en su conjunto.⁵⁴

Se debe considerar el hecho de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que pueden existir normas de *ius cogens* inclusive si un pequeño número de Estados ha disentido.⁵⁵ Esto fue dicho dentro del caso Michael Domingues contra Estados Unidos, presentado por el Sr. William A. Courson del Magnus Hirschfield Center for Human Rights. El peticionario alegaba que el Domingues había sido condenado y sentenciado por dos homicidios ocurridos en el

⁵³ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 47.

⁵⁴ A/CONF. 39/11. par. 12, p. 519. Citado por Gómez Robledo, *El ius cogens internacional: estudio histórico crítico*, p. 50. Citado por Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 54.

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Michael Domínguez*. Informe No. 62 de 22 de octubre de 2002, párr. 50. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.12285.htm> (acceso: 24/07/2012).

Estado de Nevada en 1993, cuando Domingues tenía 16 años, es decir, era menor de edad. Además, el peticionario declaró que “la Suprema Corte de Estados Unidos se negó a revisar un dictamen de la Suprema Corte del Estado de Nevada permitiendo la ejecución de un condenado por un delito cometido siendo menor”.⁵⁶ Con base en lo anterior, la CIDH concluyó que EEUU había contravenido la norma de *ius cogens* internacional que prohibía aplicar la pena de muerte por delitos cometidos por menores de edad al sentenciar a Michael Domingues a la pena de muerte por un delito que cometió cuando tenía 16 años y que si lo ejecutara, EEUU sería responsable de una grave violación al derecho a la vida⁵⁷. En este contexto, la CIDH menciona, dentro de su explicación del *ius cogens*, la posibilidad de existencia de un objeto persistente a una norma imperativa de derecho internacional. Así, mantiene que “[...] dado que el derecho internacional consuetudinario descansa en el consentimiento de las naciones, el Estado que persistentemente objeta una norma del derecho internacional consuetudinario no está obligado por la misma”.⁵⁸ De cualquier manera, por el hecho de que las normas de *ius cogens* “[...] derivan su condición de valores fundamentales defendidos por la comunidad internacional, en la medida en que la violación de esas normas prioritarias se considera conmueve la conciencia de la humanidad [...]”⁵⁹, éstas obligarán a la comunidad internacional en su totalidad, como un todo, sin importar la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia. y, por tanto, obligan a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia.⁶⁰

Como segundo requisito se menciona el hecho de que son normas que no admiten acuerdo en contrario, que se puede encontrar claramente en el Art. 53 de la CVDT. Este requisito ha sido denominado como *opinio juris cogentis*, que se puede definir como “the conviction of the large majority of states that the rule concerned is of fundamental importance and that it may not be derogated from”.⁶¹ Entonces, aparece una clara peculiaridad de las normas de *ius cogens* que permitirá y, en teoría, facilitará la

⁵⁶ *Id.*, párr. 2.

⁵⁷ *Id.*, párr. 5.

⁵⁸ *Id.*, párr. 49.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Kerstin Bartsch y Bjorn Elberling. Citado por Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p., 56.

identificación de una norma perentoria frente a otra norma de derecho internacional. En la práctica, reconocer este requisito es un trabajo arduo dado que, como bien menciona Nicolás Carrillo Santorelli

[L]a práctica del derecho internacional ha demostrado que al crearse normas perentorias en su consagración textual o normativa no se plasma la frase «esta norma no admite acuerdo en contrario» [...] y por otra parte, se debe a que el requisito ahora estudiado se encuentra redactado de forma deficiente o insuficiente en versión en español de la Convención de Viena, al aludirse a la no admisión de acuerdo en contrario por parte de las normas *iuris cogentis* en lugar de la derogación (derogated from) de la versión en lengua inglesa de la misma Convención [...].⁶²

Entonces, es claro que “la labor de los intérpretes y operadores jurídicos es estudiar la redacción y consagración de las normas internacionales”⁶³, siempre tomando en cuenta los criterios de interpretación del Art. 31 de la CVDT y siguiendo el principio del efecto útil de los tratados, de manera que puedan determinar si una norma no admite ser exceptuada en ningún caso.

Por último, el tercer requisito sería que las normas de *ius cogens* pueden ser modificadas solamente por normas posteriores que tengan el mismo carácter, es decir, que también sean normas de *ius cogens*. Este requisito, que también puede ser considerado como una característica, da a entender que las normas de *ius cogens* no son inmutables, lo que confirma su carácter de derecho positivo. Esto significa que las normas de *ius cogens* “pueden ser derogadas y desaparecer, a condición de que sean eliminadas del ordenamiento jurídico internacional por una nueva norma que ostente el carácter de *ius cogens*, [...] como] sostenido en el Art. 53 de la Convención de Viena”.⁶⁴ Directamente derivado de lo anterior está el hecho de que “pueden surgir normas de *ius cogens*, bien con la creación totalmente innovadora de una norma internacional a la cual se le confiera dicho carácter, o bien otorgando con posterioridad el carácter de perentoria a una norma que inicialmente no tenía ese carácter”.⁶⁵

⁶² Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 57.

⁶³ *Id.*, p. 60.

⁶⁴ *Id.*, p. 62.

⁶⁵ *Ibid.*

De lo anterior se desprende que las normas de *ius cogens* tienen una cierta noción de permanencia por el hecho de que contienen valores y estándares vitales para la comunidad internacional, pero esta permanencia está abierta a una posible evolución, de ser necesaria.

Además, como demostrado anteriormente, estas son normas con características especiales que las diferencian del resto, al ser universales, generales e imperativas. Esto significa que un Estado no debería poder dejar de cumplir las obligaciones que sean impuestas por una norma de *ius cogens* respecto a otro Estado.

Por lo anterior, queda claro que la importancia de la existencia y aplicación de las normas imperativas de derecho internacional es altísima puesto que éstas recogen valores importantes para la comunidad internacional, que han ido adquiriendo mayor relevancia con el paso del tiempo y por la práctica internacional generalizada. Es por eso que es obligación de los Estados el aplicar y respetarlas, así como es obligación de los entes de control, específicamente tribunales, velar por su cumplimiento para que se cumplan los objetivos primordiales de cooperación e integración internacionales.

El pacta sunt servanda como norma *ius cogens*

En primer lugar, cabe mencionar que dentro de la doctrina se han encontrado varios intentos de clasificar y organizar las normas imperativas. De estos sistemas, el que mayor aceptación ha tenido ha sido el propuesto por Roberto Puceiro Ripoll, el cual tiene la característica principal de “agrupar las normas imperativas más generalizadas y notorias, lo que implica que no es perfecto y eventualmente habrá normas adicionales de naturaleza o carácter perentorio que no coincidan o respondan a tal esquema”.⁶⁶ Con esto claro, este sistema propone tres grupos principales de normas perentorias. En primer lugar, las normas internacionales que protegen a la Comunidad Internacional en cuanto tal, grupo dentro del cual se contemplan la interdicción del uso y la amenaza de la fuerza, los preceptos de la Carta de las Naciones Unidas (Carta) que proveen al mantenimiento de la paz, el derecho al desarrollo económico, social y cultural, las

⁶⁶ *Id.*, p. 76-77.

normas sobre represión de la piratería y las libertades fundamentales de la alta mar, y, las normas relativas al patrimonio común de la humanidad.⁶⁷

Como segunda clasificación se encuentran las normas que regulan los derechos de los Estados y las relaciones interestatales. Dentro de este grupo se encuentra el derecho a la libre determinación de los pueblos, los principios sobre igualdad soberana de los Estados, el principio de la no intervención y las normas alusivas a las relaciones convencionales de los Estados, es decir, “las normas cogentes dentro del campo del derecho de los tratados”⁶⁸, dentro de las cuales están el principio *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe.⁶⁹

Como tercera clasificación, se encuentran las normas destinadas a proteger a los seres humanos, donde se consideran las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas del Derecho Internacional Humanitario.⁷⁰

Ahora, ¿basta con decir que el *pacta sunt servanda* se encuentra como parte de una de las clasificaciones doctrinarias de las normas de *ius cogens*? La respuesta evidentemente es no, puesto que al referirnos simplemente a una clasificación doctrinaria, esto significa que tiene poco o nulo valor positivo dentro del Derecho Internacional, es decir, dentro del ordenamiento jurídico internacional. Por ello, es necesario demostrar que la importancia del *pacta sunt servanda* puede evidenciarse en varios documentos internacionales, entre ellos, la Carta de las Naciones Unidas (Carta), la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General (AG) de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625) y la CVDT.

En primer lugar, en el preámbulo de la Carta, se establece que la comunidad internacional estaba resuelta “a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del

⁶⁷ *Id.*, p. 77-78.

⁶⁸ *Id.*, p. 79.

⁶⁹ *Id.*, p. 79-80.

⁷⁰ *Id.*, p. 80.

derecho internacional”.⁷¹ Esto nos da a entender que desde la adopción de la Carta, el respeto a los tratados y obligaciones internacionales se consideraba como un valor fundamental de la nueva comunidad internacional, post Segunda Guerra Mundial. En este mismo texto, en el Art. 2.2, se determina que “[l]os Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.⁷² Esta disposición solamente confirma lo dicho anteriormente en el sentido de que ya se evidenciaba la importancia para la comunidad internacional del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, implicando que ésta era la conducta esperada de todos los miembros de la naciente organización. Es evidente que la finalidad de las disposiciones mencionadas se cumplió, puesto que en la actualidad no se cuestiona de ninguna manera que el respeto y cumplimiento de tratados y obligaciones sea una conducta de los sujetos de derecho internacional, especialmente de los Estados. Tal es así, que posteriormente fue plasmada como *pacta sunt servanda* dentro del texto de la CVDT y, como será planteado posteriormente, cumple con los requisitos para que sea considerada como una norma de *ius cogens*.

En segundo lugar, Resolución 2625 (XXV) de la AG proclamó como uno de los principios base para la realización de los propósitos de la ONU al principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta. De esta manera, se estableció que

[t]odo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, [...] en virtud de los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos [y ...] en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos.⁷³

Por ello, quedó más que reafirmada la relevancia vital del cumplimiento de las obligaciones internacionales, independientemente de la razón o la base según la cual hayan sido adoptadas, para la realización de los principios y propósitos de la ONU. Entonces, se demuestra una vez más el carácter de imperativo y necesario del principio, por las repercusiones y consecuencias que podrían existir de no cumplírsele.

⁷¹ Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo. 26 de junio de 1945.
<http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> (acceso: 17/10/2012/).

⁷² *Id.* Artículo 2.

⁷³ Resolución 2625 (XXV), *Óp. cit.*, Anexo.

Ahora, es claro que el principio *pacta sunt servanda* no solo está reconocido en numerosos instrumentos internacionales, sino que, como se explicará, cumple con los requisitos del Art. 53 de la CVDT para ser considerado como una norma de *ius cogens*. De esta manera, cabe enlistar los requisitos para que una norma ostente el carácter de *ius cogens*:

- Ser adoptada como tal por voluntad de una pluralidad de Estados;
- Ser una norma convencional o consuetudinaria;
- Ser una norma de derecho internacional general o regional;
- Ser adoptada por la gran mayoría de los Estados participantes en su creación;
- Tener la característica de que no admita excepción alguna en su aplicación.

Una vez que se ha establecido claramente cuales son los requisitos para que una norma sea considerada como de *ius cogens*, es menester identificar claramente cada uno de estos requisitos del *pacta sunt servanda*.

Desde el primer período de sesiones de la CDI de la ONU en 1949, se consideró que el derecho internacional relativo a los tratados era uno de los temas que debían ser tomados en cuenta para una posterior codificación. Así, se nombraron cuatro relatores especiales para que analizaran el tema, y fue el último, “Sir Humphrey Waldock, nombrado en 1961, quien orientó de nuevo los trabajos hacia la preparación de proyectos de artículos que pudieran servir de base para una convención internacional”.⁷⁴ En base a sus informes, la CDI presentó un informe final a la Asamblea General en 1966 y posteriormente, por resolución 2166 (XXI), se convocó a dos sesiones de la Conferencia Internacional para celebrar una convención sobre el Derecho de los Tratados, en 1968 y 1969, en Viena.⁷⁵ Así, considerando al *pacta sunt servanda* como una norma que fue adoptada como parte del texto de la convención debatida durante las dos sesiones de la conferencia internacional antes mencionada, es evidente que fue adoptada por la voluntad de una pluralidad de Estados, es decir, casi todos los que

⁷⁴ Karl Zemanek. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf> (acceso: 24/07/2012).

⁷⁵ *Ibid.*

participaron de la Conferencia Internacional de la ONU para la adopción de la CVDT, lo que demuestra el cumplimiento del primer requisito.

Adicionalmente, el principio *pacta sunt servanda* posee el carácter de ser una norma consuetudinaria y convencional. Primero, consuetudinaria por todo el desarrollo que tuvo anterior a su incorporación al texto de la CVDT y, segundo, convencional por ser parte del texto de la CVDT en el Art. 26 el cual dispone “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”⁷⁶, agotando el segundo requisito establecido anteriormente, es decir que sea una norma convencional o consuetudinaria.

Ahora, en lo que se refiere al tercer requisito, el que sea una norma de derecho internacional general o regional, diría que por la naturaleza del ente que convocó la conferencia internacional, es decir, la ONU, el principio *pacta sunt servanda* tiene un carácter general, independientemente de que se lo consagre en instrumentos regionales.

Por otro lado, al mencionar el cuarto requisito, que la norma sea adoptada por la gran mayoría de los Estados participantes en su creación, considero que el *pacta sunt servanda* lo cumple dado que la CVDT, instrumento en el cual se lo recoge, su texto final, “[...] fue aceptado por 79 votos contra 1 y 19 abstenciones”.⁷⁷

Finalmente, en cuanto al requisito de que tenga la característica de que no admita excepción alguna en su aplicación, considero que lo dispuesto en el Art. 26 de la CVDT se complementa con el Art. 27 que dice “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁷⁸ Así, los dos artículos antes mencionados se complementan de forma que da a entender que la regla del *pacta sunt servanda* no admite excepciones en su aplicación, independientemente de lo determinado en el Art. 46, dado que el mismo no se refiere a la obligación de cumplir el tratado, sino a la nulidad que puede tener un tratado por las disposiciones internas concernientes a la capacidad para celebrar tratados. De esta manera puedo concluir que efectivamente, el principio *pacta sunt servanda* posee la calidad de norma *ius cogens*.

Entonces, si el principio *pacta sunt servanda* es una norma de *ius cogens*, ¿cuáles son las consecuencias de esto? En primer lugar, la consecuencia directa es que el

⁷⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁷⁷ Karl Zemanek, *Óp. cit.*

⁷⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

principio *pacta sunt servanda* se convierte en una norma que deberá ser respetada no solo porque se la encuentre en textos de diferentes tratados, sino porque recoge valores superiores de la comunidad internacional como norma de *ius cogens*. Inclusive, como explicado posteriormente, a pesar de que no exista una jerarquía vinculante de las normas internacionales, queda claro que las normas imperativas estarían en el escalafón más alto.

En segundo lugar, al decir que el *pacta sunt servanda* es una norma de *ius cogens*, resulta evidente que los Estados no podrán escudarse en excepciones simples para justificar su incumplimiento, puesto que en realidad, por la importancia de las normas de *ius cogens*, estas no pueden ni deben aceptar excepción alguna.

Tercero, al ser una norma de *ius cogens*, le da mucha más fuerza vinculante a cualquier tratado, independientemente del objeto o fin del mismo, puesto que no es solamente el tratado en cuestión el que requiere su cumplimiento, sino también una norma imperativa de carácter general, es decir, que se espera que sea cumplida por todos los miembros de la comunidad internacional.

Obligaciones del Estado derivadas de este principio

Es imperativo considerar que “[s]i bien no existe una disposición jurídicamente vinculante en donde se establezca una jerarquización completa de las diferentes obligaciones internacionales, es claro que no todas ellas tienen el mismo valor y que al tratar el tema del cumplimiento de buena fe de los compromisos cima de la pirámide está constituida por el *ius cogens*”.⁷⁹ Entonces, es claro que la adopción y posterior ratificación de un tratado significará la obligación de cumplir lo que haya sido establecido en el mismo. Esto va de la mano con el hecho de que, como mencionado anteriormente, “[p]or *pacta sunt servanda* podemos entender al obligación que se tiene de respetar, acatar y dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud de un tratado o de un convenio internacional”.⁸⁰ Así, la obligación principal que surge de este principio será, evidentemente, cumplir con lo acordado, sea multilateral o bilateralmente, en el tratado, convirtiéndose en una obligación contraída en virtud del

⁷⁹ Germán Ramírez Bulla. “Política Exterior”, *Óp. cit.*, p. 387-388.

⁸⁰ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.* p. 92.

derecho internacional que deberá ser cumplida por el sujeto de derecho internacional por antonomasia, el Estado parte.

Lo anterior puede ser reafirmado y complementado por el hecho de que

[t]odas las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe por los sujetos a las que resultan oponibles. Se trata de un principio fundamental, universalmente reconocido, reiteradamente evocado por la jurisprudencia internacional y, hoy, enunciado por textos tan significativos como la Carta de NU (preámbulo y art. 2.2) y la Declaración sobre los Principios de DI referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados⁸¹,

tal y como ha sido recogido en el Art. 26 de las dos CVDT, la de 1969 y la de 1986. En este punto se debe mencionar que el Art. 27 de la CVDT de 1969 afirma, de manera inequívoca, “que un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁸² Es decir, que, el Estado tendrá la obligación de cumplir con el tratado independientemente de lo que determinen sus leyes, inclusive la Constitución, a menos que el conflicto se refiera a una violación manifiesta de normas internas de importancia fundamental relativas a la competencia para celebrar tratados, lo que provocaría la nulidad del mismo según el Art. 46 de la CVDT.⁸³

Es de considerar que el *pacta sunt servanda* es una regla tan importante que se la considera como una precondition para una actividad internacional efectiva. Es por eso que se dice que

[t]o abrogate such a rule is not possible. A treaty providing that *pacta sunt servanda* is mere reaffirmation. A treaty denying it is an absurdity. The point is that the very activity of treaty-making assumes the general rule which complies with the international public policy and is accepted by the international community at large.⁸⁴

Ahora, siguiendo lo ya establecido anteriormente, es decir, que el principio *pacta sunt servanda* tiene la calidad de norma de *ius cogens* o norma perentoria, se debe mencionar que “la figura del *ius cogens* tiene aplicación en todo el derecho internacional, y prohíbe de manera tajante no ser observado por cualesquiera actos, sean

⁸¹ Antonio Remiro Brotons. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1997, p. 353.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Kamrul Hossain. *The Concept of Jus Cogens and the Obligation under the U.N. Charter*. Santa Clara Journal of International Law. Vol 3, 2005. www.scu.edu/scjil (acceso: 25/07/2012).

estos bilaterales, multilaterales, unilaterales o incluso internos”.⁸⁵ Esto implica un refuerzo a lo mencionado anteriormente de que la principal obligación que nace del principio *pacta sunt servanda* es la de cumplir el tratado de buena fe.

Por otro lado, cabe mencionar que existen dos tipos de consecuencias principales que surgen de una obligación contraída, conforme a lo reconocido por Federico Puig Peña: “una positiva, consistente en la necesidad de ser cumplido conforme a su tenor específico; otra negativa, que se proyecta sobre los terceros, sobre todos en general, y que se concreta en la obligación que todos tienen de respetar las situaciones jurídicas nacidas a su amparo”.⁸⁶ A pesar de que esta explicación se refiere a la contratación en general, cabe mencionar que es relevante reconocer los caracteres de la consecuencia positiva mencionada por Puig Peña, es decir, que el contrato debe ser cumplido, de acuerdo a su tenor y de buena fe. De esta manera se puede concluir que en la contratación en general el *pacta sunt servanda* no es uno de los principios fundamentales de los contratos, “sino que es el principal, y así es consagrado por la mayoría de las legislaciones modernas”⁸⁷, lo que permite relacionar esta aseveración al Derecho de los Tratados.

Así, las partes deben “respetar su voluntad plasmada en el instrumento y ceñir su conducta a lo allí establecido [puesto que] la regla general es que los tratados deben cumplirse, siendo esto, en virtud del principio en examen, fuente de obligaciones para los signatarios del mismo”.⁸⁸ Es decir que todos los actos y todas las omisiones en que pueda incurrir uno de los Estados parte de un determinado tratado deberá ir acorde con el texto de ese tratado, de manera que no vaya en contra del *pacta sunt servanda*, ni de cualquier obligación específica, sea cual sea su naturaleza, que esté determinada en el tratado. Esto puede ser complementado con lo dicho por Julio Barboza, quien mantiene que

La buena fe en el derecho de gentes se presume; todas las obligaciones internacionales deben cumplirse de buena fe y ella inspira varias instituciones, como el estoppel y el mismo artículo de la Convención de Viena que consideramos. Ha sido recogido en la Carta de las

⁸⁵ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 60.

⁸⁶ Fausto Oscar García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 51.

⁸⁷ *Id.*, p. 52.

⁸⁸ *Id.*, p. 54.

Naciones Unidas y en la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU.⁸⁹

De esta manera, es claro que la principal y más importante obligación que asumen los Estados al momento de ratificar el tratado es la de cumplir con su texto, siguiendo el principio general de que las normas y obligaciones internacionales nacen con la vocación de ser cumplidas espontáneamente.

De cualquier forma, se debe tener presente que, independientemente del tipo de tratado del que se trate, “[l]os efectos del tratado se relacionan con los autores del acto: emanan de la voluntad de éstos y no son nada distinto de esa voluntad”.⁹⁰

Por todo lo dicho anteriormente, queda claro que el principio *pacta sunt servanda* es uno de los principales y necesarios para el correcto funcionamiento de las relaciones entre Estados. Sin el respeto a esta norma de *ius cogens*, los Estados se podrían quedar en un limbo jurídico al no poder asegurar el cumplimiento de las obligaciones que haya adquirido su contraparte. De esta manera, resulta imperativo que se reconozca internacionalmente el valor del *pacta sunt servanda* como una norma imperativa, no solo como uno de los principios ordenadores de las relaciones internacionales.

⁸⁹ Julio Barboza. “Derecho Internacional Público”. Buenos Aires: Zavalia, 2001, p. 121.

⁹⁰ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 125.

Capítulo 2

Principio rebus sic stantibus

Origen y desarrollo

Dentro de la doctrina se puede encontrar diferentes denominaciones, como principio, cláusula o doctrina. Esto no quiere decir que sean conceptos diferentes, sino que existe una variación de las referencias que hacen los autores.

Ahora, es importante tener presente que rebus sic stantibus

es una abreviación de la fórmula latina “contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur”, por la cual es posible dejar sin efecto un contrato de tracto sucesivo cuando las circunstancias fácticas son diferentes de aquellas que se tienen al momento de celebrarse el contrato.⁹¹

De esto se desprende que las partes solamente pretenderán obligarse mientras no se alteren o modifiquen las circunstancias que estaban presentes al momento de la celebración del negocio jurídico. Entonces se puede decir que

[s]i parla di «clausola» *rebus sic stantibus* perché la dottrina classica riconduceva questa causa di estinzione alla volontà dei contraenti: essa riteneva che il trattato si estinguesse per effetto del mutamento delle circostanze di fatto in quanto era da presumere che i contraenti medesimi subordinassero l'efficacia del trattato al permanere di quelle circostanze.⁹²

A pesar de que no existe un acuerdo entre los juristas sobre el verdadero origen de la cláusula rebus sic stantibus, dado que algunos manifiestan que sus primeras manifestaciones estuvieron en el Derecho Canónico y otros en el Derecho Mercantil Medieval. Pero en realidad, la mayoría sitúa su nacimiento en el Derecho Romano, como la mayoría de las nuestras instituciones jurídicas “cuando el pretor, al no poder admitir otros remedios procesales, echaba mano de ella para poder llegar a la llamada “anulabilidad pretoriana”, o sea, dejar sin efecto el contrato”.⁹³ Por otro lado, también se dice que el rebus sic stantibus surgió en la filosofía de Marco Tulio Cicerón: “[a]quello que el tiempo hace cambiar, hace cambiar la función y no siempre es la misma (Es

⁹¹ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 57.

⁹² Benedetto Conforti. *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, Quinta Edizione, 1999, p. 132.

⁹³ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 58.

quum tempore commutantur commutatur officium et non Semper ídem est).⁹⁴ Como era de esperarse, con la caída del Imperio Romano, también cayó el uso de la doctrina del *rebus sic stantibus* hasta que resurgió en la Edad Media con el Derecho Mercantil Medieval. En esta etapa, “los comerciantes del medioevo la invocaban en sus relaciones”⁹⁵ e inclusive “en el Fuero Real de don Alfonso X, el Sabio, se encuentran formulaciones derivadas del principio”.⁹⁶

Fue en realidad en la época de los posglosadores cuando se formula la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la cual

en los contratos de ejecución diferida o continuada se entendía que habían sido celebrados conforme a una cláusula sobrentendida; de manera que, cuando se producía una alteración de las circunstancias, el deudor podía pedir la resolución de la prestación que le resultase excesivamente gravosa.⁹⁷

Pero la verdadera aplicación por los ordenamientos jurídicos y los órganos jurisdiccionales se dio después de las guerras mundiales “para restablecer el equilibrio contractual en las relaciones civiles y mercantiles que habían iniciado su ejecución antes de dichas guerras [y que por lo dañadas que estaban las economías de los países involucrados] el cumplimiento de muchas obligaciones contractuales se hacía demasiado oneroso para cualquiera de los contratantes”.⁹⁸ Por ello, se evidenció un fundamento en equidad para justificar “el abandono de la obligatoriedad de los compromisos asumidos cuando los hechos sucesivos han influido sobre la relación económica”.⁹⁹

Ahora, una vez que se analizó el origen, es necesario mencionar el desarrollo que tuvo esta doctrina. De esta manera, inicialmente, “some writers stated that all treaties are made upon a tacit assumption or contain a tacit clause *conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*”¹⁰⁰, y como bien estableció Conforti, “[l]a clausola *rebus sic stantibus* veniva quindi ridotta in sostanza ad una condizione risolutiva tacita”.¹⁰¹ Esta

⁹⁴ Víctor Pérez Vargas. “Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda”. *Revista Judicial, Costa Rica*, N° 90. (2009), p. 250.

⁹⁵ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 58.

⁹⁶ Víctor Pérez Vargas, *Óp. cit.*, p. 250.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 59.

⁹⁹ Víctor Pérez Vargas, *Óp. cit.*, p. 251.

¹⁰⁰ Herbert W. Briggs. *The Law of Nations. Cases, Documents, and Notes*. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1952, p. 917.

¹⁰¹ Benedetto Conforti, *Óp. cit.*, p. 132.

doctrina fue incluida en la Convención de La Habana de 1928, donde, conforme al Art. 18 la aparición de un evento exterior podría justificar el cese de un tratado. De acuerdo al artículo antes mencionado, “extraordinary circumstances may determine the ceasing of a treaty. These circumstances may be represented by concrete violation of a treaty by one of the party states, in a definitive disposition of an indispensable object for the execution of a treaty or a basic change of circumstances”.¹⁰²

A medida que la doctrina fue siendo estudiada más a fondo, se llegó a la conclusión de que la doctrina *rebus sic stantibus* “[...] states that the obligations of a treaty terminate when a change occurs in those circumstances which existed at the time of the conclusion of the treaty and whose continuance formed, according to the intention or wills of the parties, a condition of the continuing validity of the treaty”.¹⁰³ Así, se puede decir que “[u]n cambio fundamental de las circunstancias prevalecientes cuando se concluyó el tratado es una razón para la terminación o suspensión del mismo”¹⁰⁴, conforme al Art. 62 de la CVDT.

Adicionalmente, durante un largo tiempo fue considerada como “el efecto de una condición ulterior implicada en los tratados”.¹⁰⁵ Hoy es claro que “se considera como el efecto de una razón autónoma para la falta de aplicación”¹⁰⁶, hecho que distingue claramente a la doctrina de la fuerza mayor a pesar de que tiene las mismas características (exterioridad e imprevisibilidad).

En la actualidad se puede decir que esta doctrina del *rebus sic stantibus* “se encuentra plenamente reconocida y aceptada, los doctrinarios la encuadran dentro de las fuentes secundarias o auxiliares”¹⁰⁷ del Derecho Internacional y de alta relevancia para lo que se refiere al Derecho de los Tratados.

Inclusive es una doctrina que es claramente aplicada por otras áreas del Derecho. En primer lugar se puede mencionar al Derecho Comercial, donde se deben cumplir cuatro supuestos: solo se aplica para contratos de tracto sucesivo, para circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, cuando haya excesiva onerosidad y cuando

¹⁰² Claudia Andritoi. *The clause “rebus sic stantibus” in State practice*. Revista Academiei Fortelor Terestre; Mar2011, Vol. 16 Issue 1, p. 52.

¹⁰³ Chesney Hill. *The Doctrine of “Rebus Sic Stantibus” in International Law*, University of Missouri Studies, IX, 1934 citado en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 917.

¹⁰⁴ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 231.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 63.

sea un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes. En el Derecho Internacional Privado se la usa como parte de las diferentes teorías y doctrinas que se pueden aplicar para resolver los conflictos de ley aplicable al contrato internacional. Finalmente, otro ejemplo del uso que se ha dado a la doctrina del *rebus sic stantibus*, aparte del Derecho Internacional Público y sus ramas, es la del Derecho de los Negocios Internacionales, rama en la que es ampliamente usada por la *lex mercatoria*, regulada por los diferentes instrumentos internacionales (UNCITRAL, UNIDROIT) y mencionada y aplicada por los laudos de la Cámara Internacional de Comercio con sede en París, siguiendo, en su mayoría, las reglas generales del Derecho Internacional Privado para la contratación internacional.¹⁰⁸ De cualquier manera, cabe mencionar que

Con base en la presunción de competencia profesional, la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional se ha negado a admitir el cambio en los efectos jurídicos del contrato en los casos de transformación de las circunstancias, salvo que las partes lo hayan pactado mediante una cláusula de revisión y que, si no lo han hecho, es porque debe suponerse que no lo han querido.¹⁰⁹

Es necesario establecer que al referirnos a la doctrina *rebus sic stantibus* estamos haciendo referencia a “un principio asentado en la doctrina del Derecho Internacional por el cual un estado se exime unilateralmente de cumplir un tratado, si las condiciones en que se celebró el mismo cambian sustancialmente”.¹¹⁰ Ahora, el cambio al que se hace referencia debe ser de relevancia tal que modifique radicalmente las circunstancias en base a las cuales se concluyó el acuerdo que esté en discusión. En este punto cabe mencionar que, como bien menciona Paul Reuter, el cambio antes mencionado tiene dos elementos, un cualitativo y un cuantitativo. Así, en lo que se refiere a los términos cualitativos, “el cambio debe afectar a los hechos mismos en los que se basó el consentimiento”¹¹¹, lo que en el derecho común se conoce como consideración y como causa en el derecho civil. Como establece claramente el Art. 62 de la CVDT, esta circunstancia debe ser la “base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado”.¹¹² Por otro lado, en términos cuantitativos, “el cambio debe ser suficientemente extenso como para alterar por completo las condiciones del acuerdo y

¹⁰⁸ Fausto O. García Delgado, *Óp. cit.*, p. 61-79.

¹⁰⁹ Víctor Pérez Vargas, *Óp. cit.*, p. 255.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 233.

¹¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

para afectar su *raison d' être*¹¹³; o como se establece en la CVDT “la transformación radical del alcance de las obligaciones que aún deberán ejecutarse en conformidad con el tratado”.¹¹⁴ De esta manera, se debe tener presente que deben existir dos conceptos fundamentales: la consideración (o causa) y el equilibrio contractual.

El anteriormente mencionado Art. 62 de la CVDT establece ciertos requisitos para que un Estado pueda alegar el cambio fundamental en las circunstancias. Aquí, Barboza reconoce cinco: que sea imprevisto, que sea fundamental, es decir, de gran importancia, que esté en relación con las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado, que altere radicalmente el alcance de las obligaciones todavía a cumplir, u que sea base esencial del consentimiento de las partes al obligarse.¹¹⁵ Otro autor, García Delgadillo prefiere hablar de cuatro condiciones, criterio que he decidido seguir puesto es el que es más fiel al texto del artículo antes mencionado.

De esta manera, la primera condición se refiere a que el cambio tendrá que afectar a las circunstancias “existentes en el momento de la celebración”¹¹⁶ del tratado. En lo que se refiere a estas circunstancias, las mismas deben ser fácticas o de Derecho Internacional en vigor, como reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Pesquerías* (Jurisdicción, 2 de febrero de 1973).¹¹⁷

La segunda condición es que la existencia de las circunstancias antes mencionadas “haya constituido base esencial del consentimiento de las partes en obligarse, es decir, que si no hubieran existido esas circunstancias las partes no habrían celebrado el tratado”.¹¹⁸ Este es el elemento subjetivo de la tipificación de la doctrina *rebus sic stantibus* de la CVDT, la cual se dice fue tomada de la actitud de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las Zonas Francas (Free Zones) de la sentencia del 7 de junio de 1932.¹¹⁹ La inserción de esta condición generó mucho debate puesto que se argumentaba que al hacerlo se consideraba violentado y desnaturalizado

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Art. 62, 1 (b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹¹⁵ Julio Barboza. *Óp. cit.*, p. 137.

¹¹⁶ Art. 62, numeral 1º, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹¹⁷ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 65-66.

¹¹⁸ Fausto O. García Delgadillo, *Óp. cit.*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibid.*

el principio *rebus sic stantibus* al limitar la aplicación e introducir elementos subjetivos en una norma que debería ser completamente objetiva.¹²⁰

La tercera condición que se desprende de la redacción del Art. 62 de la CVDT se refiere al hecho que el cambio de la circunstancia no haya sido previsto. En este punto cabe aclarar que, como bien menciona García Delgado, “[...] no es la capacidad imaginativa de las partes la que se encuentra en juicio, sino su capacidad de prospectiva; no se trata de formular cualquier cantidad de hipótesis posibles, sino de anticipar las probables y, aún más, las inevitables”.¹²¹ Aquí “[i]l problema surge proprio quando i contraenti non hanno previsto il mutamento delle circostanze come una causa di estinzione del trattato”.¹²² Entonces, ¿aplicaría la doctrina? Considero que si, dado que es una de las condiciones determinadas en el Art. 62 de La CVDT.

Y como cuarta y última condición está el hecho de que el cambio de circunstancias sea fundamental, es decir, “que modifique radicalmente el alcance de las obligaciones – derivadas del tratado – que todavía deban cumplir los Estados”¹²³. La pregunta surge al momento en que se debe determinar en qué punto se están modificando radicalmente las obligaciones. De manera que será necesario que “el cambio en las circunstancias sea de tal magnitud que aumente desproporcionadamente la obligación del Estado invocante, es decir, un sacrificio absoluto”¹²⁴ y que el cambio sea tan profundo hasta el punto en que “[...] no es posible, ni siquiera concebible, algún ajuste del compromiso creado por el tratado”.¹²⁵ Cabe mencionar que se debe tener en cuenta que este sacrificio absoluto antes aludido no debe llegar al límite de la imposibilidad, física o legal, dado que en ese caso la doctrina carecería de aplicación dado que daría paso para la aplicación de la figura de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento del Art. 61 de la CVDT.

Adicionalmente no hay que dejar de lado las excepciones establecidas por el Art. 62, es decir que la doctrina *rebus sic stantibus* (la CVDT no adopta este nombre) “no podrá alegarse en relación con un tratado que establezca una frontera o cuando el

¹²⁰ *Id.*, p. 65.

¹²¹ *Id.*, p. 66.

¹²² Benedetto Conforti, *Óp. cit.*, p. 132

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 236.

cambio resulta de una violación, por parte de quien la invoca, de una obligación del tratado o de otra obligación internacional hacia cualquier otra parte del tratado”.¹²⁶

Por otro lado, se debe considerar la hipótesis en que un tratado sufra un resquebrajamiento en su estructura general o en el propósito del mismo sin que pierda su capacidad de adaptación a una nueva situación, es decir, sin que exista la necesidad de que se lo considere prescrito¹²⁷, lo que implicaría una negociación en la cual las partes opten por los cambios necesarios.

Es importante mencionar que con el fallo de la CIJ sobre jurisdicción en el caso Pesquerías, no solamente son aceptables cambios fácticos para la aplicación de la doctrina del *rebus sic stantibus*, sino también los cambios en el derecho. Así, “[a]lgunos de los cambios ocurridos en el derecho pueden, en ciertas condiciones, justificar que se invoque un cambio de circunstancias que influyan sobre la duración del tratado”.¹²⁸

En la práctica, en tres ocasiones previas a la ratificación de la CVDT, la CPJI tuvo que decidir sobre casos relativos al cambio de circunstancias de diferentes tratados internacionales y se evidenció dos conductas diferentes por parte de la Corte. Primero, “se abstuvo de emitir opinión acerca de dicho cambio”¹²⁹ en el caso de Decretos de Nacionalidad promulgados por Túnez y Marruecos de 1923 y en el caso de Denuncia del tratado Chino-Belga de 2 de noviembre de 1865 en 1928. Por otro lado, la CPJI negó la aplicación de la doctrina al caso concreto, independientemente de la opinión disidente de varios jueces que integraban la Corte en la época, quienes sostenían que se debía abrogar el tratado en cuestión por el cambio de circunstancias¹³⁰, en el caso de Zonas Francas de la Alta Saboya y del País de Gex de 1932.

Ahora, ante la CIJ y con base en el Art. 62 de la CVDT, solo se ha alegado la doctrina del *rebus sic stantibus* en una ocasión en el Asunto Pesquerías (Jurisdicción). En este caso, “la Corte además de admitir que éste (el principio reconocido en la CVDT) podía ser considerado en muchos aspectos como codificación del Derecho

¹²⁶ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 137.

¹²⁷ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 236.

¹²⁸ CIJ, Recueil 1973, p. 18.

¹²⁹ Fausto O. García Delgado, *Óp. cit.*, p. 67.

¹³⁰ *Ibid.*

consuetudinario, tuvo la ocasión de pronunciarse sobre esta condición aplicada a la observancia de las cláusulas compromisorias”.¹³¹ Así, en sentencia de 2 de febrero de 1973,

[E]l Tribunal considera que los peligros para los intereses vitales de Islandia resultantes de los cambios en las técnicas de pesca no podían constituir un cambio fundamental respecto de la subsistencia de una cláusula compromisoria concebida precisamente para hacer frente a esas controversias. El cambio de circunstancias no aumentaba la carga de las obligaciones islandesas, según requería el artículo 62, hasta el punto de hacer de su ejecución algo esencialmente diferente de lo originariamente acordado.¹³²

Lo anterior nos deja ver que aunque sean muy pocas las veces en que se haya alegado la doctrina del *rebus sic stantibus* ante un Tribunal Internacional, sea arbitral o judicial, la posibilidad de hacerlo claramente existe. En este sentido, para García Delgado, “[...] el efecto propio de invocar esta doctrina debe ser una renegociación del tratado para adecuarlo a las nuevas circunstancias, con lo cual quedaría a salvo la Seguridad Jurídica Internacional y los intereses comunes de las partes”.¹³³ Adicionalmente, también se puede considerar que, de cualquier manera, la invocación del *rebus sic stantibus*, “[...] es más acorde a la equidad y justicia que persigue el Orden Jurídico Internacional y debe tenerse como primera opción antes de solicitar la nulidad del tratado o denunciarlo”¹³⁴, puesto que de hacerlo se vulnerarían claramente los intereses de los países parte o, incluso, de terceros interesados.

Pero en realidad, el hecho de que se haya aplicado poco no quiere decir que la misma sea inaplicable, sino que los Estados han optado por no usarla. Del mismo modo, los tribunales internacionales han sido cuidadosos en su desarrollo y su aceptación, por las consecuencias que podrían surgir al hacerlo.

Como excepción del *pacta sunt servanda*

Dentro de la doctrina internacional se dice que existen dos excepciones al principio *pacta sunt servanda*. Así, la primera excepción sería “cuando se producen los

¹³¹ Antonio Remiro Brótons, *Óp. cit.*, p. 487.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Fausto O. García Delgado, *Óp. cit.*, p. 68.

¹³⁴ *Ibid.*

pactos desiguales que vulneran la justicia y la equidad”¹³⁵ y, por otro lado, “cuando han cambiado las circunstancias que dieron origen al pacto, o también llamado rebus sic stantibus”.¹³⁶ En este contexto, la excepción relevante para el presente trabajo es la segunda.

El sustento principal para considerar al rebus sic stantibus como una excepción al pacta sunt servanda es el hecho de que “[e]l consentimiento es la base de la obligación jurídica, pero éste (el consentimiento) se dio bajo determinados supuestos o condiciones, si las condiciones cambian los compromisos contraídos bajo las condiciones anteriores, deben cambiar”.¹³⁷ Lo que viene a decir la misma, es decir, la cláusula tácita rebus sic stantibus, es que un contrato se pacta en un momento concreto y en una situación concreta, de modo que si estas condiciones cambian mucho y muy de repente el contrato se debe modificar o extinguir¹³⁸, con lo que se complementa la idea de que funciona como una excepción al pacta sunt servanda. Siguiendo esta línea, el tratado al cual se le impute el cambio fundamental de las circunstancias dejaría de obligar en el caso de que “las condiciones bajo las cuales se elaboraron han cambiado tan radicalmente que su finalidad ya no se logra”¹³⁹, permitiendo a los Estados liberarse de alguna manera de sus compromisos previamente contraídos.

En este mismo sentido se ha pronunciado Oppenheim, para quien “[i]t is an almost universally recognized fact that vital changes of circumstances may be of such a kind as to justify a party in notifying an unnotifiable treaty”¹⁴⁰, es decir que si el cambio de las circunstancias es de extrema importancia podría inclusive justificar la denuncia del tratado.

¹³⁵ Sergio Guerrero Verdejo. *Derecho Internacional Público: Tratados*. p. 64 http://books.google.com.ec/books?Id=YQg4E_qVAygC&lpq=PT68&ots=Jm8gU3k9yc&dq=rebus%20sic%20stantibus%20excepcion%20pacta%20sunt%20servanda&hl=es&pg=PT68#v=onepage&q=rebus%20sic%20stantibus%20excepcion%20pacta%20sunt%20servanda&f=false (acceso: 23/08/2012).

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Sergio Guerrero Verdejo, *Óp. cit.* p. 65.

¹³⁸ La Doctrina está opositando. <http://doctrinadivIdIda.blogspot.com/2009/05/latinajos-iii-la-clausula-rebus-sic.html> (acceso: 23/08/12).

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Hannis Taylor. “The Rule of Treaty Construction known as Rebus Sic Stantibus”. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917)*, Vol. 7, International Use of Straits and Canals, with Especial Reference to the Panama Canal (April 24-26, 1913), American Society of International Law, p. 223-231. <http://www.jstor.org/stable/25656471> (acceso: 21/08/2012).

Adicionalmente se ha dicho que “[s]o unstable are the conditions of international existence, and so difficult is it to enforce a contract between states after the state of facts upon which it was founded has substantially changed, that all such agreements are necessarily made subject to the general understanding that they shall cease to be obligatory so soon as the conditions upon which they were executed are essentially altered”.¹⁴¹ Según esta afirmación, el momento en el que cambian las circunstancias fundamentales según las que se firmó el tratado, ese mismo momento se extingue cualquier obligación que haya sido adquirida dado que el fundamento de la misma ya no existe.

Por otro lado, en la contratación en general se puede encontrar una aplicación similar dado que

[...] el principio *rebus sic stantibus* actúa con un carácter de mayor generalidad, sin quedar reducido a una pura excepción en la que los fundamentos eran los de equidad y buena fe, con sus derivaciones pertinentes para humanizar la rigidez de las normas jurídicas cuando originaban situaciones injustas para una de las partes, a la luz, a veces, del concepto de causa contractual que lleva “un elemento referido a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones” y, en todo caso, como medio de restablecer su equilibrio desde el punto de vista subjetivo según fueran valoradas por los sujetos.¹⁴²

En la práctica internacional, previa a la adopción de la CVDT, se dieron casos en los que los Estados han alegado *rebus sic stantibus*. De esta manera, el primer caso que se puede mencionar es el de Rusia, quien en 1870 invocó la cláusula para liberarse de las obligaciones del Tratado de París de 1856 que preveía la desmilitarización del Mar Negro. El 31 de septiembre de 1870, el príncipe Alexander Gortchakov sostuvo que debido al cambio de las circunstancias según las cuales se firmó el tratado, Rusia debía ser exonerada de las obligaciones estipuladas en el tratado con respecto a la neutralización del Mar Negro y los límites de las fuerzas militares que Rusia mantiene en este mar. En realidad nunca existió ni se dio un cambio en las circunstancias en comparación con la situación de 1856.¹⁴³

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Pino, A. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Barcelona: Bosch, 1959 en M. Isabel Garrido Gómez. *Lo que queda del Principio clásico Pacta Sunt Servanda*. http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/pacta_sunt_servanda.pdf (acceso: 23/08/2012).

¹⁴³ Claudia Andritoi, *Óp. cit.*, p. 53.

Otro caso fue la denuncia del Concordato con la Santa Sede en 1905 por parte de Francia tomando como justificación el rebus sic stantibus. En esta misma línea se puede mencionar la denuncia del Art. 25 del Tratado de Berlín de 13 de junio de 1878 por parte del Gobierno Austro-Húngaro para someter a Bosnia y Herzegovina a la soberanía de la Corona de Hungría al invocar cambios de circunstancias por el transcurso de más de 30 años, mediante una Proclamación en 1908.¹⁴⁴

Un caso que generó controversia fue en el cual Alemania reconoció en 1919 que los tratados del 19 de abril de 1839 que establecía el régimen de Bélgica ya no correspondían a las nuevas circunstancias y condiciones presentes a la época, consintiendo así a la derogación de esos tratados. La controversia surgió puesto que Francia, como miembro de la Corte Permanente de Justicia Internacional, recurrió en dos ocasiones a este punto de vista, pero el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre la cláusula rebus sic stantibus “considering that it is not judicious argued and that it mustn’t be taken any more into discussion (ICJ, note from the 7th of February 1923 regarding the nationality decrees; the decision from the 7th June 1932 regarding the business of French areas).¹⁴⁵

Adicionalmente, se puede mencionar dos ocasiones en las cuales Estados Unidos de Norteamérica recurrió a la utilización de la cláusula o doctrina rebus sic stantibus. En el primer caso, EE.UU. invocó la cláusula para el cese del Tratado Clayton-Bulwer, celebrado entre EE.UU. y Gran Bretaña referente a la construcción de un canal entre el Océano Pacífico y el Océano Atlántico en 1850. Se ha dicho que este tratado fue uno de los tratados más impopulares celebrados por los EE.UU., entonces se decidió que se impediría su ejecución argumentando que las condiciones excepcionales y extraordinarias que habían prevalecido hasta la conclusión del tratado eran inexistentes a la época y que por ello ya no podría ser obedecido el tratado, una clara utilización de la cláusula como excepción al pacta sunt servanda. El cese de este tratado fue consentido por el Tratado Hay-Pauncefote del 18 de noviembre de 1901, celebrado entre las mismas partes.¹⁴⁶

¹⁴⁴ *Id.*, p. 54.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Ibid.*

El segundo caso en el que EE.UU. alegó *rebus sic stantibus* fue cuando éste suspendió de manera unilateral la aplicación del Convenio Internacional sobre Líneas de Carga con base en el hecho de que la Segunda Guerra Mundial había provocado un cambio de circunstancias según las cuales el Convenio había sido adoptado. A la fecha de la suspensión del Convenio, de las 36 partes contratantes, 10 Estados eran beligerantes y 16 estaban bajo la ocupación militar extranjera. En este contexto, se ha sostenido que “*rebus sic stantibus* is a principle of international law fully established and that the suspension of the Convention in these conditions, represents an incontestable right of the parties that were affected in a negative manner by this change”.¹⁴⁷

Por otro lado, el cambio de circunstancias (*rebus sic stantibus*) ha sido un apoyo judicial básico en China para su posición respecto del Tratado firmado con Bélgica en 1865. De esta manera, para derogar unilateralmente el tratado, el Ministerio de Asuntos Exteriores de China, desde 1926 envió comunicaciones a Bélgica en las cuales establecía y declaraba que las condiciones políticas, sociales y comerciales habían cambiado sustancialmente en comparación a las existentes a la fecha de la celebración del tratado, exigiendo la firma de un nuevo tratado.¹⁴⁸

Finalmente, el argumento de la existencia de un cambio fundamental en las circunstancias fue utilizado por los gobiernos del Reino Unido, Australia, Canadá, Francia, India, Nueva Zelanda y Sudáfrica en 1939 “as an excuse for modifying their acceptances of the Optional Clause (Art. 36, par. 2) of the Statute of the Permanent Court of International Justice so as to exclude from its compulsory jurisdiction disputes arising out of events occurring during the war”.¹⁴⁹

Ahora, en lo que se refiere a práctica internacional posterior a la adopción de la CVDT hay algunos casos que se pueden traer a colación. Así, en 1973 Islandia invocó la cláusula *rebus sic stantibus* ante la CIJ en las controversias contra Gran Bretaña e Irlanda del Norte y contra la República Federal de Alemania en el caso “Affaire de la competence en matiere de pecheries entre Royaume-Uni et L’Islande”. En esta ocasión, la CIJ consideró que en el caso de que un tratado se encuentre parcialmente ejecutado y

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 918.

que aún reste una parte por ser ejecutada, y que una de las partes se encuentre beneficiando de la ejecución de las disposiciones del tratado, en ese caso sería inadmisibles que se le permita a una parte poner fin a las obligaciones que fueron aceptadas mediante el tratado en consideración de las provisiones que la otra parte ya ejecutó.¹⁵⁰

Por otro lado, la doctrina *rebus sic stantibus* también ha sido discutida en el contexto de los Acuerdos SALT (por sus siglas en inglés, Strategic Arms Limitation Talks), es decir, las Conversaciones sobre Limitación de Armas Estratégicas entre EE.UU. y la Unión Soviética (URRS)¹⁵¹, especialmente en lo que se refiere a SALT I, puesto que SALT II fue desconocido por EE.UU. después de la invasión soviética a Afganistán en diciembre de 1979. En este contexto, SALT I, específicamente el Tratado Anti-Misiles Balísticos (TAMB), fue firmado el 26 de mayo de 1972 y estuvo vigente hasta el 13 de junio de 2002, después del anuncio realizado por George W. Bush el 13 de diciembre de 2001, cumpliendo con las estipulaciones del tratado para la denuncia unilateral. La razón fundamental para la denuncia: un cambio fundamental de las circunstancias bajo las cuales el TAMB había sido firmado. Así lo estableció la declaración del Secretario de Prensa de la Administración de Bush el mencionado 13 de diciembre de 2001:

The circumstances affecting U.S. national security have changed fundamentally since the signing of the ABM Treaty in 1972. The attacks against the U.S. homeland on September 11 vividly demonstrate that the threats we face today are far different from those of the Cold War. During that era, now fortunately in the past, the United States and the Soviet Union were locked in an implacably hostile relationship. Each side deployed thousands of nuclear weapons pointed at the other. Our ultimate security rested largely on the grim premise that neither side would launch a nuclear attack because doing so would result in a counter-attack ensuring the total destruction of both nations.

Today, our security environment is profoundly different. The Cold War is over. The Soviet Union no longer exists. Russia is not an enemy, but in fact is increasingly allied with us on a growing number of critically important issues. The depth of United States-Russian cooperation in counterterrorism is both a model of the new strategic relationship we seek to establish and a foundation on which to build further cooperation across the broad spectrum of political, economic and security issues of mutual interest.¹⁵²

¹⁵⁰ Claudia Andritoi, *Óp. cit.*, p. 55.

¹⁵¹ *Id.*, p. 55-56.

¹⁵² The White House. President George W. Bush *ABM Treaty Fact Sheet*. <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/12/20011213-2.html> (acceso: 31/08/2012).

Ahora, una vez que se ha establecido casos en que el *rebus sic stantibus* ha sido alegado por algunos Estados es imperativo establecer que en realidad no se puede considerar a esta doctrina o cláusula, como se decida llamarla, como una excepción al principio *pacta sunt servanda*. En primer lugar se tiene que tomar en cuenta el carácter de norma de *ius cogens* que tiene el *pacta sunt servanda*, en los términos determinados y explicados anteriormente, es decir, que es una norma que, “al proteger intereses esenciales de la comunidad internacional, no admite su derogación por pactos en contrario y configura por ese circunstancia un *orden público internacional*”.¹⁵³ Por ello, siguiendo la idea de que una norma imperativa de derecho internacional no puede ser contravenida, una doctrina como el *rebus sic stantibus* no podría pretender tener una jerarquía más alta que la que posee una norma de *ius cogens*. En este contexto se debe considerar que “[t]he only limitation on the absolute freedom [de los Estados dentro del sistema internacional] is that states may not by treaty [o por acción] contravene a rule of *ius cogens*, meaning a peremptory norm of general international law”.¹⁵⁴

Por otro lado se debe considerar lo dicho por Hall en el sentido de que ninguna de las partes en un tratado “can make its binding effect dependent at will upon conditions other than those contemplated at the moment when the contract was entered into; and, on the other hand, a contract ceases to be binding so soon as anything which formed an implied condition of its obligatory force at the time of its conclusion is essentially altered”.¹⁵⁵ De lo que se desprende claramente que un cambio fundamental de las circunstancias no puede ser visto como una causa de excusa para dejar de cumplir un tratado, es decir, no puede ser considerado como excepción al *pacta sunt servanda*.

En este mismo sentido es menester agregar que “[t]he problem of the *clausula rebus sic stantibus* [...] is a problem of positive law and, therefore, entirely different in nature from the purely political problem of revision of treaties. The *clausula*, insofar as it is positive law, is, further, by no means an exception to the norm *pacta sunt servanda*”.¹⁵⁶ Se debe enfatizar lo dicho claramente por Kunz al establecer que la cláusula no puede ser considerada de ninguna manera como una excepción al *pacta sunt servanda* por la

¹⁵³ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 130.

¹⁵⁴ Thomas Buergenthal and Sean D. Murphy. *Public International Law in a nutshell*. Minnesota: Thomson/West, 2007, p. 123.

¹⁵⁵ Hannis Taylor, *Óp. cit.*, p. 227-228.

¹⁵⁶ Josef L. Kunz, *Óp. cit.*, p. 190.

diferente naturaleza que existe entre el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, dado que el *pacta sunt servanda* es considerado un problema de derecho positivo mientras que el *rebus sic stantibus* es un problema netamente político relacionado con la revisión de tratados. Inclusive se puede agregar que “[t]he principle is well established that one party to a treaty does not have the right to terminate its treaty obligations unilaterally merely upon the ground that it believes that the doctrine *rebus sic stantibus* is applicable to the treaty”.¹⁵⁷

Con la base previa se puede concluir que la cláusula *rebus sic stantibus* en realidad no es una excepción a la obligación de cumplimiento del tratado, es decir, al *pacta sunt servanda*. Esto se da porque en realidad, por su carácter de norma de *ius cogens*, es decir, al velar por la protección de un interés internacional superior, no se puede contravenir esta norma puesto que esto implicaría una afectación directa a la comunidad internacional y a sus intereses.

Además, un Estado no puede pretender que su obligación dependa de las condiciones posteriores que se puedan dar o puedan surgir, como puede ser el caso de un cambio constitucional. Un Estado, que se guíe por las normas y principios de derecho internacional, debe aceptar y cumplir los tratados y acuerdos conforme a las condiciones existentes al momento de su firma, adhesión y ratificación. En este contexto, solo se deberá aceptar situaciones o circunstancias que puedan ser calificadas como supervinientes y no una que haya sido producida por el mismo Estado, puesto que al hacerlo se estaría sacando completamente de naturaleza a la figura del *rebus sic stantibus*.

Entonces, el cambio fundamental antes mencionado nunca podrá ni deberá ser visto como una excusa para dejar de cumplir un tratado, es decir, como una excepción al *pacta sunt servanda*, sino que se debe considerar como una causa de renegociación del tratado, de ser posible, o como razón para dar paso a un análisis de la relevancia de la cláusula afectada.

De cualquier manera, todo dependerá del caso concreto, dado que podría ser posible “to invent some specious reason for invoking the rule in any case in which a treaty is

¹⁵⁷ Harvard Research en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 918.

at all ancient, the burden should always be cast upon the party who sets it up to demonstrate clearly that the state of facts upon which the treaty was founded has been essentially altered”.¹⁵⁸

Como causa de suspensión de tratados

El Derecho en general proporciona mecanismos para la flexibilización de sus efectos jurídicos, entre ellos se puede mencionar la suspensión. Este mecanismo se caracteriza por el hecho de que “[...] a través de ella, la norma deja de desplegar temporalmente efectos jurídicos sin que implique su desaparición del ordenamiento jurídico”.¹⁵⁹ En el caso del ordenamiento jurídico internacional, la CVDT de 1969 reconoce una serie de causas que permiten suspender la aplicación de los tratados. En este contexto se puede mencionar tres mecanismos de flexibilización: la suspensión *inter se* del Art. 58, la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento del Art. 61, y el cambio fundamental en las circunstancias del Art. 62.

En primer lugar, la suspensión *inter se* se refiere a “[l]a posibilidad de suspender un tratado multilateral entre algunas partes únicamente”.¹⁶⁰ Los requisitos específicos para que aplique esta forma de flexibilización están claramente determinados en el Art. 58 de la CVDT en el sentido de que debe ser temporal, solamente en las relaciones mutuas de los Estados involucrados y la posibilidad de esta suspensión debe estar prevista y no prohibida por el tratado, de manera que no afecte los derechos de las demás partes del tratado y que no sea incompatible con el objeto ni con el fin del tratado.¹⁶¹ La razón de ser de esta forma de flexibilización es el hecho de que “[c]omo señaló la CDI, existen casos en que los tratados multilaterales se reducen a relaciones bilaterales, por lo que se debía reconocer con mayor amplitud la posibilidad para varios Estados de suspender la

¹⁵⁸ Hannis Taylor, *Óp. cit.*, p. 228.

¹⁵⁹ Pablo J. Martín Rodríguez. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Madrid: Editorial Technos (Grupo Anaya S.A.), 2003, p. 39.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 52.

¹⁶¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Art. 58.

aplicación del tratado en sus relaciones mutuas únicamente [...]”¹⁶², es decir, de tratados bilateralizables.

Segundo, la razón de flexibilización del Art. 61 proviene del adagio latino *ad impossibilita nemo tenetur* responde al hecho de que “[...] si, por cualquier cosa, se produce una alteración en las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean un tratado que su cumplimiento deviene imposible, temporal o definitivamente, el Estado o los Estados partes en él no pueden ser compelidos a cumplirlo”.¹⁶³ De esta manera, es evidente que la razón de ser de este principio y causa de flexibilización de los tratados es pura lógica. Así, bajo los términos de la CVDT, un Estado parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado para dar por terminado el tratado o retirarse del mismo solamente en caso de que la imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto que se considere indispensable para el cumplimiento del tratado. En cambio, si la imposibilidad es temporal, solo podrá alegarse como causa para la suspensión de la aplicación del tratado.¹⁶⁴ Hay quienes dicen que esta limitación proporcionada por la CVDT es injustificada puesto que “[...] en términos de estricta teoría, la desaparición de un objeto, que deja sin sentido el tratado es, en sí misma, una causa distinta y directa de terminación: la imposibilidad está envuelta, pero es consecutiva e incidental, y no la causa inmediata de la terminación”.¹⁶⁵ Inclusive debería considerarse el hecho de que las causas de imposibilidad son teóricamente ilimitadas. En realidad considero que la intención de la CDI al limitar los casos en los que se podría alegar la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento era precisamente poner un límite a esas causas de imposibilidad teóricamente ilimitadas e intentar preservar y resguardar un bien jurídico internacional superior, la seguridad jurídica internacional. Ahora, la CIJ ha logrado definir estricta y restringidamente esta causal en la sentencia de 25 de septiembre de 1997 relativa al asunto sobre la explotación hidráulica del Danubio que enfrentaba a Hungría y a Eslovaquia. En esta sentencia, la CIJ determinó que

¹⁶² Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 53.

¹⁶³ *Id.*, p. 44.

¹⁶⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Art. 61.

¹⁶⁵ Sir Gerald Fitzmaurice. *Observations au rapport provisoire, Annuaire de l'IDI*. Sesión de Niza, vol 52-I, 1967, p. 271 en Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 44.

Hungary's interpretation of the wording of Article 61 is, however, not in conformity with the terms of that Article, nor with the intentions of the Diplomatic Conference which adopted the Convention. Article 6 1, paragraph 1, requires the "permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution" of the treaty to justify the termination of a treaty on grounds of impossibility of performance. During the conference, a proposal was made to extend the scope of the article by including in it cases such as the impossibility to make certain payments because of serious financial difficulties [...]. Although it was recognized that such situations could lead to a preclusion of the wrongfulness of non-performance by a party of its treaty obligations, the participating States were not prepared to consider such situations to be a ground for terminating or suspending a treaty, and preferred to limit themselves to a narrower concept.¹⁶⁶

Finalmente, la causa de interés principal en el presente trabajo, el cambio fundamental de las circunstancias dará suspensión al tratado en los términos del Art. 62 de la CVDT. La doctrina *rebus sic stantibus*, como una causa de flexibilización de los tratados internacionales, conforme a como está plasmada en el instrumento internacional antes mencionado, se caracteriza por “[...] además de presentar unos rasgos que la acercan a otros mecanismos de flexibilización como las cláusulas de salvaguardia, es la única cuya justificación no se encuentra en la voluntad común de las partes ni en la fuerza de los hechos, adquiriendo el aspecto de un verdadero mecanismo de flexibilización”.¹⁶⁷ Para beneficio de la aplicación de esta doctrina, ya ha sido reconocida como una norma consuetudinaria declarada por la CIJ en el asunto de Competencia en Materia de Pesquerías en 1973 y además se le ha dejado de lado su naturaleza subjetiva al configurarse, por lo menos teóricamente, “[...] como una norma jurídica de carácter objetivo que el Derecho internacional impone a las partes en el tratado [...], según la cual todo cambio esencial en las circunstancias autoriza a cualquiera de las partes a pedir la extinción del tratado y cuyo fundamento es la equidad y la justicia”.¹⁶⁸ Pero en realidad, los elementos subjetivos siguen presentes en la norma, siendo cinco requisitos: la necesidad de que el cambio sea fundamental, el cambio en las circunstancias debe ser respecto de las existentes en el momento de la celebración del tratado, sean fácticas o jurídicas, que la existencia de las circunstancias haya constituido base esencial del consentimiento de las partes para obligarse en el tratado, que el cambio no haya sido previsto por las partes, y que el cambio tenga por efecto modificar

¹⁶⁶ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 63 <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (acceso: 01/09/2012).

¹⁶⁷ Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 47.

¹⁶⁸ Waldock II en Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 47.

radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse.¹⁶⁹ Ahora, se debe reconocer que la CDI logró en la CVDT que se llegue a una conjunción entre las visiones objetiva y subjetiva para conseguir que la aplicación del Art, 62 se reduzca a un supuesto excepcional. Así lo reconoce la CIJ en la antes citada sentencia del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros “[t]he negative and conditional wording of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is a clear indication moreover that the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases”.¹⁷⁰

Ahora, se podría llegar a decir que el *rebus sic stantibus* va más allá de ser causal de suspensión de un tratado, sino que “es un principio [...] por el cual un estado se exime unilateralmente de cumplir un tratado, si las condiciones en que se celebró el mismo cambian sustancialmente”.¹⁷¹ Pero en realidad, considerando que eximirse de la obligación de cumplir el tratado no es lo mismo a denuncia, hay que agregar que “[...] el principio *rebus sic stantibus* no autoriza a una denuncia unilateral”.¹⁷² En este caso, si la pretensión de la parte invocante no es aceptada por la otra parte o partes, se deberá proceder con lo determinado en el Art. 33 de la Carta de la ONU sobre la solución pacífica de controversias, y si no se llega a una solución por esa vía, se recurrirá a la decisión del tribunal competente.

Cabe también mencionar la diferencia que existe entre suspensión y terminación. A pesar de que hay autores que consideran que

Una causa di estinzione caratteristica degli accordi internazionali è la clausola *rebus sic stantibus*. Si ritiene cioè che il trattato si estingua in tutto o in parte per il mutamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della stipulazione, purché si tratti di circostanze essenziali, di circostanze senza le quali i contraenti non si sarebbero indotti al trattato o ad una sua parte.¹⁷³

Y por otro lado se ha dicho que

[...] the doctrine *rebus sic stantibus*, which justifies the termination of a treaty under circumstances not contemplated when the treaty, was made so that it is no longer justly

¹⁶⁹ Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 48-50.

¹⁷⁰ Gabčíkovo-Nagymaros Project, *Óp. cit.*, p. 65.

¹⁷¹ Fausto O. García Delgado, *Óp. cit.*, p. 63.

¹⁷² Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 137.

¹⁷³ Benedetto Conforti, *Óp. cit.*, p. 132.

applicable to existing conditions. It is that under the very circumstances contemplated by the treaty and under the conditions for which the treaty was intended to provide the treaty is not obligatory as against the interest of the contracting party.¹⁷⁴

En realidad considero que no se debería tomar al *rebus sic stantibus* como una causa de terminación unilateral de un tratado dado que al hacerlo se está desnaturalizando completamente la figura puesto que la intención de la misma no es la anulación del tratado sino en realidad la renegociación de la parte pertinente, de manera que no se afecte el objeto y el fin del tratado.

De cualquier manera, regresando a la idea de que la doctrina *rebus sic stantibus* se utiliza como una causa de suspensión de los tratados internacionales, se debe tomar en cuenta que “[l]a opción por la suspensión bien puede deberse a tal carácter transitorio, pero, igualmente, puede darse como paso previo a la revisión o a la terminación del tratado”.¹⁷⁵ El verdadero problema surge por el hecho de que dentro del Derecho Internacional en general se puede evidenciar una cierta confusión entre suspensión y terminación, lo que explica las diferencias doctrinarias que existen respecto de la utilización y consecuencias de la doctrina *rebus sic stantibus*, como demostrado anteriormente. De esta manera se va “difuminando la frontera entre destrucción y afectación de los efectos de los tratados o, en términos más claros, la cercanía de la flexibilidad con los límites de la estabilidad de las relaciones convencionales”.¹⁷⁶

En realidad, se puede hablar de que la utilización de la cláusula *rebus sic stantibus* produce una suspensión, como consecuencia directa de la finalidad de la misma, es decir, la renegociación del tratado, como mencionado anteriormente. Ahora, es claro que esta suspensión no podrá ser prolongada, sino deberá ser solamente hasta que se solucione el inconveniente surgido por el cambio de las circunstancias o que éstas lleven a la renegociación de las cláusulas del tratado que se vieron afectadas.

¹⁷⁴ Elihu Root. “The Outlook for International Law”. *The American Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1 (Jan., 1916), pp. 1-11. <http://www.jstor.org/stable/2187357> (acceso: 21/08/2012).

¹⁷⁵ Pablo J. Martín Rodríguez, *Óp. cit.*, p. 52.

¹⁷⁶ *Ibid.*

Capítulo 3

Responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones convencionales

Primacía del Derecho Internacional

Al hablar de Derecho Internacional surge la incógnita de si es que éste prevalece sobre el derecho interno de cada Estado o no. En este contexto surgieron dos posiciones principales: “una que sostiene la separación e independencia del DIP y de los órdenes jurídicos internos (teoría dualista) y otra que afirma que el derecho de gentes y los derechos internos forman un solo ordenamiento jurídico (teoría monista)”.¹⁷⁷

En primer lugar, la teoría dualista se originó con el profesor Hans Triepel en 1899 en su libro *Volkerrechts und Landesrecht* y fue reafirmada por Anzilotti en 1905 en su obra *Il Diritto Internazionale nel giudizi interni*. Ambos autores postularon la completa separación entre los órdenes jurídicos interno e internacional.¹⁷⁸ Así, “los dualistas consideran que el derecho internacional y el derecho nacional constituyen ámbitos jurídicos completamente separados, excepto para el jefe de Estado, que es el único órgano estatal facultado para representar al Estado en ambos tipos de derecho”.¹⁷⁹ La razón principal que se puede encontrar en esta tesis es que ambos ordenamientos “tienen diferentes fundamentos, distintos sujetos y existe una diferencia de relación en ambos casos”.¹⁸⁰ Por otro lado, los dualistas consideran que “[e]l DI, por reglar las relaciones entre los Estados, no puede aplicarse directamente a los individuos súbditos de ninguno de ellos sino que exige su *transformación* en derecho interno”¹⁸¹, convirtiendo al derecho internacional no en una norma aplicable directamente, sino en una invitación a crear derecho interno. De esta manera, un Estado que adopta una posición dualista,

¹⁷⁷ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 53.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 32.

¹⁸⁰ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 54.

¹⁸¹ *Ibid.*

simplemente considera que el derecho interno tiene mayor importancia que la normativa supranacional, independientemente de que esto pudiese significar “rechaza[r] la integración jurídica”¹⁸² o un aislamiento de la sociedad internacional. Así, la teoría dualista siempre considerará que las normas internas tendrán una jerarquía superior que las normas internacionales.

Por otro lado, tenemos la teoría monista, cree en la existencia de un solo orden jurídico universal y cuya principal representante es la escuela de Viena, representada por Kelsen. Para él “el fundamento de un orden jurídico es una norma hipotética fundamental, y es dicha norma lo que da unidad a un sistema jurídico”¹⁸³ y además agrega que en realidad es imposible distinguir entre asuntos internos y asuntos exteriores.¹⁸⁴ Entonces, para la tesis monista “el derecho nacional se encuentra ligado y sometido al derecho internacional por lo que se refiere a todos los organismos estatales”¹⁸⁵, caracterizándose en una especie de integración jurídica, en oposición completa a la teoría dualista. Solo de esta forma los dos derechos, el nacional y el internacional podrían llegar a formar un solo ordenamiento “coherente y jerárquico”¹⁸⁶, en el que se respete y considere de la mejor forma posible las leyes internacionales, sea cual sea su origen.¹⁸⁷ Pero por otro lado también existe la variante monista que considera que el derecho interno prevalece sobre el internacional.¹⁸⁸

Finalmente, se puede hablar de una posición intermedia o mixta, con algunas adecuaciones y variaciones. Estas pueden darse por diferentes consideraciones, como el sistema jurídico vigente en el país, el sistema político de turno, el tamaño del país e inclusive tradiciones constitucionales y judiciales.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siguiendo lo establecido en la Constitución (CRE) en el Art. 417, “los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”¹⁸⁹, esto daría a entender que

¹⁸² Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 33.

¹⁸³ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 55.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Paul Reuter, *Óp. cit.*, p. 32.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 33.

¹⁸⁷ En consideración a las fuentes del Derecho Internacional, establecidas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁸⁸ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 53.

¹⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 417. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

estamos frente a un sistema monista en el que los tratados internacionales están bajo la CRE. Pero considerando que se debe hacer un análisis integral de la CRE, se deben mencionar algunas potestades de la Corte Constitucional (CC) antes de definir qué sistema tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En primer lugar, el Art. 436 numeral 1º de la CRE determina que una de las atribuciones de la CC será “[s]er la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”.¹⁹⁰ Por otro lado, el Art. 438 numeral 1º de la CRE establece que la CC emitirá un dictamen previo y vinculante en casos de “[t]ratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”.¹⁹¹ Entonces, se puede concluir que el sistema ecuatoriano es en realidad lo denominado como un monismo moderado dado que es evidente que existe preferencia de aplicación para el derecho interno frente al derecho internacional, con excepción a los casos de derechos humanos.

Adicionalmente, conforme al Art. 425 CRE, es claro que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento ecuatoriano y que éstos se encuentran en una jerarquía menor que la CRE, puesto que

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.¹⁹²

Ahora, lo anterior se aplicaría a menos que se refiera a instrumentos internacionales de derechos humanos y que éstos reconozcan derechos más favorables o beneficiosos para los ciudadanos que la misma CRE, como determina el Art. 424 en su segundo inciso.

Por otro lado, dentro de la práctica internacional se puede evidenciar un crecimiento en la aplicación del derecho internacional dentro del derecho interno, sobre todo por los particulares al invocar derechos otorgados por tratados internacionales, especialmente

¹⁹⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436. *Óp. cit.*

¹⁹¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 438, *Óp. cit.*

¹⁹² *Id.* Artículo 425.

en casos de integración regional como la Comunidad Europea o el Mercosur.¹⁹³ Pero dentro de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y el sistema de la CVDT se consagra “la primacía de las normas del derecho internacional en caso de conflicto con normas internas”¹⁹⁴. De esta manera, “los Estados tienen la obligación internacional de adaptar su derecho interno al derecho de gentes, so pena de que se origine responsabilidad internacional del Estado”.¹⁹⁵ Esto puede ser confirmado por lo dicho por CPJI en el caso del Tratamiento de nacionales polacos en Danzing: “[d]ebe... observarse que... de acuerdo con los principios jurídicos generales... un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con vistas a evadir obligaciones que le incumben de acuerdo con el derecho internacional o con tratados vigentes”.¹⁹⁶ Posteriormente, previo a la adopción de la CVDT, la CIJ, en el caso de las Pesquerías anglo-noruegas estableció que

es una regla bien establecida que el Estado nunca puede alegar una disposición, o la falta de una disposición, en su derecho interno, o un acto u omisión de su poder ejecutivo como defensa contra un cargo de violación del derecho internacional. Esto se decidió desde 1870 en el arbitraje en Ginebra, en el caso de las reclamaciones del Alabama [...].¹⁹⁷

Es de esta manera que considerando la relación entre los ordenamientos interno e internacional y el debate que había surgido, independientemente de las decisiones y opiniones de la CPJI y la CIJ, se requería que se incluyera lo anterior en un tratado. Por ello, durante la redacción de la CVDT de 1969, “por iniciativa de Pakistán fue incluido en la CVT el artículo 27 que dice: ‘Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46’”.¹⁹⁸ Con esta base, es evidente que un tratado se impondrá a los órganos estatales, sean autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales. Adicionalmente, un Estado se encuentra obligado a “permitir asegurar la ejecución de un tratado, bajo pena de ver su responsabilidad internacional comprometida”¹⁹⁹, inclusive se podrá considerar esto “si una autoridad rechaza aplicar

¹⁹³ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 58.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 65.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ CPIJ, Serie A/B Nº 44, p. 24 en Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 66.

¹⁹⁷ ICJ Reports, 1951, p. 181 en Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 66.

¹⁹⁸ Germán Ramírez Bulla. *Política Exterior*, *Óp. cit.*, p. 510.

¹⁹⁹ Luis Fernando Álvarez Londoño. *Derecho Internacional Público*. Santafé de Bogotá: Centro Edutorial Javeriano CEJA, 1998, p. 98.

un tratado, aún por un motivo legítimo con respecto al derecho interno (ejemplo: un tratado no publicado)”.²⁰⁰

De cualquier manera, es importante recalcar que “[l]a primacía del derecho internacional no queda afectada por la diversidad de técnicas usadas en los sistemas constitucionales para la aplicación de las normas del derecho interno dentro del Estado y para la solución de conflictos entre los dos órdenes”.²⁰¹ En realidad, la supremacía del derecho internacional no surge por lo que determinen los ordenamientos internos de cada Estado, sino por el hecho de que el Estado queda obligado por el derecho internacional.

Ahora, esta regla de la primacía del derecho internacional “es clara y se evidencia por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar de las consecuencias de ella”.²⁰² Inclusive, en el caso de que exista una norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional esta será “considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese”.²⁰³

Con esta base, la CPJI llegó a decir que una norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es un simple hecho, en el Lotus Case de y en el Payment of Various Serbian Loans Case, ambos casos de 1929.²⁰⁴

Ahora, de la misma manera debería ser considerada por los tribunales domésticos, lo que se relaciona directamente con el control de convencionalidad, desarrollado por la Corte IDH. Para los jueces del antes mencionado tribunal, los jueces no solamente deberían controlar la constitucionalidad de las normas y actuaciones, sino que también deberían encargarse de controlar que éstas estén acordes con lo que determinen los tratados y acuerdos internacionales, en especial los de derechos humanos. En este contexto, la Corte IDH, dentro del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile dijo que

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Max Sorensen, “Manual de Derecho Internacional Público”. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 195.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ PCIJ Ser. A, No. 10, p. 18 y PCIJ Ser. A, No. 20/21, p. 19 en Max Sorensen, *Óp. cit.*, p. 196.

[...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁰⁵

En similar sentido, dentro del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, la Corte IDH dijo

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²⁰⁶

Por lo anterior, se desprende claramente que no solamente los tribunales internacionales deben controlar que la aplicación del derecho internacional, sino que también es obligación de los tribunales internos el hacerlo, con especial énfasis en el caso de instrumentos de derechos humanos.

De esta manera, es evidente que la primacía del derecho internacional debe aplicarse en cualquier foro en el que se ventile alguna controversia en la cual normas internacionales, independientemente de su naturaleza, estén en conflicto. Esto logra asegurar y garantizar el funcionamiento del sistema internacional, puesto que si se desconocieran las normas internacionales o no se les diera la importancia requerida, se convertirían en letra muerta, provocando detrimento para los derechos y expectativas de los Estados y otros sujetos de derecho internacional.

Obligaciones adquiridas mediante un tratado

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párra. 124. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (acceso: 23/10/2012).

²⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párra. 128. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf (acceso: 23/10/2012).

Los tratados internacionales son la forma mediante la cual los Estados adoptan obligaciones entre ellos y con otros sujetos de Derecho Internacional. Por ello, “[o]nce States have entered into treaty obligations, the presumption is that they have created amongst themselves a *lex contractus* of a permanent character”.²⁰⁷ Esta idea se complementa con lo dicho por la CPJI en el caso *Netherlands Workers Delegate* dado que en este caso el tribunal declaró que “a treaty engagement is not a mere moral obligation”²⁰⁸ sino que constituye una obligación legalmente vinculante para las partes involucradas. Adicionalmente, la misma corte, la CPJI, en el caso *Factory at Chorzów*, en la decisión de Jurisdicción, dijo que “[i]t is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form”.²⁰⁹

En este punto cabe mencionar que y hacer énfasis en el hecho de que son obligaciones y no deberes internacionales, dado que “[t]he accepted formulation is “obligations under international law”. In jurisprudence the term “obligation” is not equivalent to the term “duty”, since the former includes not only duties but also relevant rights”.²¹⁰ Como bien ha mencionado García de Enterría, esta distinción es en realidad una existente dentro del derecho público interno, donde

deberes y obligaciones son dos especies de un género común [...] estos deberes operan en direcciones genéricas [...] que tienen su origen directamente en la norma y no en ninguna relación o negocio jurídico concreto. Otras veces, en cambio, la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tiene el poder de exigir del sujeto grabado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada en atención, precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho. Para este tipo de deberes específicos se reserva la denominación de obligaciones.²¹¹

De esta manera se debe recalcar que en el plano internacional el término apropiado es obligación y no deber. Puesto que si se aceptara la existencia de deberes jurídicos

²⁰⁷ Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 868.

²⁰⁸ Permanent Court of International Justice, Serie B, No. 1, p. 19 (1922) en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 868.

²⁰⁹ Permanent Court of International Justice, Serie A, No. 9, p. 21 (1927) en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 868.

²¹⁰ I.I. Lukashuk, *Óp. cit.*, p. 514.

²¹¹ Eduardo García de Enterría. *Curso de Derecho Administrativo, Vol. II*. Madrid: Civitas, 1991, p. 33-34.

dentro del derecho internacional implicaría “que existen normas jurídicas, protectoras de intereses colectivos, de las que surgen deberes para los Estados frente a los cuales no existe un correlativo derecho subjetivo de uno o varios de los demás Estados obligados por la norma”.²¹² Esto significaría que tienen su origen directamente en una norma jurídica y no en una relación bilateral o multilateral concreta, hecho que no se da dentro del Derecho Internacional dado que no existe un ente supremo que pueda imponer un deber a los Estados y que, a pesar de que un tratado internacional se convierte en una norma jurídica internacional, eso no quiere decir que no ha pasado por un proceso de debate y acuerdos.

Dentro de la doctrina internacional se puede mencionar la existencia de diferentes tipos de obligaciones internacionales, “[a]sí, al lado de las obligaciones a las que corresponde el derecho subjetivo de otro Estado, denominadas bilaterales, recíprocas o divisibles, diversos autores hablan de obligaciones integrales, indivisibles o solidarias, caracterizadas porque se las tiene frente a la colectividad de Estados obligados por la norma”.²¹³ Pero para la CDI

En derecho internacional la idea de una violación puede considerarse equivalente a la lesión de un derecho subjetivo ajeno. A diferencia de la situación que puede darse en derecho interno, sobre todo en derecho administrativo, la correlación entre la violación de una obligación jurídica por parte del Estado autor del hecho internacionalmente ilícito y la lesión causada por esa violación a un derecho subjetivo internacional ajeno no admite excepción en derecho internacional.²¹⁴

En cambio, la CIJ, en el caso *Barcelona Traction* que trata las obligaciones erga omnes prefiere hablar de intereses jurídicos en lugar de derechos subjetivos al señalar

In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes.²¹⁵

²¹² Jorge Cardona Llorens. “Deberes Jurídicos y Responsabilidad Internacional”. *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Manuel Pérez González et al. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1993, p. 148.

²¹³ *Id.*, p. 149.

²¹⁴ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II (2º parte), p. 74, párr. 4 [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1976_v2_p1_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1976_v2_p1_s.pdf) (acceso: 12/09/2012).

²¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, párr. 33 <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (acceso: 12/09/2012).

Esto no quiere decir que la CIJ desconoce el concepto de deberes jurídicos. En este caso la finalidad principal del tribunal “es el reconocimiento de la protección jurídica de determinados intereses que no pueden ser calificados de derechos subjetivos correlativos a una obligación concreta en una relación entre dos Estados”.²¹⁶

Una vez establecida una noción de las obligaciones internacionales se debe determinar que el carácter obligatorio de los tratados es tan importante dentro del ordenamiento jurídico internacional y de las actuaciones estatales que es considerado como una norma fundamental de Derecho Internacional. “Esta posibilidad de reconocerle un alcance estructuralmente imperativo constituye una exigencia para la coherencia y la existencia de un orden jurídico internacional”.²¹⁷ Es tan vital el cumplimiento de las obligaciones internacionales que el deber legal de cumplir con las obligaciones nacidas de tratados ha sido plasmada en innumerables instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales.

Entonces, “[e]l respeto de los Estados a sus compromisos está inevitablemente ligado al principio de buena fe”²¹⁸, lo que nos lleva a relacionarlo con el principio *pacta sunt servanda*, dando a entender el carácter obligatorio de la ejecución de los tratados, de buena fe y razonablemente, como estableció la CIJ con ocasión del caso de los ciudadanos americanos en Marruecos en 1952.²¹⁹ En este contexto hay que agregar que “[t]he principle of good faith fulfillment of obligations requires not only that states implement what has been provided for by a rule imposing an obligation, but also that they refrain from acts that could defeat the object and purpose of such a rule”²²⁰, interpretación confirmada por la CVDT.

En este punto cabe mencionar que las obligaciones que se adquieran como consecuencia de la adopción y posterior ratificación de un tratado no se limitarán solamente al objeto específico del tratado en cuestión, sino que “States are under an

²¹⁶ Jorge Cardona Llorens, *Óp. cit.*, p. 151.

²¹⁷ Luis Fernando Álvarez Londoño. *Óp. cit.*, p. 96.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Id.*, p. 69.

²²⁰ I.I. Lukashuk, *Óp. cit.*, p. 515.

obligation to refrain both from acts defeating the object and purpose of a rule and from any other acts preventing its implementation”.²²¹

Por otro lado, se debe determinar que las obligaciones que sean adquiridas por un tratado tendrán, evidentemente, límites o circunstancias que pueden justificar la no ejecución de un tratado. En este contexto, se pueden mencionar tres tipos de límites, siguiendo lo propuesto por Luis Fernando Álvarez. Primero, límites que resultan de los principios generales del derecho, como la excepción de fuerza mayor o la excepción de legítima defensa. En segundo lugar, un límite fundado sobre la institución jurídica conocida como ejercicio de represalias, que son un acto ilícito que tiende a obtener la rectificación. A su vez, a las represalias también se las considera como una facultad estatal de recurrir a contra medidas para hacer respetar un derecho. Y el tercer tipo de límites son los deducidos de consideraciones políticas, como es el caso de la teoría de la necesidad, aplicable sobretudo en derecho de la guerra, en convenciones humanitarias y derecho del mar.²²²

Además, se debe señalar que un tratado obliga tan solo a las partes que lo firmaron, es decir que solamente los tratados solo tendrán efecto relativo a las partes y que “[a] treaty may not impose obligations upon a State which is not a party thereto”.²²³ Así, es evidente que un Estado estará solamente legalmente obligado por los términos de un tratado que haya aceptado y tan solo podrá beneficiarse de derecho en el mismo caso, lo que ha sido reforzado por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica estatal.²²⁴ De esta manera decidió la CPJI en el caso de las Zonas Francas puesto que dijo “[a]rticle 435 of the Treaty of Versailles is not binding upon Switzerland, who is not a Party to that Treat, except to the extent to which that country accepted”.²²⁵ Esta idea se complementa con lo que establece el Art. 34 de la CVDT “[u]n tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”²²⁶ y con el Art. 35 de la misma convención que determina que “[u]na disposición de un tratado dará origen a una

²²¹ I.I. Lukashuk, *Óp. cit.*, p. 515.

²²² Luis Fernando Álvarez Londoño, *Óp. cit.*, p. 99.

²²³ Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 870.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Permanent Court of International Justice, Serie A/B, No. 46, p. 141 (1923) en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 871.

²²⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”, significando una excepción a la regla de que “[u]n Estado no puede apoyarse en una convención firmada entre otros Estados para deducir derechos y tampoco ser obligado”.²²⁷ Así se puede concluir que un Estado que no es parte original de un tratado puede adquirir derechos y obligaciones por un tratado, en algunas formas. En primer lugar se puede dar el caso de la existencia de alguna estipulación que le permita ser parte adicional, bajo una cláusula de adhesión o por un proceso menos formal como el Art. 4 de la Carta de la ONU.²²⁸ Segundo, posiblemente se conferirán beneficios a un tercer Estado sin necesidad de que éste se haga parte del tratado, aunque existe una presunción contraria a esta idea.²²⁹ Así se evidencia en el German Interests in Polish Upper Silesia Case de 1926, donde la CPJI dijo que “[u]n tratado sólo crea un régimen jurídico entre los Estados que son partes del mismo; en caso de duda, de dicho tratado no puede deducirse derecho alguno a favor de terceros Estados”.²³⁰

Por otro lado, a pesar de que hay casos en que un tratado puede determinar derechos para un tercer Estado, es claro que un tratado no puede imponer obligaciones para ese mismo tercer Estado, o cualquier otro sujeto de Derecho Internacional que no sea parte del instrumento en cuestión. “Para esa persona, el tratado es *res inter alios acta*”.²³¹ Se podría mencionar el Art. 2.6 de la Carta de la ONU que establece “[l]a Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”²³² (haciendo referencia a los principios contenidos en el mismo Art. 2). En realidad, los principios que serían aplicables, es decir, la solución pacífica de controversias y la abstención de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado, se han convertido en normas de derecho internacional consuetudinario, por lo que todos los miembros de la comunidad internacional están obligados a su cumplimiento, independientemente de su positivización.

²²⁷ Luis Fernando Álvarez Londoño, *Óp. cit.*, p. 106.

²²⁸ Max Sorensen. *Óp. cit.*, p. 234.

²²⁹ *Id.*, p. 235.

²³⁰ Permanent Court of International Justice, Ser. A, No. 7, p. 78 (1926) en Max Sorensen, *Óp. cit.*, p. 235

²³¹ Max Sorensen, *Óp. cit.*, p. 236.

²³² Carta de las Naciones Unidas. Art. 2. 26 de junio de 1945.

Por todo lo dicho y establecido anteriormente queda más que demostrado que un tratado establece obligaciones únicamente para los Estados que hayan aceptado el texto del tratado y lo hayan ratificado siguiendo su proceso interno determinado en sus respectivas constituciones. En la misma línea, los Estados quedan obligados en el contexto del tratado adoptado pero también se deben seguir respetando obligaciones originadas en otros instrumentos internacionales que se relacionen directamente con el tratado en cuestión. Adicionalmente, los Estados deberán cumplir con obligaciones nacidas de otras fuentes de derecho internacional, como son los principios generales reconocidos por la comunidad internacional, las normas de *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, en consideración de las fuentes establecidas en el Art. 138 del Estatuto de la CIJ.

Por otro lado, cabe mencionar que si un Estado dejase de cumplir con su obligación, independientemente de la razón o excusa que se presente, el Estado en cuestión deberá responder por los daños causados, como ya se desarrollará posteriormente.

Normativa constitucional relevante

En la Constitución Política de la República del Ecuador (ConsP), el Art. 163 determinaba la jerarquía de las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. De esta manera, para lo que se refiere a los tratados internacionales, éstos se encontraban sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía, pero por debajo de la ConsP.²³³ Adicionalmente, el Art. 272 establecía claramente la regla general de supremacía constitucional al mencionar que “[l]a Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal”.²³⁴ Por otro lado, cabe mencionar el Art. 274 que determinaba que

Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. [...].²³⁵

²³³ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 163, *Óp. cit.*

²³⁴ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 272, *Óp. cit.*

²³⁵ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 274, *Óp. cit.*

Esta norma confirmaba la jerarquía de los tratados ya establecida en el Art. 163 de la ConsP, al decir que un juez o tribunal podría declarar inaplicable una norma que sea contraria a algún tratado o convenio internacional ratificado por el Ecuador. De cualquier manera, cabe mencionar que esta inaplicabilidad sería solamente para la causa o causas en las que el juez se pronuncie, es decir, donde determine explícitamente la inaplicabilidad de la norma. Para que esto se convierta en obligatorio el juez o tribunal tenía que presentar un informe al Tribunal Constitucional para que éste resolviera sobre la norma en cuestión.

Desde la aprobación y entrada en vigencia de la nueva Constitución el 20 de octubre de 2008, varios cambios constitucionales se dieron en una variedad de aspectos. En lo que se refiere a tratados y convenios internacionales, primero debe mencionarse el Art. 425 de la CRE determina el orden jerárquico, estableciendo claramente una supremacía constitucional, seguido por los tratados y convenios internacionales. Así, la CRE dice claramente

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.²³⁶

Ahora, como mencionado anteriormente, esta jerarquía se aplicará como regla general, a menos que se cumpla la hipótesis del Art. 424, eso es que “[...] los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”.²³⁷ De acuerdo con el antes citado artículo, los derechos reconocidos en el tratado internacional “[...] prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.²³⁸

En segundo lugar, dentro del Título VIII, en su capítulo segundo que trata de los Tratados e instrumentos internacionales, el Art. 417 determina que “[l]os tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”.²³⁹ Por esta norma, se entiende que cualquier instrumento internacional

²³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. *Óp. cit.*

²³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. *Óp. cit.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 417. *Óp. cit.*

que haya sido ratificado por el Ecuador antes de la entrada en vigencia de esta Constitución, es decir, antes de octubre de 2008, deberían pasar por un cierto control constitucional, contradiciendo completamente el principio básico de *pacta sunt servanda*, establecido en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y contradiciendo también el mismo principio de legalidad, base de nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, se debe mencionar el Art. 422 de la CRE, que determina que “[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.²⁴⁰ Esta norma deberá aplicarse a menos que se trate de tratados o instrumentos internacionales “que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”.²⁴¹

Finalmente, cabe mencionar que el Art. 416 de la CRE establece los principios según los cuales las relaciones internacionales del Ecuador deberán basarse, siendo estos:

1. Independencia e igualdad jurídica de los Estados, convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos
2. Solución pacífica de controversias
3. No injerencia de los Estados en asuntos internos de otros Estados
4. Paz y desarme universal
5. Reconocimiento de derechos de los distintos pueblos que pueden coexistir dentro de un Estado y rechazo de xenofobia y discriminación
6. Ciudadanía universal y libre movilidad de los habitantes del planeta
7. Respeto de los derechos humanos, especialmente de los migrantes
8. Condena toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, y reconoce el derecho de los pueblos a la resistencia.
9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta
10. Conformación de un orden global multipolar

²⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. *Óp. cit.*

²⁴¹ *Ibid.*

11. Integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica
12. Nuevo sistema de comercio e inversión entre Estados basado en justicia, solidaridad y complementariedad
13. Creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales del planeta y la biosfera.²⁴²

Parecería que un cambio constitucional no afectará directamente la aplicación de la normativa internacional dentro del Ecuador, pero, como se evidencia por las normas transcritas anteriormente, se está perturbando efectivamente la vigencia de uno de los principios base del sistema de relaciones interestatales, como es el *pacta sunt servanda*. Esto se da puesto que se inserta una figura de control constitucional a-posteriori, lo que implica una revisión de los tratados para comprobar que éstos están en concordancia con el texto constitucional de Montecristi, es decir, el de la CRE del año 2008. Si bien este control constitucional puede parecer completamente válido, no se analizó el hecho de que al hacerlo se podrían estar vulnerando derechos de otros Estados y que, más aún, se podrían estar ignorando obligaciones internacionales que el Ecuador ya había adoptado y ratificado con la vigencia de la ConsP de 1998.

Es en este punto donde surge el problema, puesto que con base en la ConsP, el Ecuador ratificó tratados bilaterales de inversión, como es el caso del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Reino Unido para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En este caso, y como se dio con tratados con Alemania, Finlandia, Suecia y Francia²⁴³, la decisión ha sido seguir un proceso para denunciarlos. Este proceso inició con un oficio de la Presidencia de la República dirigido a la Corte Constitucional solicitando el dictamen favorable para la denuncia de los tratados antes mencionados. Posteriormente, la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso y al contar con dictamen favorable, lo que motivó la solicitud de la Presidencia dirigida a la Asamblea Nacional para la consiguiente denuncia. Así, se dio la aprobación en el Pleno de la Función Legislativa de la denuncia del tratado y su

²⁴² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 416. *Óp. cit.*

²⁴³ Asamblea Nacional del Ecuador – Portal Web Oficial – Tratados e Instrumentos Internacionales <http://www.asambleanacional.gob.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html> (acceso: 18/09/2012).

subsiguiente publicación en el Registro Oficial. Todo esto con base en que se ha dado un cambio fundamental en las circunstancias bajo las cuales fueron firmados los tratados, es decir, un cambio en la normativa constitucional que ya no permite al Estado someterse a arbitrajes internacionales a menos que sea un latinoamericano.

Responsabilidad internacional

Responsabilidad internacional en general

Desde la primera reunión de la CDI en 1949, se seleccionó a la responsabilidad estatal como uno de los temas que necesitaban codificación, pero no se lo consideró como una prioridad. En su sexta sesión en 1954, la CDI consideró la Resolución 799 (VIII) del 7 de diciembre de 1953 de la Asamblea General (AG) en la que solicitaba a la comisión que iniciara la codificación de principios de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados. Al año siguiente, en su séptima sesión, la Comisión decidió iniciar el estudio de la responsabilidad de los Estados y nombró a F.V. García Amador como Relator Especial del tema. En las próximas seis sesiones de la Comisión, de 1956 a 1961, el Relator Especial presentó seis informes sucesivos. En 1962, se estableció un Subcomité que presentó su reporte en la sesión número 15 de la CDI. En los posteriores años, los trabajos para la adopción de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados se fueron incrementando, otros relatores especiales fueron nombrados, se llegaron a algunos borradores de artículos y se nombraron Grupos de Trabajo. Finalmente, en la 53ª sesión la CDI aprobó todos los artículos del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Proyecto). Adicionalmente, de conformidad con el Art. 23 del Estatuto de la CDI, la Comisión decidió recomendar a la Asamblea General que tomara nota del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en una resolución y que la Asamblea General examine la posibilidad de convocar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos con el fin de concertar una convención sobre el tema. De esta manera, la Asamblea General, en su resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 siguió las recomendaciones de la Comisión y se adjuntó el texto del Proyecto a la resolución. Posteriormente, la misma Asamblea General, por resolución 59/35 de 2 de diciembre de

2004 pidió al Secretario General que invite a los gobiernos a que presentaran sus observaciones por escrito sobre medidas futuras relativas a los artículos, así como para preparar una compilación inicial de las decisiones de los tribunales internacionales, tribunales y otros órganos internacionales relativas a los artículos y que invite a los gobiernos a presentar información sobre su práctica en este sentido.²⁴⁴

Lo anteriormente relatado es solamente el inicio. En realidad, la discusión del Proyecto no puede considerarse concluida todavía, dado que aún no se ha logrado una codificación del derecho de la responsabilidad internacional. “El Proyecto no tiene, todavía, un efecto vinculante entre los miembros de la comunidad internacional, aunque poco a poco va constituyendo un importante punto de referencia en la materia”.²⁴⁵ Por esta razón, cualquier tipo de norma relativa a la responsabilidad internacional de los Estados sigue siendo eminentemente consuetudinaria, independientemente de la existencia de algunas reglas convencionales que regulen aspectos concretos de las relaciones internacionales, “como puede ser el caso de los daños causados por objetos lanzados al espacio (Tratado de Washington, 1972), o la responsabilidad por los actos cometidos por los ejércitos en campaña (IV Convención de La Haya de 1907)”.²⁴⁶

A pesar de que “la posibilidad de que un tribunal internacional constate que se han producido incumplimientos de DI por un Estado [...] no deja de ser remota, puesto que depende de la voluntad de los propios Estados partes en la controversia someterse al arreglo jurisdiccional”²⁴⁷, el tema de la responsabilidad internacional no deja de tener relevancia, independientemente de que el DI tenga un “carácter descentralizado, inorgánico e incierto”.²⁴⁸ Así, existen algunas definiciones de responsabilidad internacional pero la que considero más apropiada es la provista por la CDI, para quien la responsabilidad internacional puede ser definida como un “conjunto de relaciones

²⁴⁴ International Law Commission. Summaries: State Responsibility http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm (acceso: 19/09/2012).

²⁴⁵ Julio José Rojas Baez. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos”. *American University International Law Review*. Vol. 23, no.1 (2010), p. 93 <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=auilr> (acceso: 19/09/2012).

²⁴⁶ Antonio Remiro Brotons, *Óp. cit.*, p. 410.

²⁴⁷ *Id.*, p. 409.

²⁴⁸ *Ibid.*

jurídicas que surgen de la realización de un hecho internacionalmente ilícito, cualquiera que sea el sector particular a que corresponda la norma violada por ese hecho y cualquiera que sea la nueva relación que surja”.²⁴⁹

En este contexto, el Art. 1 del Proyecto de la CDI determina que “[t]odo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”. Dentro del Derecho Internacional, “la responsabilidad es objetiva y se configura por la violación de una obligación internacional”²⁵⁰, sea nacida de una norma consuetudinaria de derecho internacional, por un tratado o por un principio general aplicable en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Esta obligación internacional debe ser “atribuida al Estado sin que sea relevante la falta (dolo o culpa) del sujeto infractor o la comisión de un daño material al sujeto lesionado”.

El Art. 2 del Proyecto determina los elementos del hecho internacionalmente ilícito. Para la CDI, un hecho internacionalmente ilícito será una acción u omisión que sea atribuible al Estado de acuerdo al derecho internacional (2.a) y que esta acción u omisión constituya una violación de una obligación internacional del Estado (2.b). Esto implica que los Estados serán internacionalmente responsables solamente por sus propios actos o hechos, es decir, los que le pueden ser imputables y que para el derecho internacional son actos ilícitos.²⁵¹ En este sentido se ha pronunciado la CIJ en el caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran* al decir que

First, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable.²⁵²

En realidad, “la exigencia de la presencia de ciertos elementos depende del contenido de la obligación primaria, por lo que no se puede establecer una regla general

²⁴⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1975, vol. II, p. 60 en Jorge Cardona Llorens, *Óp. cit.*, p. 147.

²⁵⁰ Angelina Guillermina Meza. “La Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Año IV, Número 5 (2010), p. 63 http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0005_investigacion.pdf (acceso: 19/09/2012).

²⁵¹ Gabriela Rodríguez H. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, José A. Guevara B. (compiladores). México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2006, p. 53.

²⁵² *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, 1. C. J. Reports 1980, p. 3., párr. 56 <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf> (acceso: 19/09/2012).

al respecto”²⁵³, porque habrá casos en los que se deba tener en consideración otros aspectos como el daño causado a otro Estado.

Ahora, ¿qué conductas son las atribuibles a un Estado? Aquellas que sean cometidas por sus órganos, agentes o representantes, independientemente de a qué función pertenezcan. Es por eso que, “[c]ualquier órgano del Estado puede, con su conducta, contravenir una obligación internacional, aún cuando se trata de actos no autorizados o *ultra vires*”.²⁵⁴ Esto puede ser confirmado por lo dicho por la Corte IDH en el caso Velázquez Rodríguez “[...] en derecho internacional el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad de oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno”.²⁵⁵ La razón principal de que el Estado como entidad deba responder por los actos de sus operadores es que “para efectos de la responsabilidad internacional, el Estado es considerado como una unidad, pues es reconocido como una sola persona jurídica por el derecho internacional”.²⁵⁶ De esta manera, la CIJ en el caso LaGrand dijo “[w]hereas the international responsibility of a State is engaged by the action of the competent organs and authorities acting in that State, whatever they may be [...]”.²⁵⁷ En esta misma línea, “el comportamiento de los particulares no es atribuible al Estado ni le genera a éste responsabilidad internacional, siempre cuando éstos no hayan actuado por cuenta del Estado”.²⁵⁸

Por otro lado, es importante mencionar que “[l]a calificación de un hecho ilícito internacional se hace con independencia de su calificación como lícito según el derecho interno del Estado”²⁵⁹, sino que depende completamente del derecho internacional, como bien establece el Art. 3 del Proyecto. El mismo documento de la CDI en su Art. 12 determina que

La existencia de un hecho internacionalmente ilícito depende, en primer lugar, de los requisitos de la obligación que presuntamente se ha violado y, en segundo lugar, de las condiciones en que se verifica ese hecho. Hay violación de una obligación internacional por

²⁵³ Gabriela Rodríguez H., *Óp. cit.*, p. 53-54.

²⁵⁴ *Id.*, p. 54-55.

²⁵⁵ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C., núm. 4, párr. 170. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (acceso: 19/09/2012).

²⁵⁶ Gabriela Rodríguez H., *Óp. cit.*, p. 55.

²⁵⁷ LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9, párr. 28 <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7726.pdf> (acceso: 19/09/2012).

²⁵⁸ Gabriela Rodríguez H., *Óp. cit.*, p. 56.

²⁵⁹ Angelina Guillermina Meza, *Óp. cit.*, p. 64.

un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de la misma.²⁶⁰

Además, para la CDI, al hablar de responsabilidad internacional, el hecho ilícito puede dar lugar a nuevas relaciones jurídicas, las cuales se deben considerar abarcadas dentro de la expresión responsabilidad internacional.²⁶¹ Como lo ha dicho la CPJI en el caso de la fábrica de Chorzow de 1928, “es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar”.²⁶² Este nacimiento de nuevas relaciones jurídicas provoca la atribución al Estado, dentro del derecho internacional, de nuevas obligaciones “y en particular la obligación de reparar y cesar el comportamiento ilícito”.²⁶³

Por otra parte, existen circunstancias que excluyen la ilicitud del comportamiento estatal, dentro del Derecho Internacional por supuesto, “esta circunstancia constituye una defensa contra una reclamación por incumplimiento de obligación”.²⁶⁴ Así, las circunstancias aceptadas por el derecho internacional son “el consentimiento válido, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad”.²⁶⁵ Pero en ningún caso se podrán utilizar si es que van en contra de una norma de *ius cogens* puesto que la CDI ha dicho que “las circunstancias que excluyen la ilicitud [...] no autorizan ni excusan ninguna desviación de una norma imperativa de derecho internacional general”.²⁶⁶ Cabe mencionar que las circunstancias antes mencionadas no pueden considerarse como justificación para la anulación de la obligación internacional, es decir que, “una vez que desaparecen, el Estado deberá cumplir con la obligación de indemnizar de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”.²⁶⁷

²⁶⁰ Gabriela Rodríguez H, *Óp. cit.*, p. 51.

²⁶¹ *Id.*, p. 52.

²⁶² CPJI, Serie A, n° 17, p. 24 en Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 348.

²⁶³ Gabriela Rodríguez H, *Óp. cit.*, p. 58.

²⁶⁴ *Id.*, p. 56.

²⁶⁵ *Id.*, p. 57.

²⁶⁶ Comisión de Derecho Internacional. Comentarios al proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, p. 215 en Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 68.

²⁶⁷ Gabriela Rodríguez H, *Óp. cit.*, p. 57.

Queda claro que el principal hecho generador de la responsabilidad internacional es el cometimiento de un ilícito internacional y que solo bastan los dos elementos anteriormente mencionados para que una conducta pueda ser calificada como un hecho internacionalmente ilícito. Por ello se puede decir que “se concibe la responsabilidad internacional como una responsabilidad causal o derivada de un resultado: la violación del Derecho [...]”.²⁶⁸ Adicionalmente, debe mencionarse que existe la posibilidad de que exista responsabilidad internacional de un Estado por hechos no prohibidos por el Derecho Internacional, es decir, una responsabilidad *sine delicto*. Este tipo de responsabilidad “[s]e aplica a actividades que, aunque peligrosas, son lícitas y en los que la responsabilidad por los daños causados surge no obstante la debida diligencia que se hubiera empleado para tratar de evitarlos”²⁶⁹, no se prohíbe estas actividades por el hecho de que se las considera como socialmente útiles. Es por ello que la misma CDI trabajó en un proyecto de artículos sobre la Responsabilidad por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, donde “[e]l concepto empleado fue el de riesgo de causar un daño transfronterizo significativo”.²⁷⁰ Este riesgo será aquel que “abarca desde una baja probabilidad de causar un daño desastroso a una alta probabilidad de causar otro daño sensible”.²⁷¹ Este tipo de responsabilidad aplica específicamente en caso de daños nucleares, como es el caso de las convenciones de París o Viena, o en el caso de daños ambientales, o específicamente en el caso de uso pacífico de energía nuclear y la contaminación del mar por hidrocarburos, a pesar de que la responsabilidad en estos dos últimos casos sea civil y no internacional.²⁷²

Responsabilidad internacional por violación de un tratado

Es claro que se da un hecho ilícito cuando un Estado, o cualquier otro sujeto de Derecho Internacional, no respeta su obligación, independientemente de su origen. Este irrespeto de la obligación produce responsabilidad del Estado, sea imputabilidad directa o indirecta. Por regla general, si nos referimos a un tratado, éste no se concentrará en el contenido de la posible responsabilidad del Estado, sino que se centraría en “the

²⁶⁸ Antonio Remiro Brotóns, *Óp. cit.*, p. 414.

²⁶⁹ Julio Barboza, *Óp. cit.*, p. 401.

²⁷⁰ *Id.*, p. 404.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Antonio Remiro Brotóns, *Óp. cit.*, p. 416.

question of the existence, content and duration of the obligations”.²⁷³ De acuerdo al Art. 12 del Proyecto de la CDI, “[t]here is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character”.²⁷⁴ Por ello, queda claro que la no ejecución de un tratado constituye un acto ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado²⁷⁵, aunque en los comentarios al Proyecto dan a entender que el Art. 12 aplica para todas las obligaciones internacionales de los Estados, cualquiera que sea su origen.²⁷⁶ Esta no ejecución puede provenir de actos u omisiones de cualquier función del Estado “independientemente de la jerarquía de los funcionarios que infrinjan las disposiciones de [...] los tratados – suscritos por los países – apareciendo inmediatamente el ilícito internacional”.²⁷⁷ De cualquiera manera, cabe mencionar que “in the international law field there is no distinction between contractual and tortious responsibility”²⁷⁸, así que independientemente del origen de la obligación, el Estado tendrá responsabilidad internacional. En realidad, como bien menciona Verhoeven, “there has been hardly any opportunity – or none has been seized – to make a statement of the established distinction between contractual responsibility and quasi-delictual responsibility”.²⁷⁹ En este punto cabe mencionar que el Proyecto de Artículos de la CDI no hace ningún tipo de diferenciación entre responsabilidad contractual y por cuasi delitos. Pero si es una obligación convencional sería una responsabilidad más directa y casi incuestionable puesto que la actuación del Estado implicado se consideraría en base al texto del tratado. De cualquier manera, queda claro que, por la falta de diferenciación

²⁷³ Joe Verhoeven. “The Law of Responsibility and the Law of Treaties”. *The Law of International Responsibility*. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (Editores). New York: Oxford University Press, 2010, p. 107.

²⁷⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001). Article 12 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (acceso: 21/09/2012).

²⁷⁵ Luis Fernando Álvarez Londoño, *Óp. cit.*, p. 100.

²⁷⁶ James Crawford. “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios”. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2004, p. 165.

²⁷⁷ Juan Carlos Hitters. “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”. *La Ciencia del Derecho Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea (Coordinadores). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, p. 290.

²⁷⁸ Rainbow Warrior (France/New Zealand), 30 April 1990, 20 RIAA 215, 251 (para 75) en Joe Verhoeven, *Óp. cit.*, p. 105.

²⁷⁹ Joe Verhoeven, *Óp. cit.*, p. 106.

dentro del texto de los artículos de la CDI, “the rules applicable to responsibility are identical in respect of both categories”.²⁸⁰

Ahora, específicamente, existen cuatro artículos dentro de la CVDT que hacen referencia expresa a conductas ilícitas dentro del Derecho Internacional, que se refieren a la nulidad. Los artículos a los que se ha hecho referencia son el Art. 49 que trata de dolo, el Art. 50 que se refiere a la corrupción de un representante del Estado, el Art. 51 que regula la coacción sobre el representante de un Estado y el Art. 52 que trata sobre la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. De esta manera, se puede decir que “[t]he purpose of these provisions is to determine the circumstances under which consent can be invalidated, without prejudging the consequences in terms of the responsibility which may arise from those same circumstances”.²⁸¹ Cabe mencionar el Art. 60 que incorpora la *exceptio non adimpleti contractus* que “implies that the treaty sought to be suspended or terminated has been violated by a State party”.²⁸² Finalmente, los artículos 61 y 62, que tratan la imposibilidad de ejecución de un tratado, hacen una referencia menos directa y que afecta menos a la responsabilidad, puesto que estos no necesariamente implican la existencia de culpa de alguna forma. Más bien, “[t]hose articles simply provide for that a State is prevented from termination the treaty when such an impossibility or such a change is the result of a violation by that State of its treaty obligations”.²⁸³

Independientemente de lo dicho anteriormente, cabe mencionar que la CIJ ha dicho que para considerar que un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional no se debe tener en cuenta el origen de la obligación, puesto que “[...] when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect”.²⁸⁴ De manera que en la práctica, muy poco importa el hecho de que una obligación sea convencional o no, lo que cuenta es que haya existido una violación a una obligación internacional.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Id.*, p. 108.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997, p. 7, para 47. <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (acceso: 24/09/2012).

Por otro lado, considerando que “en el derecho de gentes una regla consuetudinaria dispone que un país que ha celebrado un tratado debe modificar (amoldar) su preceptiva interna para asegura la ejecución de las obligaciones asumidas”²⁸⁵ y que esta regla de adecuación normativa también está consagrada expresamente en varios tratados internacionales, esto implicaría que un Estado no solo debe cumplir las obligaciones específicas que haya aceptado por un tratado, sino que también esta obligación de adecuación normativa, sobre todo en lo que se refiere a instrumentos de derechos humanos. Así lo ha dicho la Corte IDH, para quien “esta disposición es válida universalmente, y ha sido definida por la jurisprudencia como un principio evidente”²⁸⁶, con ocasión de los casos Almonacid Arellano, “Instituto de Reeducción del Menor” y Bulacio. En este caso, la responsabilidad internacional del Estado sería como consecuencia de la acción o abstención del órgano legislativo. Para Charles Rousseau,

a) hay responsabilidad por acción, en caso de promulgarse una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado; b) hay responsabilidad por omisión, cuando el órgano legislativo no dicta las leyes necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y cuando no deroga una ley contraria a dichas obligaciones.²⁸⁷

Ahora, a más de cumplir con obligaciones específicas, “[e]l Estado tiene la obligación de no permitir la ocurrencia de hechos o actos contrarios al derecho internacional [sea este convencional o no] dentro de su jurisdicción territorial, protegiendo los derechos de otros Estado y de los extranjeros”.²⁸⁸

En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por las actuaciones de sus órganos judiciales, ésta nacerá el momento en que sus tribunales emitan decisiones que sean contrarias al Derecho Internacional, específicamente, contrarias a los tratados que el Estado tenga ratificados. De esta manera, la responsabilidad del Estado surgirá en tres casos específicos. Primero, una sentencia de un tribunal interno que sea manifiestamente contraria al DI. En segundo lugar, algún caso de denegación de justicia, momento en el que entra al ámbito de derechos humanos. Y, tercero, cuando en

²⁸⁵ Juan Carlos Hitters, *Óp. cit.*, p. 296.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Jimena Jofre Santalucia y Paula Ocampo Seferian. *Responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales*. Tesis de grado para optar por el título de abogadas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001.

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis48.pdf> (acceso: 21/09/2012).

²⁸⁸ *Ibid.*

casos excepcionales y bajo circunstancias definidas, un tribunal expide una decisión contraria al derecho interno, una que signifique la comisión de un ilícito internacional.²⁸⁹

Finalmente, el Estado será responsable por los actos de los particulares en dos tipos de casos. Primero, si es que el individuo está actuando con calidad o estatus de órgano estatal, momento en el cual no hay mayor debate puesto que el particular estaba investido de poder estatal. Y segundo, cuando un particular cometa un ilícito, como atender contra los derechos de otro individuo. Pero en este caso, el Estado no responde por el o los actos cometidos por el particular, sino por la violación de una obligación eminentemente estatal, es decir, incumplimiento de la obligación de prevención o represión.²⁹⁰

En este punto, como consecuencia directa de la violación de alguna disposición de un tratado, surge la necesidad de una reparación apropiada, en el caso de que se haya afectado a otro Estado por el incumplimiento. Así, queda claro que

It has never been contested in international law that the violation of a treaty obliges the State concerned to repair its harmful consequences, no matter whether this violation results from the breach of the provisions agreed on by the parties or of the rules governing their suspension or termination in whole or in part.²⁹¹

De esta manera, se vuelve evidente que “la actividad estadual – activa o pasiva – de sus representantes – y en algunos casos de ciertos terceros o particulares – genera una muy fuerte responsabilidad internacional”.²⁹² Por ello, el Estado que incumple los tratados se verá obligado a reparar el daño causado. Inclusive, independientemente de haber incurrido en un hecho internacionalmente ilícito y las consecuencias del mismo, la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada no se verá afectada.

²⁸⁹ Eduardo Jiménez de Archéga en Jimena Jofre Santalucia y Paula Ocampo Seferian , *Óp. cit.*, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis48.pdf> (acceso: 24/09/2012).

²⁹⁰ Jimena Jofre Santalucia y Paula Ocampo Seferian, *Óp. cit.* <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis48.pdf> (acceso: 24/09/2012).

²⁹¹ Joe Verhoeven, *Óp. cit.*, p. 109.

²⁹² Juan Carlos Hitters, *Óp. cit.*, p. 292.

Responsabilidad internacional por violación de normas de ius cogens

Existe una “distinción cualitativa entre diferentes violaciones del derecho internacional”²⁹³ puesto que, como bien se recoge en el Art. 41 del Proyecto de la CDI, “la violación de normas perentorias tiene consecuencias particulares y adicionales a las que se generan por violar una norma de derecho internacional positivo”.²⁹⁴ Por ello, se puede decir que si es que llega a existir una violación de una norma imperativa de derecho internacional, y ésta se considera grave, se podría poner “en juego el sistema previsto en el Cap. VII de la Carta de Naciones Unidas por importar una amenaza o quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales”.²⁹⁵ Dentro del sistema de Naciones Unidas, es labor del Consejo de Seguridad (CS) velar por el cumplimiento de las normas imperativas de derecho internacional, que tengan relación con la paz y seguridad internacionales, conforme con el texto de la Carta, artículos 24, 25 y 39. En este contexto, el CS no ha dudado en actuar, cuando las circunstancias políticas lo han permitido, en casos específicos de violación de normas imperativas, como puede mencionarse la Res. 955 de 1994 al mencionar “violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario” o en la Res. 1456 de 2003 en que habla de terrorismo.²⁹⁶ Hay ocasiones en las que el CS no puede o decide no actuar y en ese momento entra a escena la Asamblea General (AG), capacidades que adoptó por la Res. 377 (V) de 3 de noviembre de 1950, conocida como “Uniting for Peace”.²⁹⁷ Esta capacidad de la AG implica que todos los Estados miembro adoptan una obligación de actuar el momento en que violaciones de normas de ius cogens llegan a sus manos, específicamente en lo que se refiere a normas imperativas de derecho internacional que tengan relación con la paz y seguridad internacionales y cualquier otro propósito y principio de la ONU. En este punto cabe mencionar que, independientemente de que un Estado sea o no parte de la ONU, aunque la mayoría de los Estados del mundo lo son, los principios y propósitos de la ONU se han vuelto casi universales dentro de la práctica internacional y son de acuerdo a los cuales el sistema internacional se

²⁹³ Comisión de Derecho Internacional. Comentarios al proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, p. 215 en Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 69.

²⁹⁴ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 69.

²⁹⁵ Zlata Drnas de Clément. “Responsabilidad Internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas de Derecho Internacional General”. *Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava*. H. Llanos Mansilla y otros (Editores). Santiago de Chile, 2008, p. 1.

²⁹⁶ *Id.*, p. 3.

²⁹⁷ *Ibid.*

desarrolla. Por ello, creo que se debe considerar que cualquier violación de los principios de la ONU es una violación a los principios del sistema internacional, o en palabras del Estatuto de la CIJ, “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”²⁹⁸, y por lo tanto una afectación directa a toda la comunidad internacional, y más aún si es alguno de los que ha alcanzado el carácter de norma de *ius cogens*.

Siguiendo esta línea, si se considera al Derecho Penal Internacional (DPI) como la rama del Derecho Internacional que pretende proteger los intereses y valores primordiales de la comunidad internacional y que por ello criminaliza ciertas conductas que van en contra de los principios antes mencionados, se podría decir que el DPI simplemente pretende proteger algunas normas de *ius cogens*. Entonces, la sanción al individuo simplemente es una consecuencia de la violación de una norma imperativa de derecho internacional. Ahora, esta sanción al individuo no imposibilita una acción contra el Estado del cual el individuo es nacional, puesto que el Art. 25.4 del Estatuto de Roma dispone claramente “[n]ada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”²⁹⁹, puesto que el Estado tiene una obligación de control, como mencionado anteriormente. De esta manera, se complementaría claramente con el texto del Proyecto de la CDI y estaría en concordancia con el Art. 58 del mismo proyecto que dice “[l]os presentes artículos se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión relativa a la responsabilidad individual, en virtud del derecho internacional, de cualquier persona que actúe en nombre del Estado”.³⁰⁰ Así, como bien menciona Zlata Drnas de Clément, “son dos caras de la misma moneda, dos modos de sanción al Estado, sanción agravada en caso de violaciones a normas imperativas de derecho internacional general”.³⁰¹ Es evidente que ambos artículos tratan de

²⁹⁸ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (1945). Art. 38. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php> (acceso: 26/09/2012).

²⁹⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998) Art. 25 <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf> (acceso: 26/09/2012).

³⁰⁰ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. (2001) Art. 58, aprobado por Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

³⁰¹ Zlata Drnas de Clément, *Óp. cit.*, p. 11.

responsabilidad atribuible a un Estado y que en ambos casos estamos frente a violaciones de normas de ius cogens.

Por otro lado, podría existir una violación al derecho internacional, específicamente a una norma de ius cogens, por la simple existencia de un tratado que sea contrario o esté en conflicto con una norma imperativa. Bajo estas circunstancias, “it can be difficult to apply the usual rules of responsibility and reparation”³⁰², pero no imposible ni inaplicable.

Ahora, dentro del texto del Proyecto existe el Capítulo III que trata sobre violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general, que tiene tan solo dos artículos. Para que proceda la aplicación de este capítulo, la obligación violada debe provenir de una norma imperativa de derecho internacional general, en los términos del Art. 53 de la CVDT. Cabe enfatizar que “[e]l concepto de norma imperativa de derecho internacional general se reconoce en la práctica internacional, en la jurisprudencia de las cortes y tribunales internacionales y nacionales y en la doctrina jurídica”.³⁰³ El Art. 40.2 establece que una violación será grave “si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable”³⁰⁴, lo que da a entender que debe ser una violación no excusable de manera alguna. Entonces, al hablar de que sea un incumplimiento flagrante, “se refiere a la intensidad de la violación o de sus efectos; corresponde a violaciones [...] que equivalgan a un ataque directo u abierto contra los valores que protege la norma”.³⁰⁵ En cambio, para que se considere que es una violación sistemática, ésta “deberá llevarse a cabo de manera organizada y deliberada”.³⁰⁶ En lo que se refiere al Art. 41, éste enuncia las consecuencias de la violación grave de una obligación en virtud del Art. 40. El 41.1 y el 41.2 “prescriben las obligaciones jurídicas esenciales de los Estados ante la comisión de violaciones graves”³⁰⁷, es decir, una obligación de cooperación para poner fin a la violación y otra de no reconocimiento de la licitud de las situaciones creadas como consecuencias de la violación. En cambio el 41.3 es una cláusula de salvaguardia,

³⁰² Joe Verhoeven, *Óp. cit.*, p. 110.

³⁰³ James Crawford, *Óp. cit.*, p. 293.

³⁰⁴ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. (2001) Art. 40, aprobado por Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁰⁵ James Crawford, *Óp. cit.*, p. 295.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Id.*, p. 296.

puesto que quiere dar a entender que “las consecuencias jurídicas estipuladas para todas las violaciones en los capítulos I y II de la segunda parte”³⁰⁸ deben aplicarse de igual manera.

En este punto cabe mencionar que los artículos previos tienen una crítica bastante válida, puesto que no cumple con la regla general de las consecuencias por la violación de una obligación:

Se supone que las “consecuencias particulares” son las que surgen de la violación de la norma principal por parte del violador y con relación a él. Sin embargo, sorprendentemente, el proyecto hace surgir obligaciones para terceros inocentes.³⁰⁹

Además, en ninguna parte la CDI incluyó algún tipo de consecuencia verdadera, puesto que el 41.3 lo único que hace es

delega in abstracto en el “derecho internacional” el tema de las consecuencias especiales para el violador de una obligación de *jus cogens* (responsabilidad), tema que debió haber sido –por la importancia de la norma primaria vulnerada- uno de sus principales cometidos.³¹⁰

Estos errores cometidos por la CDI, como consecuencia de cambios realizados a los primeros borradores para obtener una aprobación de los Estados partes, dejan la idea de responsabilidad por violación de normas de *jus cogens* un poco en el aire dado que no determina una consecuencia explícita a ello, sino que deja abierto para un posterior desarrollo o decisión de los tribunales internacionales. En realidad, por la gravedad de la conducta ilícita en las violaciones de normas imperativas de derecho internacional general, se requeriría “una dimensión normativa propia, la de la doble sanción: la tradicional en su condición de ente jurídico y la penal a través de la sanción en la persona de los individuos, los que le son sustraídos a su jurisdicción”.³¹¹ Esta idea puede observarse claramente en la sentencia de la CIJ del 23 de febrero de 2007 en el caso de la Aplicación del Convenio para la Prevención y Sanción del Genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro):

Accordingly, having considered the various arguments, the Court affirms that the Contracting Parties are bound by the obligation under the Convention not to commit, through their organs or persons or groups whose conduct is attributable to them, genocide and the other acts enumerated in Article III. Thus if an organ of the State, or a person or

³⁰⁸ *Id.*, p. 299-300.

³⁰⁹ Zlata Drnas de Clément, *Óp. cit.*, p. 12.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ *Id.*, p. 14.

group whose acts are legally attributable to the State, commits any of the acts proscribed by Article III of the Convention, the international responsibility of that State is incurred.³¹²

Queda claro entonces que “[l]os Estados ya no pueden escudarse en la soberanía para hacer cuanto quiera, al existir ciertos mínimos que deben respetar en todo momento, integrados en las normas internacionales perentorias”.³¹³ De manera que el respeto a una norma de ius cogens se convierte en una obligación de cada Estado y su incumplimiento podría acarrear responsabilidad internacional dado que, como mencionado anteriormente, la jurisprudencia internacional ha determinado claramente que el origen o naturaleza de una obligación no es relevante para que su incumplimiento implique el cometimiento de un ilícito internacional.

En realidad, las normas de ius cogens tienen un carácter tan fundamental y absoluto que siempre deben aplicarse, de manera que, como dicho por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia en la sentencia del caso Kupreskic, las provisiones del ius cogens “may in no case be set aside by resort to any legal means such as derogating treaties or agreements”.³¹⁴ Por ello, se puede concluir que no será justificable ningún acto contrario al ius cogens, de manera que estos actos siempre deberán ser considerados ilícitos.³¹⁵

Con base en lo dicho anteriormente, surgirá la responsabilidad internacional de un Estado el momento en que cometa un ilícito internacional o cuando deje de cumplir sus obligaciones convencionales, en esto no existe controversia alguna. Ahora, en lo que se refiere al surgimiento de responsabilidad internacional por la violación de una norma de ius cogens, no se la puede considerar simplemente como una infracción más, sino que debería tener consecuencias particulares y adicionales a la violación de una norma de derecho internacional positivo, si es que aplica. Esto sería lo apropiado en el caso de la

³¹² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, para 179. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (acceso: 26/09/2012).

³¹³ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 97.

³¹⁴ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for the Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, *Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others*. Judgment of 14 January 2000, para. 517 <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf> (acceso: 26/09/2012).

³¹⁵ Nicolás Carrillo Santorelli, *Óp. cit.*, p. 127-130.

violación del pacta sunt servanda, puesto que este se encuentra textualmente consagrada en algunos tratados, como la CVDT. Adicionalmente, como establecido con ocasión del Capítulo 1, es claro que el pacta sunt servanda es una norma imperativa de derecho internacional. Entonces, si es que un Estado viola un tratado, sea bilateral o multilateral, estaría incurriendo en responsabilidad internacional no solo por violación de una norma de derecho internacional positivo, sino que también deberían darse consecuencias específicas por la afectación e irrespeto de una norma de ius cogens, en consideración de su relevancia para la consecución de fines comunes de la comunidad internacional.

Análisis de un tratado internacional denunciado por el Ecuador como consecuencia de los cambios constitucionales: Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones.

Después de haber establecido conceptos básicos sobre responsabilidad internacional, es pertinente iniciar el análisis de la denuncia de un tratado bilateral, que había sido ratificado por Ecuador previa a la aprobación de la CRE de 2008. Una vez que se haya agotado el tema de la denuncia, se analizará si es que procede o no responsabilidad internacional del Ecuador en este tema.

De esta manera, el Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones fue suscrito en Quito el 21 de marzo de 1996, bajo la Presidencia del Dr. Fabián Alarcón Rivera. Éste fue aprobado por el Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades del Art. 82 literal i) de la ConsP el 13 de mayo de 1997, con el Dr. Heinz Moeller Freile como Presidente del Congreso Nacional. La aprobación del tratado fue publicada en el Registro Oficial N° 70 del 22 de mayo de 1997. Este tratado fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 335 del 23 de mayo de 1997 y el texto del mismo fue publicado en el R.O. N° 84 del 11 de junio del mismo año. Posteriormente, el tratado fue codificado por Codificación 12311 que fue publicada en el R.O. Suplemento 153 del 23 de noviembre de 2005.

El objeto principal del tratado con la República Federal de Alemania es “crear condiciones favorables para las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de

uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado”.³¹⁶ El tratado regula el fomento, el tratamiento, la protección de inversiones y las indemnizaciones en caso de expropiaciones. Además trata las libres transferencias, la posibilidad de subrogación, la aplicación de otras normas diferentes a las del tratado y la protección de inversiones anteriores a la firma del tratado. La parte controversial, y denunciada, del tratado es la referente a los mecanismos de solución de controversias entre los contratantes, y entre un contratante y un inversionista, puesto que del texto del tratado se desprende que se recurrirá a un tribunal arbitral. Adicionalmente, consta como parte del tratado un protocolo, que es una ampliación del mismo tratado, explicando o definiendo de mejor manera algunos aspectos que deben ser tomados en cuenta en las actividades de inversión entre los dos Estados.

Ahora, como explicado anteriormente con ocasión de la normativa constitucional relevante, la CRE establecía nuevas políticas y principios bajo las cuales las relaciones internacionales del Ecuador debían manejarse. De esta manera, el Presidente, Econ. Rafael Correa Delgado, mediante oficio No. 4766-SNJ-10-21 del 6 de enero del 2010, solicitó a la Corte Constitucional (CC), para el período de transición, la expedición de dictámenes favorables para la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, entre ellos, el Tratado con la República Federal de Alemania. Así, se dio el respectivo sorteo de la causa y el informe previo que determinaba que era necesaria la aprobación legislativa y por ello procedía el control automático de la constitucionalidad.³¹⁷

La razón de la solicitud del dictamen aprobatorio para la denuncia, de acuerdo con el Presidente, yacía en que

el mismo que contiene cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de "someter jurisdiccionalmente al Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de inversión, llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido arbitrarias o discriminatorias [...].³¹⁸

³¹⁶ Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones. (1996). Preámbulo.

³¹⁷ Corte Constitucional. *Dictamen No. 023-10-DTI-CC*, 24 de junio de 2010. Registro Oficial Suplemento 249 de 03 de agosto de 2010. I. Antecedentes, p. 1.

³¹⁸ *Id.*, III. Intervención del Presidente Constitucional de la República del Ecuador, p. 8.

En cambio, conforme al Art. 111, literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), correspondía a la ciudadanía participar. En este caso intervino el señor Blasco Peñaherrera Solah, en su calidad de representante legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. Para él,

El artículo 422 se refiere a controversias contractuales; es decir se prohibiría que el Estado suscriba tratados internacionales en los que ceda jurisdicción en controversias contractuales. Los Tratados de Protección de Inversiones se contienen en tratados internacionales que regulan hechos ilícitos internacionales de los Estados NO CONTRACTUALES porque son soberanos.³¹⁹

Así, se solicitaba a la CC se abstuviera de emitir el dictamen favorable y que en su lugar se instruyera al Gobierno ecuatoriano se renegocien los tratados de manera que se adapten a la nueva normativa constitucional y no estuvieran en contradicción. En este contexto, la CC identificó las normas constitucionales que se debían analizar y tomar en cuenta para el dictamen. Las normas de la CRE consideradas fueron

- Art. 276.5, que trata del régimen de desarrollo y el hecho de que éste debe garantizar la soberanía nacional,
- Art. 277.5, el cual establece que, para la consecución del buen vivir, se deben desarrollar las actividades económicas cumpliendo con la CRE y la ley,
- Art. 284.8, como uno de los objetivos de la política económica, la necesidad de propiciar un intercambio justo y complementario de bienes y servicios,
- Art. 399, que establece que el Estado promoverá y regulará las inversiones nacionales y extranjeras,
- Art. 416.12, que determina que dentro de las relaciones internacionales del Ecuador, se deberá promover un sistema de comercio e inversión entre Estados a base de justicia, solidaridad, complementariedad y creación de mecanismos de control internacional,
- Art. 417, que proclama que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador deberán sujetarse a la CRE,

³¹⁹ *Id.*, IV. Intervención de ciudadanos, de conformidad con el artículo 111, literal B de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, p. 9.

- Art. 419.6, establece que la ratificación y la denuncia de tratados internacionales necesita la aprobación de la Asamblea Nacional en caso de acuerdos de comercio,
- Art. 420, que determina que la denuncia de un tratado corresponde al Presidente,
- Art. 422, el que considero más relevante dentro del debate, el hecho de que no se puede ceder soberanía a instancias de arbitraje internacional,
- Art. 424, que decreta la supremacía constitucional, y
- Art. 425, el cual establece el orden jerárquico de las normas jurídicas ecuatorianas.

Por otro lado, la CC establece claramente cuál es la normativa internacional que debe ser observada, y la única norma que menciona es el Art. 27 de la CVDT que determina que, como regla general, un Estado no podrá invocar una disposición de derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado.

Después de la declaración de competencia por parte de la CC, con base constitucional de los artículos 429 y 438 de la CRE, la CC establece que una de las modalidades de control constitucional de los tratados internacionales es el control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados. De esta manera, se procede con el análisis de la constitucionalidad el instrumento internacional, es decir el tratado con la República Federal de Alemania. En primer lugar trata el control formal, donde

En la especie, se determina que el contenido del instrumento internacional, objeto de control previo a su denuncia, hace referencia al fomento, tratamiento, protección de las inversiones, libres transferencias y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En aquel sentido este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia.³²⁰

En lo que se refiere al control material, no se encuentra contradicción alguna del Art. 1 del Tratado con el texto constitucional, sino se menciona que éste va acorde con la normativa del Art. 339 de la CRE y concluye que “el artículo 1 del Tratado en análisis, al ser un artículo descriptivo, no contraviene el texto constitucional”.³²¹ Así mismo, la CC considera que los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del Tratado se enmarcan dentro

³²⁰ *Id.*, VI. Consideraciones y Fundamentos de la Corte, p. 14.

³²¹ *Id.*, p. 15.

de la normativa constitucional aplicable, por lo tanto no se encuentran contradicciones, sino más bien relaciones de complementariedad. En cambio, para el Art. 7 la Corte menciona que el mismo determina la aplicación preferente de normas que consagren un trato más favorable a las inversiones, el inconveniente surge puesto que se hace referencia a dos circunstancias, disposiciones de una de las Partes Contratantes u obligaciones emanadas de Derecho Internacional. Esto, para la CC, contraría el principio de supremacía constitucional. Entonces, “una disposición normativa del derecho interno de una de las Partes Contratantes, por más que consagre un trato favorable para las inversiones, no puede contradecir el orden jerárquico que establece la Constitución”.³²² Por ello, la Corte concluye que este artículo contraviene la CRE.

Para el caso del Art. 8, la CC considera que el hecho de que se consagre una protección de las inversiones de capital anteriores a la entrada en vigencia del tratado implica una contradicción con la naturaleza y la fuerza normativa de los instrumentos internacionales. En esta misma línea, al querer dar vigencia ex temporánea a la protección les otorgaría efecto retroactivo, por ello, la Corte considera que esta norma del Tratado atenta contra el “mantenimiento de la seguridad jurídica, la misma que se halla consagrada en el artículo 82 de la Constitución y que “[...] se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Por lo expuesto, este artículo resulta ser inconstitucional.³²³

En lo que se refiere al Art. 9, el cual determina el mecanismo de solución de controversias, en caso de que el inconveniente no pueda ser solucionado por vía diplomática, la CC considera que éste “atenta la disposición constitucional contenida en el artículo 422”³²⁴ y que “el mantener este mecanismo de solución de conflictos atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales”³²⁵ estaría significando que el Tratado “iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose el artículo 422 de la Constitución”.³²⁶

³²² *Id.*, p. 18.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Id.*, p. 19.

³²⁵ *Id.*, p. 20.

³²⁶ *Ibid.*

Para el caso del Art. 10, la CC considera que la divergencia de la cual habla no podría ser sometida a un Tribunal Arbitral dado que “implicaría ceder la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Ecuador y personas naturales o jurídicas privadas”³²⁷, lo que es completamente inconstitucional.

La CC no hace un análisis de los artículos 11 y 12, solamente menciona el objeto de cada uno, dando a entender que ninguno de los dos es considerado como inconstitucional.

Por otro lado, la Corte analiza el Protocolo al Tratado, determinado que ninguno de los artículos del mismo entra en contradicción alguna con la CRE, por lo que declara que “el presente Protocolo que guarda armonía con los artículos analizados en el texto principal del presente instrumento internacional, y no contraviene norma constitucional alguna”³²⁸.

En consideración de lo expuesto, la Corte concluye que el Tratado firmado con Alemania era constitucional al momento de su celebración y que, con base en el análisis realizado, “[d]ado que solo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional”³²⁹, es decir, los artículos 7, 8, 9 y 10.

Con esta premisa, es decir el dictamen de la CC, mediante oficio N° T. 4766-SNJ-10-1106, de 15 de julio del 2010, el Presidente solicitó a la Asamblea Nacional aprobar la denuncia del tratado antes mencionado. Por ello, el 14 de septiembre de 2010, el Pleno de la Asamblea Nacional aprobó la denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal De Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, en las condiciones determinadas por la Corte, conforme consta en el R.O. N° 294 de 6 de octubre de 2010.

Entonces, es menester analizar si es que la actuación de la Corte Constitucional estuvo acorde con el Derecho Internacional. Es importante notar que al hablar de las

³²⁷ *Id.*, p. 20-21.

³²⁸ *Id.*, p. 23.

³²⁹ *Id.*, p. 24.

normas a ser consideradas para el dictamen, la CC menciona el Art. 27 de la CVDT, pero en ningún momento dentro del texto del dictamen se evidencia que el mismo haya sido tomado en cuenta. Esta omisión pone en duda si es que la CC analizó a profundidad las consecuencias en el ámbito internacional de la denuncia de los artículos antes mencionados del Tratado con Alemania. De haberlo hecho habría estudiado el porqué de la no aplicación de esta norma para la actuación que estaba sugiriendo para el país, es decir, la utilización de una norma de derecho interno como justificación para la no aplicación, o denuncia, de un tratado, o algunos de sus artículos. Ahora, la Corte acierta en el hecho de hacer alusión a que la normativa que vigente al momento de la celebración del tratado era la de la ConsP de 1998, y que por lo tanto el tratado era completamente constitucional conforme esa normativa. Si es así, y considerando que de acuerdo al derecho internacional, la normativa que debe observarse es la vigente al momento de la celebración del tratado, el Ecuador estaba internacionalmente obligado a respetar los acuerdos, convenios y tratados ratificados con la vigencia de la ConsP, independientemente de que éstos resultasen contrarios a la CRE de 2008. La razón de esto es bastante simple:

Once States have entered into treaty obligations, the presumption is that they have created amongst themselves a *lex contractus* of a permanent character. It follows that, failing special provisions to the contrary, the change and termination of an international treaty depends on the consent of the contracting parties, and, if unilateral, amounts to a breach of the treaty.³³⁰

Bajo este precepto, independientemente de que el mismo tratado determina una cláusula en la que establece la posibilidad de denuncia pasados los 10 años, no implica que éste se entienda concluido, y menos aún que se puedan tomar decisiones de denuncia de ciertos artículos de un tratado esperando no afectar a la otra parte. Aquí debe considerarse lo por la CPJI en el *Factory at Chorzów (Jurisdiction) Case*:

It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself.³³¹

De esta manera, si Alemania considerase que sus derechos han sido vulnerados, podría solicitar una reparación por parte de Ecuador como consecuencia directa de la

³³⁰ Schwarzenberger, I (2d ed.), 188, 197. Citado en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 868.

³³¹ P.C. I. J., Ser. A, No. 9, p. 21 (1927) en Herbert W. Briggs, *Óp. cit.*, p. 868.

responsabilidad internacional por violación de una norma de *ius cogens*, en este caso, el *pacta sunt servanda*, puesto que, independientemente de lo que hayan dicho algunos autores, en realidad, por su carácter de norma imperativa, no acepta excepción alguna, ni siquiera el *rebus sic stantibus*, considerando el cambio constitucional como un cambio de circunstancias fundamentales.

Entonces, dejando de lado la consideración constitucional, la actuación de la Presidencia, de la Corte Constitucional y de la Asamblea Nacional podría llegar a significar un precedente para otro tipo de tratados. Me refiero a otro tipo de tratados, puesto que dentro de la rama de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) ya se ha evidenciado denuncias en iguales condiciones que las expuestas anteriormente. Esto se dio con un Tratado con Reino Unido el mismo 14 de septiembre de 2010, con Finlandia el 23 de noviembre del mismo año, con Suecia el 15 de marzo de 2011 y con Francia en la misma fecha. En lo que se refiere a TBIs no considero que es una denuncia de mayor relevancia, en cuanto a la materia de los tratados y las posibles consecuencias, puesto que es evidente la distinta gravedad entre la violación de normas de un TBI, estén explícitas o implícitas como la CVDT, y normas de derechos humanos o intervenciones militares directas. De cualquier manera queda claro que la actuación del Ecuador va contra una norma de *ius cogens*, el *pacta sunt servanda*, que podría implicar responsabilidad internacional en el caso de que alguno de los Estados parte de los tratados denunciados se consideren afectados.

Capítulo 4

Análisis de casos

Una vez que se ha analizado la doctrina y se ha mencionado algunos pasajes de algunos casos de la CIJ, procede un análisis más a fondo de algunos de ellos.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), 1974

El 14 de abril de 1972, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte solicitó la intervención de la CIJ respecto a una controversia relativa a una extensión, por parte del Gobierno de Islandia, de su jurisdicción exclusiva en materia de pesquerías hasta 50 millas náuticas desde sus costas. Posteriormente, el 29 de mayo del mismo año, Islandia comunicó a la CIJ que no reconocería su competencia. Con esta base, la Corte, por iniciativa propia y amparada en el Art. 53 del su Estatuto, procedió a analizar su competencia y examinó las excepciones que Islandia pudo haber presentado de haber decidido nombrar un agente. Así, después de analizar la cláusula compromisoria del canje de notas de 1961 entre los dos gobiernos, la Corte se declaró competente para conocer el presente caso en un fallo del 2 de febrero de 1973³³².

En lo que se refiere al fondo, la CIJ decidió que “Islandia no tenía derecho a excluir unilateralmente a los buques pesqueros del Reino Unido de las zonas situadas entre los límites de 12 y 50 millas, ni a imponer unilateralmente restricciones a sus actividades en esas zonas”.³³³ Además mantuvo que Islandia y Reino Unido tenían la obligación recíproca de celebrar negociaciones de buena fe de manera que pudiesen llegar a una solución equitativa de sus diferencias. En los párrafos 29 a 78 del fallo, la Corte determinó las normas de derecho internacional aplicables, puesto que la delimitación de los mares siempre tiene un aspecto internacional, como ya había sido establecido en el caso Pesquerías (Reino Unido contra Noruega) de 1951. En este punto, hace mención a dos conceptos de derecho consuetudinario, primero al de la zona de pesca, es decir, la zona entre el mar territorial y la alta mar en la cual un Estado podía declarar jurisdicción exclusiva en materia de pesquerías, y, segundo, el de derechos preferenciales en materia de pesca. La controversia era lograr un equilibrio entre los derechos preferenciales de

³³² Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973, p. 3. <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5749.pdf> (acceso: 01/10/2012).

³³³ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1948-1991, p. 136 http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf (acceso: 02/10/2012).

pesca de Islandia y los derechos tradicionales de pesca de Reino Unido, puesto que “[t]he concept of preferential rights is not compatible with the exclusion of all fishing activities of other States”.³³⁴

Por lo anterior, la CIJ decidió que el Reglamento relativo a la zona de pesca de Islandia no era oponible al Reino Unido y que como consecuencia el Gobierno de Islandia no tenía derecho a excluir a los buques de pesca del Reino Unido ni de restringir las actividades de éstos entre las 12 y las 50 millas náuticas desde la costa de Islandia. Adicionalmente, concluyó que ambos gobiernos tenían la obligación mutua de llevar a cabo negociaciones de buena fe para poner fin a sus diferencias respecto a los derechos de pesca en la zona antes mencionada.³³⁵

Es importante mencionar que en este caso se hace un análisis del cambio de circunstancias, dado que el Primer Ministro islandés, en su declaración ante el Parlamento, alegó el cambio de circunstancias con respecto a las pesquerías y las técnicas de pesca como justificación para la aprobación del Reglamento que determinaba la nueva jurisdicción para las pesquerías. Adicionalmente, el Primer Ministro también había mencionado un cambio referente a la opinión legal sobre la jurisdicción de las pesquerías.³³⁶ La Corte hace una aseveración valedera y que deja abierta la puerta para un posterior desarrollo: “changes in the law may under certain conditions constitute valid grounds for invoking a change of circumstances affecting the duration of a treaty, the Icelandic contention is not relevant to the present case”.³³⁷ En esta misma línea, la Corte recuerda que dentro del Derecho Internacional se acepta que si el cambio de las circunstancias que determinó la aceptación del tratado por alguna de las partes ha resultado en “a radical transformation of the extent of the obligations imposed by it, may, under certain conditions, afford the party affected a ground for invoking the termination or suspension of the treaty”³³⁸, conforme ha sido codificado en la CVDT, en los términos explicados en el Capítulo II. Entonces, se puede entender que un cambio legal dentro del ordenamiento interno de un Estado puede ser considerado

³³⁴ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 3., para 62 <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf> (acceso: 02/10/2012).

³³⁵ *Id.*, para 79.

³³⁶ Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, *Óp. cit.*, para 30.

³³⁷ *Id.*, para 32.

³³⁸ *Id.*, para 36.

como una justificación para que se cuestione la duración de un tratado, es decir, que daría pie a una denuncia, pero no para justificar un incumplimiento. Lo anterior es concordante con lo dicho por la Corte, es decir que

the doctrine never operates so as to extinguish a treaty automatically or to allow an unchallengeable unilateral denunciation by one Party; it only operates to confer a right to call for termination and, if that call is disputed, to submit the dispute to some organ or body with power to determine whether the conditions for the operation of the doctrine are present.³³⁹

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), 1997

El 16 de septiembre de 1977 Hungría y Checoslovaquia firmaron un tratado mediante el cual acordaban la construcción de un sistema de represas por medio de una inversión conjunta, que tendía a la producción hidroeléctrica, al mejoramiento de la navegación y a la protección contra inundaciones. Además, las partes se comprometían a garantizar que la calidad del agua del Danubio no se viera afectada como consecuencia del Proyecto. Dentro del tratado estaba prevista la construcción de dos series de esclusas o compuertas, una en Gabčíkovo, Checoslovaquia y otra en Nagymaros, Hungría. Este Proyecto debía adoptar la forma de un proyecto conjunto e integrado en el que ambas partes participarían en igualdad de condiciones, respecto de la construcción, financiación y funcionamiento de las esclusas. Por iniciativa húngara, las partes firmaron dos protocolos, uno en el que acordaban desacelerar los trabajos en 1983 y otro en el cual acordaban acelerarlo en 1989. Como consecuencia de críticas recibidas en Hungría, su gobierno terminó abandonado las obras en Nagymaros y manteniendo el status quo en Dunakiliti. Al mismo tiempo, Checoslovaquia había empezado a analizar soluciones alternativas, una de ellas, que llegó a ser conocida como “variante C”, significaba una desviación unilateral del Danubio y la construcción de una presa de vertedero y un dique que uniría a la presa con el desvío. De esta manera, el gobierno de Checoslovaquia inició los trabajos de la variante C en noviembre de 1991. Las partes mantuvieron conversaciones, pero sin éxito hasta que el 19 de mayo de 1992 el Gobierno de Hungría remitió una nota verbal por la cual rescindía el Tratado de 1977 desde el 25 de mayo del mismo año. Así, el 15 de octubre de 1992, Checoslovaquia

³³⁹ *Id.*, para 44.

inició las obras para permitir que fuera cerrado el Danubio y el 23 del mismo mes represó el río.³⁴⁰

Con este antecedente, el primer pronunciamiento que la Corte hace gira en torno a determinar si es que Hungría tenía o no derecho a suspender y, posteriormente, abandonar las obras del Proyecto Nagymaros y parte del Proyecto Gabčíkovo. Aquí, la CIJ aclara que el derecho de los tratados y el derecho de la responsabilidad de los Estados tienen un alcance diferente. En el caso del derecho de los tratados, éste pretende resolver “si una convención está o no está en vigor y si ha sido o no ha sido debidamente suspendida o denunciada”.³⁴¹ En cambio, el derecho de la responsabilidad de los Estados se enfoca en “la evaluación de en qué medida la suspensión o denuncia de una convención [...] afecta a la responsabilidad del Estado que procedió a suspenderla o denunciarla”.³⁴² Para la Corte, la renuencia de Hungría para cumplir las disposiciones del Tratado y del Protocolo de 1989 es evidente por las actuaciones de esta. Así, la CIJ continúa analizando la posibilidad de aplicar la figura de un estado de necesidad para que se configure un motivo para eximir la responsabilidad internacional de un Estado y llega a la conclusión de que no existía tal estado de necesidad y que de haber existido Hungría no hubiera podido justificarse en el, dado que por acción u omisión había contribuido para que surgiera. Por ello, la Corte concluye que Hungría no tenía derecho a suspender ni abandonar las obras del Proyecto.

Como segundo punto, la CIJ debía determinar si es que Checoslovaquia tenía derecho a optar por la solución provisional y poner en marcha ese sistema, conocido como variante C. En este punto la Corte mantiene que la variante C, por su carácter de unilateral, iba en contra del objeto del Tratado de 1977, independientemente de la semejanza física que pudiera tener con el Proyecto inicial. Por ello, la CIJ considera que Checoslovaquia infringió ciertas disposiciones del Tratado de 1977, cometiendo un acto internacionalmente ilícito.

Tercero, le correspondía a la Corte decidir sobre los efectos jurídicos de la notificación de la rescisión del Tratado por parte de Hungría. La CIJ analiza que el estado de necesidad no es motivo suficiente para rescindir un tratado, que la

³⁴⁰ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1997-2002, p. 12. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf (acceso: 02/10/2012).

³⁴¹ *Id.*, p. 13.

³⁴² *Ibid.*

imposibilidad de cumplimiento debe descartarse por la posibilidad prevista en el Tratado de 1977 de negociar adaptaciones, que las circunstancias políticas al momento de la celebración del Tratado no estaban estrechamente vinculadas con el objetivo y el propósito del mismo, por ello no implicaban modificación fundamental de las circunstancias, que al momento de la notificación aún no se había producido una infracción al Tratado por parte de Checoslovaquia, por lo que no procedía la rescisión temprana por parte de Hungría y que no procede analizar el Art. 64 de la CVDT puesto que no surgieron nuevas normas imperativas de derecho internacional ambiental. Con estos supuestos, la CIJ concluye que “aunque Hungría y Checoslovaquia no cumplieron sus obligaciones con arreglo al Tratado de 1977, esa conducta recíproca ilícita no puso fin al tratado ni justifica su rescisión”³⁴³, por ello la notificación de la rescisión no produjo los efectos jurídicos de poner fin ni al Tratado ni a los instrumentos conexos.

En consideración de todo lo anterior, la CIJ concluyó que el Tratado de 1977 seguía en vigor, que la situación de hecho que se había ido estableciendo desde 1989 debía enmarcarse dentro del contexto de las relaciones del Tratado, de manera que pudiese alcanzarse su objetivo y se volviera viable, que las partes debían negociar en virtud del texto del acuerdo especial y que se debían tomar en cuenta nuevas normas y principios de protección ambiental. Adicionalmente, la Corte decidió que ambas partes habían cometido actos internacionalmente ilícitos y estos actos habían dado lugar a daños que generaron responsabilidad de los Estados, por ello Hungría y Eslovaquia tenían derecho a indemnizaciones y ambas debían pagar reparaciones.

Se debe hacer hincapié en lo dicho por la Corte en el sentido de que los cambios de circunstancias que Hungría invocaba, es decir, cambios políticos como la disolución de Checoslovaquia o cambios en materia ecológica, no podían ser tomados como cambios que tengan como consecuencia una transformación radical de las obligaciones del tratado. Esto se complementa con lo dicho en el caso de Jurisdicción de Pesquerías dado que nos da ejemplos de cambios en circunstancias que no son fundamentales, claro está en consideración del objeto y del propósito del tratado.

Otro aspecto importante de la decisión de la CIJ es el establecimiento de que no se puede justificar un acto ilícito por el cometimiento de otro acto ilícito, puesto que de

³⁴³ *Id.*, p. 15.

cualquier manera se está afectando directamente a los intereses de la otra parte, lo que se podría considerar como una excepción al principio de la mora purga la mora o *exceptio non adimpleti contractu*.

Cabe mencionar el valor que la CIJ le da al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de la CDI, al mencionarlo al momento en que trata los requisitos del estado de necesidad para que se considere como justificación para el cometimiento de un acto ilícito. Al hacerlo, la Corte le está dando relevancia jurídica, de manera que no se quede como una simple resolución de la AG, sino que empiece a ser parte de las fuentes del derecho internacional a ser considerada el momento en que se deba debatir sobre responsabilidad internacional.

Finalmente, es necesario hacer énfasis en lo dicho por la misma Corte en el sentido de que el *rebus sic stantibus* debe ser aplicado solamente en casos excepcionales:

[t]he negative and conditional wording of Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is a clear indication moreover that the stability of treaty relations requires that the plea of fundamental change of circumstances be applied only in exceptional cases.³⁴⁴

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 1986

El 9 de abril de 1984 el embajador de Nicaragua en Holanda presentó ante la CIJ una demanda contra los Estados Unidos de Norteamérica en la cual solicitaba que se declare la responsabilidad de EEUU por actividades militares y paramilitares realizados en y contra Nicaragua por la Fuerza Democrática Nicaragüense y la Alianza Revolucionaria Democrática, denominados como “la Contra”. La razón era que en varias ocasiones, los miembros de esta oposición armada al gobierno nicaragüense habían recibido ayuda por parte de EEUU, considerando que el presupuesto norteamericano de 1983 incluía diversas partidas destinadas a apoyar, directa o indirectamente a las operaciones militares o paramilitares en Nicaragua.³⁴⁵ Como respuesta, los EEUU alegaban que la CIJ no tenía competencia, pero en realidad la

³⁴⁴ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997, p. 7, para 104 <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (acceso: 01/09/2012).

³⁴⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14. , para 20. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (acceso: 03/10/2012).

Corte se declaró competente en sentencia de 26 de noviembre de 1984³⁴⁶, independientemente de la existencia de declaraciones de EEUU que podían dar a entender lo contrario. En este contexto, la solicitud principal de Nicaragua era que la CIJ declarase ilegales las actividades encubiertas patrocinadas por el gobierno estadounidense, que se alegaba contribuía al derrocamiento del gobierno nicaragüense.

Con estos antecedentes, la Corte inicia el análisis, el cual dividió en temas, siendo el primero la incomparecencia del demandado y el Art. 53 del Estatuto de la CIJ. En este tema, tratado en los párrafos 26 a 31 de la sentencia, la Corte analiza que a pesar de que EEUU decidió no participar en las actuaciones, esto no impedía que la Corte fallara, pero debía hacerlo respetando el Art. 53 del Estatuto. Esto significaba que no podía pronunciarse a favor de la parte compareciente sin hacer el análisis pertinente, que debía mantenerse la igualdad de las partes dentro del proceso y que la parte ausente no podía beneficiarse de su no comparecencia.

Como segundo tema, la Corte analizó la juzgabilidad del litigio (párrafos 32 a 35), como una cuestión preliminar, puesto que se había sugerido que el uso de la fuerza y la legítima defensa no entraban en el ámbito de competencia. La Corte “consideró que el caso no entrañaba necesariamente la evaluación de asuntos políticos o militares, que se saldrían de los límites jurídicos apropiados”³⁴⁷ y que por eso estaba capacitada para decidir sobre el tema.

Tercero, analiza el significado de la reserva de los tratados multilaterales, en relación a la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte hecha por EEUU. Resolvió que El Salvador sería afectado por la decisión que tomase la Corte y que por ello no podía conocer las denuncias de violación de las Cartas de la ONU y de la OEA y que la reserva de EEUU se limitaba a excluir la aplicabilidad de esos dos tratados multilaterales como derecho convencional multilateral.

Después de haber establecido la presentación de las pruebas, en concordancia con los requisitos del Estatuto, la Corte procedió a determinar cuáles eran los hechos imputables a EEUU. De esta manera, la CIJ “consideró probado que, en una fecha a fines de 1983 o principios de 1984, el Presidente de los Estados Unidos autorizó a una

³⁴⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf> (acceso: 03/10/2012).

³⁴⁷ Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1948-1991, p. 221 http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf (acceso: 03/10/2012).

dependencia del Gobierno de Estados Unidos a que tendiera minas en los puertos nicaragüenses³⁴⁸ y que ni antes ni después del tendido de las minas puso una advertencia pública y oficial de la existencia de las minas. Adicionalmente, la Corte encontró que otras actividades, las operaciones contra instalaciones petroleras y una base naval, eran imputables a Estados Unidos por la intervención de agentes estadounidenses en la planeación, dirección y apoyo de las actividades mencionadas.³⁴⁹ En lo que se refiere a la violación del espacio aéreo nicaragüense, la Corte encontró que las maniobras militares conjuntas de EEUU y Honduras eran de conocimiento público y que por ello se consideraban probadas.³⁵⁰ Sobre la relación de los *contras* con el gobierno estadounidense, la Corte consideró que “[n]o había prueba evidente de que los Estados Unidos hubieran ejercido un grado de control tal que justificara que se considerara que los *contras* actuaban en su nombre³⁵¹ y que por ello los *contras* seguían siendo responsables de sus actos, incluyendo las presuntas violaciones de derecho internacional humanitario. Finalmente, la CIJ aceptó que el Gobierno de Estados Unidos había adoptado medidas económicas contra Nicaragua en forma de suspensión de ayuda económica, oposición a la concesión de préstamos para Nicaragua por parte de organismos financieros internacionales, reducción de la cuota de importaciones de azúcar y embargo comercial total por orden ejecutiva.³⁵²

En lo que se refiere al derecho aplicable, la Corte considera que debía establecerse una diferencia entre derecho convencional y derecho consuetudinario, que es el que EEUU estaba aplicando y por otro lado desconocía el convencional. En este contexto, la CIJ “concluyó que ambas partes opinaban que los principios relativos al uso de la fuerza incorporados a la Carta de las Naciones Unidas correspondían [...] a los que existían en el derecho consuetudinario internacional³⁵³ y por ello aceptaban la obligación convencional de abstenerse de la amenaza de uso de la fuerza. La Corte reconoce la existencia de una excepción a la regla de la abstención al uso de la fuerza, la cual es la legítima defensa, derecho inmanente de los Estados conforme la Resolución 2625 (XXV) de la AG, que solo puede ejercerse como reacción a un ataque armado, sin que

³⁴⁸ *Id.*, p. 222.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ *Id.*, p. 223.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Id.*, p. 224.

éste incluyera la asistencia a rebeldes.³⁵⁴ A continuación se analiza el principio de no intervención, reflejado en jurisprudencia de la misma CIJ, en declaraciones y resoluciones de organizaciones y conferencias internacionales, lo que atestiguaba la aceptación de éste por parte de EEUU y Nicaragua. Además, la Corte también estableció que conforme al derecho internacional vigente a esa fecha, los Estados no tenían derecho a una reacción armada colectiva, o contramedidas colectivas, frente a ataques armados.³⁵⁵ Finalmente, la CIJ, apropiadamente, determina que “el tendido de minas en las aguas de otro Estado sin ninguna advertencia o notificación no solo constituía un acto ilícito, sino también una violación de los principios del derecho humanitario subyacentes en la Convención No. VIII de La Haya de 1907”.³⁵⁶ En esta misma línea, la Corte sostuvo que EEUU “estaban obligados a “respetar” los Convenios e incluso a “asegurar el respeto” de los mismos, y, por lo tanto, a no alentar a personas o grupos participantes en el conflicto en Nicaragua a que actuaran en contravención de las disposiciones del artículo 3”.³⁵⁷

En este punto la Corte relacionó los hechos con las normas jurídicas antes mencionadas. Es así que la CIJ “consideró que el tendido de minas a principios de 1984 y ciertos ataques a los puertos, las instalaciones petroleras y las bases navales de Nicaragua, imputables a los Estados Unidos, constituían violaciones [...]”³⁵⁸ del principio de prohibición del uso de la fuerza. En esta misma línea, la Corte concluyó que las maniobras militares realizadas por EEUU ni el suministro de fondos para los *contras* equivalían al uso de la fuerza. Siguiendo la idea de las contramedidas colectivas, no se aceptó ni se pudo mantener la alegación de legítima defensa colectiva por parte de EEUU, por lo tanto se concluyó que EEUU había “violado el principio que el recurso a la amenaza o el uso de la fuerza, al ejecutar los actos mencionados”.³⁵⁹ En cuanto a la no intervención, la Corte encontró que “se había demostrado claramente que los Estados Unidos pretendían, mediante su apoyo a los *contras*, ejercer presión sobre Nicaragua respecto a las cuestiones sobre las que cada Estado podía decidir libremente”.³⁶⁰ En lo atinente a las contramedidas colectivas, la CIJ decidió que los actos de los que se

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Id.*, p. 225.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Id.*, p. 226.

³⁶⁰ *Ibid.*

acusaba a Nicaragua no podían justificar las contramedidas adoptadas por un Estados Unidos y que éstas tampoco podían justificar una intervención que llevara consigo el uso de la fuerza.³⁶¹ Dentro de los párrafos 250 a 253, la Corte decidió que toda la asistencia dada a los contras, los ataques, el minado y los actos de intervención eran una violación al principio de no intervención y una contravención al principio de respeto de la soberanía territorial de cada Estado. Estos actos no podían ser justificados por las actividades atribuidas a Nicaragua en El Salvador y no daban ningún derecho a EEUU.³⁶² La CIJ, en consideración del derecho internacional humanitario, encontró que EEUU era responsable por no haber notificado el minado de los puertos de Nicaragua y que los estadounidenses estaban obligados a abstenerse de alentar a grupos o personas participantes en el conflicto nicaragüense. Por otro lado, la Corte desestimó las justificaciones de Estados Unidos para sus actuaciones y concluyó que EEUU había incurrido en actividades que menoscababan el espíritu del Tratado d1 956 sobre Amistad, Comercio y Navegación. Así, EEUU había violado el *pacta sunt servanda* al no cumplir con la obligación de no privar al Tratado de 1956 de su objeto y finalidad, dado que los actos cometidos (minado, ataques a puertos e instalaciones petroleras y embargo comercial) contravenían claramente las disposiciones del tratado. En esta misma línea, la CIJ concluyó que estos actos no podían ser medidas necesarias para proteger los intereses esenciales y la seguridad estadounidenses.³⁶³ Finalmente, la Corte aceptó que Nicaragua tenía derecho a una indemnización y a una reparación, pero que esto se decidiría en una etapa posterior del proceso y recordó a las partes la necesidad de cooperar con las gestiones realizadas en el seno del CS y de la AG para que se logre una paz definitiva y duradera en la región, enfatizando el principio de derecho consuetudinario internacional del arreglo pacífico de controversias.³⁶⁴

Con este antecedente, procede determinar la relevancia de la sentencia para el presente trabajo. De esta manera, la importancia recae en el establecimiento de principios básicos para la determinación de la responsabilidad internacional de Estados. Así se evidencia en el texto del Art. 8 del Proyecto de Artículos de la CDI en el sentido

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Id.*, p. 227.

³⁶⁴ *Ibid.*

de que éste recoge la responsabilidad internacional de Estado por el comportamiento de una persona o de un grupo de personas, siempre y cuando conste que “[...] esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado [...]”.³⁶⁵ Esta adopción por parte de la CDI se puede demostrar por sus propias palabras en el comentario al Art. 8 al decir que “[c]onfirman esta conclusión la jurisprudencia y la práctica internacionales”³⁶⁶, dando a entender la existencia de decisiones que establecen ya los principios recogidos.

Cabe analizar la forma en que la CIJ analizó la posible responsabilidad de cada uno de los grupos envueltos. En primer lugar, concluyó que los actos de la CIA (Central Intelligence Agency) como órgano oficial eran imputables a los EEUU. La razón fue la utilización de la regla de derecho internacional según la cual un Estado incurrirá en responsabilidad internacional por la comisión de actos contrarios al derecho internacional por particulares que tengan la condición de órganos del Estado conforme sus leyes internas. Segundo, la Corte determinó que la actuación de los UCLAs (Unilaterally Controlled Latino Assets) era atribuible si es que los particulares habían recibido instrucciones específicas para las acciones que resultaron una violación del derecho internacional, o si las habían realizado bajo supervisión de los autoridades estatales o porque los agentes estadounidenses “participaron en la planificación, dirección, apoyo y ejecución” de esas operaciones.³⁶⁷ Tercero, la CIJ considera que ni el apoyo, independientemente del tipo que sea, otorgado por un Estado a los particulares ni el grado de dependencia que tengan los particulares al Estado son determinantes para considerar que los hechos de los particulares sean atribuibles al Estado. Aunque la Corte acepta que existió un grado de control de los EEUU sobre los contras y que existió dependencia por lo menos durante un período, concluye que los Contras eran responsables de sus actos.³⁶⁸

Con esta base parece necesaria una conclusión referente al grado de control necesario por parte del Estado para que los hechos de los particulares le sean atribuidos. La Corte logra dar orientaciones generales sobre este tema, así:

³⁶⁵ Proyecto Artículos sobre responsabilidad internacional del Estado, CDI, *Óp. cit.*

³⁶⁶ Comentarios al Art. 8, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, Asamblea General. Documentos Oficiales, 1974, Vol. II, Primera parte, P. 287-291, p. 288, párr 3.

³⁶⁷ *Military and Paramilitary Activities [...]. Merits*, *Óp. cit.*, para 75-86.

³⁶⁸ *Id.*, para 109-115.

Pese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los contras actuaban por cuenta de los Estados Unidos... Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejercía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones.³⁶⁹

Conclusiones

- De acuerdo a la jurisprudencia y prácticas internacionales, es clara la prevalencia del derecho internacional respecto del derecho interno de cada Estado, aún considerando las diferentes formas de aplicación que pudieran existir del mismo. Por ello, el derecho interno no puede ser opuesto al derecho internacional, razón

³⁶⁹ *Ibid.* en Abel G. Moreno Fernández. La Atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización. Primer capítulo de la tesina presentada y aprobada en junio de 2005 como requisito final para optar por el DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2122688.pdf (acceso: 04/10/2012).

por la cual el derecho internacional exige adaptaciones o adecuaciones del derecho interno. Así, cualquier disposición contraria al derecho internacional debe ser considerada como nula.

- Es claro que el principio *pacta sunt servanda* es uno de los que se debe considerar como base del sistema internacional, especialmente en lo que se refiere a las relaciones interestatales, dado que implica confianza por parte de los Estados, confianza en que la otra parte cumplirá con sus obligaciones y velará por el fiel cumplimiento del tratado.
- Por la importancia y su aceptada aplicación, el *pacta sunt servanda* debe ser considerado como una norma de *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional, lo que le otorga un carácter diferente y una importancia elevada.
- El *rebus sic stantibus* no puede ser considerado como una excepción al *pacta sunt servanda* por el carácter de norma de *ius cogens* que tiene el último. De igual manera, no podría considerarse como una excusa para dejar de cumplir un tratado indefinidamente ni como una causa de terminación unilateral porque se estaría desnaturalizando a la figura puesto que su finalidad es lograr la renegociación del tratado, en los puntos que se hayan visto afectados por el cambio fundamental de circunstancias. Lo que podría ser aceptable es que se use como razón para la suspensión de un tratado, pero tan solo mientras el texto del mismo está siendo enmendado.
- No se debería aceptar como válida la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en casos en los cuales es evidente que la razón del cambio fundamental de las circunstancias es consecuencia directa de la acción del Estado que alega el cambio, como es el caso de cambios en la normativa constitucional.
- El fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados se encuentra en que éstos están obligados a observar y respetar el orden jurídico internacional y en que si no lo hacen deben responder por los daños que estén causando a otros Estados o a la comunidad internacional en general.
- La violación de una obligación internacional, independientemente de cual sea su origen, acarrea responsabilidad internacional y la consecuencia directa es la

obligación de reparar.

- Si se da la violación de una norma de ius cogens, esto debería implicar consecuencias particulares, diferentes de las que se puede esperar por la violación de una norma de derecho internacional positivo.
- Es claro que si un Estado viola un tratado del cual es parte deberá responder internacionalmente por ello, y esto será más aún cuando como parte de esa violación se encuentre una norma imperativa de derecho internacional, como es el caso del pacta sunt servanda.
- El Ecuador no debería escudarse en el cambio constitucional para desnaturalizar figuras de derecho internacional por simple conveniencia política del gobierno de turno. Un Estado que quiere ser tomado en serio dentro de la comunidad internacional debería procurar tomar decisiones que le beneficien tanto a corto como a largo plazo, independientemente del partido político o corriente política que se encuentre en el poder.

Recomendaciones

Con base en lo analizado a lo largo del trabajo, las principales recomendaciones serían:

- El Gobierno ecuatoriano debería concientizar sobre la primacía del derecho

internacional y la necesidad de respetar al *pacta sunt servanda* en consideración de la imagen internacional que se proyecta del país.

- El Ecuador debería analizar sus actos y hechos de manera que éstos no afecten la operatividad de una norma convencional, de manera alguna, para que esto no produzca ningún nivel de responsabilidad internacional.
- Para futuros análisis de compatibilidad de tratados internacionales con la Constitución de la República del Ecuador, y de manera que no se desconozcan los principios de primacía internacional y *pacta sunt servanda*, los jueces de la Corte Constitucional deberían tener fuertes antecedentes de experticia no solo en temas constitucionales sino también en derecho internacional. Por otro lado, cursos de actualización en temas de normativa internacional podrían ser de ayuda para que los jueces se mantengan al día y puedan tomar las decisiones adecuadas para la expedición de dictámenes que puedan afectar al Ecuador internacionalmente. En esta misma línea, una verdadera independencia de la Corte Constitucional es deseable, es decir, una separación de las otras funciones del Estado, para que no pueda ser influenciada de manera alguna.

Bibliografía

- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. Derecho Internacional Público. Santafé de Bogotá: Centro Editorial Javeriano CEJA, 1998
- ANDRITOI, Claudia. The clause “*rebus sic stantibus*” in State practice. Revista Academiei Fortelor Terestre; Mar2011, Vol. 16 Issue 1

- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II (2º parte)
[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(s\)/ILC_1976_v2_p1_s.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(s)/ILC_1976_v2_p1_s.pdf) (acceso: 12/09/2012)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> (acceso: 26/09/2012)
- Asamblea Nacional del Ecuador – Portal Web Oficial – Tratados e Instrumentos Internacionales <http://www.asambleanacional.gob.ec/tratados-e-instrumentos-internacionales-aprobados.html> (acceso: 18/09/2012)
- BARBOZA, Julio. “Derecho Internacional Público”. Buenos Aires: Zavalia, 2001
- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (acceso: 12/09/2012)
- BRIGGS, Herbert W.. The Law of Nations. Cases, Documents, and Notes. New York: Appleton-Century-Crofts, Inc., 1952
- BROTONS, Antonio Remiro. “Derecho Internacional”. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., 1997
- BROTONS, Antonio Remiro. “Derecho Internacional Público. Tomo II, Derecho de los Tratados”. Madrid: Editorial Tecnos, S.A. 1987
- BUERGENTHAL, Thomas and Sean D. MURPHY. Public International Law in a nutshell. Minnesota: Thomson/West, 2007
- CARDONA LLORENS, Jorge. “Deberes Jurídicos y Responsabilidad Internacional”. *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*. Manuel Pérez González et al. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1993
- CARRILLO SANTORELLI, Nicolás. “Los retos del derecho de gentes – ius cogens –. La transformación de los derechos internacional y colombiano gracias al ius cogens internacional”. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, Grupo Editorial Ibáñez, 2007
- CIJ, Recueil 1973
- Comentarios al Art. 8, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la

- Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas, Asamblea General. Documentos Oficiales, 1974, Vol. II, Primera parte
- Comisión de Derecho Internacional. Comentarios al proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Michael Domínguez. Informe No. 62 de 22 de octubre de 2002. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/EEUU.12285.htm> (acceso: 24/07/2012)
- CONFORTI, Benedetto. Diritto Internazionale. Napoli: Editoriale Scientifica, Quinta Edizione, 1999
- Corte Constitucional. Dictamen No. 023-10-DTI-CC, 24 de junio de 2010. Registro Oficial Suplemento 249 de 03 de agosto de 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf (acceso: 23/10/2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf (acceso: 23/10/2012)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C., núm. 4. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (acceso: 19/09/2012)
- CRAWFORD, James. “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Introducción, texto y comentarios”. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2004
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. “Responsabilidad Internacional de los Estados por

- violaciones a normas imperativas de Derecho Internacional General”. Libro Homenaje al Profesor Santiago Benadava. H. Llanos Mansilla y otros (Editores). Santiago de Chile, 2008
- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973. <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5749.pdf> (acceso: 01/10/2012)
- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974. <http://www.icj-cij.org/docket/files/55/5977.pdf> (acceso: 02/10/2012)
- KUNZ, Josef L.. “The Meaning and Range of the Norm Pacta Sunt Servanda”. The American Journal of International Law. Vol. 39, No. 2 (Apr., 1945), p 181. <http://www.jstor.org/stable/2192340> (acceso: 06/06/2012)
- La Doctrina está opositando. <http://doctrinadivIdIda.blogspot.com/2009/05/latinajos-iii-la-clausula-rebus-sic.html> (cceso: 23/08/12)
- LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999. <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7726.pdf> (acceso: 19/09/2012)
- La Guía de Derecho. Pacta sunt servanda. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/pacta-sunt-servanda>. (acceso: 07/06/2012).
- LUKASHUK, I. I.. “The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligations Under International Law”. *The American Journal of International Law*. Vol. 83, No. 3 (Jul., 1989). <http://www.jstor.org/stable/2203309> (acceso: 05/06/2012)
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I. C. J. Reports 1997. <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (acceso: 01/09/2012)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Vol. II. Madrid: Civitas, 1991
- GARCÍA DELGADILLO, Fausto Oscar. Rebus Sic Stantibus vs. Pacta Sunt Servanda en el Derecho de los Negocios Internacionales. Universidad Francisco Marroquín. www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/3465.pdf (acceso: 06/08/2011)
- GUERRERO VERDEJO, Sergio. Derecho Internacional Público: Tratados. http://books.google.com.ec/books?Id=YQg4E_qVAygC&lpg=PT68&ots=Jm8gU3k9yc&dq=rebus%20sic%20stantibus%20excepcion%20pacta%20sunt%20ser

vanda&hl=es&pg=PT68#v=onepage&q=rebus%20sic%20stantibus%20excepcio
n%20pacta%20sunt%20servanda&f=false (acceso: 23/08/2012)

HARRIS, DJ. "Cases and Materials on International Law". Fifth Edition. London:
Sweet & Maxwell, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. "Responsabilidad del Estado por violación de tratados
internacionales". *La Ciencia del Derecho Constitucional*. Eduardo Ferrer Mac-
Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea (Coordinadores). Buenos Aires:
Rubinzal – Culzoni Editores, 2009

HOSSAIN, Kamrul. The Concept of Jus Cogens and the Obligation under the U.N.
Charter. *Santa Clara Journal of International Law*. Vol 3, 2005.
www.scu.edu/scjil (acceso: 25/07/2012)

International Court of Justice. Application of the Convention on the Prevention and
Punishment of the Crime of Genocide. Preliminary Objections, Judgment of 11
July 1996. <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/7349.pdf> (acceso: 22/07/2012)

International Court of Justice. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.
Advisory Opinion of 8 July 1996. [http://www.icj-
cij.org/docket/files/95/7495.pdf](http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf) (acceso: 21/07/2012)

International Law Commission. Summaries: State Responsibility
http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm (acceso: 19/09/2012)

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for the Serious
Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the
Former Yugoslavia since 1991, Prosecutor v. Zoran Kupreskic and others.
Judgment of 14 January 2000.
<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf> (acceso:
26/09/2012)

JOFRE SANTALUCIA, Jimena y Paula OCAMPO SEFERIAN. Responsabilidad
internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales.
Tesis de grado para optar por el título de abogadas. Pontificia Universidad
Javeriana. Bogotá, 2001
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis48.pdf> (acceso:
21/09/2012)

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J.. Flexibilidad y tratados internacionales. Madrid:

- Editorial Technos (Grupo Anaya S.A.), 2003
- MEZA, Angelina Guillermina. "La Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia". Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja". Año IV, Número 5 (2010) http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0005_investigacion.pdf (acceso: 19/09/2012)
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf> (acceso: 03/10/2012)
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986. <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf> (acceso: 03/10/2012)
- MORENO FERNÁNDEZ, Abel G.. La Atribución al Estado de Responsabilidad Internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización. Primer capítulo de la tesina presentada y aprobada en junio de 2005 como requisito final para optar por el DEA en Derecho Internacional y Relaciones Internacional del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2122688.pdf (acceso: 04/10/2012)
- PÉREZ VARGAS, Víctor. "Rebus sic stantibus versus pacta sunt servanda". Revista Judicial, Costa Rica, N° 90. (2009)
- PINO, A. La excesiva onerosidad de la prestación. Barcelona: Bosch, 1959 en M. Isabel Garrido Gómez. Lo que queda del Principio clásico Pacta Sunt Servanda. http://www.derechocambiosocial.com/revista025/pacta_sunt_servanda.pdf (acceso: 23/08/2012)
- RAMÍREZ BULLA, Germán. *Política Exterior y Tratados Públicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999
- Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas <http://daccess-dds->

ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/86/IMG/NR035286.pdf?OpenElement (acceso: 06/06/2012)

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf (acceso: 21/09/2012)

Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1948-1991. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf (acceso: 02/10/2012)

Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia: 1997-2002. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf (acceso: 02/10/2012)

REUTER, Paul. "Introducción al Derecho de los Tratados". México: Fondo de Cultura Económica S.A., 1999

RODRÍGUEZ H, Gabriela. "Normas de responsabilidad internacional de los Estados". Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, José A. Guevara B. (compiladores). México: Distribuciones Fontamara, S.A., 2006

ROJAS BAEZ, Julio José. "La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos". American University International Law Review. Vol. 23, no.1 (2010), p. 93 <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=auilr> (acceso: 19/09/2012)

ROOT, Elihu. "The Outlook for International Law". The American Journal of International Law, Vol. 10, No. 1 (Jan., 1916), pp. 1-11. <http://www.jstor.org/stable/2187357> (acceso: 21/08/2012)

SORENSEN, Max. "Manual de Derecho Internacional Público". México: Fondo de Cultura Económica, 1994

TAYLOR, Hannis. "The Rule of Treaty Construction known as Rebus Sic Stantibus". Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1907-1917), Vol. 7, International Use of Straits and Canals, with Especial Reference to the Panama Canal (April 24-26, 1913), American Society of

International Law, p. 223-231. <http://www.jstor.org/stable/25656471> (acceso: 21/08/2012)

The White House. President George W. Bush ABM Treaty Fact Sheet.

<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/12/20011213-2.html> (acceso: 31/08/2012)

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980. <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf> (acceso: 19/09/2012)

VERHOEVEN, Joe. "The Law of Responsibility and the Law of Treaties". The Law of International Responsibility. James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson (Editores). New York: Oxford University Press, 2010

ZEMANEK, Karl. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/vclt/vclt-s.pdf> (acceso: 24/07/2012)

Normativa Citada

Carta de las Naciones Unidas, adoptada en San Francisco, Estados Unidos, 26 de junio

de 1945

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de 1998

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en la ciudad de Viena, Austria, 23 de mayo de 1969

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 de junio de 1945

Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), 17 de julio de 1998

Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. (2001) Art. 58, aprobado por Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, 21 de marzo de 1996