

LAS RESERVAS DE LA REPUBLICA ARGENTINA A LA CONVENCION SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. EL «ESTOPPEL» Y LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»

Ernesto J. REY CARO

La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969, reguló en la Sección Segunda de la Parte II (arts. 19 a 23), los aspectos relacionados con la formulación de las reservas, aceptación y objeción a las reservas, los efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas y el procedimiento relativo a las reservas. En el sistema de la Convención, que no será motivo de análisis en este trabajo, se deja un amplio margen a la voluntad de las partes, quienes pueden pactar normas expresas acerca de las reservas permitidas o prohibidas, de su aceptación y retiro, de la forma y momento, etc. Sin embargo, nada se estableció en la citada Convención sobre las reservas a la misma.

Por ley n.º 19.865¹, la República Argentina ratificó la Convención de Viena, formulando reservas a los arts. 45, apartado b) y 62 de dicho instrumento. Con respecto al primer dispositivo, el art. 2 de la ley, determina que la República Argentina no considera aplicable dicha norma por cuanto ella consagra una renuncia anticipada de derechos, y en el mensaje que acompaña el proyecto de ley aprobatorio de la Convención, se señala que el art. 45, apartado b), consagra el principio del «estoppel», que supone una renuncia tácita al derecho del Estado de alegar una causa de nulidad, terminación o suspensión de un tratado. «Si bien este criterio ha sido aplicado en algunas oportunidades por tribunales internacionales —sostiene la nota—, no se puede considerar que

1. v. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 11 de enero de 1973.

el mismo haya adquirido la categoría de norma consuetudinaria del Derecho internacional general, que deba ser incorporada a una Convención codificadora. Por lo demás la redacción del apartado b) del art. 45 es de tal vaguedad que podrá dar lugar a serias dificultades en su eventual aplicación».

En relación con el art. 62 de la Convención, el apartado b) del art. 2 de la ley, señala que la reserva se funda en la no aceptación de que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fuera previsto por las partes, pudiera alegarse como causa de terminación del tratado. Como observa el mensaje, se trata de la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», agregando «No es indudable que este principio constituya una norma reconocida del Derecho internacional y su aplicación puede poner en peligro la seguridad de los tratados».

Simultáneamente con la formulación de las reservas mencionadas, la ley también objeta las reservas formuladas por Afganistán, Marruecos y Siria al apartado a) del párrafo 2 del art. 62 y todas las reservas que con el mismo alcance pudieran presentarse en el futuro sobre este artículo. Los dos primeros Estados expresaron en el momento de la firma de la Convención que no consideraban aplicable la disposición del apartado a) del párrafo 2, a los tratados ilícitos o desiguales², mientras que la reserva formulada por Siria, señalaba que dicha norma era violatoria del principio de autodeterminación de los pueblos³. El mensaje consigna que estas reservas resultaban muy peligrosas por cuanto abrían la posibilidad de una revisión de las fronteras, que es precisamente lo que quería evitar la norma considerada.

Finalmente, la Ley n.º 19.865, contiene una declaración concebida en los siguientes términos: «La aplicación de la presente Convención a territorios cuya soberanía fuera discutida entre dos o más Estados que sean parte o no de la misma, no podrá ser interpretada como alteración, renuncia o abandono de la posición

2. La oposición de Afganistán y Marruecos a la norma que después sería motivo de las reservas mencionadas, fue fundamentada por sus representantes en los debates de la 640 y 650 sesiones de la Comisión Plenaria (v. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, Primer período de sesiones, Viena, 26 de marzo al 24 de mayo de 1968, *Documentos Oficiales*, págs. 411 y 418, en adelante citado como *Doc. A/Conf.39/11*).

3. «El Gobierno de la República Árabe Siria —sostenía el instrumento de adhesión a la Convención— no acepta en ningún caso la no aplicación del principio de cambio fundamental de circunstancias sobre los tratados que establecen fronteras, en el párrafo 2, apartado a) del art. 62, porque considera esto como una flagrante violación de una de las normas obligatorias entre las normas generales del Código internacional que prevé el derecho a la autodeterminación de los pueblos».

que cada uno ha sostenido hasta el presente». Esta declaración general, que técnicamente no constituye una reserva, indudablemente está dirigida a preservar la soberanía territorial argentina y particularmente contempla la controvertida situación de las Islas Malvinas y eventualmente del territorio antártico.

Las disposiciones de la ley considerada, nos induce a realizar algunas reflexiones sobre estos interesantes y polémicos capítulos del Derecho de los tratados, analizando las alternativas que determinaron su incorporación en la Convención, los debates suscitados en la Conferencia de Viena y también a realizar algunas observaciones sobre la posición argentina manifestada a través de las reservas formuladas.

I

Pérdida del derecho de alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado.

El art. 45 de la Convención sobre el derecho de los tratados, regula la pérdida del derecho a alegar la nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado cuando un Estado en los casos de los arts. 46 a 50, 60 y 62 de la misma Convención, después de haber conocido los hechos, consiente en forma expresa o tácita en la validez, permanencia en vigor o continuidad de la aplicación del tratado.

En el supuesto del consentimiento tácito, el Estado pierde el derecho cuando «*b) se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso*».

El texto de la Convención, reproduce con sólo modificaciones de forma, la fórmula propuesta por la Comisión de Derecho Internacional en el art. 42 del proyecto que sometió a la Conferencia de Viena de 1968-69⁴. En el comentario, la Comisión señala que el dispositivo se inspira en el principio «*allegans contraria non*

4. El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, establecía: «Un Estado no podrá alegar una causa para anular un tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 43 a 47 inclusive o en los artículos 57 a 59 inclusive, si después de tener conocimiento de los hechos: *a)* Ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según sea el caso; o *b)* Se debe considerar en vista de su comportamiento que dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según sea el caso».

audiendus est», que impide que una de las partes pueda obtener un beneficio de sus propias inconsecuencias. Agrega la Comisión que este principio ha tenido una aceptación general, siendo reconocido por el más alto tribunal internacional en algunos casos que le fueran sometidos ⁵.

En lo que hace al apartado b), la Comisión de Derecho Internacional señala que el principio que veda al Estado adoptar una actitud jurídica en contradicción con la actitud que, en consideración de su anterior comportamiento, pueden suponer las otras partes que había adoptado respecto de la validez, continuación en vigor o en aplicación del tratado, tiene sus propias manifestaciones en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, aunque reconoce que las características técnicas de estos ordenamientos no sean muy adecuados para la aplicación del principio en el derecho internacional. De ahí que evitara la utilización del vocablo «estoppel».

El dispositivo fue ampliamente debatido en las cuestiones de la Conferencia, arrojándose serias dudas sobre las afirmaciones efectuadas por la Comisión de Derecho Internacional en el comentario.

Previamente a la consideración de las alternativas de las discusiones en la Conferencia, veamos algunos antecedentes doctrinarios sobre el «estoppel».

Los estudios sobre la aplicación del principio del «estoppel» en derecho internacional no reconocen muy larga data ⁶ y hasta nuestros días subsiste la discrepancia respecto de si el mismo guarda estricta correspondencia con aquel viejo principio del «Common law» o es equiparable a la institución de la «forclusion» del Derecho francés, o a la teoría de los actos propios, del Derecho español, o a la noción de aquiescencia.

En el Derecho anglosajón, el «estoppel» se presenta con una apreciable gama de formulaciones y su aplicación está constreñida por el cumplimiento de ciertas condiciones, refiriéndose na-

5. Cfr. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados*; *Doc. A/Conf. 39/11/Add.2*, pp. 62-63.

6. Los primeros casos citados, provienen de órganos jurisdiccionales internacionales que en el siglo pasado se pronunciaron aplicando este principio del derecho interno. Fue mencionado, en 1854, por el Comisario norteamericano ante la Comisión Mixta establecida en el tratado anglo-norteamericano del 2 de febrero de 1853 y ejerció un papel destacado en el arbitraje sobre el Mar de Bering. En este siglo ha sido aplicado con reiteración, incluso en casos recientes sometidos al Tribunal Internacional de Justicia. (v. WITEMBERG, «L'Estoppel, un aspect juridique du problème des créances américaines», en *Journal de droit international*, 1933, t. 60, págs. 533 y ss.; PECOURT GARCÍA, Enrique, «El principio del estoppel en derecho internacional público», en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1962, vol. XV, pág. 101).

da más que a cuestiones de hecho⁷. Oppenheim, lo define como «principio de equidad, en virtud del cual una persona no puede negar posteriormente declaraciones o desautorizar una actitud anterior cuando tal cambio perjudica a otra persona que se había fundado legítimamente en aquellas declaraciones o en dicha actitud»⁸.

Los principales trabajos en la materia, además de abordar esta controvertida cuestión, tratan de fijar su contenido, de determinar sus elementos, de encontrar su fundamento, de analizar su aplicación a través de la jurisprudencia internacional, de desentrañar su verdadero papel en el área del Derecho internacional.

No es propósito de este trabajo, abordar *in extenso* este debatido capítulo del Derecho de Gentes al que monografías y opúsculos tan completos han sido dedicados, sino tratar de determinar los rasgos de esta institución a través de las connotaciones que ofrecen las discusiones y debates de estos grandes foros codificadores. Es en estas oportunidades cuando puede apreciarse en toda su magnitud y en toda su crudeza el papel y determinación de los intereses de los Estados en el campo jurídico internacional, que tantas veces impide determinar con certeza la verdadera naturaleza de ciertas normas. Es este un importante aspecto que no pocas veces el jurista deja de lado al sumergirse en la especulación doctrinaria.

Se ha definido al «estoppel» como «término de procedimiento tomado de la lengua inglesa que designa la objeción perentoria que se opone a que una parte en un litigio tome una posición que contradiga, sea lo que antes admitió expresa o tácitamente, sea lo que pretende sostener ante la misma jurisdicción»⁹. Pecourt García reconoce la dificultad de dar una definición categórica y omnicomprendensiva y sostiene que el «estoppel» es algo más que una norma de carácter procedimental, es una norma de carácter sustantivo, es una norma consuetudinaria de Derecho internacional, que define como «principio sustantivo de Derecho internacional general en virtud del cual un Estado, cuando adopta una determinada actitud y con ello da lugar a que otro Estado, basándose de buena fe en tal actitud, modifique una suya o

7. Cfr. AKEHURST, «Le principe de l'estoppel en droit administratif international», en *Journal de Droit International*, 1966, t. 93, págs. 286-287.

8. Cfr. *Tratado de Derecho Internacional Público*, trad. de López Oliván, Barcelona, 1961, t. 1, vol. 1, págs. 371, nota.

9. Cfr. BASDEVANT, *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Paris, 1960, pág. 263.

adopte una nueva, queda imposibilitado para alegar o someter a prueba en contrario dicha actitud o los hechos o situaciones que con la misma reconoció»¹⁰.

Conforme a esta definición, el jurista español distingue los siguientes elementos: a) una actitud primaria, consistente en una situación creada por la conducta de un Estado o parte; b) una actitud secundaria, la actitud adoptada por la otra parte fundada directamente en aquella conducta y, c) la imposibilidad de la parte que adoptó la actitud primaria de contradecir la misma. Entre la actitud primaria y la secundaria, debe existir una relación directa y causal¹¹.

En general, la doctrina parece admitir que el principio del «estoppel» desborda la simple noción de objeción procedimental, aunque se manifiesta no muy concordante cuando se trata de establecer la naturaleza de este principio¹².

Por otra parte, tampoco existe unanimidad en cuanto a la aplicación y procedencia del principio en el orden internacional, habiendo surgido tesis «amplias» o «extensivas», para las cuales sólo basta una contradicción real y efectiva entre una actitud anterior del Estado y una actitud actual¹³, y otras calificadas como «limitativas» o «restrictivas», que sostienen además la necesidad de la presencia de un daño o perjuicio para la aplicación del «estoppel»¹⁴. La jurisprudencia internacional, ha sostenido reiteradamente la necesidad de la existencia de un perjuicio como elemento constitutivo del «estoppel»¹⁵.

Para algunos autores, la noción de «forclusion» es perfecta-

10. Cfr. *Op. cit.*, págs. 116-117. Otras definiciones en WITENBERG, «La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales», en *R. de C.*, 1932, t. 41, págs. 115-116; REUTER, *Derecho Internacional Público* (Trad. de Puente Egido), Barcelona, 1962, pág. 274; GUGGENHEIM, *Traité de Droit International public*, Ginebra, 1954, t. II, pág. 158.

11. Cfr. *op. cit.*, págs. 103 y 117 y «El desistimiento en el proceso Internacional: a propósito de la doctrina establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la Barcelona-Traction», en *R.E.D.I.*, 1970, pág. 260.

12. v. VALLEE, Charles, «Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens», en *R.G.D.I.P.*, 1973, págs. 951 y ss.

13. Cfr. MAC GIBBON, «Estoppel in International Law», en *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, pág. 478; SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, London, 1960, págs. 82, 111, 117, 121, etc. Este autor proporciona una amplia casuística.

14. Cfr. BOWETT, «Estoppel before international tribunals and its relations to acquiescence», en *B.Y.B.I.L.*, 1957, pág. 193; cfr. también opiniones individuales de los jueces ALFARO y FITZMAURICE, en *C.I.J.*, *Recueil*, 1962, págs. 40 y 63-64.

15. v. LOUIS, Jean-Victor, «L'Estoppel devant la Court Internationale de justice», en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1965, págs. 219-221.

mente asimilable a la de «estoppel»¹⁶, como también lo es para otros la noción de aquiescencia¹⁷. Se ha señalado que con frecuencia, el «estoppel» actúa integrando la forma correspondiente a la aquiescencia¹⁸. Sin embargo, hay estudiosos del tema que tratan de establecer claras diferencias entre estos conceptos¹⁹.

En lo que pareciera haber uniformidad casi total es en que el «estoppel» encuentra su principal fundamento en el principio de la buena fe²⁰, señalándose también, como fundamento de carácter político, la reciprocidad²¹. El principio de la buena fe encuentra en el «estoppel», se ha dicho, «el medio técnico-jurídico para imponer una de las principales consecuencias de su virtualidad normativa: la inoponibilidad de las situaciones, conductas o actitudes determinantes de representaciones recibidas y admitidas de buena fe como auténticas»²².

Pasemos revista, ahora, a los debates de la Conferencia. Las deliberaciones de la Comisión Plenaria, como las discusiones de las sesiones plenarias de la Conferencia, pusieron bien en claro que en la hipótesis del art. 45 de la Convención sobre el derecho de los tratados, no hubo mayores dificultades en torno al apartado a) de este dispositivo, que hacía perder el derecho de alegar una causa de nulidad, dar por terminado, retirarse o suspender la aplicación de un tratado cuando en los casos allí previstos, después de haber tenido conocimiento de los hechos, el Estado manifiesta expresamente su aceptación, la aquiescencia o el reconocimiento del tratado, no pudiendo volverse sobre esta acep-

16. V. opinión de LUNA, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. I, Parte I, pág. 98, párr. 45.

17. Cfr. VENTURINI, «La portée et les effets juridiques des attitudes et des actes unilatéraux des Etats», en *R. de C.*, 1964, págs. 372-380.

18. Cfr. PECOURT GARCÍA, Enrique, «El principio del estoppel y la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso del Templo de Preah Vihear», en *R.E.D.I.*, 1963, págs. 158-159.

19. v. VALLÉE, Charles, *op. cit.*, págs. 980-989. También, opinión de Milán BARTOS, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. I, Parte I, pág. 98, párr. 50. El presidente de la Comisión, al manifestar su desacuerdo con la equiparación de las nociones de preclusión y estoppel, dijo: «Para que exista preclusión no es esencial que el Estado haya manifestado su voluntad de actuar de modo diferente al autorizado por sus derechos. Por el contrario, en el estoppel, según las decisiones más recientes de los tribunales anglosajones, el Estado actúa voluntariamente de manera tal que induce a otros a creer que va contra sus derechos y que procede de buena fe, es decir que no comete error alguno en cuanto al fondo de sus derechos. La preclusión supone que se ha fijado de antemano un cierto plazo y que después de la expiración es imposible alegar la invalidez».

20. Cfr. PECOURT GARCÍA, Enrique, «El principio del estoppel en derecho internacional público...», págs. 107-113; MC. GIBBON, *op. cit.*, págs. 512-513.

21. Cfr. VALLÉE, Charles, *op. cit.*, págs. 990-999.

22. Cfr. PECOURT GARCÍA, Enrique, «El principio del estoppel y la sentencia...», págs. 160-163.

tación o asentimiento expresamente manifestado, salvo que el consentimiento esté viciado en su base. Al respecto, las discusiones se centraron especialmente en la determinación de los supuestos en que el art. 42 del proyecto era aplicable. Una delegación propuso que la aplicación del art. 42 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se extendiera a los casos de coacción sobre el representante de un Estado y de coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza²³. Sin embargo, difícilmente podía preverse que la mayoría de los Estados aceptarían que tratados nulos «ab initio», podían adquirir validez «a posteriori» en virtud del procedimiento establecido en el dispositivo en examen. La enmienda fue rechazada.

No obstante, se aceptó la exclusión de la hipótesis prevista en el art. 58 del proyecto de la Comisión —imposibilidad subsiguiente de ejecución— de entre los supuestos en que el art. 45 de la Convención era aplicable²⁴. Hubo iniciativas, encaminadas a restringir aún más el ámbito espacial de aplicación del art. 42 del proyecto, excluyendo los casos de corrupción del representante de un Estado, de terminación de un tratado o suspensión de aplicación como consecuencia de su violación y del cambio fundamental de las circunstancias²⁵, además de la hipótesis del art. 58 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, al cual hiciéramos referencia. Esta iniciativa no tuvo éxito.

El meollo de la disputa estuvo localizado en la cuestión del consentimiento tácito y allí afloraron las actitudes reticentes de un grupo de Estados que veían en la fórmula del apartado b) del art. 42 del proyecto, como una espada de Damocles que pendía sobre la suerte de ciertos tratados que no se conformaban, según su criterio, con las normas de la buena fe y el principio de la libertad en la manifestación del consentimiento.

Así, una enmienda presentada por ocho Estados²⁶, suprimía lisa y llanamente el apartado b), amén de proponer otras modificaciones al mismo artículo. En la fundamentación de la enmienda, los representantes de estos Estados vertieron una apreciable cantidad de argumentos de orden jurídico y político en contra del «estoppel», a la vez que se objetaba la forma en que había sido redactado el dispositivo.

En más de una oportunidad, las objeciones pusieron de manifiesto la desconfianza de algunos Estados en que la forma en

23. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L. 340*.

24. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L. 247 y Add. 1*.

25. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L. 251 y add. 1 a 3*.

26. *Ibidem*.

que había sido elaborado el apartado pudiera abrir las puertas a una interpretación demasiado amplia respecto de la aplicación de ciertos tratados suscritos por países anteriormente sometidos a condición de colonia u otra restricción de soberanía. En lo que concierne a la situación de éstos, se sostenía que la fórmula consagrada en el art. 42 del proyecto de la Comisión, les obligaba indefinidamente por actos a los que habían otorgado una supuesta aquiescencia antes de haber logrado su independencia o por ciertas situaciones de injusticia consecuencia de obligaciones impuestas.

Por otra parte, no cabe duda que el dispositivo en consideración contenía un elemento subjetivo del cual dependía la pérdida de un derecho, situación ésta que naturalmente crearía cierta reticencia en los Estados, más aún si se tiene en cuenta que la situación de hecho y su alcance dependería normalmente de la apreciación de un órgano jurisdiccional. La conducta de un Estado no siempre es fácil de interpretar, resultando tarea compleja determinar su verdadera intención. De ahí, que sus detractores sostuvieran que era inaceptable imponer al Estado, frente a un tratado concluido en condiciones anormales, una conducta positiva que implicara la no aceptación del mismo, pues de lo contrario el silencio podría ser interpretado como una aquiescencia, y muchas veces, situaciones especiales, extrañas a la voluntad de los Estados, determinan una actitud de silencio que no constituiría el reflejo de una libre determinación.

Los posibles efectos del silencio y su significación en la doctrina del «estoppel», fueron señalados por el Prof. de Luna en el seno de la Comisión de Derecho Internacional. Para el ilustre jurista español, en la configuración del «estoppel» la doctrina exige que haya un conocimiento del hecho sobre el que guarda silencio el Estado, que haya un interés jurídico válido en ese hecho y que haya expirado un plazo razonable²⁷. Pecourt García, sostiene que el silencio puede dar lugar a consecuencias jurídicas sólo en caso de que el que calla pudo y debió hablar²⁸.

Estos reparos a la redacción del art. 42 del proyecto, que llevó a algunos Estados a proponer la supresión del apartado b), también indujo a otras delegaciones a tratar de obtener una explicación de su contenido. Tal fue el propósito de la enmienda presentada por España²⁹ que a la vez que sugería una sustitución

27. Cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1963, vol. 1, pág. 193.

28. Cfr. «El principio del estoppel en derecho internacional público...», págs. 105-106.

29. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L. 272*.

del párrafo inicial del artículo ³⁰, proponía que el apartado en estudio fuera redactado en la siguiente forma: «Su conducta evidencia *inequívocamente* que ha renunciado a alegar la causa para anular el tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación». El delegado español, al fundamentar la enmienda, planteó serios interrogantes en torno al momento en que podía considerarse que un Estado había otorgado su aquiescencia a la validez de un tratado. ¿Qué factores debían ser considerados para obtener un juicio definitivo? ¿Qué valor debía otorgarse a la protesta del Estado víctima de la nulidad? ¿La confirmación de la conducta debería juzgarse por sólo un acto o era necesario la consistencia de la conducta manifestada a través de un tiempo más o menos extenso? La dificultad para dar una respuesta adecuada a estos interrogantes —se dijo—, justificaba la sustitución de la «aquiescencia» por la «conducta inequívoca», pues de mantenerse el texto originario seguramente conduciría a ambigüedades tales que convalidarían situaciones arbitrarias o nacidas en forma ilícita.

La doctrina ha sostenido la necesidad de que tanto las declaraciones como los actos imputados al Estado tengan un sentido claro e inequívoco; la conducta debe ser concluyente ³¹. En este aspecto, no ha sido menos rigurosa la jurisprudencia internacional: «...lorsque l'on examine les conditions requises en vue d'établir la parte d'un droit en vertu du principe de l'estoppel, il est très clair que l'application de ce principe à l'espèce manque la base. Les porteurs n'ont pas fait déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat débiteur pût à bon droit se fonder et se soi fondé» ³².

En la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, el alto tribunal ratifica la jurisprudencia anterior: «...il faudrait que la République fédérale ne puisse plus contester l'applicabilité du régime conventionnel, en raison d'un comportement, de déclarations, etc. qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière

30. La enmienda proponía sustituir al final de párrafo inicial, las palabras «si, después de tener conocimiento de los hechos», por frase «si conociendo tal causa y habiendo esta cesado», por entenderse que si la causa de nulidad o terminación seguía existiendo en el momento en que se alegaba, la hipótesis prevista en el art. 42 del proyecto de la CDI, no era aplicable (v. *Doc. A/Conf. 39/11*, pág. 433, párr. 12).

31. Cfr. BOWETT, *op. cit.*, pág. 188; PECOURT GARCÍA, Enrique, «El principio del estoppel en derecho internacional público...», págs. 104-105.

32. Cfr. *C.P.J.I., Serie A*, n.º 20-21, págs. 38-39 (Caso empréstitos serbios); v. también *C.P.J.I., Serie A/B*, n.º 53, pág. 71 (Caso Groenlandia Oriental); *C.I.J., Recueil*, 1951, pág. 27 (caso Pesquerías).

claire et constante son acceptation de ce régime, mais aurient également amené le Danemark ou les Pays-Bas, se fondant sur cette attitude, à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque. Rien n'indique qu'il en soit ainsi en l'espèce»³³.

Durante las deliberaciones se señaló que la noción de aquiescencia fue introducida para evitar el uso de los términos «estoppel» o «forclusion», pero que el término no era lo suficientemente preciso ni su alcance perfectamente determinado como para aconsejar su inclusión en la Convención, pese a la aplicación efectuada en algunas decisiones del Tribunal Internacional de Justicia. Más aún, partiendo de la hipótesis de que el art. 42 del proyecto consagraba un principio jurídico fundado en la buena fe y la equidad, en virtud del cual nadie puede obtener ventajas de su propia inconsecuencia, aquél no tiene —se dijo—, una correlación efectiva con el concepto anglosajón del «estoppel», ya que éste, como lo señalara el jurista español de Luna en la Comisión de Derecho Internacional, era el resultado de una serie de decisiones judiciales. En el continente, la materia encontraba apoyo en las máximas del Derecho romano «nemo contra factum suum propium venire potest» y «allegans contraria non audiendus est», de las que se derivaron reglas distintas del «estoppel» del Derecho anglosajón³⁴.

Los temores de que la aplicación del art. 42 del proyecto pudiera amparar ciertos abusos —situación que insistentemente se mencionó en las deliberaciones—, determinó la presentación de una enmienda que proponía agregar la palabra «libremente», que indicara que el comportamiento a que aludía el apartado b), debía constituir una manifestación de una auténtica voluntad, libre de toda coacción, como fundamento de los derechos y obligaciones originados en el tratado³⁵. Esta enmienda no fue aceptada.

Una síntesis de los argumentos expuestos en las sesiones de la Conferencia, nos permite determinar dónde estaba dirigida la crítica elaborada para lograr la exclusión de la hipótesis de la

33. Cfr. *C.I.J., Recueil*, 1969, pág. 26.

34. v. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. 1, Parte I, pág. 109, párr. 91-93. Las discusiones en el seno de la CDI —838.ª sesión— dejaron entrever que existía una diferencia entre los principios aplicados por el Tribunal Internacional de Justicia en varios casos y el principio anglosajón del «estoppel» y que no existía razón alguna para que la formulación de la norma en el orden internacional fuera igual a la del derecho interno.

35. v. *Doc. A/Conf. 93/C. 1/L. 273*. La enmienda de Camboya proponía la sustitución de la frase «Se debe considerar en vista de su comportamiento que ha dado su aquiescencia» por la frase «Ha procedido en vista de su comportamiento como si hubiese dado libremente su aquiescencia».

aquiescencia de entre los supuestos de aplicación del art. 42 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional. He aquí algunos de ellos:

El apartado *b*) del artículo considerado, sea que se refiera a un caso de «estoppel» como sostuvieron algunos, sea que contemple una situación «de facto», como afirmaron otros, comportaba desprender principios de ordenamientos jurídicos nacionales para trasladarlos al orden internacional.

Esta aplicación por analogía de principios jurídicos de ordenamientos internos, referidos a situaciones fundamentalmente diferentes, excluye la posibilidad de considerar la norma del apartado *b*) como una norma de derecho internacional general.

La aprobación de una norma de esta naturaleza favorecería a la institución del colonialismo, perpetuando y trasladando situaciones injustas a los nuevos Estados, salvaguardando privilegios obtenidos por la coacción y la fuerza.

En consecuencia, tal principio constituía un impedimento para reparar situaciones de injusticia heredadas por aplicación de un sistema fundado en la subordinación y la desigualdad.

Finalmente, la incorporación de esta norma al Derecho de los tratados —se sostuvo—, comportaba la introducción de un elemento subjetivo, que otorgaba un margen demasiado grande a la discrecionalidad ya que no se establecían pautas suficientemente firmes para juzgar la conducta de los Estados.

Frente a estos argumentos, se opusieron otros no menos convincentes por parte de los Estados que defendieron el principio introducido en el art. 42 del proyecto de la Comisión, el cual, por otra parte, ya había sido sometido a un severo juicio crítico en las diversas oportunidades en que los sucesivos informes de los relatores del tema «Derecho de los Tratados» fueron analizados por la Comisión de Derecho Internacional³⁶.

36. El apartado *b*), sufrió varias modificaciones durante los debates en la CDI, hasta llegar al texto sometido a la Conferencia. En la fórmula adoptada en 1963, según Brigg, la CDI pareció recoger la idea de preclusión: «El derecho de alegar la nulidad de un tratado o retirarse de él en los casos... no podrá ejercitarse si, después de conocer los hechos en que se funda ese derecho, el Estado interesado:... *b*) hubiese procedido de manera que le prive de toda posibilidad de negar que ha elegido considerarse ligado por el tratado...» (v. *Doc. A/CN. 4/L. 107*, pág. 42). En 1966, el Relator Especial, propuso un texto que modificaba el anterior introduciendo la noción de consentimiento implícito o tácito: «Un Estado no podrá alegar una causa para invalidar un tratado, ponerle término, retirarse de él o suspender su aplicación..., si después de tener conocimiento de los hechos que dan lugar a esa causa:... *b*) debe entenderse que ese Estado, por razón de sus actos o por demora excesiva en alegar tal causa, ha consentido en considerar que el tratado es válido, o que, en su caso, sigue en vigor» (v. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. 1, Parte I, págs. 96-97).

Se alegó, que si bien el consentimiento de un Estado no debía presumirse a la ligera, principios de justicia y de buena fe exigían que si un Estado por su comportamiento inducía a otro u otros a creer en la existencia de ciertos hechos, debía perder toda posibilidad de negar la existencia de tales hechos si al hacerlo causaba un perjuicio al otro u otros Estados que habían actuado de buena fe.

De igual manera, se sostuvo que la aprobación de la enmienda presentada por los ocho Estados, destruiría todo el basamento en que se asientan los principios enunciados y reconocidos por la comunidad civilizada ya que permitiría que un Estado que hubiera aceptado voluntariamente el dolo u otros vicios y las ventajas derivadas de un tratado pudiere posteriormente, por razones de orden político o de conveniencia, tratar de lograr su anulación.

También se alegó que la aceptación de la enmienda mencionada, introducía elementos de inseguridad e inestabilidad en las normas jurídicas internacionales y permitiría a los Estados ligados con las antiguas potencias coloniales por tratados de fronteras, tratar de impugnar la validez de tales tratados y establecer exigencias desmesuradas respecto del territorio de los Estados que acababan de obtener su independencia.

Por otra parte y rebatiendo a sus detractores, se afirmó que había una efectiva semejanza entre la mayoría de los sistemas de Derecho interno que impiden a las partes aceptar y rechazar al mismo tiempo en sus relaciones contractuales y los principios incorporados por la Comisión de Derecho Internacional que limitan la posibilidad de un Estado de alegar ciertas causas de nulidad en determinadas circunstancias y se señalaba, rebatiendo otras críticas, que la misma Comisión había hecho mención en el párrafo 5 del comentario al artículo en consideración de que el principio de la aquiescencia no era aplicable si el Estado interesado no estaba en condiciones de ejercer libremente su derecho a invocar la nulidad de un tratado.

Se arguyó, también, que el principio de la buena fe que requiere que una parte no pueda obtener ventajas de sus propias inconsecuencias —principio de derecho internacional claramente reconocido—, aconsejaba mantener el apartado *b*), aún ante el peligro de una aplicación abusiva del mismo. Resulta paradójico que el principio de la buena fe haya sido invocado tanto por los sostenedores como por los detractores de la norma en estudio.

En la larga lista de argumentos favorables, se dijo que el principio de la aquiescencia y del consentimiento tácito había sido in-

troducido en otros artículos del proyecto, como, v. gr., el referido a la aceptación de las reservas.

No faltó, por supuesto, la mención de la aplicación del principio incorporado en el apartado *b)* del art. 42 del proyecto, realizada por el Tribunal Internacional de Justicia en los casos del Templo de Preah Vihear y de la Sentencia Arbitral del Rey de España. Al respecto, un delegado señaló que el apartado *b)* se basaba en la idea del consentimiento tácito y no en la confusión, como habían afirmado algunos representantes y que la confusión se debía a que la Comisión del Derecho Internacional, en el comentario, parecía haber estudiado la cuestión refiriéndose a estas dos decisiones del alto tribunal, en las que se enunciaba el principio en forma negativa, recurriendo a la idea de preclusión, pero que en la última frase del párrafo 4 del comentario y de las observaciones formuladas por el Relator Especial, se infería que el apartado *b)* no enunciaba el principio de preclusión³⁷. Debemos señalar que la confusión terminológica y conceptual aparece como una constante en los debates de la Conferencia.

Sir Humphrey Waldock, sostuvo que la disposición del art. 42 del proyecto constituía un principio general del Derecho, aplicable aún a falta de un reconocimiento expreso, aunque admitió que podía formularse desde distintos puntos de vista, sea como renuncia a un derecho, sea conforme al principio según el cual un Estado no puede retractarse de la posición que ha adoptado y que ha inducido a otro Estado a obrar en consecuencia, pero que la Comisión consideró que para lograr la unanimidad era conveniente enunciar el principio conforme a la noción de acuerdo expreso y aquiescencia tácita deducida del comportamiento del Estado³⁸.

Hubo iniciativas que, partiendo de la aceptación del principio, pretendieron establecer un límite temporal a la facultad de invocar la causa de nulidad del tratado. Así, se propuso que se consideraba que un Estado que alegara una causa de nulidad de un tratado con arreglo a lo dispuesto en los arts. 43 a 47 del proyecto (arts. 46 a 50 de la Convención), había dado su aquiescencia a la validez del tratado si había transcurrido un período de diez años desde la fecha en que por primera vez ejerció derechos u obtuvo el cumplimiento de obligaciones de conformidad con el tratado³⁹. Otra enmienda limitaba el derecho del Estado de invocar la nulidad del tratado, si había transcurrido un año desde la fecha en

37. v. *Doc. A/Conf. 39/11/Add. 1*, pág. 85, párr. 23-24.

38. v. *Doc. A/Conf. 39/11*, pág. 441, párr. 104-105.

39. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L.*, 267 y *Add. 1*.

que por primera vez tuvo conocimiento de la causa de nulidad⁴⁰. En ambos casos, la fuerza de los argumentos que expusieron sus patrocinantes se nutrían —entre otros— en el principio de la estabilidad de las relaciones contractuales, en el ordenamiento del sistema judicial, en la necesidad de disminuir las pretensiones de invocar la nulidad de un tratado. Estas enmiendas no fueron aceptadas.

Sometido finalmente a votación el art. 42 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, fue aprobado con las modificaciones introducidas en los debates, constituyendo el actual art. 45 de la Convención sobre el Derecho de los tratados. El dispositivo contó con un asentimiento considerable, 84 votos a favor, 17 en contra y 6 abstenciones. El delegado argentino ya había manifestado con anterioridad que votaría en contra del art. 42 en su totalidad, para el caso que no se admitiera la votación por separado del apartado *b*), como lo había propuesto una delegación latinoamericana⁴¹.

Los debates de la Conferencia de Viena de 1968-69, pusieron de manifiesto que la unanimidad que creyó la Comisión que concitaría en torno al precepto en examen, no se logró. Más aún, hubo una oposición tajante por parte de un grupo de Estados a aceptar como norma de Derecho internacional el principio de la aquiescencia o del consentimiento tácito, o del «estoppel» como también se le consideraría.

El bagaje argumental de sus sostenedores y detractores, exhibe razones atendibles tanto para la incorporación del principio como para su exclusión. Sin embargo, como en otros temas debatidos en la Conferencia, las connotaciones políticas y las situaciones particulares de los Estados influyeron en las situaciones adoptadas, pues el reconocimiento de tal o cual norma, podría comprometer al Estado en problemas pendientes o futuros. Pero, si se analizan en profundidad las objeciones, puede advertirse que más que un desconocimiento del principio en sí, había una gran desconfianza en la forma poco precisa consagrada para apreciar la conducta del Estado, dejando un amplio margen para la discrecionalidad o la interpretación en la circunstancia que un determinado caso o conflicto fuera sometido a un tribunal u otra instancia internacional.

40. v. *Doc. A/Conf. 39/C. 1/L.*, 354.

41. v. Intervención de DE LA GUARDIA en *Doc. A/Conf. 39/11/Add. 1*, pág. 87, párr. 50. Cfr. también DE LA GUARDIA y DELPECH, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, 1970, pág. 376.

II

Cambio fundamental en las circunstancias.

El art. 62 de la Convención también fue ampliamente debatido en la Conferencia. La Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto que sometió a la discusión —art. 59—, presentó la norma en forma negativa, ya que partía de la base de que un cambio fundamental en las circunstancias no podía ser alegado como causa para poner término a un tratado o retirarse de él a menos que se dieran los supuestos allí previstos⁴².

Conforme al sistema del artículo, que establecía varios requisitos, el cambio debía darse respecto de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado y dicho cambio debía ser fundamental y no previsto por las partes. Además, la existencia de dichas circunstancias debía haber constituido la base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado y el cambio debía tener por efecto una modificación sustancial del alcance de las obligaciones que todavía debían ejecutarse en virtud del tratado. Finalmente, el dispositivo expresamente vedaba la posibilidad de alegar un cambio fundamental en las circunstancias en dos casos: para poner término o retirarse de un tratado que establecía una frontera y cuando el cambio fundamental resultaba de una violación, por parte del Estado que lo alegue, del tratado o de una obligación internacional diferente con respecto a las demás partes en el tratado.

En este artículo, la Comisión se pronunciaba respecto de una de las materias que había concitado la atención de los juristas

42. En el proyecto de 1963 y en el sistema del artículo propuesto por el Relator Especial, Sir Humphrey Waldock a la CDI, en 1966, el precepto estaba redactado en forma positiva. Así, este último establecía: «Un cambio fundamental ocurrido en cuanto a un hecho o estado de cosas existente en el momento de la celebración del tratado únicamente podrá ser alegado por una parte como causa para poner término al tratado o retirarse de él: a) si la existencia de ese hecho o estado de cosas constituyera un elemento esencial del consentimiento de las partes en quedar obligadas por el tratado; b) si la consecuencia de ese cambio fuese modificar en un aspecto esencial el carácter de las obligaciones permanentes asumidas en el tratado; y c) si el cambio no hubiese sido previsto por las partes y sus consecuencias no hubieran sido objeto de disposiciones en el tratado mismo. 2. No podrá alegarse un cambio fundamental como causa para poner término a una disposición del tratado por el cual se haya fijado una frontera o efectuado un traspaso de territorio, ni para retirarse del tratado en cuanto a tal disposición (v. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. 1, Parte, I, págs. 77-78). Sin embargo, para poner énfasis en el carácter excepcional de la cláusula, después de abundantes argumentos el dispositivo fue aprobado en la forma que se presentó a la Conferencia.

desde mucho tiempo atrás, habiendo dado lugar a interesantes disgresiones. Debe destacarse que el principio «rebus sic stantibus» fue aceptado en general por la doctrina, pero en forma condicionada⁴³. En cierta manera, la Comisión reconoce la reticencia de los autores a aceptarlo sin las debidas limitaciones por el riesgo que implica para la estabilidad de las relaciones jurídico-internacionales. En efecto, el artículo reconoce un principio que encierra también un elemento subjetivo, que como tal depende de la apreciación y valoración de las partes, cuya aplicación indiscriminada permitiría a los Estados liberarse con relativa facilidad de las obligaciones convencionales.

Estimamos de interés para el esclarecimiento del tema en consideración, las reflexiones realizadas por la Comisión de Derecho Internacional en el informe que acompaña al proyecto. Este organismo señala que si bien la doctrina «rebus sic stantibus» no ha sido motivo de un pronunciamiento expreso del Tribunal Internacional de Justicia, en diversos casos sometidos a su jurisdicción las partes han invocado este principio⁴⁴, hecho éste que también se ha producido en algunos debates en los órganos políticos de las Naciones Unidas. Algunos tribunales nacionales han reconocido la procedencia del principio en Derecho internacional, aunque en casi todos los casos han determinado que no era aplicable⁴⁵.

De la práctica se deduce, según la Comisión, que existe una amplia aceptación de la idea de que el cambio fundamental en las

43. V. entre otros, MARTENS, *Tratado de Derecho Internacional* (Pról. de Fernández Prida) Madrid, s/f, Tomo I, pág. 527; BLUNTSCHLI, *Droit International Codifié*, Paris, 1886, pág. 268; FIORE, *Le Droit International Codifié*, Paris, 1911, págs. 412-413; ANZILOTTI, *Curso de Derecho Internacional* (Trad. de López Oliván) Madrid, 1935, T. 1, págs. 398-406 y bibliografía citada; SGHINDLER, «Contribution a l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international», en *R. de C.*, 1933, T. 46, págs. 271-277; ACCIOLY, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Río de Janeiro, 1946, T. II, págs. 504-512; BALLADORE PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, 1948, págs. 243-247 y amplia bibliografía citada; DIENA, *Derecho Internacional Público* (Trad. de Triás de Bes) Barcelona, 1948, págs. 427-430 y autores allí citados; REUTER, *op. cit.*, págs. 80-83; POCH y G. DE CABIEDES, «De la clause 'rebus sic stantibus' a la clause de révision dans les conventions internationales», en *R. de C.*, 1966, T. 118, págs. 109-206; BOGAERT, «Sens de la clause 'rebus sic stantibus' dans le Droit des Gens actuel», en *R.G.D.I.P.*, 1966, págs. 19 y ss.; PASTOR RIDRUEJO, «La doctrine 'rebus sic stantibus' á la Conference de Vienne de 1968 sur le Droit des Traités», en *Annuaire Suisse de Droit International*, 1968, Vol. XXV, págs. 81-98; CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, 1969, págs. 194-200, etc.

44. V. Asunto de los Decretos de Nacionalidad (*P.C.J.I.*, Serie C, N.º 2, págs. 187-188 y 208-209); Caso de la Denuncia del tratado chino-belga de 1865 (*Ibidem*, N.º 16, I, págs. 22-23 y 52); Asunto Zonas Francas (*Ibidem*, Series A/B, n.º 46, e *Ibidem*, Serie C, N.º 58, págs. 109-146, 405-415, 578-579).

45. V. *Doc. A/Conf. 39/11/Add. 2*, pág. 81.

circunstancias puede servir de base para la petición de terminación o revisión de un tratado, pero que también dicha práctica rechaza el «derecho» de una parte a denunciar unilateralmente un tratado por tal causa.

La Comisión de Derecho Internacional también reconoce que la aplicación de la doctrina «*rebus sic stantibus*» en nuestros días puede estar limitada a un número muy reducido de casos, ya que la práctica moderna, salvo escasas excepciones, ha desechado los llamados tratados perpetuos, estableciendo para estos actos jurídicos una duración limitada o, en su defecto, se celebran por períodos sucesivos otorgando a las partes la facultad de denunciarlos al finalizar cada período o estableciendo el derecho de darlos por terminados expresa o implícitamente por medio de una notificación. No obstante, reconoció que todavía quedaban ciertos tratados en los que por falta de un acuerdo de esta naturaleza, las partes quedaban imposibilitadas de subsanar, fundándose en las cláusulas del tratado, las disposiciones anticuadas y onerosas, por lo que la aceptación de la doctrina «*rebus sic stantibus*» en el Derecho de los tratados, constituía una adecuada «válvula de escape».

Conforme a la doctrina tradicional, con frecuencia se limitaba la aplicación de la cláusula o doctrina «*rebus sic stantibus*» a aquellos tratados que no tenían disposición alguna sobre la terminación de los mismos. La Comisión se preguntó si tal criterio era válido o si debía extenderse la aplicación a toda clase de tratados. Prevalció este último criterio porque, como muy acertadamente se arguye, fundándose el principio en la equidad y la justicia, no hay razón alguna para establecer una distinción entre los tratados perpetuos y los de larga duración. Puede establecerse una vigencia determinada, diez, veinte, cincuenta años, pero los acontecimientos demuestran, especialmente en el presente siglo, que las mutaciones pueden producirse en un escaso período de tiempo. El cambio fundamental en las circunstancias puede operarse en períodos relativamente breves.

Otro de los problemas que abordó la Comisión de Derecho Internacional fue determinar si los cambios generales en las circunstancias totalmente ajenas al tratado, pudiera determinar que en algunos casos se aplicara la doctrina «*rebus sic stantibus*». La Comisión se inclinó por aceptar esta hipótesis sólo en el caso que el cambio general tuviera por efecto modificar una circunstancia que constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en el tratado.

Cabe observar que la Comisión no utilizó la expresión clásica «*rebus sic stantibus*», evitando de esta forma la connotación doc-

trinal de la terminología latina. No está demostrado, sin embargo, que en este caso, el abandono de la denominación tradicional haya influido favorablemente en el esclarecimiento de la norma.

El art. 59 del proyecto de la Comisión excluía la suspensión del tratado como una de las posibles consecuencias de la alegación de un cambio fundamental en las circunstancias. Durante los debates de la Comisión Plenaria hubo dos proyectos de enmiendas tendentes a modificar en este aspecto la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional. Una enmienda de Canadá⁴⁶, proponía agregar la palabra «suspender» en el párrafo primero, mientras que la otra enmienda, de Finlandia⁴⁷, proponía agregar en dicho párrafo «suspender total o parcialmente su aplicación».

En la fundamentación de las enmiendas, se señaló que la posibilidad de la suspensión del tratado sólo podía excluirse si se consideraba el «cambio fundamental» como sinónimo de «cambio irreversible» o «cambio permanente», pero que era menester aclarar que un cambio fundamental en las circunstancias no podía producir necesariamente y como única consecuencia posible la terminación del tratado ya que también podía tener como efecto la suspensión o la limitación del tratado. Cierta parte de la doctrina había apoyado esta extensión de los efectos del principio «rebus sic stantibus». En su esencia, las enmiendas fueron aprobadas, pero no como partes del párrafo 1, sino que dieron origen al actual párrafo 3 del art. 62 de la Convención.

La única propuesta que importaba una modificación total en el sistema del artículo fue la presentada por Venezuela, que daba carácter positivo a lo que la Comisión, como ya lo señaláramos, había enunciado como una excepción⁴⁸. Sin embargo, se resolvió mantener el texto de la Comisión. Las demás enmiendas a las diversas partes del art. 59 del proyecto, no implicaban introducir

46. V. *Doc. A/Conf. 39/C.1/L. 320*.

47. V. *Doc. A/Conf. 39/C.1/L. 333*.

48. V. *Doc. A/Conf. 39/C.1/L. 319*. El artículo estaba redactado en la siguiente forma: «Un cambio fundamental de las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no hubiese sido previsto por las partes, podrá ser alegado como causa para poner fin al tratado o retirarse de él, cuando: a) La existencia de esas circunstancias constituya una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) Si la consecuencia de ese cambio fuese la de modificar en un aspecto esencial el carácter de las obligaciones permanentes asumidas en el tratado. 2. Un cambio fundamental de las circunstancias no podrá ser alegado: a) Como causa para poner término a un tratado que establezca una frontera o para retirarse de él; b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alegue, del tratado o de una obligación internacional diferente con respecto a las demás partes en el tratado».

cambios apreciables, sino que tenían como objetivo esclarecer el texto. De ahí que ninguna modificación sustancial surgió de las deliberaciones de la Conferencia, salvo la ya mencionada respecto de los efectos.

Llama la atención al investigador cómo delegados de Estados con diferentes y no pocas veces antitéticos sistemas jurídicos han manifestado tantas opiniones coincidentes. Lo que pudo haber sido motivo de largas polémicas se transformó en un asentimiento casi unánime. Si algunas voces en disidencia se alzaron, las críticas estaban dirigidas no tanto al reconocimiento de la vigencia del principio «*rebus sic stantibus*», sino más bien a la ubicación de acuerdo con la estructura general de la Convención, o respecto de la aplicación a tal o cual hipótesis. Las connotaciones de carácter político estuvieron prácticamente ausentes en esta etapa de las discusiones de la Conferencia.

Sólo cuando se consideró el apartado *a)* del párrafo 2, referido a los tratados que establecían una frontera, se realizaron algunas consideraciones fundadas en situaciones particulares que condujo a algunos Estados a proponer su supresión. Ya en el seno de la Comisión de Derecho Internacional se había discutido «in extenso» el contenido de este párrafo, que sufrió algunas modificaciones que limitaron los efectos de su formulación inicial. Verdross sostuvo, apoyando el texto propuesto por Waldock, que la cláusula «*rebus sic stantibus*» no era aplicable a los tratados que habían sido totalmente ejecutados, como lo eran generalmente los tratados que fijaban límites o establecían cesiones territoriales⁴⁹.

Finalmente, el art. 59 del proyecto de la Comisión —actual art. 62 de la Convención sobre el Derecho de los tratados—, fue aprobado casi por unanimidad: 93 votos a favor, 3 en contra y 9 abstenciones. Ello pone de manifiesto que existía un verdadero consenso en la Conferencia sobre la vigencia del principio «*rebus sic stantibus*»⁵⁰.

Además, de los debates y discusiones de este gran foro internacional, se pueden extraer algunas pautas. En primer lugar, todo indica que dicho principio ha sido reconocido como una norma de Derecho internacional general, pero siempre y cuando su alcance sea perfectamente delimitado en forma tal que no consti-

49. V. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, Vol. I, Parte 1, pág. 79, párr. 61-62.

50. En las sesiones de la CDI, de 1966, el artículo propuesto a la Conferencia, salvo ligeras modificaciones de forma, fue aprobado por 13 votos a favor, 1 en contra y 1 abstención. El jurista argentino José María Ruda, que ya había manifestado su discrepancia con la incorporación del principio, aportó el único voto en contra (*Ibidem*, págs. 81 y 135).

tuya una amplia puerta que facilite la violación de otro principio de no menor entidad, el «pacta sunt servanda». Se trata de una regla condicionada, enunciada como un derecho de anulación.

En segundo lugar, el principio «rebus sic stantibus» no otorga un «derecho automático» para repudiar el tratado. La parte perjudicada al sobrevenir el cambio fundamental en las circunstancias debe solicitar a las demás partes la exención de las obligaciones y si ésta le es negada, procede la aplicación del principio. Estos aspectos procesales están estrechamente vinculados con las normas contenidas en la Sección 4 de la misma Convención, que regula el procedimiento a seguir cuando una de las partes arguye la nulidad o terminación de un tratado o el retiro o la suspensión de la aplicación de un tratado.

Sucede, también, que el principio «rebus sic stantibus» sólo puede ser invocado por un Estado que haya obrado de buena fe y que la prueba de lo que constituye un cambio fundamental en las circunstancias debe ser objetiva.

Como muy acertadamente se señalara, el art. 62 de la Convención reconcilia dos elementos en aparente contradicción, la dinámica de la vida internacional y la estabilidad esencial de todo ordenamiento jurídico, constituye un calculado equilibrio entre la necesidad de encontrar justicia y lo indispensable para asegurar el derecho.

III

La posición argentina.

Todo indica que el apartado *b*) del art. 45 de la Convención sobre el Derecho de los tratados ha consagrado una norma que guarda cierta autonomía conceptual respecto de instituciones como el «estoppel», la «forclusion», la doctrina de los actos propios, y que tiene una limitada aplicación. Es innegable que el «estoppel» aparece como un principio algo más amplio, aplicable a hipótesis que exceden el marco restringido del Derecho de los tratados y más amplia también que la noción de aquiescencia. Quizá la norma del apartado *b*) del art. 45 guarda correlación con el llamado «estoppel by silence» y «estoppel by conduct».

Pero al margen de estas similitudes y diferencias, nos preguntamos si es razonable la objeción argentina. Es posible que la formulación del precepto no haya sido muy feliz pudiendo haberse escogido una fórmula más precisa que dejara un margen más estrecho para la discrecionalidad, pero debe recordarse que habiendo receptado un principio, éste, como tal, está investido de

cierto grado de indeterminación que, como lúcidamente se ha sostenido, encuentra su desenvolvimiento en la progresiva aplicación y en este aspecto desempeña una función espectable los órganos jurisdiccionales internacionales. El hecho de que contradiga ciertas situaciones particulares o de que se desconfie de su aplicación por tribunales internacionales no constituyen argumentos de entidad suficiente para negar la validez jurídico-internacional del principio, que encuentra su fundamento en la buena fe. ¿Acaso, de no haberse consagrado esta norma, hubiera constituido esta circunstancia un impedimento para que un tribunal internacional, como tantas veces lo ha hecho ya, aplique aquel principio en casos sometidos a su jurisdicción? Una respuesta afirmativa, colocaría a las relaciones internacionales y a las obligaciones internacionales en un plano muy precario y frágil dando un amplio margen para el abuso del derecho, en detrimento del principio de la buena fe.

Si dudosa y discutible ha sido la posición argentina respecto del apartado *b*) del art. 45 de la Convención sobre el Derecho de los tratados, no encontramos sustentación jurídica para avalar las reservas formulada al art. 62 de la misma Convención. Creemos que este último precepto ha sido enunciado en la forma más adecuada a la realidad internacional, al poner de manifiesto el carácter excepcional del principio «*rebus sic stantibus*». Además, las condiciones que limitan su aplicación constituyen un vallado para los posibles excesos o abusos, reafirmando el principio «*pacta sunt servanda*». Por otra parte, debe tenerse en cuenta el grado de unanimidad, el consenso logrado en torno a este precepto de la Convención.

La objeción a las reservas efectuadas por Afganistán, Marruecos y Siria al apartado *a*) del párrafo 2 del art. 62 de la Convención y a todas las reservas que con el mismo alcance pudieran efectuarse en el futuro, constituye una consecuencia de la posición argentina, aunque nos plantea un interrogante. Si se ha formulado una reserva que importa la no aceptación del principio «*rebus sic stantibus*» con carácter general, ¿era necesario objetar las reservas formuladas por aquellos Estados? Creemos que hay cierta incongruencia. Por otra parte, esta situación nos conduce a otra cuestión, la de las objeciones a las reservas sobre ciertas disposiciones de un tratado realizadas por el mismo Estado que formuló reservas a dichas disposiciones. En cuanto a la declaración final contenida en la Ley N.º 19.865 respecto a la aplicación de la Convención a territorios cuya soberanía fuera discutida entre dos o más Estados, compartimos totalmente el propósito de la misma, al cual hicimos referencia al iniciar esta nota.