

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

BREVE HISTORIA DE LOS TRATADOS

La historia de los tratados se hunde en la historia de la humanidad; hay manifestaciones de tratados desde el año 2500 a. C. Los pueblos de la antigüedad (Egipto, Babilonia, Asiria), y, aún más, en nuestro continente americano, los pueblos precolombinos mayas, zapotecas, incas, olmecas, teotihuacanos, aztecas, ya habían alcanzado un alto nivel de desarrollo político, económico, cultural. Estos pueblos practicaban el comercio entre ellos y celebran alianzas, acuerdos que indudablemente son un antecedente de los actuales tratados internacionales.

Por ejemplo, en Mesoamérica se realizaban una serie de alianzas entre los diferentes pueblos como la celebrada entre Tula, Otompan (Otumba) y Culhuacán; pero la más conocida fue la Triple Alianza entre los pueblos de los mexicas, Texcoco y Tlacopan.

La alianza implicaba un compromiso de ayuda recíproca entre sus miembros, y permitía aprovechar de cada uno en diferentes sectores del valle y entre diferentes señoríos. Las antiguas conquistas, los antiguos nexos entre casas gobernantes e incluso las antiguas rutas de mercado de las que había formado parte cada una de las tres cabeceras se sumaban a la alianza, sin que se perdiera la identificación preferente de cada cabecera con un grupo de señoríos.⁵

⁵ Nalda, Enrique, “El clásico en el México antiguo”, en *El Colegio de México, Nueva historia general de México*, México, CM, 2013, pp. 140-144.

En la literatura de derecho internacional, sobre todo la que viene de Europa, se menciona que fue en Mesopotamia en donde se encontró el tratado más antiguo, precisamente entre las ciudades sumerias Lagash y Umma, en el año de 2500 a. C.⁶ En aquellos tiempos eran prácticas para asegurar el cumplimiento de lo acordado y tenían un fuerte contenido religioso; por ejemplo, la “ratificación” de los acuerdos celebrados se hacía mediante juramento con una connotación de un gran significado religioso.⁷

Un ejemplo de tratado internacional de la antigüedad es el Tratado de Qadesh, celebrado entre Egipto y el reino de los hititas en el año 1259 a. C. Este tratado contiene disposiciones que se refieren a la paz; por eso podemos denominarlo como tratado de paz, pero al mismo tiempo de alianza defensiva. Precisamente, una réplica de este tratado, por su antigüedad y su significado (un acuerdo ancestral entre los pueblos), se exhibe a la entrada del Consejo de Seguridad de la ONU, como un mensaje elocuente de que desde los orígenes, el ser humano, si se lo propone, puede realizar acuerdos entre los pueblos.

También en la Grecia antigua es posible encontrar ejemplos de tratados; fundamentalmente destacan los tratados de paz. En esos tiempos, todavía los tratados tenían un fundamento religioso. Lo mismo sucede en el caso de la antigua Roma, aunque en este caso es notable una evolución en la negociación de los acuerdos, pues no sólo se hacía entre partes desiguales (vencedor-vencido), sino también entre iguales.

En la Edad Media, los tratados internacionales mantenían su fundamento jurídico-religioso. Se mantuvo la influencia del derecho romano, germánico y de la Iglesia católica; además,

⁶ Lira Antelis, Gustavo, “Los tratados internacionales en un enfoque histórico-analítico de derecho internacional público: su importancia en la formalización de los grandes procesos históricos de la sociedad internacional”, en Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos (coord.), *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México. Problemática, negociación y aplicación en la práctica internacional*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2017, p. 80.

⁷ *Ibidem*, p. 81.

se celebraban por los reyes y los papas; recordemos que los papas celebraban acuerdos denominados “concordatos”.

De los siglos V al VIII, con la convergencia del *Corpus Iuris Civilis* (que en realidad es el derecho romano de Justiniano), el *Corpus Iuris Canonici* (el derecho canónico) y las costumbres medievales, se crea el *ius commune*, que es la base de todos los tratados que se celebraban en aquel tiempo; también es de destacarse que en aquella época se incluyó en el concepto de los tratados la buena fe (*bona fide*).

Más tarde, en el siglo XVII el jurista Hugo Grocio estableció los principios de interpretación de los tratados de una manera muy similar a como se hace en el siglo XX.⁸ Además, tenemos los tres tratados que establecieron el marco jurídico de la Paz de Westfalia en 1648: el Tratado de Münster del 30 de enero de 1648 entre las provincias Unidas y España; el Tratado de Münster, del 24 de octubre entre el Sacro Imperio Romano Germánico y Francia, y el Tratado de Osnabrück del 24 de octubre de 1648, entre el Sacro Imperio Romano Germánico y Suecia.

En opinión de la doctrina de derecho internacional,⁹ la Paz de Westfalia, y mejor dicho su entramado jurídico, es el parteaguas que marca el nacimiento del derecho internacional contemporáneo de carácter estatista. Pero aun para nuestro tema, Westfalia significa también la aparición, en el escenario jurídico convencional, de los tratados multilaterales que incluyeron acuerdos con varios Estados, aunque esa tendencia se hizo más patente en el siglo XIX. También es digno de mencionar que en aquella época aparece el francés como la lengua en que se redactan los tratados, sustituyendo al latín.¹⁰

Antes, en el siglo XVIII, hay que citar como tratado relevante el Tratado Jay, celebrado entre Estados Unidos y la Gran Bre-

⁸ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 13.

⁹ Véase, por ejemplo, Verdross Alfred, *Derecho internacional*, 6a. ed., Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1982, p. 55.

¹⁰ Precisamente, en 1659, con el Tratado de Los Pirineos entre España y Francia, el idioma francés desplazó al latín como lengua de redacción de los tratados internacionales.

taña en 1794, que reguló las relaciones entre el nuevo Estado y su exmetrópolis; después de la guerra de Independencia en Estados Unidos, el tratado tuvo la virtud de regular el comercio pacífico entre los dos Estados, en medio de la turbulencia europea producida por la Revolución francesa.

Ya en el siglo XIX, con el Tratado de París de 1814, se trata de consolidar un sistema de Estados europeos, y con esta finalidad se organizó el Congreso de Viena de 1815, que dio pie a la celebración de diferentes tratados internacionales, y que sin duda es un antecedente de los tratados multilaterales, que no tardaron en desarrollarse.

También es útil mencionar que en ese siglo se recurre a los acuerdos multilaterales en temas de una preocupación o interés común de los Estados; por ejemplo, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 o el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, más conocido como el Convenio de Berna de 1886, que ha sido revisado en varias ocasiones. También podemos mencionar el Tratado de Berna, del 9 de octubre de 1874, que creó la Unión Postal General, que más tarde cambió el nombre a Unión Postal Universal, en 1878, y actualmente es un organismo especializado de la ONU. Precisamente, ese tipo de tratados multilaterales tienen como objetivo crear una estructura administrativa, de tal manera que el tratado es al mismo tiempo un documento orgánico, constitutivo de un nuevo sujeto internacional.

Podemos considerar que en el siglo XX, es el gran siglo de los tratados internacionales, que se pueden caracterizar por lo siguiente:

- Mediante los tratados se crean estructuras, organismos internacionales, que constituyen nuevos sujetos de derecho internacional.¹¹ Aunque esto tiene su génesis en el siglo XIX, es en el siglo XX cuando se perfeccionan y

¹¹ Véase, por ejemplo, Pérez Carrillo, Elena F., “El Tratado de Niza. Entre la consolidación de la Unión Europea de Maastricht y el debate sobre el futuro

se crean prácticamente dos generaciones de organismos internacionales, con la Liga de Naciones en 1919 y la Carta de San Francisco en 1945, y a partir de ésta se crea un sistema de organismos internacionales al que se le ha denominado Sistema de Naciones Unidas.¹²

- Esas estructuras de origen convencional tienen que ver con organismos que monopolizan la fuerza (Consejo de Seguridad de la ONU), resuelven las controversias (Corte Internacional de Justicia), por citar algunas características de una arquitectura mundial que trata de tender a un gobierno mundial.
- Se producen las grandes e impresionantes codificaciones del derecho internacional consuetudinario y con normas de desarrollo progresivo, con tratados multilaterales, como la codificación del derecho del mar, de las relaciones diplomáticas y consulares, la misma codificación del derecho de los tratados, del espacio aéreo, y aun del cósmico, etcétera.
- En los últimos años del siglo XX, las negociaciones internacionales en materia comercial crean estructuras parecidas a códigos internos, que crean estándares mundiales de comportamiento.¹³ Por ejemplo, el Tratado de Marrakech, por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, y cuyo anexo 1C es un tratado denominado Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIP, por sus siglas en inglés).

de Europa”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, México, 2002, pp. 305-334.

¹² Rojas Amandi habla de otro tipo de tratados internacionales, a los que llama “multipolares”. Véase Rojas Amandi, Víctor Manuel, “Los tratados multipolares. Una nueva generación de tratados internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, 2005, pp. 425-444.

¹³ Witker, Jorge; “Las negociaciones del ALCA en Puebla, México. Algunas reflexiones jurídicas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. V, 2005, pp. 521-540.

Finalmente, el llamado derecho de los tratados comprende tres convenciones internacionales, producto del trabajo de codificación de la Comisión de Derecho Internacional, órgano subsidiario de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.¹⁴

1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, firmada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de México el 14 de febrero de 1975.
2. La Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados, firmada el 23 de agosto de 1978; entró en vigor el 6 de noviembre de 1996, pero México no la suscribió.
3. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, firmada el 21 de marzo de 1986; aún no entra en vigor, en razón de que no ha sido depositado el 35o. instrumento de ratificación necesario para tal fin. Fue ratificado por México el 10 de marzo de 1988.

Innegablemente, el siglo XX, en materia de tratados internacionales, se puede considerar como un siglo en donde la evolución de los tratados llega a su cenit. La sofisticación de los tratados internacionales lleva a la creación de una estructura que les permite no sólo crear otros sujetos de derecho internacional, sino también desarrollar sistemas de control de su aplicación.

En este libro fundamentalmente nos referimos a la Convención de Viena de 1969, sin perder de vista que es el producto de la codificación de la costumbre sobre derechos de los tratados

¹⁴ Véanse las páginas de la Secretaría de Relaciones Exteriores www.sre.gob.mx, así como de la Organización de las Naciones Unidas www.un.org.

formada a través de siglos, y es por eso que no se extrañe que en algunos pasajes del libro nos referimos a casos y prácticas anteriores a dicha Convención.

I. CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS. LOS OBJETIVOS Y PROPÓSITOS

Dentro de esa corriente trascendente, codificadora de la costumbre internacional, indudablemente, uno de los grandes tratados celebrados en el siglo XX es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT o Viena 69), o lo que algunos denominan el “tratado de los tratados”. Al respecto, es importante (pues es el punto de arranque de la construcción de la estructura del derecho de los tratados) mencionar cuáles son los objetivos y propósitos de la CVDT, contenidos en su preámbulo.

En efecto, el preámbulo de Viena 69 tiene la misión de expresar sus objetivos y propósitos. En primer lugar, se refiere a los principios fundamentales de derecho internacional,¹⁵ como el libre consentimiento, la buena fe, la regla *pacta sunt servanda*, que se expresan en varios artículos de la Convención. Además, acepta que estos principios tienen un reconocimiento universal.

En el preámbulo también se refiere a los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de la ONU. Lo que aquí sorprende es que menciona al principio de “respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y a la efectividad de tales derechos y libertades”. Esto llama la atención, por dos motivos: primero, porque la Carta de San Francisco no incluye en el artículo 2o. este principio, aunque

¹⁵ “Teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades”.

posteriormente, en su artículo 55-c,¹⁶ se refiere al respeto de los derechos humanos. Pero es muy trascendente que Viena 69 incluya a los derechos humanos, pues significa la gran importancia que ésta le concede; segundo, porque también subraya la relación directa que tiene con la Carta de San Francisco.

También, Viena 69 hace una remisión a la costumbre internacional.¹⁷ Esto es trascendente, pues, sumando a los principios de derecho internacional, en conjunto se puede decir que tiende a una hermenéutica jurídica en materia de tratados. Se podría afirmar que al referirse a la costumbre y no a las demás fuentes de derecho internacional contenidas en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los está dejando fuera; pero no es así, pues la aplicación del artículo 38-1 es independiente, y podemos afirmar que dicho artículo 38-1 es ya una norma de carácter consuetudinario.

Ahora bien, la mención de la costumbre internacional es muy importante, sobre todo cuando actualmente hay Estados, como los Estados Unidos, que no son parte de Viena 69, lo que significa que la normatividad que se aplica refiriéndose a los tratados en donde está involucrada esta potencia mundial es la consuetudinaria.

II. TRATADOS ENTRE ESTADOS

Viena 69 hace referencia a los tratados entre Estados; por supuesto que la Comisión de Derecho Internacional planteó las limitaciones de la Convención, y concretamente si incluían a los tratados

¹⁶ “Artículo 55 Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá...

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

¹⁷ “Convencidos de que la codificación...”; “Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continuaran rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

que se celebrarían con los organismos internacionales. La postura aceptada fue no referirse a estos últimos tratados; por eso desde sus inicios, Viena 69, en su artículo 1o., así lo establece: “la presente Convención se aplica a los tratados entre Estados”; aunque sería suficiente lo dispuesto en la definición de tratado que hace el artículo 2-1-a de la misma Viena 69, la intención de los negociadores fue subrayar la situación de sus límites en su objeto. Ahora bien, el artículo 1o. debe ser leído e interpretado junto con los artículos 2o. y 3o. El artículo 2-1-a dice:

2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Cuando Viena 69 dice que se aplica a los Estados no significa que a todos; por supuesto que se aplica a los Estados parte de la Convención, pero cuando se trata de un Estado parte y otro que no lo es, como dijimos anteriormente, se utiliza el derecho consuetudinario, lo mismo cuando se trata de Estados que no son parte de la Convención.

Otra de las preguntas que se plantearon entre los juristas autores del proyecto de convención fue ¿qué pasaba cuando existía un tratado trilateral entre dos Estados y un organismo internacional u otro sujeto de derecho internacional (por ejemplo a los grupos beligerantes)? La respuesta fue clara, y la da el artículo 3o.:

3. Acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la presente Convención. El hecho de que la presente Convención no se aplique ni a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos de derecho internacional, ni a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, no afectará:

a) al valor jurídico de tales acuerdos;

b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de esta Convención;

c) a la aplicación de la Convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

Viena 69 se aplica sólo entre Estados parte; ahora bien, la relación con los organismos internacionales y los Estados no partes se regula por el derecho consuetudinario. Es decir, se establece la coexistencia entre dos regímenes: el convencional y el consuetudinario, con una variedad de sujetos.

III. CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL

Cabe iniciar por definir un tratado. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados, del 23 de mayo de 1969, y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, del 21 de marzo de 1986, en su artículo 2-1-a, lo definen como “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Desde luego, en la definición de la segunda convención se ajusta esta misma definición a los tratados celebrados con o entre organizaciones internacionales. Tampoco hay que olvidar que la definición establecida por la Convención no prejuzga sobre la validez de otros acuerdos internacionales celebrados entre otros sujetos del derecho internacional diferentes de los Estados.

Ahora bien, esta definición de Viena 69 se puede comentar desde tres perspectivas: los autores, la forma y el objeto de los tratados.

En cuanto a los autores, Viena 69, como lo mencionamos anteriormente, se refiere sólo a los Estados, pero deja abierto a que existan otros acuerdos que puedan realizar los Estados y que no estén regidos por el derecho internacional. En la práctica, los realizan una gran cantidad de acuerdos de este tipo que, por ejemplo, en el caso mexicano se denominan “acuerdos interinstitucionales”, o bien en otros Estados, *executive agreement*.

En cuanto a la forma, el concepto de Viena 69 es muy amplio, pues se refiere a un acuerdo: “ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos”. Esta postura amplia permite que una serie de actos unilaterales en su conjunto puedan ser considerados como un tratado internacional como lo reconoce la Corte de Justicia en el caso *South West Africa Cases*, en donde se reconoció el carácter contractual, a pesar de su forma unilateral.¹⁸ En cuanto a la expresión “cualquiera que sea su denominación particular”, aquí nuevamente en el caso de *South West Africa Cases* se dijo: “terminology is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking”.¹⁹

Por lo tanto, en la práctica internacional, los tratados internacionales pueden recibir una serie de denominaciones. La Comisión de Derecho Internacional decidió utilizar el término “tratado” en un sentido genérico para denominar toda clase de acuerdos internacionales celebrados entre Estados y consignados por escrito.²⁰ De acuerdo con la definición del artículo 2-1-a, se calificará como tratado todo acuerdo entre Estados, independientemente de su denominación particular.

¿Qué denominaciones particulares pueden caber en ese término?:

¹⁸ Carten, Olivier y Klein, Pierre (eds.), *Vienna Conventions on the Law of Treaties, The: A Commentary* (2 vols.), Oxford University Press, 2011, p. 37.

¹⁹ *South West Africa cases, Preliminary objections*, ICJ Reports 1962, p. 331.

²⁰ Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. II, p. 207.

- *Acta general*. Para algunos autores constituyen acuerdos de interés general adoptados en conferencias internacionales. Documento que recoge las intervenciones de los delegados a una conferencia, y que obra como constancia de los debates y deliberaciones que en ella se desarrollan.²¹

A veces se usa como sinónimo de tratado, como es el caso del Acta de Algeciras de 1906.²²

- *Acuerdo*. Es sinónimo de convenio, y se utiliza de la misma forma, incluso como término genérico. También se emplea con una connotación de menos importancia que el término “convenio”.²³

El acuerdo es un tratado formal y materialmente, por más que los partidarios de las distinciones digan que el acuerdo es de carácter secundario con respecto al tratado.²⁴

Es el acto por el que las Partes de un tratado manifiestan su voluntad de obligarse mutuamente. Asimismo, este concepto se emplea en ocasiones como sinónimo de tratado, como en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).²⁵

- *Armisticio*. “Hace referencia a un acuerdo militar por el que se suspenden las hostilidades, generalmente precede al fin de la guerra”.²⁶

²¹ Trejo García, Elma del Carmen, *Los tratados internacionales como fuente de derecho nacional*, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, 2006, p. 2, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>.

²² Valdés, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *Terminología usual en las relaciones internacionales*, III. *Derecho diplomático y tratados*, México, SRE, Acervo Histórico Diplomático, 1993.

²³ Palacios Treviño, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 3a. ed., México, SRE, 2003, p. 23.

²⁴ Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 17a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 124.

²⁵ Valdés, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *op. cit.*, p. 52.

²⁶ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 27.

En el Reglamento de la IV Convención de La Haya de 1907, se le da una acepción amplia para designar una suspensión, convenida y provisional, de las operaciones de guerra, pero que deja subsistente el estado jurídico de guerra (aa. 36 y 37). Llámase también armisticio al instrumento o tratado donde está contenido un armisticio.²⁷

— *Arreglo.*

Se ha utilizado en instrumentos multilaterales como el Arreglo de Lisboa relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional del 31 de octubre de 1958, y bilaterales como el Arreglo General de Cooperación Técnica entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América del 27 de junio de 1951.²⁸

— *Canje de notas.*

Un “canje de notas” es un registro de un acuerdo de rutina que tiene muchas similitudes con el contrato de derecho privado. El acuerdo consiste en el intercambio de dos documentos, de modo que cada una de las partes tenga en su poder el documento firmado por el representante de la otra parte. Siguiendo el procedimiento habitual, el Estado que acepta repite el texto del Estado que ofrece para registrar su aprobación. Los firmantes de las cartas pueden ser ministros de gobierno, diplomáticos o jefes de departamento. Frecuentemente se recurre a la técnica del canje de notas, por tratarse de un procedimiento rápido, o, a veces, para evitar el proceso de aprobación legislativa.²⁹

Un canje de cartas o notas puede incorporar un compromiso respecto a un tratado bilateral. La característica básica de este

²⁷ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge (coords.), *Diccionario de derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 21.

²⁸ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 25.

²⁹ Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#exchange>.

procedimiento es que las firmas de ambas partes no aparecen en una carta o nota, sino en dos cartas o notas separadas. Por lo tanto, el acuerdo reside en el canje de esas cartas o notas, reteniendo cada una de las partes una carta o nota firmada por el representante de la otra parte. En la práctica, la segunda carta o nota (usualmente la respuesta a la otra carta o nota) reproducirá el texto de la primera.³⁰

— *Capitulación.*

Término internacional para definir el pacto o acuerdo que celebran los jefes militares de Estados que se encuentran en guerra, a través del cual uno de ellos se da por vencido poniéndose, así, fin a la resistencia de una plaza sitiada o de cuerpos de tropas navales, aéreas o terrestres.³¹

— *Capitulaciones en el Imperio Otomano.* “Dícese de los antiguos tratados celebrados en países del Islam con el fin de regular la jurisdicción consular en el extranjero”.³²

— *Carta.* “Es un tratado general o multilateral que contiene las bases jurídicas de la ONU”. La Carta de la Organización de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945. La Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana.³³

— *Código.*

Se ha utilizado, aunque muy rara vez, para designar algunos tratados multilaterales, Por ejemplo: el Código Sanitario Paname-

³⁰ *Manual de tratados*, Preparado por la sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, 2013, p. 73, disponible en: <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/Spanish.pdf>. Además, véase el concepto disponible en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#protocols>.

³¹ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 34.

³² *Ibidem*, p. 35.

³³ *Ibidem*, p. 38.

ricano, firmado en la Habana el 14 de noviembre de 1924. Más frecuentemente se utiliza en la expresión “código de conducta”, que a su vez figura en algunos tratados, Por ejemplo: la Convención sobre un Código de Conducta de las Conferencias Marítimas, adoptada en Ginebra el 6 de abril de 1974.³⁴

Los códigos de conducta internacional son instrumentos jurídicos que han emergido a la arena internacional a partir de los años setenta, como una forma de suministrar disciplina y estabilidad a situaciones que por complejas y conflictivas, los países los suscriben para ir adaptando sus comportamientos hacia objetivos de interés común.³⁵

— *Compromiso*. Se utiliza específicamente para designar los acuerdos mediante los cuales los Estados se comprometen a someter una controversia al arbitraje.³⁶ En este acuerdo generalmente se señalan la jurisdicción, el derecho y el procedimiento aplicables al litigio.

— *Concordato*.

...acuerdos celebrados en forma de tratados por la Santa Sede y un Estado tercero, con la finalidad primordial, pero no única, de reglamentar la condición de la Iglesia católica dentro de dicho Estado.³⁷

Acuerdo concluido en forma de tratado internacional entre un Estado y la Santa Sede sobre materias religioso-administrativas.³⁸

— *Convención*.

Frecuentemente designa un acuerdo multilateral cuyo objetivo es enunciar ciertas reglas de derecho internacional.³⁹

Esta expresión también se reserva para los acuerdos de gran importancia; incluso para algunos autores tiene una connotación

³⁴ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 25.

³⁵ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 48.

³⁶ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 25.

³⁷ Gómez-Robledo Verduzco, Alonso y Witker, Jorge, *op. cit.*, p. 61.

³⁸ Valdés, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *op. cit.*, p. 58.

³⁹ *Ibidem*, p. 59.

de más solemnidad que la del tratado. En la actualidad el término convención se aplica casi exclusivamente a los compromisos multilaterales que contienen reglas abstractas de derecho. Por ejemplo: la Convención sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁴⁰

- *Convenio*. “Se emplea para designar acuerdos formales o sin formalidades, así como para titular tanto tratados bilaterales como multilaterales... También se emplea como término genérico para designar toda clase de tratados”.⁴¹
- *Declaraciones*. “Más que para designar un tratado, frecuentemente se ha utilizado este término como expresión de conducta que se piensa seguir por uno o varios Estados”. Ejemplo: Declaración de París de 1856 sobre Derecho Marítimo, declaración conjunta entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, del 28 de mayo de 1972, sobre los principios que debían regir las relaciones entre los dos países; aunque hay quienes piensan que no es un tratado.⁴²
- *Estatuto*. “Instrumento internacional que contiene el régimen jurídico al que se encuentra sujeto un territorio determinado o una organización internacional”. Ejemplos: Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, 26 de junio de 1945; Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998; Estatuto del Territorio de Memel de 1924.⁴³
- *Memorando de entendimiento*. “Se utiliza para designar acuerdos sin formalidades; por ejemplo, el firmado entre el gobierno mexicano y el de Canadá, relativo a la admisión en Canadá de trabajadores agrícolas migratorios mexicanos, del 17 de junio de 1974”.⁴⁴

⁴⁰ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

⁴² *Ibidem*, p. 26.

⁴³ Valdés, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁴ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 25.

Es un instrumento internacional de índole menos formal. A menudo, sirve para establecer disposiciones operativas bajo un acuerdo marco internacional. También se utiliza para la regulación de cuestiones técnicas o de detalle. Por lo general, toma la forma de un instrumento único y no requiere ratificación. Puede ser emitido tanto por Estados como por organizaciones internacionales. Habitualmente, las Naciones Unidas celebran los memorandos de entendimiento con los Estados miembros para organizar sus operaciones de mantenimiento de la paz o para organizar conferencias de la ONU; también se celebran memorandos de entendimiento acerca de la cooperación con otras organizaciones internacionales.⁴⁵

- *Modus vivendi*. Se suele emplear para denominar arreglos de carácter temporal o provisional.⁴⁶ Expresión que designa los arreglos provisionales cuyo objeto es prorrogar anualmente un determinado acuerdo.⁴⁷

Un *modus vivendi* es un instrumento que registra un acuerdo internacional de carácter temporal o provisional, que habrá de ser reemplazado por una disposición de carácter más permanente y detallado. Habitualmente se produce de manera informal y nunca requiere ratificación.⁴⁸

- *Notas reversales*.

Se designa así un acuerdo por el que los Estados se comprometen a no contravenir un uso establecido en asuntos de ceremonial o a admitir que se haga una concesión especial, siempre y cuando

⁴⁵ Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#exchange>.

⁴⁶ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ Valdés, Raúl y Loaeza Tovar, Enrique, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁸ Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#exchange>.

no prejuzgue sobre los derechos y prerrogativas adquiridos con anterioridad. O bien, un acuerdo por el cual un Estado hace una concesión a cambio de otra o que va más allá del uso establecido. También se ha utilizado para designar determinados acuerdos por los cuales los países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración se hacen ciertas concesiones.⁴⁹

- *Pacto*. “Se utiliza principalmente en tratados multilaterales. Por ejemplo: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966”.⁵⁰ Otro ejemplo es el Pacto Briand-Kellogg de 1928 o Pacto de París, cuyo nombre oficial es el de Tratado sobre Renuncia a la Guerra.
- Pacto de caballeros o *Gentlemen’s agreements*. “En la práctica anglosajona tiene el sentido de compromiso moral o de honor desprovisto de efectos jurídicos. Se cita como ejemplo la llamada Carta del Atlántico, emitida en agosto de 1941”.⁵¹
- *Protocolo*.

Se utiliza generalmente para designar un instrumento que modifica o complementa un tratado, ya sea multilateral o bilateral. También se ha utilizado para designar un tratado autónomo, aunque es poco frecuente, como por ejemplo: Protocolo relativo a la prohibición del uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares o de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de junio de

⁴⁹ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹ *Idem*.

En lo que toca a la naturaleza jurídica de los *Gentlemen’s agreements*, la literatura sobre el tema no toma una postura firme sobre si es o no un tratado y en consecuencia vinculante. Algunos lo toman como un mero compromiso moral, que parecería la expresión de acuerdo entre caballeros. Nuestra opinión es que se debe analizar en cada caso concreto, porque la expresión *Gentlemen’s agreements* se utiliza en forma muy amplia, con instrumentos de diferente forma y contenido. Véase Becerra Ramírez, Manuel, *Las fuentes contemporáneas del derecho internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2017, pp. 96-98.

1925. Protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes, firmado en Washington el 17 de febrero de 1940.⁵²

Un protocolo, en el contexto del derecho y la práctica de los tratados tiene las mismas características jurídicas que un tratado. El término protocolo se usa a menudo para describir acuerdos de un carácter menos formal que los titulados tratado o convención. En general, un protocolo enmienda, complementa o aclara un tratado multilateral. Un protocolo está normalmente abierto a la participación de las partes en el acuerdo matriz. Sin embargo, en tiempos recientes los Estados han negociado cierto número de protocolos que no siguen ese principio. La ventaja de un protocolo es que, si bien está vinculado al acuerdo matriz, puede centrarse con mayor detalle en un aspecto determinado de ese acuerdo.⁵³

— *Tratado.*

Esta denominación se ha utilizado para los compromisos formales, tanto de carácter bilateral como multilateral, que se refieren a materias de máxima importancia, y por ello se les reviste de la mayor solemnidad. Ejemplos: Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, firmado con China el 14 de diciembre de 1899. Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (Tratado de Tlatelolco), firmado en México el 14 de febrero de 1967. Acuerdo celebrado entre dos o más sujetos del DI con objeto de crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos.⁵⁴

En el caso concerniente a la delimitación territorial y marítima entre Qatar y Bahraïn, en la sentencia del 1 de julio de 1994, sobre jurisdicción y admisibilidad, la Corte Internacional de Jus-

⁵² *Ibidem*, p. 25.

⁵³ *Manual de tratados*, preparado por la sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 73, disponible en: https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/THB_Spanish.pdf. Además, véase el concepto, disponible en: <http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#protocols>.

⁵⁴ Palacios Treviño, Jorge, *op. cit.*, p. 23.

ticia determinó la naturaleza obligatoria del intercambio de notas de diciembre de 1987 celebrado entre los dos Estados. Afirmó que un acuerdo internacional puede tomar formas variadas y presentarse bajo denominaciones diversas, pero que debían tomarse en cuenta, ante todo, los términos empleados y las circunstancias bajo las cuales el comunicado fue elaborado.

Así, y contrariamente a lo que sostiene Bahraïn las Minutas no era una simple grabación de la reunión, similar a las que se llevaron a cabo bajo el marco del Comité Tripartito; no era solamente hacer un recuento de las discusiones y un resumen de los puntos de acuerdo y de desacuerdo. *Las Minutas enumeraban los compromisos en los cuales las Partes habían consentido. De esta forma, creaba derechos y obligaciones para las Partes conforme al derecho internacional. Las Minutas constituían un acuerdo internacional.*⁵⁵ (el resaltado es nuestro).

Aunque muchos de los instrumentos citados no tienen un carácter solemne, es indudable que son regidos por el derecho internacional, y, en consecuencia, Viena 69 les es aplicable. Realmente, no importa la denominación; lo relevante es que el instrumento internacional conceda derechos e imponga deberes a los Estados que forman parte del instrumento correspondiente, para que se considere un tratado. También hay que observar que en algunos casos puede expresar no exactamente su naturaleza convencional, sino el tipo de tratado. Por ejemplo, cuando estamos ante un protocolo, hablamos de un tratado que viene a precisar algunos aspectos de un tratado anterior, como los protocolos adicionales de 1977 a los convenios de Ginebra de 1949. Evidentemente, son tratados que vienen a complementar otros ya existentes, como una especie de reglamentación.

⁵⁵ Caso concerniente a la delimitación territorial y marítima entre Qatar y Bahraïn, Corte Internacional de Justicia, Qatar vs Bahraïn, Jurisdicción y admisibilidad, 1o. de julio de 1994, párrafos 21-25, pp. 12 y 13.

1. *En forma escrita*

El requisito de que el tratado sea por escrito se debe a la práctica y a la necesidad de que conste en una forma concreta; sin embargo, lo que motiva la interpretación es la expresión “celebrado por escrito”, lo que implica que en la práctica el resultado debe ser expresado por escrito, aunque el proceso puede ser verbal: “...nada impide a las partes concluir un acuerdo a través de telegramas, faximiles o mensaje electrónicos en la medida que los autores de tales documentos puedan ser identificados claramente...”.⁵⁶ Esto va de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de Viena 69.⁵⁷

En la práctica internacional hay raros ejemplos de acuerdos internacionales orales. Uno de ellos es la conversación telefónica entre los primeros ministros de Dinamarca y Finlandia en las cuales acordaron la construcción de un puente entre las dos naciones.⁵⁸

También hay que tomar en cuenta que la Carta de San Francisco, en su artículo 102,⁵⁹ parte de la idea de los tratados escritos, al crear un registro, con la obligación de los Estados, de registrarlos y sancionar la falta de registro, con la imposibilidad de “invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

⁵⁶ Corten-Klein, *op cit.*, p. 39.

⁵⁷ “11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

⁵⁸ Corten, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

⁵⁹ “Artículo 102 1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible. 2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas”.

2. *Regido por el derecho internacional*

En la Comisión de juristas que elaboró el proyecto de Viena 69 hubo una discusión sobre si la expresión “regido por el derecho internacional” debía incluirse.⁶⁰ La problemática que surge aquí es que hay una serie de acuerdos que celebra el Estado a nivel internacional que dudosamente pueden ser considerados tratados, como los acuerdos celebrados por entidades del Estado, pero no centrales; por ejemplo, los acuerdos celebrados entre un municipio y su par en otro país.⁶¹ Tal parece que la prueba de si es o no un acuerdo sería la responsabilidad internacional. En el momento en que haya violación del acuerdo en cuestión, ver si ello lleva a la responsabilidad internacional.

La expresión “regido por el derecho internacional” sirve para distinguir los acuerdos internacionales regulados por el derecho internacional de aquellos acuerdos que a pesar de haber sido concluidos entre Estados están regulados por el derecho interno de una de las partes (o por algún otro sistema de derecho interno elegido por las partes).⁶²

Un ejemplo de ello es el último párrafo de la fracción I del artículo 27 constitucional, cuando señala:

El Estado de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, *conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en*

⁶⁰ Por ejemplo, Lauterpacht estuvo en contra, pues “It is its quality as a treaty which causes it to be regulated by international law”, no la expresión; en cambio Fitzmaurice estuvo a favor de incluirla, pues en su opinión, si no es regida por el derecho internacional no es un tratado. Corten, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹ Por ejemplo, en España se les denominan a este tipo de acuerdos no regidos por el derecho internacional, como “acuerdos no normativos”. Véase Pérez Giralda, Aurelio, “España y la práctica del derecho internacional; «los acuerdos normativos»”, en *España y la práctica del derecho internacional. LXXV Aniversario de la asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Gobierno de España, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2014, pp. 77-89.

⁶² Informes de la Comisión a la Asamblea General en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, cit.*, p. 208.

el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones (las cursivas son nuestras).

En este supuesto, aun cuando otro Estado se encuentre involucrado, subsiste una relación de derecho privado, que no es regulada por el derecho internacional y, consecuentemente, no aplica la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Otro punto interesante que se discutió en la Comisión fue la inclusión o no de los objetivos del tratado: crear o no derechos y obligaciones. Como vemos, finalmente no se incluyó, en el entendido de que la expresión “regido por derecho internacional” es suficiente, lo cual nos parece adecuado, pues el carácter sinalagmático de los tratados en el caso de los tratados de derechos humanos no funciona, pues sólo otorga obligaciones para el Estado, y derechos para la población.

Por otra parte, esta definición de tratados que hace Viena 69 se considera también una definición contenida en el derecho consuetudinario.

A. La existencia de acuerdos legales tácitos

Uno de los aspectos más interesantes y polémicos de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Relativo a la Disputa Marítima (Perú vs. Chile). El 27 de enero de 2014, se reconoció que hay un “acuerdo legal tácito” entre los dos Estados en litigio.

La CIJ, en busca de los límites marítimos entre los Estados en conflicto, se basa en el Acuerdo de Santiago de 1952 como tratado, analiza el acuerdo de 1954, Convención sobre Zona Especial Fronteriza Marítima, establece (Acuerdo de 1954) y expresa:

91. El Acuerdo especial sobre la zona fronteriza marítima de 1954 no indica cuándo y con qué medios se acordó ese límite. El reconocimiento expreso de las Partes de su existencia sólo puede re-

flejar un acuerdo tácito que habían alcanzado anteriormente. A este respecto, la Corte ya ha mencionado que ciertos elementos de las Proclamaciones de 1947 y de la Declaración de Santiago de 1952 sugerían una comprensión evolutiva entre las Partes en relación con su límite marítimo (véanse los párrafos 43 y 69 supra). En un caso anterior, la Corte, reconociendo que “el establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de grave importancia”, subrayó que “la evidencia de un acuerdo jurídico tácito debe ser convincente” (*La Controversia Territorial y Marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (Nicaragua c. Honduras), Sentencia, I. C. J. Reports 2007 (II), p. 735, párr. 253). En el presente caso, el Tribunal de Justicia tiene ante sí un Acuerdo que deja claro que el límite marítimo a lo largo de un paralelismo ya existía entre las Partes. El Acuerdo de 1954 es decisivo a este respecto. Este Acuerdo constituye el cemento del acuerdo tácito.⁶³

Como se ve, para la CIJ, el Acuerdo de 1954 sirve de “cemento” de un acuerdo tácito formado con anticipación con elementos de la Proclama de 1947 y la Declaración de Santiago de 1952.

La postura de la CIJ sobre los “acuerdos tácitos” (AT) en materia de delimitación, sin duda fue uno de los aspectos de las sentencias más polémicas. El primer punto de crítica es que ninguna de las partes lo invocó: Perú dijo que no había acuerdo sobre la frontera, y Chile sostuvo en su contestación a la demanda que ya había un acuerdo sobre límites, pero para nada habló de un acuerdo tácito. El otro aspecto polémico es sobre la naturaleza de esos AT que algunos doctrinarios no reconocen que exista;⁶⁴ ellos rechazan que esos AT sean tratados, ya que

⁶³ International Court of Justice, Case Concerning Maritime Dispute (Peru v Chile), Judgment of 27 January of 2014 parágrafo 91, traducción MBR.

⁶⁴ Gattas Abugattás; “Análisis sobre la referencia a los acuerdos tácitos en algunos casos sobre delimitación marítima, con especial atención al asunto de la delimitación marítima entre Perú y Chile”, *Agenda Internacional*, año XXI, núm. 32, 2014, pp. 79-105.

...para la formación de un tratado, que es una norma de naturaleza convencional, se requiere un acuerdo de voluntades; además, estimo que la única forma de conocer esas voluntades es a través de su exteriorización expresa, sea a través de un medio escrito o verbal. Si no hay una exteriorización por uno de estos dos medios, solo habría una voluntad expresada a través de comportamientos.⁶⁵

La sentencia dictada por la Corte tuvo opiniones disidentes de algunos jueces, sobre todo en lo referente a la exactitud de los límites. Sin embargo, por lo que hace a los AT, hay un acuerdo total, y lo ven como algo normal. Por ejemplo, el juez Sepúlveda no negó la posibilidad de que existieran los acuerdos tácitos, y estuvo en contra de la decisión de la Corte, porque según él no se alcanzó el estándar suficiente para reconocer que pudiera existir en el caso preciso un AT.

En efecto, el juez Sepúlveda afirma que “el establecimiento de un límite marítimo permanente sobre la base del acuerdo tácito está sujeto a un estricto estándar de prueba”, como lo sostiene la misma CIJ en el *caso de Nicaragua vs Honduras*, en el cual basa su afirmación: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁶⁶ “4. The fact remains, however, that the establishment of a permanent maritime boundary on the basis of tacit agreement is subject to a stringent standard of proof. As the Court stated in *Nicaragua v. Honduras*: “Evidence of a tacit legal agreement must be compelling. The establishment of a permanent maritime boundary is a matter of grave importance and agreement is not easily to be presumed. A de facto line might in certain circumstances correspond to the existence of an agreed legal boundary or might be more in the nature of a provisional line or of a line for a specific, limited purpose, such as sharing a scarce resource. Even if there had been a provisional line found convenient for a period of time, this is to be distinguished from an international boundary” (*Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 735, para. 253.) Declaración del vicepresidente Sepúlveda Amor en el caso Perú vs. Chile.

En el caso concreto, Sepúlveda no considera que se hizo ese ejercicio estricto de prueba. No comparte la conclusión de que el Acuerdo de 1954, como dice la sentencia, es el “cemento del acuerdo tácito”, o que decisivamente establece su existencia.

En efecto, varios de los jueces que expresan sus opiniones independientes sobre el caso Perú vs. Chile consintieron los AT, aunque no su aplicación en el caso concreto de Perú vs. Chile. Así, como Sepúlveda, otros jueces, como Hisashi Owada y la jueza Julia Sebutinde, consideraron que no se alcanzó el estándar necesario para considerar que se estaba frente a un AT.

Si para los jueces de la CIJ hay una reiteración de reconocer los AT, como lo vemos en la sentencia del caso Perú vs. Chile, entonces los jueces ajenos a la CIJ cuando cuestionan los AT parece que están viendo otra cosa.

Nosotros consideramos que el derecho de los tratados que está codificado en Viena 69, indudablemente tiene una gran influencia del derecho romano, concretamente de la teoría de los contratos, y lo podemos colegir de la definición de tratado, “un acuerdo”, como en el caso de los contratos, “un acuerdo de voluntades para crear, transmitir derechos y obligaciones” (como lo aprendimos de nuestros cursos de derecho civil). Otra de las influencias notables del derecho romano en el derecho de los tratados es la institución de las nulidades, que crea todo un sistema de nulidades absolutas y relativas.

Ahora bien, recordemos que los tratados tienen dos elementos, de existencia y de validez. Entre los elementos de existencia encontramos el acuerdo de voluntades y el objeto (y que el acuerdo sea lícito), y dentro de los elementos de validez están la forma (que en el caso concreto sería la escrita) y la ausencia de vicios en el consentimiento, entre otros. La ausencia de elementos de existencia trae por consecuencia la inexistencia del contrato; en cambio, cuando hay elementos de existencia y falten los elementos de validez, los contratados pueden existir, pero estarán afectados de un elemento de validez, pero tal defecto se puede convalidar, y, en consecuencia, el contrato tendrá vida plena.

Si aplicamos estos conceptos elementales a los tratados internacionales, y concretamente a los AT, veremos que estos acuerdos existen, de conformidad con Viena 69, y sólo están afectados de la ausencia de forma. Precisamente, la CIJ, lo que hace es darle forma, al reconocer su existencia.

Cuando Viena 69 se refiere a la forma escrita, no necesariamente se refiere al proceso. Lo que hace la CIJ es darle el elemento de validez, que sería la forma.

En suma, los AT no son un nuevo tipo de tratado internacional, sino que están regidos por el derecho internacional, concretamente por Viena 69, pero sí son tratados que carecen de forma, y es mediante la acción de los tribunales internacionales como se perfeccionan, si no lo hacen las mismas partes.

Ahora bien, hay otro elemento que todavía no está resuelto, y es el del estándar para reconocerse. La CIJ, en el caso de Nicaragua v. Honduras, dijo: “La evidencia de un acuerdo legal tácito debe ser convincente. El establecimiento de una frontera marítima permanente es una cuestión de gran importancia y su acuerdo no es fácil de presumir”.

Aquí, el carácter convincente o no es una cuestión de los jueces, sino elemento psicológico, como el de la *opinio iuris* que tiene el derecho internacional.

IV. LA NEGOCIACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Viena 69 hace referencia a “Estado negociador” en varios de sus artículos (12, 14, 15, 20, 24, 25, 47, 49, 50 y 76). Además de una interpretación integral del tratado, podemos ver que hay principios generales de los tratados que indudablemente se aplican al proceso de negociación, como la buena fe y la prohibición de que cualquiera de las partes en la negociación recurra al dolo,⁶⁷ corrupción del representante de un Estado;⁶⁸ coacción sobre el

⁶⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, artículo 49.

⁶⁸ *Ibidem*, artículo 50.

representante de un Estado;⁶⁹ coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza,⁷⁰ y aún más, podemos decir que hay prohibición de negociar tratados que vayan contra el *jus cogens* internacional,⁷¹ bajo la sanción de declarar nulo un tratado. En realidad, aquí estamos hablando de que hay un orden público internacional que establece limitaciones a los Estados desde la negociación de los Estados, y, por supuesto, en su aplicación posterior, cuando el tratado tenga vida.

Además de este marco jurídico que podemos encontrar en el derecho convencional, hay disposiciones en el derecho internacional de *lege ferenda*, que están destinadas directamente a regular la negociación internacional. En efecto, la Asamblea General de la ONU, mediante su Resolución A/RES/53/101, del 20 de enero de 1999, denominada “Principios y directrices para las negociaciones internacionales” establece reglas de las negociaciones, en el entendido de que, como lo sabemos, las resoluciones no tienen valor jurídico vinculante; sin embargo, como veremos, algunas disposiciones ya son parte de Viena 69.

En principio, es interesante que la resolución hace una definición de lo que es una negociación internacional: “...un medio flexible y eficaz de lograr, entre otras cosas, el arreglo pacífico de las controversias entre Estados y de crear nuevas normas internacionales de conducta”. La definición se enmarca en el capítulo VI de la Carta de la ONU, y, por otra parte, deja clara la idea de la creación normativa en que desemboca la negociación.

Ahora bien, los principios y directrices “que tienen importancia para las negociaciones internacionales podrían contribuir a lograr que las negociaciones fueran más previsibles para las partes en la negociación, a reducir la incertidumbre y a promover una atmósfera de confianza en las negociaciones”, y son los siguientes:

⁶⁹ *Ibidem*, artículo 51.

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 52.

⁷¹ *Ibidem*, artículo 53.

- a) La igualdad soberana de todos los Estados, pese a sus diferencias de orden económico, social, político o de otra índole;
- b) Los Estados tienen la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional;
- d) Los Estados tienen la obligación de abstenerse en sus relaciones de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas;
- e) Será nulo todo acuerdo cuya celebración se haya obtenido mediante la amenaza o el uso de la fuerza en contravención de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta;
- f) Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias de sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias;
- g) Los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.⁷²

Como se ve, todos estos principios están reconocidos en otros documentos jurídicos, como la Carta de San Francisco, Viena 69 y, sin duda, en la costumbre internacional.

Más adelante, la resolución hace referencia a las directrices, que son las siguientes:

- a) Las negociaciones se habrán de realizar de buena fe;
- b) Los Estados deberían tener debidamente en cuenta la importancia de lograr la participación en las negociaciones inter-

⁷² Disponible en: http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/222067/A_RES_53_101-ES.pdf?sequence=6&isAllowed=y.

nacionales, en una forma apropiada, de los Estados cuyos intereses vitales resulten afectados directamente por los asuntos en cuestión;

c) El propósito y el objeto de todas las negociaciones deberán ser plenamente compatibles con los principios y las normas de derecho internacional, incluidas las disposiciones de la Carta;

d) Los Estados deberían atenerse al marco mutuamente convenido para la realización de las negociaciones;

e) Los Estados deberían procurar mantener un ambiente constructivo durante las negociaciones y abstenerse de cualquier comportamiento que pudiera dificultar las negociaciones y sus avances;

f) Los Estados deberían facilitar la realización o la conclusión de las negociaciones manteniendo en todo momento centrada la atención en los objetivos principales de las negociaciones;

g) Los Estados deberían hacer todo lo posible por seguir avanzando hacia una solución justa y mutuamente aceptable en caso de que se llegue a un punto muerto en las negociaciones.⁷³

Por otra parte, la literatura de derecho internacional se refiere a la negociación de los tratados. En principio, hay una diferencia en la negociación de un tratado si es bilateral o multilateral, en el entendido de que se considera como multilateral cuando participan más de dos Estados. Aunque un tratado bilateral puede ser complejo en su negociación, es indudable que un tratado multilateral, por el número de participantes aumenta su complejidad, por la serie de intereses en juego, que pueden ser contrapuestos, la negociación se torna compleja, y se organiza como si fuera un parlamento, en donde se negocia en dos niveles, en principio en comisiones, que llevan los resultados de su negociación ante el pleno.

Mediante la negociación internacional de un tratado, los Estados expresan su voluntad de qué normas se deben establecer para lograr la cooperación internacional y cómo podrá ser resuelta una controversia, entre otras. En general, el tratado es un

⁷³ Asamblea General, ONU, 83a., sesión plenaria, 8 de diciembre de 1998.

producto de una negociación mediante la cual se pactan reglas de conducta, normas de comportamiento para el Estado mismo y, por supuesto, para su población. En algunos casos eso trae por consecuencia la limitación o reducción de las facultades soberanas; por eso es tan importante la negociación; por lo tanto, los negociadores deben estar preparados, conocer claramente sus objetivos, qué es lo que se quieren lograr u obtener y sus limitaciones, tanto legales como políticas.

Actualmente, la negociación de un tratado internacional puede ser un proceso bastante complicado y sofisticado. Por supuesto, depende del tipo de tratado y el impacto que tendrá. De acuerdo con Barrera Flores,⁷⁴ experto en negociación internacional, las acciones que se toman dentro de las negociaciones internacionales se pueden agrupar en tres subprocesos:

a) preparación previa a la negociación, en la cual los participantes del PN definen su objetivos, fortalezas y debilidades, estudian la (s) contraparte (s) y analizan sus posibles reacciones a las propuestas que les hagan. Con esta información fijan su estrategia o línea general de acción a seguir durante el proceso, así como las tácticas que utilizarán en el siguiente proceso.

b) negociación frente a frente, que se materializa cuando las partes intercambian propuestas verbales o escritas, presentar argumentos y debaten con el fin de llegar a un acuerdo. Si las propuestas son escritas, éstas sirven como referencia directa para intercambiar opiniones e ideas sobre sus bondades, costos, ventajas y desventajas, dificultades de ejecución, etc. Así, con base en las propuestas hechas, las partes tratan de converger en objetivos o ideas comunes, lo que eventualmente daría como resultado un convenio verbal o escrito.

c) Evaluación de las acciones realizadas durante la negociación frente a frente, que es la última actividad de este ciclo o ronda. Una vez que la evaluación se ha llevado a cabo, cada parte decide

⁷⁴ Barrera, Flores, José, “Negociaciones y tratados internacionales: el caso del TLCAN”; en Sigmond, Karen B. (coord.), *Tratados internacionales. Teoría y aplicación de los tratados comerciales en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 1-41.

si continúa en el proceso a través de otra ronda, o concluye la negociación...⁷⁵

En la preparación de la estrategia hay una diferencia en lo que se refiere a la consulta de los interesados, si estamos en un gobierno o sistema más o menos democrático en donde se consulta o no a la población. Por supuesto, cuando se trata de la negociación de un tratado internacional que puede tener un gran impacto en la economía de la población, como puede ser un tratado de comercio, lo normal en un sistema democrático es que se consulte; no basta que la firma del tratado se dé *ad referéndum*, y que el Legislativo sea el que lo apruebe; es necesaria una mayor consulta.

También hay que mencionar que las negociaciones internacionales desembocan en una forma de los tratados, que está compuesta de

...preámbulo, donde se especifican, entre otras cosas, el título, el nombre y el objeto del tratado; la Sustancia, que son las obligaciones medulares contraídas por las partes; las Cláusulas administrativas, que incluyen la fecha, idioma, lugar, ratificación, vigencia, denuncia, y en general, la forma como las partes darán seguimiento o ejecutarán los acuerdos; y los anexos.⁷⁶

Éste es el contenido general de los tratados, aunque en la práctica pueden contener cláusulas de solución de controversias y sistemas de control de aplicación del tratado internacional. La redacción del clausulado en la parte sustantiva puede ser autoaplicativa o heteroaplicativa, pues su redacción puede consistir en normas redactadas que sean aplicadas directamente (por supuesto, también depende del sistema de recepción de derecho interno que tenga el Estado), o bien que requieran un acto del Estado; por ejemplo, legislar en tal o cual dirección, dependiendo

⁷⁵ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 15.

de lo que establezca la cláusula. Este tema lo retomaremos más adelante en forma más detallada.

Un ejemplo actual de negociación puede ser el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte 2 (TLCAN-2) en su versión 2018, y que ha recibido el nombre de Acuerdo Comercial México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC), nombre propuesto por el presidente de los Estados Unidos Donald Trump.

La negociación de este tratado trilateral fue bastante compleja, ya que involucra el libre comercio de los tres países, y con ello partes de su economía. La negociación duró más de un año, y durante ella, el Estado más fuerte, Estados Unidos, recurrió a la “mano dura”, pues aumentó las tarifas aduaneras del acero, como una medida de presión⁷⁷ (la legalidad o no de estas medidas se podría sustanciar ante el sistema de solución de controversias. De hecho, México y Canadá lo hicieron, pero dada la lentitud no son efectivas ante la dinámica de una negociación en curso).

Es decir, estamos ante un tipo de negociación de un tratado, que más se parece a la negociación de un acuerdo de las empresas privadas. Además, otra de las características del EUMCA es que se negoció en inglés, y fue un proceso bastante complejo, que al final dio por resultado 34 capítulos, e intervinieron directamente en la transacción las cúpulas empresariales y sus abogados organizados en el denominado “cuarto de al lado”. Es interesante ver que los negociadores también mantenían un mutismo frente al público, y los participantes debían comprometerse a la confidencialidad con lo que la ciudadanía interesada (por ejemplo, la academia) no estuvo informada para emitir alguna opinión.

Por otra parte, el margen de tiempo que tiene el Senado mexicano para la revisión de un tratado tan complejo hace difícil

⁷⁷ “Trump definió la mano dura en estas conversaciones, la estrategia de impulsar las tarifas aduaneras como mecanismo de presión. «A los niños que dicen que no ponga aranceles le quiere decir que sin aranceles no tendríamos este acuerdo, hoy no estaríamos aquí», dijo”, disponible en: https://elpais.com/internacional/2018/10/01/estados_unidos/1538409844_277527.html (fecha de consulta: 4 de octubre de 2018).

que cumpla con su papel de control del Ejecutivo, que es la esencia de un Estado de derecho.

V. FACULTADES PARA NEGOCIAR UN TRATADO. LOS PLENOS PODERES

Después de ver cómo se negocia un tratado, es importante saber quién tiene facultades para negociarlo. El derecho internacional establece mecanismos de protección para que la manifestación de la voluntad del Estado se realice por las personas adecuadas, y para eso recurre a la institución de los poderes de representación, que históricamente ha tenido un gran desarrollo en derecho interno. En derecho internacional se habla de “plenos poderes”, y recurriendo a sus orígenes de derecho privado tiene una naturaleza contractual, en donde las partes son el otorgante de los plenos poderes y quien acepta ejercerlos en los límites que el poderdante, el Estado, establece.

La figura de los plenos poderes⁷⁸ es fundamental en el derecho internacional, porque quien lo posee puede autenticar el texto del tratado y manifestar el consentimiento del Estado; por eso el derecho de los tratados establece la institución de las nulidades sancionando con la nulidad relativa o absoluta: con nulidad relativa, porque el negociador actúe en exceso de sus facultades,⁷⁹ por error,⁸⁰ por dolo,⁸¹ o nulidad absoluta, en caso de coacción del negociador.⁸²

⁷⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 2-c) establece: “se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado”.

⁷⁹ *Ibidem*, artículo 47.

⁸⁰ *Ibidem*, artículo 48.

⁸¹ *Ibidem*, artículo 49.

⁸² *Ibidem*, artículo 51.

En todos estos casos hay un vicio del consentimiento, que puede ser convalidado, o no, según su gravedad. A las nulidades nos referimos con mayor detalle más adelante.

Viena 69, en su artículo 7o., establece que no sólo representan a un Estado (y, en consecuencia, pueden expresar su voluntad en su nombre) aquellos a quienes se les otorgan plenos poderes, sino también ciertos funcionarios, que en la práctica internacional se les ha considerado representantes del Estado; esos funcionarios son

...los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado; “los Jefes de misión diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados; “c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

Cuando las negociaciones han resultado exitosas, las mismas derivan en la adopción y autenticación del texto acordado, para posteriormente traducirse en la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por el tratado.

VI. LA ADOPCIÓN DEL TEXTO Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Hay dos momentos en el proceso de elaboración de un tratado, casi finales: uno es la adopción del texto del tratado y el otro es la manifestación del consentimiento en obligarse.⁸³

⁸³ More Caballero, Yoel, “La manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales. Problemas actuales”, disponible en: <file:///C:/Users/Pretamos2Ij7/Downloads/14084-Texto%20del%20art%03%ADcu lo-50474-1-10-20151017.pdf> (fecha de consulta: 2 de abril de 2019).

En lo que se refiere a la adopción del texto, prima el consentimiento de los Estados, y de acuerdo con Viena 69 hay dos formas:⁸⁴ por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo que se trate de la “adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente”.

Otro paso es la autenticación del texto definitivo, que se hace de acuerdo con el procedimiento que se prescriba en él o que convengan los Estados que hayan participado en su elaboración, y en el caso de ausencia de tal procedimiento mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto.⁸⁵

Ahora bien, en cuanto a las formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado,⁸⁶ Viena 69 establece también varias maneras diferentes, aunque al final deja abierta la posibilidad al acuerdo de las partes:

1. *Mediante la firma*

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante:

- a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

⁸⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 9.

⁸⁵ *Ibidem*, artículo 10.

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 11.

En la práctica internacional, generalmente los Estados firman *ad referendum*. No hay una obligación, de acuerdo con Viena 69, a ratificar un tratado después de la firma, como se puede ver en el caso famoso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, en el que la Corte Internacional de Justicia claramente dijo que “...comprobó que, la RFA habiendo firmado el Convenio de Ginebra de 1958 pero no habiéndolo ratificado, no se encontraba vinculada por ninguna de sus disposiciones”.⁸⁷

Ahora bien, ¿qué pasa con la rúbrica de un tratado?: “la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido”, y en cuanto a la firma *ad referendum*, “equivale a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma”.⁸⁸

2. El canje de instrumentos que constituyan un tratado

El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

- a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto, o
- b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.⁸⁹

El incremento de las relaciones económicas y técnicas ha conducido a los Estados a utilizar cada vez más, formas de acuerdos simplificadas para obligarse entre sí, con la ventaja de la rapidez en la manera de solucionar problemas técnicos que por su naturaleza no pueden esperar a la firma de acuerdos más forma-

⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, sentencia sobre el “Asunto de la plataforma continental del Mar del Norte”, *Recueil*, La Haya, 1969, pp. 79 y 274.

⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 12.

⁸⁹ *Ibidem*, artículo 13.

les, y que, “según la intención de las partes, suelen adquirir fuerza obligatoria con sólo la firma”.⁹⁰

3. *La ratificación: la aceptación o la aprobación*

Viena 69 se refiere en principio sólo a la ratificación, pero al final extiende las hipótesis a la aceptación y a la aprobación.

“Hay que distinguir entre la ratificación internacional y la ratificación constitucional de un tratado (*sic*) son actos de procedimientos enteramente distintos que se llevan a cabo en dos esferas diferentes”.⁹¹ La segunda hace referencia al procedimiento interno, en el que el órgano Legislativo, en un acto de control del Poder Ejecutivo, ratifica el tratado para su aplicación al interior. En el caso de México, el artículo 76, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la facultad del Senado de aprobar los tratados firmados por el Ejecutivo. Tampoco se debe confundir este término de aprobación senatorial, con la aprobación internacional, de la que nos ocuparemos más adelante.

En el caso de la ratificación internacional, se hace referencia a que “el tratado mismo había de ser ulteriormente ratificado por el Estado para que fuese obligatorio”.⁹² Este tipo de ratificación “indica a la comunidad internacional el compromiso de un Estado de asumir las obligaciones emanadas de un tratado”.⁹³

Así, el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación.⁹⁴

⁹⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, cit.*, p. 217.

⁹¹ *Idem.*

⁹² La institución moderna de la ratificación se implantó en el siglo XIX, y ha tenido diversos significados en el transcurso del tiempo hasta llegar al utilizado actualmente. *Idem.*

⁹³ *Manual de tratados*, preparado por la sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, *cit.*, párrafo 3.3.2.

⁹⁴ Se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace

- a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
- c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
- d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.⁹⁵

La aceptación y la aprobación tienen los mismos efectos que la ratificación, de acuerdo con la posición de la Comisión de Derecho Internacional, según la cual su empleo es un problema de intención esencialmente. Ambas expresiones se utilizan de dos modos distintos: “bien como expresión del consentimiento en obligarse sin previa firma, bien como ratificación después de una firma anterior no vinculante”.⁹⁶

Explica la Comisión que

...la aceptación es la denominación que se da a dos nuevos procedimientos, uno de ellos análogo a la ratificación y el otro a la adhesión... Así pues, el mismo nombre se encuentra en relación con dos procedimientos diferentes, pero no cabe duda de que actualmente “la aceptación” tiene dos formas: una, un acto por el cual el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por el tratado después de haberlo firmado; y la otra, un acto por el que manifiesta tal consentimiento sin haber firmado el tratado.⁹⁷

La expresión “firma a reserva de aceptación” es una forma simplificada de ratificación que permite a los Estados revisar nuevamente el tratado cuando no existe la obligación de someterlo a

constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado artículo 2-b, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*

⁹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 14.

⁹⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 218.

⁹⁷ *Idem.*

un procedimiento constitucional, y se utiliza en el caso de tratados que por su forma y fondo no requieren de un procedimiento constitucional de ratificación o aprobación.

El mismo argumento aplica para el término “aprobación”. Al fin y al cabo, es más bien un problema de terminología que de fondo, y obedece a las diferencias en las reglas constitucionales de los Estados.

Finalmente, y acerca del valor de la ratificación, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso relativo a la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional sobre el río Oder, expresó lo siguiente:

Con respecto a ésto, debe de tomarse en cuenta que el Artículo 338 expresamente se refiere a “la Convención”, a menos de que dicho artículo claramente muestre lo contrario, debe considerarse que se refiere a una convención hecha efectiva de acuerdo con las reglas ordinarias del derecho internacional, entre las cuales está la regla de que los tratados, *salvo en ciertos casos especiales, son obligatorias solamente en virtud de su ratificación*⁹⁸ (las cursivas son nuestras).

4. *Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión*

“La adhesión es el procedimiento tradicional por el que un Estado, en determinadas circunstancias, llega a ser parte en un tratado del cual no es signatario”.⁹⁹ Se caracteriza porque el Estado que presenta su instrumento de adhesión no fue Estado negociador, pero los demás Estados admiten la posibilidad de que forme parte del mismo, ya sea que el tratado haya o no haya entrado en vigor, y es lo que recoge Viena 69.

⁹⁸ La traducción es de MBR, PCIJ, serie A, núm. 23, 10 de septiembre de 1929, p. 20.

⁹⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, vol. II, *cit.* p. 219.

El consentimiento en obligarse por un tratado mediante adhesión se manifestará:

- a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
- c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.¹⁰⁰

VII. LAS RESERVAS EN LOS TRATADOS

La institución jurídica de la reserva es fundamental en los intentos de lograr la mayor aceptación de los Estados de los tratados internacionales de carácter multilateral, salvaguardando la especificidad de su derecho interno. Gracias a ella, los Estados pueden aceptar ser parte de los tratados multilaterales sin afectar su derecho interno. Por supuesto, en los casos en que el tratado en cuestión lo permita o en ausencia de disposición al respecto, de conformidad con las reglas contenidas en la Convención de Viena 69, o bien en el derecho consuetudinario. En realidad, las reservas se encuentran dentro de la etapa de negociación de los tratados.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se entiende por “reserva”

...una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.¹⁰¹

Tanto en la doctrina como en la práctica internacional también se habla de “reservas interpretativas”, o bien de “declaración

¹⁰⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 15.

¹⁰¹ *Ibidem*, artículo 2.1.d.

ción interpretativa”, que es cuando un Estado hace una estipulación en el sentido de que acepta ciertas disposiciones de un tratado según una determinada interpretación.¹⁰²

Se entiende por “declaración interpretativa” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional con objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.¹⁰³

Sin embargo, es frecuente observar que los Estados, al momento de expresar su consentimiento, establecen declaraciones interpretativas, que por su contenido son más bien reservas. La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados señala que para determinar si es una u otra, deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos y buscando la intención del autor. Tampoco hay que pasar por alto que el objetivo de la reserva es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, sin importar la denominación que se le dé.

Por supuesto, la práctica internacional, incluyendo la mexicana, está llena de este tipo de reservas. Por ejemplo, cuando México se adhirió a la Convención Americana hizo varias reservas y declaraciones interpretativas,¹⁰⁴ entre ellas la siguiente:

¹⁰² Verdross, Alfred, *Derecho internacional*, cit., pp. 151 y 152.

¹⁰³ Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, Aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 63o. periodo de sesiones, en Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 63o. periodo de sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), Asamblea General, Documentos oficiales, Sexagésimo sexto periodo de sesiones, suplemento 10, A/66/10/Add.1, disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf> (fecha de consulta: el 4 de noviembre de 2018).

¹⁰⁴ El instrumento de adhesión se recibió en la Secretaría General de la OEA el 24 de marzo de 1981, con dos declaraciones interpretativas y una reserva. Tal reserva se notificó conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. El plazo de doce meses desde la notificación de la misma se cumplió el 2 de abril de 1982, sin objeciones.

Declaraciones Interpretativas:

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4o.,¹⁰⁵ considera que la expresión “en general”, usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción” ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.¹⁰⁶

Respecto del párrafo primero de la Declaración, podemos observar que no es una declaración interpretativa, sino una reserva, puesto que está excluyendo al gobierno mexicano de proteger la vida desde el momento de su concepción; es decir, no está dando una determinada interpretación a ciertos términos, sino que está rechazando una obligación específica.¹⁰⁷

También vemos que Viena 69 establece un tiempo para interponer las reservas: “al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él”. Sin embargo, en el caso de que una reserva haya sido expresada en el momento de firma, si no se repite en el momento de ratificación, se considera que ha sido retirada.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 4o. “Derecho a la Vida”:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹⁰⁶ Aunque esta Declaración fue retirada, por motivos didácticos es útil en este trabajo para utilizarla como ejemplo. El 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General de la OEA su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva.

¹⁰⁷ En efecto, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que es una reserva, como se puede ver en la sentencia de la Suprema Corte Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Promovientes: Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Procuraduría General de la República, pp. 172 y 173.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 152.

En la experiencia mexicana existe un caso que, desde esta perspectiva, se hace en violación con estas normas. Precisamente, es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH), en donde el Estado mexicano, en el momento de firmar y ratificar el instrumento, en 1981, se abstuvo de reconocer la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y posteriormente, en 1998, al aceptar la competencia de la Corte, al mismo tiempo interpuso una reserva,¹⁰⁹ no expresamente, pero sí en su sentido, al afirmar que México reconoce la competencia de la Corte, "...a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". Esta expresión de "a excepción" podría implicar la imposibilidad de aplicar varios artículos de la Convención Americana, y evidentemente del artículo 8o., relativo a garantías judiciales; en fin, ésta puede ser considerada una reserva encubierta, o finalmente una reserva, que no puede ser aceptada por extemporánea, o bien inexistente, porque la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no acepta reservas.

La Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, en el apartado 2.3, señala la regla de no aceptación de reservas tardías, a menos que no exista oposición de los Estados, y en el numeral

¹⁰⁹ DECLARACIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Los Estados Unidos Mexicanos reconocen como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62,1 de la misma, a excepción de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente será aplicable a los hechos o a los actos jurídicos posteriores a la fecha del depósito de esta declaración, por lo que no tendrá efectos retroactivos.

3. La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace con carácter general y continuará en vigor hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que la han denunciado (Firmado el 16 de diciembre de 1998).

2.3.1 determina que la formulación tardía de una reserva ha sido aceptada si ninguno de los Estados contratantes se ha opuesto en un término de doce meses, lo que en el caso que nos ocupa no sucedió.¹¹⁰

Por otro lado, es relevante hacer notar la falta de congruencia acerca de las reservas a tratados y la modificación legislativa por parte del Congreso mexicano. Un ejemplo de ello es el siguiente: el 3 de agosto de 1982 México firmó la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, del 8 de mayo de 1979, en Montevideo; al momento de firmar hizo una reserva al artículo 2o.¹¹¹ de la misma en el siguiente sentido: “México interpreta que el artículo 2o. crea una obligación únicamente cuando ante el juez o autoridad se ha comprobado la existencia del derecho extranjero o sus términos son conocidos para ellos de alguna otra manera”.¹¹²

De acuerdo con esta reserva, se entiende que las partes tendrían la obligación de probar la existencia de un derecho extranjero aplicable al caso concreto, cuando el artículo de referencia deja esa obligación a los jueces, quienes estarían obligados a aplicarlo como lo haría el juez extranjero. No habría mayor problema si el legislador mexicano, al modificar el Código Civil,¹¹³ no hubiera copiado textualmente el artículo 2o. en el artículo 14,

¹¹⁰ Disponible en: <http://legal.un.org/ilc/reports/2011/spanish/addendum.pdf> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2018).

¹¹¹ El artículo 2o. señala lo siguiente: “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”. En vigor para México desde el 18 de mayo de 1984, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-45.html> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2018) y disponible en: https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/mues/tratado_nva.sre?id_tratado=380&depositario=.

¹¹² Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2018).

¹¹³ La modificación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 1988.

fracción I, del Código Civil para el DF y para toda la República en materia Federal, y de algunas entidades federativas, además de agregar un artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el que replica ese artículo 2o. de la Convención, agregando que el juez se auxiliará del servicio exterior mexicano para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero.

Al respecto, la jurisprudencia mexicana no es uniforme, pero en su mayoría se ha decantado por el hecho de que las partes deben probar la existencia de un derecho extranjero; pero en ningún momento se alude a la reserva referida.

También, la interposición de reservas tiene límites, a los cuales se refiere Viena 69:¹¹⁴

Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:

- a) que la reserva este prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

El concepto de incompatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados como límites a la interposición de las reservas forma ya parte de una norma consuetudinaria, como se puede ver en la Opinión Consultiva (OC) de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), del 28 de mayo de 1951, relativa a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. En esta OC se decidió que “el objeto y fin los tratados” es una limitación para determinar la viabilidad de las reservas; es decir, en caso de que no esté determinada la posibilidad de una reserva en un tratado, un criterio claro para decidir esta cuestión es si la reserva

¹¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 19.

afecta el objeto y fin los tratados, y en tal caso están prohibidas las reservas.

Después, en el caso de que en un tratado una de las partes objete una reserva por considerarla incompatible con el objeto y fin del tratado, podría estimar que el Estado que la formula no es parte de dicho tratado respecto de él; además, en dicha OC se introduce la no exigibilidad de la aceptación unánime de la reserva para que el Estado pueda llegar a ser parte.¹¹⁵ Con esto, la Corte Internacional de Justicia trata de crear un sistema flexible que permita cumplir con la razón de ser de las reservas: lograr la más amplia participación de los Estados en los tratados multilaterales. Las reservas, cuando no van en contra del objeto y fin de un tratado en concreto, permiten la existencia de disposiciones de derecho interno, que sin ellas constituirían un obstáculo para el cumplimiento del tratado.

En la práctica mexicana tenemos el caso Radilla,¹¹⁶ donde México alegó la existencia de una reserva a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (CIDF), en relación con el fuero militar, que este país consideraba legal. Al respecto, la Corte Interamericana afirmó:

311. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida.¹¹⁷

¹¹⁵ Bonet Pérez, Jordi, *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, 1966, p. 31.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos *caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHMA4.pdf> (fecha de consulta: 27 de julio de 2018).

¹¹⁷ *Ibidem*, párrs. 311 y 312.

Cómo se ve, la Corte Interamericana consideró que la reserva mexicana a la (CIDH) era nula, por ir contra el objeto y fin de dicha convención. Por si había duda de qué tribunal está autorizado para declarar la nulidad de una reserva (si el tribunal interno o el internacional), aquí es claro que es el tribunal internacional el que puede hacer tal declaratoria.

En lo que respecta a la práctica internacional, el sistema de protección de derechos humanos de Europa tiene la primicia en resolver casos en donde las reservas son un elemento de controversia. En 1982, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Temeltasch*, declaró que la reserva, objeto de la controversia, era inválida. También en el caso *Belilos* contra Suiza, la Corte Europea de Derechos Humanos, en 1988, resolvió sobre la nulidad de una declaración interpretativa, que en realidad era una reserva, y declaró que no estaba permitida por la Convención Europea.¹¹⁸

En estos casos, el sistema europeo se inclinó por la nulidad de las reservas, y se consideró que el resto del tratado se mantenía en vigor para el Estado que la interponía, incluyendo, por supuesto, la parte del tratado objeto de la reserva anulada.¹¹⁹ En el sistema interamericano de derechos humanos también se ha creado una doctrina cercana a la orientación europea.¹²⁰

Los artículos 19 al 23 de Viena 69 establecen las reglas relativas a las reservas: aceptación y objeción, efectos jurídicos, así como su retiro; sin embargo, y tomando en cuenta que son reglas muy generales, que han generado muchas dudas en la práctica internacional, la Comisión de Derecho Internacional, en su sesión 45 de 1993, decidió incluir el tema de las reservas en su agenda

¹¹⁸ López Hurtado, Carlos, “¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos del derecho internacional? Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001, pp. 247-289.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 247-286.

¹²⁰ OC-2/82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 1982, serie A N 2 y OC-3/83 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de septiembre de 1983, serie A N 3.

de trabajo, sujeto a la aprobación de la Asamblea General, bajo el nombre “Derecho y práctica relacionadas con las reservas de los tratados”.¹²¹

Después de aproximadamente veinte años y luego de diecisiete reportes elaborados por relatores especiales, así como de los comentarios y observaciones de los gobiernos, la Comisión de Derecho Internacional, en su 63o. periodo de sesiones de 2011, adoptó la Guía Práctica sobre la Reserva de los Tratados.

VIII. ENTRADA EN VIGOR Y APLICACIÓN PROVISIONAL DE LOS TRATADOS

Una vez que el tratado se ha negociado, el siguiente paso en el ámbito internacional es su entrada en vigor, que trae por consecuencia la obligación de cumplirlo, por un lado, y el derecho de exigir su cumplimiento, por todos los Estados parte, y en consecuencia, el nacimiento de responsabilidad en caso de incumplimiento; es decir, se actualiza el principio *pacta sunt servanda*.

En el ámbito interno, antes de que el tratado entre en vigor, los Estados tienen el derecho de someter el contenido del tratado a los órganos internos de control (generalmente el Legislativo); por eso normalmente los tratados se firman *ad referendum*, que significa a condición de ser aprobados por la autoridad competente. Aunque este acto de control depende de la soberanía del Estado, es decir, estamos en el campo de la recepción del derecho internacional en derecho interno, pues a nivel internacional ningún Estado podrá invocar las disposiciones internas de su legislación como justificación de incumplimiento de un tratado (artículo 27 de Viena 69).

Las reglas de entrada en vigor están contenidas en los artículos 24 y 25 de Viena 69. Normalmente, es el propio tratado el que establece la regla sobre su entrada en vigor, pero a falta de ello se observarán las reglas contenidas en el primer artículo.

¹²¹ Disponible en: http://legal.un.org/ilc/summaries/1_8.shtml.

Son cuatro las reglas contenidas en el artículo 24:

1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.
2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.
3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.
4. Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

Como sabemos, los tratados pueden ser de dos tipos: bilaterales y multilaterales, de ahí la diferencia que marcan las cuatro reglas. En el caso de los tratados bilaterales se aplica fácilmente la regla primera, es decir, depende del consentimiento mutuo, la fecha y forma de entrada en vigor.

En el caso de un tratado multilateral, es más complejo, pues el tratado establece reglas específicas para la entrada en vigor; por ejemplo, que se reúnan cierto número de ratificaciones, por lo que el tratado entrará en vigor aunque no hayan ratificado todos los Estados firmantes, los cuales se incorporan al tratado cuando lo ratifique (aunque recordemos que desde antes de la entrada en vigor ya tiene ciertas obligaciones derivadas del artículo 18 de Viena 69). También se puede exigir para la entrada en vigor una *vacatio legis*; y más aún, si el tratado lo permite, podrán adherirse Estados que no hayan participado en la negociación que decidan ser parte del tratado.

Dada la complejidad del manejo del estado que guardan los tratados, es decir, el intercambio de ratificaciones, se nombra un depositario.

El ejemplo que podemos traer es precisamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta Convención fue firmada en Viena (de ahí su nombre), el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve. De acuerdo con su artículo 81, estuvo

...abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la Convención, de la manera siguiente: Hasta el 30 de noviembre de 1969, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria, y, después, hasta el 30 de abril de 1970, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

Se designó al secretario general de las Naciones Unidas como depositario de las ratificaciones y las adhesiones, además con la función de informar sobre el estatus que guarda este importante tratado. En cuanto a la entrada en vigor, estableció una fórmula que es de tiempo y de número de ratificaciones.¹²² En principio se requirieron 35 ratificaciones de Estados, y a partir de ellas, dejar pasar treinta días de *vacatio legis*, después de lo cual el tratado es vinculante para los Estados.

Finalmente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980, es decir, poco

¹²² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 84. “1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión”.

más de una década después de su firma, y actualmente son parte de ella 116 Estados de los 193 que tiene Naciones Unidas (llama la atención que Estados Unidos no ha ratificado la Convención). Esto significa que se necesitaron varias décadas para que la Convención entrara en vigor (lo cual no es mucho tomando en cuenta la evolución del derecho consuetudinario, que ha llevado siglos en su conformación), y no lo es para 73 Estados que no son miembros de ella. Eso también habla de la importancia del derecho consuetudinario, que regula una gran parte de las relaciones entre Estados no partes de Viena 69.

IX. APLICACIÓN PROVISIONAL

El caso que presenta el artículo 25 de Viena-69¹²³ ha sido objeto de atención de la doctrina sobre el derecho de los tratados en virtud de la práctica frecuente, no sólo entre los Estados, sino también entre los organismos internacionales. Ha sido tal la importancia del tema, que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en su sesión 64o. de 2012, ha nombrado como relator al jurista mexicano Juan Manuel Gómez Robledo, para que analice la práctica y el marco jurídico de la aplicación provisional de los tratados.¹²⁴ Al día de hoy ha presentado cuatro informes y diez

¹²³ “1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- a) si el propio tratado así lo dispone: o
- b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto”.

¹²⁴ Gómez Robledo V. Juan Manuel, “La aplicación provisional de los tratados”, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4731/7.pdf> (fecha de consulta: 11 de diciembre del 2018). Además, disponible en: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2016/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2016/>.

directrices sobre el tema, los que fueron remitidos al Comité de Redacción para continuar con su discusión en el seno de la Comisión de Derecho Internacional.

El artículo 25 de Viena 69 está compuesto de dos partes; en la primera se refiere a cuándo y cómo procede la aplicación provisional, y la segunda parte se refiere a su terminación. En principio, se habla de que la aplicación provisional puede ser de todo o una parte del tratado. La extensión depende de los Estados negociadores, que se pueden poner de acuerdo en una cláusula del tratado o “de otro modo”, eso podría ser mediante un compromiso ajeno al tratado. Ahora bien, aunque el artículo 25 no lo dice, lógicamente, se entendería que la aplicación provisional terminaría cuando entre en vigor el tratado, pero cuando está todavía en proceso de entrar en vigor. Un Estado puede notificar a los demás Estados “entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente, su intención de no llegar a ser parte en el mismo”. Pero puede suceder también que “los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto”. No se aclara qué otra se puede convenir, dejándolo más bien a la voluntad de las partes.

El artículo 25, por su brevedad deja muchas cosas sin resolver, y por lo tanto sujetas a la interpretación. Por ejemplo, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la aplicación provisional?, y, en consecuencia, si existe responsabilidad en caso de incumplimiento.

Creemos que la aplicación provisional, como lo hemos visto, tiene su fuente en los acuerdos entre los Estados; es decir, tiene naturaleza convencional; entonces los encontramos en el marco del concepto de tratado (“se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”); como parte de un tratado; en consecuencia, se le aplican todas las normas de responsabilidad en caso de incumplimiento.

Donde nos parece que hay problemas es en el derecho interno con estos acuerdos, que no pasan por el control de sus órganos

internos y tienen mucha trascendencia; inexorablemente, deberían pasar por el órgano de control de derecho interno.

Para ilustrar con un ejemplo en derecho interno, tenemos el caso del T-MEC, en donde hay una disposición bastante interesante, que puede ser considerada como una cláusula de aplicación provisional del tratado, pues México se comprometió frente a Estados Unidos a tener leyes laborales con derechos en materia de asociación sindical, entre otras, antes del 1o. de enero de 2019; es decir, antes de que el tratado sea aprobado por los respectivos órganos legislativos de los tres países.

Desde la perspectiva de la negociación del tratado de libre comercio, esto fue visto naturalmente; sin embargo, desde la perspectiva del derecho constitucional mexicano es un fenómeno que está fuera de la Constitución, pues no se puede obligar al Estado mexicano, por un tratado que está todavía en proceso de negociación y sin que el Senado siquiera lo haya aprobado, de conformidad con los artículos 76 y 89 de la Constitución mexicana.

Irretroactividad de los tratados; el artículo 28 de Viena 69 establece:

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Un principio general del derecho es el relativo a la irretroactividad de la ley; es decir, normas posteriores no pueden ser aplicadas a situaciones del pasado, salvo que sean en beneficio de la persona. En el derecho internacional se aplica el mismo principio general del derecho, y es lo que recoge la norma contenida en Viena 69, y la única excepción es la de que las partes tengan una intención diferente que se desprenda del tratado o de cualquier otra forma.

Un ejemplo acerca de esa intención diferente que se desprenda del tratado o “de cualquier otra forma” a la que alude el ar-

título de referencia lo tenemos en la sentencia sobre excepciones preliminares de la Corte Permanente de Justicia Internacional del 30 de agosto de 1924, en el caso concerniente a las Concesiones Mavrommatis en Palestina.¹²⁵

Grecia y Gran Bretaña firmaron el 24 de julio de 1924, el Tratado de Lausana y su Protocolo XII, relacionado con concesiones en Palestina, que debía resolver el conflicto presentado por Grecia en nombre del señor Mavrommatis. El instrumento fue ratificado en agosto del mismo año. No obstante, antes de su entrada en vigor, el gobierno heleno presentó su caso ante la Corte Permanente, por lo que el gobierno británico argumentó que el Protocolo no podía ser invocado ante dicho tribunal, y, en consecuencia, aquélla no era competente para conocer del caso Mavrommatis.

La Corte expresó:

Por lo tanto, una característica esencial del Protocolo XII es si sus efectos se extienden a situaciones legales que datan de un tiempo anterior a su propia existencia. Si no se establecieron disposiciones en las cláusulas del Protocolo para la protección de los derechos reconocidos en el mismo frente a las infracciones antes de la entrada en vigor de ese instrumento, el Protocolo sería ineficaz en lo que respecta al período en el cual los derechos en cuestión se encuentran más necesitados de protección. *Por lo tanto, la Corte considera que el Protocolo garantiza los derechos reconocidos en él contra cualquier violación, independientemente de la fecha en que pueda haber tenido lugar*¹²⁶ (las cursivas son nuestras).

En la sentencia sobre el caso Ambatielos,¹²⁷ del 1o. de julio de 1952, la Corte Internacional de Justicia argumentó en sentido contrario a lo determinado por la Corte Permanente en el caso Mavrommatis, al señalar:

¹²⁵ The Mavrommatis Palestine Concessions, PCIJ, serie A, núm. 2, August 30th, 1924, pp. 34 y ss.

¹²⁶ *Ibidem* p. 34. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

¹²⁷ Ambatielos case (jurisdiction), Judgment of July 1st, 9 52: I. C. J. Reflorts 1952, p. 28.

Estos puntos plantean la cuestión del funcionamiento retroactivo del Tratado de 1926 e intentan cumplir con lo que se describió durante las audiencias como “la teoría de las cláusulas similares”, presentada en nombre del Gobierno helénico. La teoría es que cuando en el Tratado de 1926 hay disposiciones sustantivas similares a las disposiciones de fondo del Tratado de 1886, entonces, de conformidad con el Artículo 29 del Tratado de 1926, este Tribunal puede juzgar la validez de una reclamación basada en una presunta violación de cualquiera de estas disposiciones, incluso si la supuesta infracción tuvo lugar totalmente antes de la entrada en vigor del nuevo tratado. El Tribunal no puede aceptar esta teoría por las siguientes razones: (i) Aceptar esta teoría significaría dar efecto retroactivo al Artículo 29 del Tratado de 1926, considerando que el Artículo 32 de este Tratado establece que el Tratado, (eso significa todas las disposiciones del Tratado), entrará en vigor inmediatamente después de su ratificación. Tal conclusión podría haber sido refutada si hubiera habido alguna cláusula especial o algún objeto especial que requiera una interpretación retroactiva. No hay tal cláusula u objeto en el presente caso. *Por lo tanto, es imposible sostener que cualquiera de sus disposiciones pueda aplicarse retroactivamente*¹²⁸ (las cursivas son nuestras).

Como se podrá observar, en el primer caso la Corte Permanente aplicó de manera retroactiva disposiciones de un tratado con objeto de proteger derechos de personas; mientras que en el segundo caso, la Corte Internacional de Justicia se decantó por el principio de irretroactividad del tratado, bajo el argumento de que no existía disposición expresa en el Tratado de 1926, en el que los Estados parte (Gran Bretaña y Grecia) admitieran de manera fehaciente la aplicación retroactiva del mismo.

X. ÁMBITO TERRITORIAL DE LOS TRATADOS. LA “CLÁUSULA FEDERAL”

Lo que la doctrina reconoce como “cláusula federal” es vista como una excepción a la integridad del Estado en materia de

¹²⁸ *Ibidem*, p. 40. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

responsabilidad, y concretamente a lo dispuesto en el artículo 27 de Viena 69.

Concretamente, el artículo 29 de Viena 69 contiene la cláusula federal, que se expresa de la siguiente manera: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Aquí, en principio, con claridad Viena 69 establece la regla general: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio”.

Esta regla general está contenida en algunos tratados internacionales, como es el caso de los pactos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹²⁹ lo mismo que en la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³⁰ La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 16, del 1o. de octubre de 1999, solicitada por México, confirma esta regla, ante la argumentación de que los

¹²⁹ Artículo 50. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

¹³⁰ Artículo 28. Cláusula Federal de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

Estados Unidos puedan excusarse de cumplir la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.¹³¹

Pero, acto seguido, Viena 69 establece una excepción: “salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”. Es decir, prevé la existencia de sistemas de organización política de carácter federal. Con esto, el sistema del derecho de los tratados toma en cuenta los espacios naturales del derecho interno. Como sabemos, el derecho internacional también contempla al derecho interno, y es natural, si al final de cuentas ambos sistemas se nutren mutuamente, se relacionan y complementan. En efecto, el derecho internacional y el derecho interno, una vez que están perfeccionados, no son estancos separados: se integran, se necesitan mutuamente, al mismo tiempo que se respetan.

Lo que no es claro, en la fórmula de Viena 69, es el momento cuando se puede interponer la cláusula federal, aunque uno entendería que es en el momento de negociación y antes de fir-

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva oc-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

139. Si bien la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no contiene una cláusula relativa al cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados federales (como sí lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana), esta Corte ya ha establecido que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” 97. 140. Asimismo, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, [u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo⁹⁸. La Corte ha constatado que de la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

mar el tratado, siempre y cuando en la negociación se permita. Retomamos más adelante este punto.

En la jurisprudencia internacional tenemos ya antecedentes de que los Estados han invocado la cláusula federal como un eximente de responsabilidad. El ejemplo lo tenemos en el caso (reparaciones y costas) Garrido y Baigorria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³² En este caso de desaparición forzada, “La Argentina invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal del Estado en tres momentos de esta controversia”.¹³³

Al respecto, la Corte Interamericana dictó sentencia el 27 de agosto de 1998, en la que desechó la procedencia de la argumentación argentina, por dos razones: primero, porque podría violar las reglas de *estoppel*, y después, por la existencia de una “jurisprudencia centenaria”, y que no ha variado hasta ahora, que establece que un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional.¹³⁴

¹³² Sobre este caso véase Eyherabide, Santiago, “Artículo 28, cláusula federal”, en Alonso Regueira, Enrique M., *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp. 509-518.

¹³³ Párrafo 45 “...En primer lugar, cuando se discutía el fondo del asunto, el Estado sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía sobre él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal. La Argentina desistió luego de este planteamiento y reconoció expresamente su responsabilidad internacional en la audiencia de 1o. de febrero de 1996 (supra 16). El Estado pretendió por segunda vez hacer valer la cláusula federal al concertarse el convenio sobre reparaciones de 31 de mayo de 1996. En esa oportunidad, apareció como parte en el convenio la provincia de Mendoza y no la República Argentina, pese a que esta última ya había reconocido su responsabilidad internacional. La Corte decidió entonces que dicho convenio no era un acuerdo entre partes por no haber sido suscrito por la República Argentina, que es la parte en esta controversia (supra 18 y 24). Por último, en la audiencia de 20 de enero de 1998 la Argentina alegó haber tenido dificultades para adoptar ciertas medidas debido a la estructura federal del Estado (supra 34). 46”.

¹³⁴ Párrafo 45: “Al respecto, dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del

Respecto de la regla del *estoppel*, si la Corte la invoca, eso significa que el momento para interponer la cláusula federal debe ser en el momento en que el Estado expresa su voluntad de ser parte del tratado en cuestión, es decir, en la firma, ratificación o adhesión, ya que si no lo hace, implica que se “comporta como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal”, y después no puede alegar lo contrario, pues incurriría en violación de la regla de *estoppel*.

Ahora bien, respecto de la jurisprudencia centenaria, en realidad, a juzgar por el artículo 27 de Viena 69, sí ha cambiado, pues no es una regla sin excepciones como ahora lo es.

Otro ejemplo, que podría tener relación con la cláusula federal, es el relativo al cumplimiento de la sentencia del caso Avena,¹³⁵ México versus Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 31 de marzo de 2004, en el que el demandado era responsable de incumplir el artículo 36, párrafo 2, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 en perjuicio de 49 nacionales mexicanos. Decimos que “podría tener relación con la cláusula federal”, porque en realidad no se planteó como tal, pues como se ve, fue una postura de los tribunales locales alegando poderes soberanos frente a la jurisdicción internacional, a la cual está obligado el Estado como tal.

El problema se presentó en los Estados Unidos al surgir un debate académico y político acerca de si los estados de la federación debían cumplir con la sentencia de un tribunal internacional.

estoppel. En cuanto a las «dificultades» invocadas por el Estado en la audiencia de 20 de enero de 1998, la Corte estima conveniente recordar que, según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (Cfr. sentencia arbitral del 26.VII.1875 en el caso del Montijo, La Pradelle-Politís, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana 13 del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., Reports of International Arbitral Awards, vol. V, p. 536).

¹³⁵ Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2004.

Los abogados constitucionales de los Estados Unidos expresaron dudas sobre si el gobierno federal (incluso aunque considerara que la aplicación fuera deseable) tenía la competencia para exigir una reapertura de un proceso penal ante los tribunales estatales. Finalmente, el Fiscal General de Arizona se apresuró a anunciar que Arizona no se consideraba obligada por la sentencia de la Corte Internacional de Justicia: El fallo no es vinculante para los tribunales estatales. Tendría que ser algo que viene de la Corte Suprema de los Estados Unidos para ser vinculante para el sistema judicial de Arizona. Y el gobernador de Texas, Rick Perry, es citado diciendo que “La Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción en Texas”.¹³⁶

En suma, en el derecho internacional hay una tendencia a responsabilizar al Estado, en total, por las violaciones cometidas por sus entidades federales, en materia de derechos humanos. La cláusula federal no puede ser esgrimida para evadir la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos;¹³⁷ sin embargo, sí es un instrumento útil para los Estados con un fuerte federalismo, y sobre todo en los tratados comerciales, en donde los intereses de la federación pueden ser diferente con los de las entidades que la componen.

XI. LA APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS CONCERNIENTES A LA MISMA MATERIA

Viena 69 prevé la existencia de tratados sucesivos, hipótesis que no es lejana, sobre todo en este momento, con la proliferación de una

¹³⁶ Pulkowski, Dirk, “Testing Compliance Theories: Towards US Obedience of International Law in the *Avena* Case”, *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), pp. 511-554.

¹³⁷ Dulitzky, Ariel E., “Implementación del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas federales el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”.

La cláusula federal en la Convención Americana-Suprema Corte de, disponible en: www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=2349&n=DULITZKY%20federal.doc (fecha de consulta: 3 de octubre de 2018).

multitud de tratados de carácter comercial, que ponen a prueba a cualquier abogado que se enfrenta a la interpretación o aplicación de un enjambre de normas convencionales que conviven al mismo tiempo con normas que pueden ser diferentes, con varias partes.

De esta manera, el artículo 30 de Viena 69 establece varias reglas concretas:

- En principio, como punto de partida, reconoce una jerarquía de tratados en beneficio de la Carta de San Francisco, al citar su artículo 103,¹³⁸ y la demás casuística de los derechos y las obligaciones de los Estados parte en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinan de la siguiente manera:
- “Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último”. De esta manera, se aplica el principio general del derecho de una *lex posterior derogat priori* (una norma posterior deroga a la anterior).
- Ahora bien, “cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59,¹³⁹ el tratado anterior

¹³⁸ Artículo 103: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

¹³⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 59. “Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. 1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. Por supuesto, en este caso sigue aplicándose el principio *lex posterior derogat priori*, y el tratado anterior se “aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”.

- Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
 - a) En las relaciones entre los Estados parte en ambos tratados se aplicará la norma enunciada anteriormente (“*lex posterior...*”, y el tratado anterior “únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”).
 - b) En las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.
- Estas últimas disposiciones se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 de Viena 69,¹⁴⁰ y no prejuz-

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes”.

¹⁴⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 41. Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente. 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal modificación esta prevista por el tratado: o
- b) si tal modificación no está prohibida por el tratado. a condición de que:
 - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.

gará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 (“Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación”) ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado. Aquí, Viena 69 nos recuerda que puede existir responsabilidad internacional por la celebración de un tratado que contradiga a uno anterior.

A estas normas generales que prevé Viena 69 podemos sumar las reglas que pudieran tener cada uno de los tratados. Por ejemplo, hablamos anteriormente de la explosión de tratados de libre comercio que los Estados celebran, y precisamente el frustrado (por la negativa del presidente de los Estados Unidos Donald Trump de firmarlo) tratado de libre comercio entre doce Estados, denominado Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico (TPP por sus siglas en inglés *Trans-Pacific Partnership*). Es por eso que los Estados negociadores, conscientes de la situación de multitud de tratados, adoptaron una fórmula, a la que denominan “cláusula de coexistencia”:

Artículo 1.2: Relación con otros Tratados.

1. Reconociendo la intención de las Partes del presente Tratado para coexistir con sus tratados internacionales existentes, cada Parte confirma, (a) en relación con los tratados internacionales existentes en los que todas las Partes son parte, incluyendo el Acuerdo OMC, sus derechos y obligaciones existentes entre ellas; y (b) en relación con los tratados internacionales en los que dicha Parte y al menos otra Parte sean parte, sus derechos y obligaciones existentes con respecto a la otra Parte o Partes, según sea el caso.

2. Si una Parte considera que una disposición del presente Tratado es incompatible con una disposición de otro tratado en

el que ésta y al menos otra Parte sean parte, a solicitud, de las Partes relevantes del otro *tratado consultarán con miras a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. Este párrafo es sin perjuicio de los derechos y obligaciones de una Parte de conformidad con el Capítulo 28 (Solución de Controversias)* (las cursivas son nuestras).

En realidad, la cláusula de coexistencia lo único que hace es remitir al sistema de solución de controversias; pero aquí está el problema: ¿qué normas se pueden aplicar en la interpretación de los tratados? La respuesta es inmediata: Viena 69. En principio, la idea o la obligación para todas las partes en un tratado es que se cumpla de buena fe, además de que el cumplimiento se prefiera al de una norma de derecho interno;¹⁴¹ sin embargo, lógicamente, pueden existir contradicciones en los tratados, en cuyo caso hay que decidir cuál norma se puede aplicar.

En el sistema jurídico nacional, por ejemplo: en el caso mexicano, en una situación de contradicción se debe preferir, en primer lugar, la norma constitucional y después la de los tratados. Si se prefiere, como debe ser, la aplicación de la norma constitucional en detrimento de la internacional sabemos, de acuerdo con Viena 69, incurrirá el Estado en responsabilidad internacional. Por lo tanto, lo ideal es que no exista esa contradicción desde el inicio, es decir, desde la negociación del TPP o en el momento de expresar la ratificación del tratado.

Pero supongamos que haya contradicción entre los tratados y no se solucione por mutuo acuerdo, entonces se tendrá que recurrir a los sistemas de solución de controversias, y, en tal caso, quien resuelva tendrá que aplicar el sistema de interpretación de los tra-

¹⁴¹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece: Observancia de los tratados.

26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. 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.

tados que contiene Viena 69, así como las normas en materia de concurso de tratados, como lo vimos. Entonces, aquí llegamos a una situación circular: de la fórmula de un tratado llegamos a la aplicación de las disposiciones del artículo 30 de Viena 69.

XII. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Las obligaciones internacionales siguen los mismos principios que rigen a las obligaciones en el derecho civil, tomando en consideración que los elementos que conforman a ambas tuvieron su origen en el derecho romano, y que su aplicación a través del transcurso de los siglos los convirtió en principios generales del derecho, que al día de hoy nadie pone en duda ni cuestiona.

Esos principios a que nos referimos son *pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, y son independientes de los principios de derecho internacional, aunque el primero de ellos también se considera un principio de derecho internacional.

Dichos principios están relacionados con los elementos de la obligación jurídica, es decir: el consentimiento y el objeto, y la falta de alguno de ellos genera la inexistencia del acto. Los principios señalados están vinculados prácticamente con estos elementos, y se aplican de la misma forma a los tratados internacionales.

Pero también existe un límite al carácter dispositivo de las obligaciones internacionales; ese límite corresponde a las normas de *ius cogens* internacional.

1. *Obligación de cumplir los tratados internacionales* (*pacta sunt servanda*)

Tanto el derecho internacional como el derecho interno son dos órdenes jurídicos que dependen uno del otro. La prueba de tal interdependencia la tenemos en el gran problema que todavía tiene el derecho internacional de depender del derecho interno

para su aplicación, sobre todo si se trata de normas ya individualizadas que se refieren a las responsabilidades de los Estados.¹⁴²

Ahora bien, si observamos la práctica relativa a la celebración de los tratados, podemos ver que a los Estados no se les obliga a formar parte de tratados internacionales (al contrario: el mismo derecho internacional establece sanciones en caso de que un Estado sea obligado por la fuerza a firmar un tratado internacional: Viena 69 sanciona con la nulidad la coacción sobre el representante de un Estado),¹⁴³ pero sí tiene obligación de cumplirlos, de incorporarlos a su derecho interno; los tratados deben cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*), reza el principio toral general del derecho. Teóricamente, cuando un Estado ratifica un tratado, se entiende que el contenido pasó un filtro interno, que sobre todo revisa su congruencia con las normas constitucionales (“teóricamente”, porque eso depende del nivel de congruencia y del rigor en el control que tengan los sistemas internos con sus normas constitucionales).

La codificación del principio, que podemos considerar clásico, *pacta sunt servanda*, por la Comisión de Derecho Internacional en la Conferencia de Viena de 1968-1969, en realidad es el equilibrio que trata de lograrse con otras reglas del derecho de los tratados, que significan control, o bien cambio, tales como:

- el respeto debido a la libertad de contratación y el establecimiento de un régimen de nulidad por vicios en el consentimiento;
- la cláusula *rebus sic stantibus* a fin de conciliar estabilidad con progreso;
- el *jus cogens* que contempla el mismo propósito y representa el orden público internacional;

¹⁴² Vanossi, Jorge Reinaldo, “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al orden interno de los Estados”, *Revista IIDH*, vol. 16, San José, julio-diciembre de 1992, p. 118.

¹⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículos 51 y 52.

- su clásica relación con los principios básicos de la Carta de la ONU.¹⁴⁴

2. Origen del principio *pacta sunt servanda*

En cuanto a su origen, el principio *pacta sunt servanda* lo encontramos ya desde los tiempos de la Roma antigua, y más tarde en el siglo XIX, en la Conferencia de Londres de 1871, en la que se estableció una fórmula que indudablemente tiene que ver con el principio.¹⁴⁵ El principio aparece después en varios documentos internacionales, como en el preámbulo de la Carta de la Liga de las Naciones, los preámbulos de los tratados de Locarno de 1925; el artículo 10 de la Convención de La Habana sobre Tratados, adoptada el 20 de febrero de 1928; el preámbulo de la Carta de la ONU; el artículo 14 de la Carta de la OEA de 1948, así como en varias decisiones jurisprudenciales de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al día de hoy no hay instrumento internacional, resolución o declaración de organizaciones internacionales en que no sea invocado el principio en cuestión como la base fundamental del sistema internacional.

3. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina está dividida entre aquellos que consideran que es una norma de carácter consuetudinario (Roberto Ago) y otros que la consideran un

¹⁴⁴ Salmon, Jean, “Artículo 26 *pacta sunt servanda*”, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 660.

¹⁴⁵ “The plenipotentiaries of the North German Union, of Austria-Hungary, of Great Britain, of Italy, of Russia, and Turkey, met to-day in conference, recognize that it is an essential principle of the Law of Nations, that not Power can liberate from the engagement of a treaty, nor modify the terms thereof, except by consent of the contracting parties, amicably had”, *ibidem*, p. 661.

principio general del derecho a los que se refiere el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,¹⁴⁶ y finalmente algunas consideran que es un principio de derecho natural (Pufendorf, Vattel, Le Fur y Verdross). Por ejemplo, el jurista vienés Alfred Verdross considera que los principios, como el de *pacta sunt servanda*, le sirven de fundamento al ordenamiento jurídico “por cuanto se derivan de la naturaleza humana”.¹⁴⁷

Ahora bien, desde la perspectiva de la doctrina, un aspecto que llama la atención es el de la palabra “*pacta*”. El tema es que por “*pacta*” se incluyen a los tratados, pero una corriente doctrinal considera que el vocablo es muy limitado, pues la obligación de cumplir de buena fe se extiende a todas las fuentes del derecho internacional, incluyendo a la costumbre; por ejemplo, ésa fue la posición de G. Tunkin en la discusión de la gestación de Viena 69.¹⁴⁸

Otra expresión, motivo de comentario, es “*in forcé*”, o por su traducción al español “en vigor”.¹⁴⁹ Esto significa que el tratado debe reunir las siguientes condiciones:

- Que esté en vigor.
- Que sea válido.
- Que las disposiciones del tratado sean aplicables a un caso en particular.
- Que la regla (*pacta sunt servanda*) se aplique solamente entre “las partes” en el tratado.¹⁵⁰

Aquí hay que observar que por “partes” se entiende, en el caso de Viena 69, a los Estados, y sabemos que, desde la perspectiva del derecho internacional, se comprende dentro del con-

¹⁴⁶ Kaufmann, E., *Règles générales du droit de la paix*, *RCADI*, 1935.

¹⁴⁷ Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, *cit.*, p. 133.

¹⁴⁸ ILL, 727th meeting, 20 de mayo 1964, *YILC*, 1964, vol. 1, párr. 14, pp. 27 y 28.

¹⁴⁹ Textualmente es “*pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26).

¹⁵⁰ Salmon, *op. cit.*, p. 666.

cepto de Estado, las ramas o poderes en que el Estado se divide: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Otro aspecto fundamental que es necesario dilucidar es el de “buena fe”; ¿qué se entiende por tal? Al respecto, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, da una interpretación del concepto:

El artículo 26 combina dos elementos que son de igual importancia. Establece: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Este último elemento desde la perspectiva de la Corte implica que, en este caso, es el propósito del tratado y la intención de las partes celebrarlo, lo cual debe de prevalecer sobre su aplicación literal. El principio de buena fe obliga a las partes a aplicarlo de un modo razonable y de tal manera que su propósito pueda ser realizado.¹⁵¹

Eso significa que obliga a las partes a aplicar el tratado de “una manera razonable”, de tal modo que sea posible la realización de su propósito, lo cual a su vez nos lleva al “efecto útil” en la interpretación de los tratados. Aquí vemos también una conexión con el artículo 18 de Viena 69, que obliga a las partes que hayan firmado un tratado a no frustrar el objeto y fin de un tratado, tema que tocamos más adelante.

De igual manera, la Corte Internacional de Justicia en el caso de las pruebas nucleares, consideró que la buena fe es uno de los principios creadores y reguladores de las obligaciones jurídicas internacionales:

49. Uno de los principios básicos que gobiernan la creación y el funcionamiento de las obligaciones legales, cualquiera que sean su origen, es el principio de buena fe. La verdad y la confianza son inherentes a la cooperación internacional, en particular en un momento cuando esta cooperación en muchos campos es cada

¹⁵¹ Trad. de Manuel Becerra Ramírez, ICJ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgement of 25 september 1997, ICJ Reports 1997, pp. 78 y 79, para. 142.

vez, más esencial. Así como la misma regla de *pacta sunt servanda* en el derecho de los tratados se basa en la buena fe, también lo es el carácter vinculante de una obligación internacional asumida por una declaración unilateral. De esta manera, los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y poner confianza en ellas, y están autorizados a exigir que las obligaciones que así se creen sean respetadas.¹⁵²

Ahora bien, como toda norma, es posible también hablar de excepciones al principio *pacta sunt servanda*, y estas serían las siguientes:

- El artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas,¹⁵³ acerca de la prevalencia de las obligaciones contenidas en la misma respecto de otras obligaciones establecidas en otros acuerdos internacionales.
- En caso de nulidad, por vicios al consentimiento.¹⁵⁴
- Por falla en el cumplimiento de la otra parte.¹⁵⁵
- Por imposibilidad en el cumplimiento.¹⁵⁶
- En virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁵⁷

¹⁵² Trad. de Manuel Becerra Ramírez, ICJ, Nuclear Test Case, New Zealand v. France, Judgement of 20 december 1974, p. 20, para. 49.

¹⁵³ El artículo 103 de la Carta de San Francisco establece una jerarquía de este tratado frente a todos los demás: “Artículo 103 En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

¹⁵⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículos 46-53.

¹⁵⁵ “Artículo 60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente...”.

¹⁵⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 61, Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.

¹⁵⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 62, Cambio fundamental en las circunstancias.

Finalmente, cabe recordar que este principio fue reafirmado en la Resolución 2625 (XXV), Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional concernientes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, de 1970,¹⁵⁸ Declaración que no sólo fue considerada por la Corte Internacional de Justicia en la sentencia del caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y en contra de ella, como la manifestación de una *opinio juris* de los Estados, elemento psicológico de la costumbre internacional, sino también como la aceptación de la validez de la regla.

El efecto del consentimiento al texto de tales resoluciones no puede entenderse simplemente como una “reiteración o elucidación” del compromiso del tratado asumido en la Carta. Por el contrario, puede entenderse como una aceptación de la validez de la regla o conjunto de reglas declaradas por la resolución por sí mismas.¹⁵⁹

Esto ratifica el hecho de que la buena fe no sólo es un principio de derecho internacional convencional o consuetudinario, sino que se encuentra en Viena 69 como una obligación convencional.

XIII. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LOS TERCEROS ESTADOS

De acuerdo con el artículo 2-1-h de Viena 69, “se entiende por «tercer Estado» un Estado que no es parte en el tratado”.

La regla general contenida en el artículo 34 indica que “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”. Esto confirma el principio base de Viena

¹⁵⁸ Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/ag/res/25/ares25.htm>.

¹⁵⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. ICJ Reports 1986, p. 14, párrafo 188. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

69, de que el consentimiento es la base de la obligación, además de reafirmar los principios generales del derecho *res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest*, así como *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Guillermo Floris Margadant cita Inst. III.19.4; dice que *una res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (el negocio celebrado entre dos personas no puede imponer deberes a un tercero ni tampoco concederle derechos), y expresa la gran desconfianza romana respecto de negocios que concedían beneficios gratuitos a una persona.¹⁶⁰

Y el principio *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* significa “Los pactos ni obligan ni benefician a terceros”.¹⁶¹

Estos principios son recogidos en los artículos 34 al 38 inclusive, de Viena 69, que establece una regla general y sus excepciones; pero en estas excepciones la Convención asume que se requiere del consentimiento del tercer Estado, de manera expresa o tácita, para que otros Estados generen obligaciones y derechos para el mismo, y siempre y cuando éstos tengan esa intención.

El artículo 35 indica: “Una disposición de un tratado dará origen a una 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 esta obligación”.

La disposición es clara:

- Una disposición de un tratado da origen a una obligación para un tercer Estado.
- Que los Estados parte tengan la intención de que la disposición sea el medio creador de la obligación.
- Que el tercer Estado acepte de manera expresa la obligación.

¹⁶⁰ Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano, con introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 9a. ed., México, Esfinge, 1979, p. 326.

¹⁶¹ Disponible en: <https://es.glosbe.com/es/es/pacta%20tertiis%20nec%20nocent%20nec%20prosunt>.

De acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, existiría, por un lado, un segundo acuerdo colateral entre los Estados parte del tratado y el tercer Estado, por el otro lado, y “que la verdadera base jurídica de la obligación de este último no es el propio tratado, sino el acuerdo colateral”, pero su origen y base está en el tratado internacional.¹⁶²

Por otro lado, el artículo 36 dispone:

1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asistente(sic) a ello. Su asentamiento (*sic*) se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga.¹⁶³

2. Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo 1 deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste.

Una disposición del tratado da origen a un derecho para un tercer Estado, si:

- Los Estados parte tuvieron esa intención.
- Si todos los Estados parte consienten en otorgar ese derecho.
- Que el tercer Estado asienta a ello.
- Su asentimiento no necesariamente debe ser expreso, como en el caso de las obligaciones, sino que puede ser tácito.
- El tercer Estado deberá cumplir con las condiciones prescritas para su ejercicio.

¹⁶² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 249.

¹⁶³ El texto oficial en inglés utiliza el término “assents”, que equivale a aprobación, consentimiento, asentimiento, disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf.

En este caso en particular la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó:

No se puede presumir a la ligera que las estipulaciones favorables a un tercer Estado han sido adoptadas con el objeto de crear un derecho actual a su favor. Sin embargo, no hay nada para impedir la voluntad de los Estados soberanos de tener este objeto y este efecto. Por lo tanto, la cuestión de la existencia de un derecho adquirido en virtud de un instrumento establecido entre otros Estados debe decidirse en cada caso particular: debe determinarse si los Estados que han estipulado en favor de un tercer Estado tienen la intención de crear para tal Estado un derecho actual que este último ha aceptado como tal.¹⁶⁴

Respecto de derechos y obligaciones generados para terceros Estados por un tratado internacional, los tribunales internacionales han sido claros al respecto.

En el caso de la isla de Palmas, el árbitro Max Huber señaló lo siguiente:

Si bien existía una divergencia de puntos de vista en cuanto a la extensión de la cesión a ciertas islas españolas fuera de los límites del tratado, parecería que la Potencia cesionaria nunca previó que la cesión, a pesar de los términos generales del Artículo III, debería abarcar territorios en que España no tenía un título válido, aunque se encontraba dentro de los límites trazados por el Tratado. Es evidente que cualquiera que sea la construcción correcta de un tratado, no puede interpretarse en el sentido de disponer de los derechos de terceras potencias independientes.

*Parece más evidente que los Tratados celebrados por España con terceras potencias reconociendo su soberanía sobre las "Filipinas" no podrían ser vinculantes para los Países Bajos y, como tales Tratados no mencionan la isla en disputa, no son adecuados ni siquiera como evidencia indirecta*¹⁶⁵ (las cursivas son nuestras).

¹⁶⁴ PICJ, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, series A. /B., núm. 46, June 7th, 1932, pp. 147 y 148. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

¹⁶⁵ 4 April 1928, Island of Palmas case (Netherlands, USA) II, pp. 842 y 850.

Por su parte, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia del 7 de junio de 1932, sobre las Zonas Francas de la Alta Saboya y el distrito de Gex, argumentó lo siguiente:

De lo anterior se desprende que el artículo 435, párrafo 2, como tal, no implica la abolición de las zonas francas. Pero, “incluso si no fuera así, es cierto que, en cualquier caso, *el artículo 435 del Tratado de Versalles no es obligatorio para Suiza, que no es Parte en ese Tratado, excepto en la medida en que ese país lo aceptó*”¹⁶⁶ (las cursivas son nuestras).

La misma Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso relativo a la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional sobre el río Oder, acerca de si la Convención de Barcelona, surgida del artículo 338 del Tratado de Versalles, podría ser invocada contra Polonia, que no la había ratificado, se pronunció en el sentido de que no era posible tal cosa, e hizo un análisis de la importancia de la ratificación como una forma de los Estados en obligarse por un tratado internacional.¹⁶⁷

En el asunto relativo al Estatuto de Carelia Oriental, entre Finlandia y Rusia, acerca de la presunta obligación internacional surgida de una declaración rusa y del artículo 10 del Tratado de Dorpat, por la que Rusia se obligaba a respetar la autonomía de Carelia Oriental, el mismo tribunal en su opinión consultiva del 23 de julio de 1923, se pronunció en el siguiente sentido:

En lo que concierne a los Estados que no son miembros de la Liga, la situación es bastante diferente; no están obligados por el Pacto. *Por lo tanto, la presentación de una disputa entre ellos y un Miembro de la Liga para su solución, de acuerdo con los métodos previstos en el Pacto, sólo podría tener lugar en virtud de su consentimiento. Sin embargo, Rusia*

¹⁶⁶ PICJ, *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, series A. /B., núm. 46, June 7th, 1932, p. 141, disponible en: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_46/01_zones_franches_Arret.pdf. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

¹⁶⁷ PCIJ, serie A, núm. 23, 10 de septiembre de 1929, pp. 35 y ss.

nunca ha dado tal consentimiento. Por el contrario, claramente Rusia ha declarado en varias ocasiones que no acepta ninguna intervención de la Sociedad de Naciones en la disputa con Finlandia. Las negativas de Rusia, que ya se había opuesto a los pasos sugeridos por el Consejo, se renovaron cuando recibió la notificación de la solicitud de una opinión consultiva. Por lo tanto, al Tribunal le resulta imposible emitir su opinión sobre una controversia de este tipo¹⁶⁸ (las cursivas son nuestras).

En el caso de la isla de Clipperton, entre México y Francia, el rey de Italia, Víctor Manuel III, designado como árbitro, en su laudo del 28 de enero de 1931, señaló:

No hay razón para invocar la obligación, estipulada en el art. 35 del Acta de Berlín de 1885, para garantizar en los territorios ocupados la existencia de autoridad suficiente para hacer valer los derechos adquiridos y, en su caso, la libertad de comercio y tránsito, en condiciones en que esta libertad será estipulada. *Esta Acta de Berlín, que es posterior a la ocupación francesa en cuestión, se refiere únicamente a los territorios de las costas de África y vincula únicamente a los Estados signatarios, de los cuales México no es, en consecuencia, en sus relaciones recíprocas, no puede tener ningún valor en el presente caso.* Además, el art. 35 no se refiere, estrictamente hablando, a tomar posesión, sino que estipula una obligación que presupone una ocupación que ya ha tenido lugar y ya es válida¹⁶⁹ (las cursivas son nuestras).

XIV. CONGRUENCIA CON LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Pero al mismo tiempo, el derecho internacional de los tratados, si bien exige fidelidad en su cumplimiento y desdeña o rechaza

¹⁶⁸ PCIJ, serie B, núm. 5, 1923, p. 28. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

¹⁶⁹ *Affaire de l'île de Clipperton (Mexique contre France)*, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1931, pp. 1110, disponible en: http://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_II/1105-1111.pdf&lang=O. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

cualquier alegato de derecho interno, también está pendiente de éste. En principio, al exigirle congruencia con sus obligaciones internacionales, el artículo 18 de Viena 69 dispone:

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

Esta obligación tiene una fundamentación lógica: no es posible negociar el contenido de un tratado, por un lado, y por el otro realizar actos; por ejemplo, legislativos, que anulen su propósito; sin embargo, dado que se incumple, no estaríamos ante una violación convencional, puesto que todavía no ha nacido la obligación, aunque se podría pensar en una responsabilidad internacional por actos unilaterales.¹⁷⁰

En efecto, el artículo 18 tiene por objeto obtener la seguridad necesaria para lograr la estabilidad y visibilidad de los tratados internacionales, además de lograr una transparencia internacional, al estar obligando a los Estados a que no actúen en contrario con lo que están pactando.

Ya hay antecedentes de este tipo de mecanismos con el Estatuto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en donde, en su artículo 19 (5) (b), establece que desde el momento en que la OIT adopta una convención, cada Estado miembro tiene la obligación de someterla a las autoridades competentes para

¹⁷⁰ Paul Reuter es de esta opinión, aunque la expresa en forma vaga: “Un curso de acción semejante no podría equivaler a la violación de cierta obligación convencional, puesto que no existe todavía tal obligación, pero si comprometería la responsabilidad internacional del autor” (Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 93).

legislar o realizar otra acción. También hay que tomar en cuenta que este artículo se inscribe en el marco del principio de buena fe, en virtud de que los Estados que ya expresaron su consentimiento de respetar el tratado contraen obligaciones aun cuando estrictamente el tratado no haya entrado en vigor.

Desde el proyecto de artículo 18, que entonces era el 17, la Comisión de Derecho Internacional ya preveía esta disposición.

Independientemente de que esta obligación que contiene el artículo 18 se sigue discutiendo en la doctrina (sobre todo respecto de su naturaleza jurídica si es meramente una norma moral o jurídicamente obligatoria), ya se pueden encontrar antecedentes en la práctica internacional. Por ejemplo, el artículo 38 del Acta Final de la Conferencia de 1885 Relativa a la Libertad de Navegación del río Congo que estipula que hasta su ratificación: “Los Poderes signatarios de la Presente Acta se obligan, ente ellos, a no realizar ningún paso contrario a sus provisiones”.¹⁷¹ Otra obligación parecida se encuentra en el anexo del Protocolo para el Control de la Convención para el Control del Comercio de Armas y Municiones de 1919.¹⁷²

En el campo de la jurisprudencia internacional podemos encontrar que, precisamente en el siglo XIX, en 1871, en un caso en donde México y Estados Unidos fueron parte, se estableció que las consecuencias de un tratado en tiempos de paz surgen desde el momento de la firma del tratado, en lugar de la ratificación. En realidad, esta obligación que surge desde el momento de la firma del tratado tiene un sustento jurisprudencial desde los siglos XIX y XX. Se puede decir que durante la discusión del artículo 18 algunos Estados consideraron que “conformaba una regla general de derecho internacional o que constituía un desarrollo progresivo de derecho internacional”. Aún más, la Convención de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados y las Organizaciones Internacionales o entre las Organizaciones Internacio-

¹⁷¹ Carten, Olivier y Klein, Pierre, editores, *op. cit.*, p. 372.

¹⁷² *Ibidem*, p. 374.

nales replicó este artículo, sin hacer comentarios. El gobierno holandés consideró que el artículo 18 contenía un principio general del derecho. En general,

...el artículo 18 refleja un principio de derecho internacional al cual los Estados se consideran a sí mismos como obligados, ya sea por una obligación que sigue a la firma de un tratado o por la obligación existente de derecho internacional general independientemente de cualquier firma o ratificación de un instrumento legal.¹⁷³

En lo que se refiere al objeto, se puede dar un ejemplo: se considera que van en contra del objeto y fin del Estatuto de Roma los acuerdos bilaterales realizados por Estados Unidos, con el fin de impedir a los miembros del ejército estadounidense ser juzgados.¹⁷⁴ Éste es un asunto que reviste un gran interés para el derecho internacional.¹⁷⁵

Por otra parte, en lo que corresponde al “objeto y fin”, esta expresión se puede encontrar en varias disposiciones de Viena 69; por ejemplo, la tenemos en las reservas. Recordemos que las reservas en los tratados están prohibidas cuando “la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”,¹⁷⁶ y, por supuesto, esto nos lleva también a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, que desde 1951 tomó en cuenta la incompatibilidad de las reservas cuando afecten el “objeto y fin” de

¹⁷³ *Ibidem*, p. 382.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 383.

¹⁷⁵ Los Estados Unidos firman el Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional el 31 de diciembre de 2000. Como sabemos, meses después, el 11 de septiembre de 2001, se realiza el ataque terrorista contra las torres gemelas, y en respuesta los Estados Unidos emprenden una guerra contra el terrorismo a nivel mundial. Es por eso que el gobierno estadounidense empieza a firmar acuerdos con otros Estados para impedir que sus soldados sean juzgados en cortes penales por delitos contra la guerra, y además el 6 de mayo de 2002 anunciaron que no tenían la intención de ser parte del Estatuto de Roma, con esto se “desfirman”.

¹⁷⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 19-c.

un tratado. Así, para determinar el objeto y fin de un tratado, es recomendable ver su título, el preámbulo y, si los hay, los artículos programáticos del tratado, y en segundo término el texto del tratado y otros materiales disponibles.

En cuanto a la firma, es otro elemento que requiere aclaración. Hay que tomar en cuenta que la firma tiene un efecto diferente, dependiendo de si el tratado es multilateral o bilateral. Los tratados multilaterales se firman después de que el texto se vota y es adoptado por la conferencia diplomática o el órgano plenario de la organización internacional; en cambio, los tratados bilaterales, por lo general son aprobados y autenticados por un acto simple, que es la firma, que puede ser en una ceremonia protocolaria.¹⁷⁷

Aquí hay que tomar en cuenta que “iniciales y la firma *ad referendum* son útiles específicamente porque el negociador o el plenipotenciario no está autorizado a firmar, pero puede darle al tratado una solemnidad especial hasta que se logre la firma final por un superior jerárquico de una autoridad política”.¹⁷⁸ Consideramos que una firma llana obliga al Estado, mas no una firma *ad referendum* o una antefirma. Otra cuestión que no está resuelta en Viena 69 es quién puede demandar o quién tiene el derecho de acción ante los tribunales por la violación del artículo 18. En efecto, este es un asunto irresuelto, y no hay un precedente que sirva de punto de referencia para emitir una opinión.

El único caso que pudiera servir de precedente sobre el tema es el resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la sentencia del caso Concerniente a ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, resuelto el 25 de mayo de 1925, en el que señaló lo siguiente:

Sin duda, Alemania retuvo, hasta el verdadero traspaso de la soberanía, el derecho a disponer de sus bienes, y solo un mal uso de este derecho podría otorgar a un acto de enajenación el carácter

¹⁷⁷ Carten, Olivier y Klein, Pierre, *op. cit.*, p. 391.

¹⁷⁸ *Idem.*

de una violación del Tratado; tal uso indebido no se puede presumir, y corresponde a la parte que afirma que ha habido un uso indebido para probar su declaración.¹⁷⁹

La Comisión de Derecho Internacional, al respecto, consideró que

...esa obligación nace de una etapa anterior, cuando el Estado conviene en entablar negociaciones con miras a la celebración del tratado. *A fortiori*, se impone también al Estado que realmente ratifica, acepta, o aprueba un tratado o se adhiere a él, siempre que exista un intervalo hasta la entrada en vigor efectiva del tratado.¹⁸⁰

XV. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Uno de los temas torales no sólo de los tratados, sino en general del derecho internacional, es la interpretación de sus normas. Ahora bien, si tomamos en consideración que en el ámbito internacional, a diferencia de la forma de creación de normas en el derecho interno, los Estados son los creadores y destinatarios de la norma jurídica, la voluntad de éstos es la fuente creadora de sus derechos y obligaciones. “Ello permite formular desde el principio un problema que surge incluso antes de que se aplique el tratado, a saber: cómo determinar la voluntad de las partes. Este es el problema de la interpretación del tratado...”¹⁸¹

El profesor El-Erian, quien fue miembro de la Comisión de Derecho Internacional cuando se debatió el tema de los tratados, señala que

La interpretación es un proceso complicado que tiene por objeto determinar el sentido de un texto dentro del conjunto de circunstancias concomitantes y habida cuenta de las normas de derecho internacional, para llegar a deducir las conclusiones más razona-

¹⁷⁹ Upper Silesia case, PCIJ, serie A, núm. 7, p. 30.

¹⁸⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 222.

¹⁸¹ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, *cit.*, p. 116.

bles acerca de la intención de las partes en cuanto al mejor modo de conseguir el objeto del tratado.¹⁸²

José Asensi expresó: “La interpretación supone una operación que no puede evitar «traspasar» el texto. Lo cruza y lo transforma, por así decirlo. Se trata, en fin, de uno de los muchos efectos del lenguaje, que constituye necesariamente el soporte de la norma”.¹⁸³

Ciertamente, existe todo un sistema de interpretación de las normas jurídicas a nivel interno, que los jueces conocen, por ser la herramienta diaria en su labor de aplicar el derecho interno, pero que varía según la tradición jurídica en la que se esté realizando la labor interpretativa.¹⁸⁴ En efecto, desde la perspectiva de las diferentes escuelas de los sistemas jurídicos en materia de interpretación, señala Anne van Aaken, no existe consenso sobre si existe una jerarquía en los argumentos; frecuentemente se sostiene, aunque de manera controversial, que los abogados de la tradición del *common law* tienden a hacer hincapié en el sentido ordinario de los términos, mientras que los abogados de la tradición de derecho civil tienden a hacerlo sobre el objeto y fin, un método teleológico.¹⁸⁵

¹⁸² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* 1966, vol. I, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 198.

¹⁸³ Citado por Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*, 4a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 181.

¹⁸⁴ A propósito de esto véase el artículo sobre la interpretación en el *common law* de Moore, Michael S., “Interpreting Interpretation”, *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, New York, Andrei Marmor, Clarendon Press-Oxford, 1995, pp. 3 y ss. Así como el relativo a la interpretación en la tradición romanista, en el capítulo IV. “La interpretación de las leyes”, de Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 308 y ss. Las preguntas de la que parten ambos autores sobre la interpretación ya es distintiva de la tradición jurídica a la que cada uno de ellos pertenece.

¹⁸⁵ Aaken, Anne van, “Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, Summer, 2009, p. 494.

Viena 69, en el artículo 31, estableció como regla general de interpretación ambos criterios; así: “1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin”.

Sin embargo, cuando se trata de aplicar y, en consecuencia, de interpretar un tratado internacional, cualquiera que sea la tradición jurídica del juez, así como la materia, las reglas de interpretación no necesariamente son las mismas que en su derecho interno.

Aquí, para determinar las reglas internacionales de interpretación de un tratado, acudimos a los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional, cuya labor desembocó precisamente en determinar las reglas consuetudinarias en la materia,¹⁸⁶ codificadas en Viena 69, y que en sus artículos 31 al 33, inclusive, establecen las mismas. En el documento citado se observan las dudas generadas a una parte de la doctrina iusinternacionalista, discutida por los miembros de la Comisión, y en especial a los relatores especiales del tema,¹⁸⁷ sobre la existencia de reglas consuetudinarias de interpretación. No obstante ello, y como bien lo señalan, existían reglas consuetudinarias desde el momento en que los tribunales internacionales, al aplicar el derecho, necesariamente deben interpretar la norma. Un trabajo igualmente cotidiano, para los ministerios de relaciones exteriores de los Estados.¹⁸⁸

Estos tres artículos son la base fundamental de la interpretación convencional. Reglas que la Comisión de Derecho Internacional¹⁸⁹ obtuvo de la práctica estatal, de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia,

¹⁸⁶ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966. *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 218.

¹⁸⁷ Sir Humphrey Waldock y Sir Gerald Fitzmaurice.

¹⁸⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 218.

¹⁸⁹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *cit.*

así como de la resolución del Instituto de Derecho Internacional, de 1956.

Las reglas del Instituto fueron adoptadas por la Comisión en los artículos 31 al 33 de la Convención. Ciertamente, se menciona que el Instituto fue muy cuidadoso en la redacción de su resolución, pues existía un cierto temor de excederse en los principios que se establecieran, pero la Comisión no tuvo inconveniente en adoptar los mismos principios, considerando la autoridad de la que goza el Instituto en materia de derecho internacional.

Ahora bien, los artículos de la Convención fueron establecidos tomando en cuenta, además de lo ya señalado, los principios determinados por la Corte Permanente de Justicia Internacional y su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, la que de conformidad con el artículo 36.2 de su Estatuto tiene facultades para conocer de las controversias jurídicas que versen sobre la interpretación de un tratado, así como en su artículo 60, en el que se determina que en caso de desacuerdo “sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.¹⁹⁰ Esta disposición es complementaria de los artículos 98 al 100 del Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.¹⁹¹

Según Reuter (quien fuera miembro de la Comisión de Derecho Internacional durante la discusión del proyecto de artículos), este apartado de la Convención de Viena constituye uno de los logros más notables de la Comisión.¹⁹² “Se ofrece al intérprete un marco unitario, pero también genérico, amplio y flexible, en el que desarrollar desahogadamente su actividad. Las reglas de la Convención, básicamente declarativas, tienen carácter dispositivo, en la medida en que las partes en un tratado pueden regular su interpretación como tengan por conveniente”.¹⁹³

¹⁹⁰ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *Derecho internacional. Tratados y otros documentos*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 657 y 658.

¹⁹¹ Corte Internacional de Justicia. Reglamento de la Corte. Adoptado el 14 de abril de 1978, disponible en: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>.

¹⁹² Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, *cit.*, p. 119.

¹⁹³ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 383.

Ahora bien, el punto de partida para explicar las reglas de interpretación las tenemos en el artículo 31 de Viena 69, que preceptúa la regla general de interpretación y señala en su apartado 1, que un tratado deberá interpretarse

- De buena fe.
- Conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado.
- En el contexto de éstos.
- Teniendo en cuenta su objeto y fin.

De los comentarios de los gobiernos al proyecto de artículos de la Comisión, de 1964, algunos observaron que el artículo 31¹⁹⁴ parecía establecer una jerarquía respecto de los elementos contemplados en la regla de interpretación ahí señalados; sin embargo, de la lectura integral del artículo no podemos adherirnos a tal opinión, en razón de que la regla es única y está determinada en el párrafo 1, y son los elementos aclaratorios de la misma los que vienen desarrollados en los párrafos 2, 3 y 4. Así lo consideró la Comisión, teniendo mucho cuidado en acotar lo anterior, al establecer que es una consideración de lógica, y no el establecimiento de una jerarquía jurídicamente obligatoria en las reglas desarrolladas, para evitar interpretaciones erróneas del precepto.¹⁹⁵

Además, señaló que se designó el título en singular (“interpretación de los tratados”), y consideró la aplicación de los medios de interpretación enunciados en él como una operación combinada, en donde los diferentes elementos, en la medida en que se encuentren presentes en un caso, se mezclarán, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Artículo 27 del Proyecto.

¹⁹⁵ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *cit.*, p. 220.

¹⁹⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966, Documentos de la segunda parte del decimoséptimo periodo de sesiones y del decimoctavo periodo de sesiones, incluso los informes de la Comisión a la Asamblea General*, vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, p. 103.

Afirmaba Luna, uno de los miembros de la Comisión,

...que en derecho internacional, lo mismo que en derecho interno, el texto constituye la expresión auténtica de la voluntad de las partes. El tratado empieza a existir cuando las partes llegan a un acuerdo sobre el texto como manifestación de su intención. La voluntad de las partes en el momento de la celebración del tratado es por tanto decisiva.

Mientras que Rosenne, por su parte, declaraba que “el texto del tratado ha de ser el punto de partida de cualquier interpretación”.¹⁹⁷ Confirmado por el señor Reuter, cuando expresaba que

...la regla general es ceñirse al texto del tratado; sólo cabe apartarse de él paulatina y metódicamente. La nueva formulación es acertada por cuanto vuelve al texto del tratado. De este modo se elimina el supuesto problema de la investigación de la intención de las partes; naturalmente, hay que determinar esa intención, pero ésta sólo puede encontrarse en el texto.¹⁹⁸

Al aplicar de manera integral la regla general del artículo en cuestión, se puede aclarar el sentido del texto objeto de la interpretación. El texto debe ser, se presume que sea, la auténtica expresión de las intenciones de las partes, y, en consecuencia, el punto de partida de la interpretación debe ser la aclaración del sentido del texto, no una investigación *ab initio* sobre la intención de las partes.¹⁹⁹

La Comisión tuvo muy en claro que el principio *ut res magis valeat quam pereat*²⁰⁰ (el principio de interpretación de las normas internacionales en virtud del cual hay que darles su máximo efec-

¹⁹⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I, *cit.*, pp. 188 y 189.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 191

¹⁹⁹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *cit.*, p. 220.

²⁰⁰ *Ut res magis valeat quam pereat*. That the thing may rather have effect than be destroyed. Disponible en: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Ut+res+magis+valeat+quam+pereat>.

to, o también conocido como el “principio de eficacia”) es una verdadera norma general de interpretación, que está incluida en el apartado 1 del artículo 31, en el que se refiere que el tratado deberá ser interpretado de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta su objeto y fin, principio denominado de “la interpretación atendiendo al efecto útil”, que aplicado en forma adecuada no supone una interpretación extensiva o liberal del tratado, en el sentido de que vaya más allá de lo que se ha expresado o está implícito en el documento. Aceptar una interpretación contraria al sentido claro de los términos no sería interpretar, sino revisar el tratado.²⁰¹

Ahora bien, la Comisión estableció que la interpretación hecha de buena fe y con apego al derecho es indispensable para que la norma *pacta sunt servanda* tenga verdadero sentido,²⁰² disposición desde luego muy vinculada con el artículo 26 de la misma Convención.²⁰³

En lo que respecta a la expresión “el sentido ordinario que deban darse a los términos”, este punto fue bastante debatido en el seno de la Comisión; los iuspublicistas, como Reuter, Briggs, Ago, Luna, Tsuruoka y Bartos, entre otros, argumentaban que no hay términos naturales ni corrientes si están separados de su contexto y de los demás elementos de la interpretación. Roberto Ago comentaba que se ha criticado la expresión “sentido corriente”. Admite que ningún término tiene un sentido que le sea propio, y que éste depende siempre de un uso. Por ello, es esencial emplear los términos en el sentido en que se utilicen de ordinario; esto es, lo que se entiende por “sentido corriente”.

Como ha indicado De Luna, los términos aislados nada significan; las palabras no tienen sentido más que en una frase o en

²⁰¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *cit.*, pp. 240 y 241.

²⁰² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 240.

²⁰³ Recordemos el artículo 26 de Viena 69: “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

una serie completa de frases o de artículos; es decir, en su contexto.²⁰⁴ Además, el sentido corriente varía según las épocas y las circunstancias, y puede no ser ya el que era en el momento de la celebración del tratado, por la evolución del idioma.²⁰⁵

Esto significa que la interpretación no puede hacerse ni de manera abstracta ni aislada, sino en el contexto del tratado. Esto permite al intérprete elegir entre las diversas acepciones de los términos; ayuda a prevenir el error de confundir el sentido ordinario de un término con su acepción más frecuente en el lenguaje vulgar. El sentido ordinario de un término en un contexto jurídico será con frecuencia un sentido técnico y especializado.²⁰⁶

El sentido debería ser el que se le haya atribuido al momento de la celebración; no obstante, “el cambio del Derecho a lo largo del tiempo puede tener relevancia para fijar dicho sentido al entrar en juego elementos de precisión que pudieran no haber existido en el momento de su inclusión en el tratado”,²⁰⁷ salvo que las partes determinen dar un sentido especial a algún término y que así conste, como lo especifica el apartado 4 del artículo 31 en comentario.²⁰⁸

En cuanto a la expresión “en el contexto del tratado”, se presenta el contexto como uno de los elementos que hay que investigar cuando no esté claro el sentido corriente de los términos. Ahora bien, esos términos tienen un sentido corriente tan sólo en el contexto donde figuran.²⁰⁹ De ahí que para investigar ese contexto hay que remitirse al acápite 2 del artículo 31, en donde se establece lo que debe entenderse por tal para los efectos de la interpretación del tratado. Afirma la Comisión que el contexto no

²⁰⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I, pp. 191 y 192.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 195.

²⁰⁶ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 384.

²⁰⁷ Mariño Menéndez, Fernando, *Derecho internacional público. Parte general*, Madrid, Trotta, 1993, p. 288.

²⁰⁸ “4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

²⁰⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. I, *cit.*, p. 188.

es simplemente el artículo o la sección del tratado en que figura el término, sino el tratado en su totalidad.²¹⁰

En lo tocante a la expresión “a la luz de su objeto y fin”, durante la discusión, Luna comentaba que al intentar distinguir entre los términos del tratado y su objeto y fin hay que guardarse de no ir más allá de la voluntad declarada de las partes que constituye la base del acuerdo. La primera consecuencia de la interpretación teleológica es la aplicación de la norma de la efectividad del tratado; esa norma no es falsa, pero puede llevar imperceptiblemente a dar al fin del tratado una importancia que no siempre está justificada.²¹¹

“10. Por consiguiente, a pesar de la importancia del objeto y del fin del tratado, conviene separarlos de los términos y mantener un justo equilibrio, pues de lo contrario son difíciles de aplicar, especialmente cuando se trata de colmar lagunas”.²¹²

Por lo que se refiere al objeto y fin del tratado, explica la profesora Van Aaken que el objeto y propósito de un tratado puede ser de especial interés para una interpretación desfragmentada. Si el objeto y el propósito del tratado también contienen objetivos de derechos humanos o de desarrollo sustentable, esto puede ser utilizado en una interpretación teleológica del tratado en sí, que lleve a una interpretación armoniosa. Si por ejemplo, un tratado bilateral sobre inversión, en su preámbulo se refiere a derechos humanos, la interpretación del tratado debe tomar en consideración los derechos humanos, aunque la protección de derechos humanos no sea el propósito principal del tratado.²¹³

El acápite 2 del mismo artículo 31 establece que para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

²¹⁰ *Ibidem*, p. 242.

²¹¹ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, 1966, *cit.*, p. 219.

²¹² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1966, vol. I, *op. cit.*, pp. 196 y 197.

²¹³ Aaken, Anne van, *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, *cit.*, p. 495.

- a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Como es de observarse, este acápite tiene como objeto definir el contexto de un tratado. Para tal efecto, el contexto comprende

- Además del texto.
- Incluidos preámbulo y anexos.
- Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado.
- Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

En los debates del proyecto, el señor Amado consideró que en el preámbulo y en los anexos se pueden encontrar elementos de información nada desdeñables que pudieran ser útiles al intérprete,²¹⁴ y según el señor El-Erian, el preámbulo suele enunciar el objeto y fin del tratado.²¹⁵ Al respecto, la Comisión consideró que no existía duda acerca de que estos dos elementos forman parte del tratado, por lo que no valía la pena explicarlo.²¹⁶ Además, la citada Comisión, en los comentarios al proyecto final de la Convención, agregó que en el mismo sentido, el término “contexto”, señalado en la frase con que inicia el párrafo 2, ha sido establecido para vincular todos los elementos de interpretación mencionados en este párrafo a la palabra “contexto” del primer párrafo y, en consecuencia, incorporarlos a la disposición señalada en ese párrafo.²¹⁷

²¹⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I, *cit.*, p. 194.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

²¹⁶ *Ibidem*, vol. II, *cit.*, p. 242.

²¹⁷ *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*, *cit.*, p. 219.

Según la Comisión, el problema era determinar hasta qué punto otros documentos relacionados con el tratado forman parte del contexto para efectos de su interpretación, por lo que al proponer los incisos a) y b) se basaba en el principio de que no se puede considerar que un documento unilateral forma parte del contexto, a menos que las partes lo hayan aceptado.

De igual forma, la Comisión determinó que los documentos a que se hace alusión en los incisos a) y b) del acápite 2, si bien forman parte del contexto, no necesariamente hay que considerarlos como parte integrante del tratado.

Serán o no parte efectiva del tratado según la intención de las partes en cada caso. La idea del párrafo 2 es la de que, a los efectos de la interpretación del tratado, esas categorías de documentos no deben ser consideradas como una simple prueba a la que se pueda acudir para resolver una ambigüedad o una oscuridad, sino como parte del contexto a la que se puede recurrir para determinar el sentido corriente de los términos del tratado.²¹⁸

En cuanto a la expresión “todo acuerdo referente al tratado concertado por las partes en relación con su celebración”, la Comisión señala que el hecho de que los acuerdos de las partes a que se refiere esta disposición sean considerados partes del contexto no significa necesariamente que sean partes integrantes del tratado.²¹⁹ Pero su utilidad radica en llevar a determinar cuál fue la voluntad de las partes al establecer una regla determinada.

Podemos observar en cuanto a la expresión “Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”, contenido en el artículo 31-2-b, que siempre este artículo hace referencia al acuerdo entre las partes, de ahí que un documento unilateral no puede ser considerado parte del contexto en el sentido del artículo que se comenta. Ciertamente, debido

²¹⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, pp. 242 y 243.

²¹⁹ *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*, *cit.*, p. 221.

al principio de la igualdad soberana de los Estados, que implica la igualdad de las partes, cada Estado u organización partes en el instrumento tienen un derecho igual al de otro, de interpretar un tratado que les obliga, sin que puedan imponer su interpretación a las otras partes en el tratado.²²⁰

El acápite 3 del artículo 31 determina que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Aquí es importante resaltar que este apartado 3 debe ser tomado “juntamente con el contexto”, esto es, con los párrafos 1 y 2 del artículo 31, como una unidad, estrechamente vinculados e indisolubles.

En cuanto a “todo acuerdo ulterior entre las mismas partes relacionado con la interpretación o aplicación del tratado”, la Comisión expresó lo siguiente:

A veces puede plantearse la cuestión de hecho de si un acuerdo a que se ha llegado en las negociaciones acerca del sentido de una disposición tenía o no por finalidad constituir una base convenida para su interpretación. Sin embargo, está bien sentado que, cuando se determina que el acuerdo sobre la interpretación de una disposición ha sido concertado antes de la celebración del tratado o en el momento de esa celebración, debe considerarse que forma parte del tratado. Así, en el asunto *Ambatielos*, la Corte dijo que “...las disposiciones de la Declaración tienen el carácter de cláusula de interpretación y, como tales, deben ser consideradas como parte integrante del tratado”. Análogamente, un acuerdo sobre la interpretación de una disposición al que se haya

²²⁰ Mariño Menéndez, Fernando, *Derecho internacional público. Parte general*, cit., p. 287.

llegado después de la celebración del tratado constituye una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado.²²¹

Tal fue el caso de las convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial firmadas en Caracas el 28 de marzo de 1954, como consecuencia de la inconformidad de los Estados partes de la Convención sobre Asilo suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928 por los Estados latinoamericanos, con la resolución de la Corte Internacional de Justicia del 20 de noviembre de 1950 en el caso sobre el derecho de asilo, así como el caso de Raúl Haya de la Torre, resuelto por el mismo tribunal el 13 de junio de 1951, acerca de la interpretación sobre la figura del asilo en el diferendo surgido entre Colombia y Perú, con motivo del asilo diplomático concedido al señor Raúl Haya de la Torre por parte del embajador colombiano.

El artículo 31-3-b de Viena 69 también expresa: “toda práctica seguida en la aplicación del tratado y en el que conste el acuerdo de las partes sobre la interpretación del tratado”. Esta expresión es de suma importancia para determinar tanto el sentido de los términos en el contexto del tratado, como la práctica estatal seguida en su aplicación, y después de su entrada en vigor, cuál ha sido la actitud de los Estados respecto de la misma. Esto constituye una evidencia objetiva de la comprensión de las partes sobre el sentido del tratado.²²²

De los comentarios del Proyecto se observa que para la Comisión de Derecho Internacional era evidente.

La importancia que la práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado tiene como elemento de interpretación, ya que constituye una prueba objetiva del acuerdo de las partes en cuanto al sentido del tratado.

El valor de la práctica posterior varía según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que esa práctica

²²¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 243.

²²² *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966*, *cit.*, p. 221.

ponga de manifiesto. La Comisión opinó que la práctica ulteriormente seguida por la cual conste el acuerdo de las partes respecto de la interpretación del tratado debía figurar en el párrafo 3 como medio auténtico de interpretación, junto con los acuerdos sobre interpretación.²²³

Ahora bien, en lo que respecta a la expresión “toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, este apartado generó muchas observaciones encontradas entre los miembros de la Comisión de Derecho Internacional acerca de lo que debe entenderse por “derecho internacional aplicable”, y, sobre todo, porque necesariamente se hace alusión a la intertemporalidad de la norma.

Para algunos, se refería al derecho internacional vigente en el momento de la celebración del tratado, mientras que para otros, era el derecho vigente en el momento de la interpretación; a final de cuentas, todos coincidieron en el hecho de que la interpretación de ese aspecto debía hacerse de buena fe.

Paul Reuter se preguntaba si la frase se refería a otras normas de derecho internacional obligatorias para las partes, o a otras normas de derecho internacional relativas al objeto del tratado. Era una cuestión que habría que precisar.²²⁴

Por su parte, Ago afirmaba que había que remitirse a las normas de derecho internacional que las partes tuvieron en cuenta en el momento de celebrar el tratado, pues si se introdujera la idea de la evolución de las normas traería aparejado que el significado del tratado podría variar con el tiempo, que de hecho puede suceder, pero que es inconveniente hacer referencia a ellos en una disposición sobre el procedimiento para determinar la intención de las partes en el momento de celebrarse el tratado.²²⁵ Esta opinión fue sostenida por los juristas Tunkin y Luna.

²²³ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 243.

²²⁴ *Ibidem*, vol. I, *cit.*, p. 191.

²²⁵ *Ibidem*, vol. II, *cit.*, p. 192.

Por su parte, Jiménez de Aréchaga consideraba que en esas normas de derecho internacional aplicables a las partes, indudablemente estaban incluidas las normas concretas o regionales de derecho internacional obligatorias para las partes, por lo que no era pertinente utilizar el término “derecho internacional general”. “Este asunto es especialmente importante cuando hay que interpretar un tratado teniendo en cuenta otros tratados que obligan a las partes”. Pero, sobre la temporalidad de las normas internacionales, agrega que

...existen a este respecto dos posibilidades: que las partes hubieran tenido la intención de incorporar en el tratado algunos conceptos jurídicos que no debieran cambiar, o que no tuvieran tal intención en cuyo caso los conceptos jurídicos podrían estar sujetos a un cambio y habrían de ser interpretados no sólo en el contexto del derecho vigente en el momento en que se preparó el instrumento sino también teniendo en cuenta todo el ordenamiento jurídico obligatorio entre las partes en el momento de la interpretación.²²⁶

Reuter, en sesiones posteriores, sostenía que era preferible que no se hiciera referencia a las normas de derecho internacional vigentes en la época de la celebración del tratado, y presenta un ejemplo muy ilustrativo del problema a tratar:

Por ejemplo, en un tratado concertado por el Reino Unido en 1912, se mencionaba el mar territorial; era una referencia clara a las normas de derecho internacional sobre el mar territorial. Al interpretar este tratado en 1966, ¿hay que referirse al mar territorial tal como se definió en 1912 o como se define en 1966? Esta cuestión ha sido muy discutida en la jurisprudencia. No es fácil fijar una norma general al respecto. En algunos casos, las partes han tenido la intención de referirse a un concepto fijo, que sólo puede ser el vigente en el momento; pero en otros casos su intención es referirse a un concepto variable, con el sentido que tuviese en el momento de la aplicación.²²⁷

²²⁶ *Ibidem*, pp. 193 y 194.

²²⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I, *cit.*, p. 198.

Por su parte, El-Erian se oponía a una regla de interpretación que dificultara el desarrollo progresivo, al hacer imposible que se tomen en cuenta los cambios. Además, comentaba los inconvenientes de una norma intertemporal rígida, en razón de que el alcance y el significado de los conceptos jurídicos utilizados en los tratados están sujetos a evolución y cambio. “Es un problema de investigación de la intención de las partes. Conviene distinguir entre el uso de un término como norma definitiva o como concepto jurídico de alcance variable según la evolución de las normas de derecho internacional”.²²⁸

Finalmente, en los comentarios al proyecto de artículos, la Comisión

Opinó asimismo que, en todo caso, la pertinencia de las normas de derecho internacional para la interpretación de los tratados en un caso determinado dependía de la intención de las partes, y que sería difícil formular una norma que abarcara totalmente el elemento temporal. Consideró además que normalmente se llegaría a una aplicación correcta del elemento temporal interpretando de buena fe el término de que se tratase. Por ello, la Comisión decidió omitir el elemento temporal y modificar la referencia al derecho internacional para que dijese “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Al propio tiempo, decidió trasladar ese elemento de interpretación al párrafo 3, como elemento extrínseco tanto al texto del tratado como al “contexto” definido en el párrafo 2.²²⁹

Por su parte, Richard Gardiner afirma que el artículo 31-3-c de la Convención de Viena tiene diferentes funciones: *a)* resolver temas de tiempo (incluida la aplicación del derecho intertemporal); *b)* completar el marco legal, *or filling gaps*, en un tratado con referencia al derecho internacional general; *c)* derivar en una guía paralela de las disposiciones del tratado; *d)* resolver los conflictos de obligaciones surgidas bajo diferentes tra-

²²⁸ *Ibidem*, p. 199.

²²⁹ *Ibidem*, vol. II, *cit.*, p. 244.

tados; e) tomar en consideración el desarrollo del derecho internacional.²³⁰

En lo concerniente al acápite 4 del artículo 31, establece que se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. No es raro que las partes en un tratado empleen un término en sentido técnico o en otro sentido especial, pero esto se deducirá del propio contexto, aunque para algunos miembros de la Comisión era conveniente la inclusión de este inciso, para subrayar que la carga de la prueba corresponde a la parte que aduce el sentido especial del término, como en el caso de Groenlandia Oriental, resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Noruega ha argumentado que, en los actos legislativos y administrativos del siglo XVIII en los que Dinamarca se basa como prueba del ejercicio de su soberanía, la palabra “Groenlandia” no se usa en el sentido geográfico, sino que significa solo las colonias o el área de colonización en la costa oeste.

Este es un punto en el que la carga de la prueba recae en Noruega. El significado geográfico de la palabra “Groenlandia”, es decir, el nombre que se usa habitualmente en los mapas para denominar a toda la isla debe considerarse desde el significado corriente de dicha palabra. Si una de las Partes afirma que se le debe atribuir algún significado inusual o excepcional, le corresponde a esa Parte la carga de la prueba.²³¹

Para cerrar este artículo 31, cabe citar las palabras de Paul Reuter: “...la primacía del texto es especialmente en el derecho internacional la norma cardinal de toda interpretación”.²³² Lo que importa es la intención de las partes expresada en el texto del

²³⁰ Citado por Aaken, Anne van, *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, cit., p. 497.

²³¹ PCIJ, Legal Status of Eastern Greenland, series A/B, núm. 53, April 5th, 1933, p. 49. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

²³² Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, cit., p. 118.

tratado.²³³ Y como afirma la Comisión, la idoneidad del mismo, en cada caso depende de una serie de consideraciones, que deben ser apreciadas por el intérprete, como la especial disposición de las palabras y de las frases, la relación que guardan entre sí y con otras partes del documento y la materia objeto de él, las circunstancias en que ha sido redactado.²³⁴

1. *Medios de interpretación complementarios*

El artículo 32 de Viena 69 se refiere a los medios de interpretación complementarios:

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

El artículo en cuestión establece que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31.

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

²³³ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 627.

Aaken, Anne van, *Defragmentation of Public International Law Through Interpretation: A Methodological Proposal*, cit., p. 494.

²³⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, cit., p. 240.

Cuando el sentido corriente de las palabras es claro y lógico en el contexto de que se trate, no existe razón para recurrir a otros medios de interpretación; sin embargo, tenemos como medios de interpretación complementarios, únicamente utilizables por el intérprete, en el caso de que el resultado de la aplicación del artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado absurdo o irrazonable:

- Los trabajos preparatorios del tratado, y
- Las circunstancias de su celebración.

En la discusión de este artículo, algunos miembros de la Comisión, como el jurista soviético Tunkin, consideraron que era pertinente distinguir entre fuentes primarias y fuentes secundarias de interpretación. Las primeras comprenden las reglas del artículo 31 en su totalidad, y su valor jurídico es más o menos igual, porque deriva de un instrumento que refleja la voluntad de las partes; mientras que las segundas, que pueden ser tomadas en cuenta, tales como los trabajos preparatorios, no tienen el mismo valor jurídico.²³⁵

Por su parte, Paul Reuter afirma:

Cuando se consideraron los artículos 31 y 32, un punto que suscitó serias discusiones fue de si los trabajos preparatorios deberían desempeñar sólo un papel secundario. Se adoptó esta solución por dos razones. Desde el punto de vista jurídico, todos los factores enumerados en el artículo 31 constituyen la expresión auténtica de la voluntad de las partes, mientras que las intenciones registradas en los trabajos preparatorios no son definitivas. En realidad, la utilización de los trabajos preparatorios implica desplazarse en un terreno incierto; ellos no están en conjunto definidos ni certificados con rigor, y manifiestan las deficiencias o los posibles errores de los negociadores, así como su renuencia a enfrentar las verdaderas dificultades...²³⁶

²³⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. I, *cit.*, p. 193.

²³⁶ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, *cit.*, pp. 119 y 120.

Estos medios complementarios no son reglas autónomas ni alternas de interpretación, sino auxiliares para la interpretación, de acuerdo con la regla general que rige en el artículo 31. En consecuencia, debe ser limitada su aplicación a cuando realmente quede ambiguo u oscuro el sentido, o conduzca a resultados absurdos e irrazonables, pues lo contrario menoscabaría indebidamente la autoridad de la regla general.²³⁷

Por otro lado, dicho órgano consideró que no había necesidad de definir lo que se entiende por trabajos preparatorios, pues el hacerlo así podría dejar fuera medios de prueba que la propia Comisión no hubiera considerado y que sean pertinentes al caso.

Respecto a esta disposición, la Comisión señala que es complementaria del artículo 31, siendo esta la regla general de interpretación, de donde se desprende el sentido en que las partes quisieron obligarse; sin embargo, no es el caso del artículo 32, el que no tiene el carácter auténtico de un elemento de interpretación; no obstante ello, puede ser válido en ocasiones si da luz sobre el sentido del acuerdo en el texto.

Está fuera de toda duda que los registros de las negociaciones de un tratado, en muchas ocasiones están incompletos o son engañosos, así que debe tenerse un gran cuidado para determinar su valor como un elemento de interpretación. El propósito de este artículo es confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, es decir, de la regla general de interpretación, lo que establece un vínculo entre los dos artículos y mantiene la unidad en el proceso de interpretación.²³⁸

En la práctica internacional, los tribunales, los Estados, así como las organizaciones internacionales, han recurrido a los medios complementarios de interpretación, especialmente a los trabajos preparatorios, con el propósito de confirmar el sentido que

²³⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 244.

Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, *cit.*, p. 223.

²³⁸ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, *cit.*, p. 220.

aparece como resultado de una interpretación del tratado, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 31.²³⁹

Aunque Mariño Menéndez, citando algunas sentencias de la Corte Internacional de Justicia que prueban, a su juicio, su afirmación, sostiene que

En realidad, los tribunales internacionales han recurrido poco a esta técnica, quizá debido a que los jueces que los integran pertenecen muchas veces a tradiciones diferentes, en las que también se da relevancia distinta a los trabajos preparatorios de las leyes internas. Además, mucho va a depender, en cada caso, del uso que las Partes hagan ante el tribunal de argumentos fundados en tales trabajos.²⁴⁰

También pueden considerarse como medios las circunstancias de su celebración, es decir, los acontecimientos relacionados con la celebración, datos históricos relevantes, situación política, actuación conjunta de grupos de Estados, etcétera.²⁴¹

Finalmente, no hay que olvidar que el objetivo del uso de los medios comprendidos en el artículo 32 es confirmar el sentido arrojado por la aplicación del artículo 31, o bien determinar ese sentido, cuando de la aplicación de la regla general de interpretación el resultado sea dejar ambiguo u oscuro el sentido, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

2. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

Por su parte, el artículo 33 regula el aspecto de la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. Al efecto, la regla señala:

²³⁹ En la Convención hacemos referencia al artículo 31; sin embargo, en el Proyecto de artículos estaba numerado como el artículo 27. Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, *cit.*, p. 223.

²⁴⁰ Mariño Menéndez, *cit.* p. 293.

²⁴¹ *Ibidem*, *cit.*, p. 292.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Otra parte importante en la interpretación es la relativa a los textos autenticados en dos o más idiomas, y en caso de conflicto, cuál es el que debe prevalecer. El problema de los tratados multilaterales yace en determinar si el sentido que se debe dar a un término en un idioma tiene su equivalente en las otras lenguas, cuando todos esos textos son auténticos, adicionando una dificultad más a la interpretación.

Recordemos que la autenticación del texto de un tratado es una etapa que pasa la negociación de un tratado internacional, y consiste en “el procedimiento por el cual se establece como auténtico y definitivo el texto de un tratado”.²⁴²

Una vez autenticado, el texto del tratado sólo podrá modificarse mediante la enmienda o la modificación, o en el caso de que se hayan deslizado errores, mediante el procedimiento de corrección establecido en el tratado, según el DI. Los negociadores disfrutaban de absoluta libertad para elegir los procedimientos de autenticación del texto de un tratado (artículo 10.1), y lo

²⁴² Manual de tratados, preparado por la sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, *cit.*, p. 66

normal es que éste incluya una cláusula al respecto. En su defecto, la Convención (artículo 10.2) enumera las tres formas más frecuentes:²⁴³

- Firma.
- Firma *ad referendum*: “para ser aprobado por el superior”; a condición de que se apruebe.
- Rúbrica: rasgo, trazo que completa las letras de la firma. Firma abreviada, reducida a las iniciales del otorgante.

La Comisión de Derecho Internacional, al referirse a este artículo, señala que con la proliferación de los tratados multilaterales muchos de ellos se han elaborado en los idiomas de las Naciones Unidas.²⁴⁴ Y es el propio tratado el que generalmente determina cuál es el texto auténtico; pero a falta de disposición especial, la regla general que prevalece es la de que todos los textos son auténticos.

Insiste la Comisión en que la unidad del tratado y de cada uno de sus términos es de fundamental importancia en la interpretación de un tratado plurilingüal y tiene su salvaguarda al ser combinado con el principio de la igual autoridad de los textos auténticos, así como la presunción de que los términos tienen el mismo sentido en cada texto. Esta presunción requiere que cada esfuerzo debe enfocarse a encontrar el sentido común de los textos antes de dar preferencia a uno u otro.²⁴⁵

Un término del tratado puede ser ambiguo u oscuro porque así se encuentra en todos los textos auténticos, o bien porque sólo

²⁴³ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 205.

²⁴⁴ El artículo 111 de la Carta de la ONU establece: “La presente Carta, cuyos textos en chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos, será depositada en los archivos del Gobierno de los Estados Unidos de América. Dicho Gobierno enviará copias debidamente certificadas de la misma a los Gobiernos de los demás Estados signatarios...”. Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 245.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 246.

se encuentre en uno de los textos, aunque no exista certeza si hay una diferencia entre los textos, o porque a primera vista el texto auténtico parece no tener exactamente el mismo sentido. Pero ya sea que la ambigüedad u oscuridad aparezca en todos los textos o surja de la forma plurilingüal del tratado, la primera regla para el intérprete es ver el sentido pretendido por las partes, unido al término para aplicar las reglas estándares de interpretación de los tratados. La forma plurilingüal del tratado no justifica al intérprete preferir un texto a otro y descartar el sentido normal de resolver una ambigüedad u oscuridad sobre la base del objeto y propósito del tratado, los trabajos preparatorios, las circunstancias de su celebración, la práctica subsecuente, etcétera. Por el contrario, la igualdad de los textos significa que cada esfuerzo razonable, primero debe ser hecho para reconciliar los textos y determinar la intención de las partes al recurrir a los medios normales de interpretación.²⁴⁶

Además, se parte de la presunción de que en cada texto auténtico los términos del tratado tienen el mismo significado. Pero en el caso de que exista una divergencia de significados entre los textos auténticos, hay que reconciliar en la medida de lo posible los textos diferentes; se trata de un principio de igualdad de los textos autenticados en diferentes idiomas.

La Comisión también consideró si existían otros principios que pudieran ser codificados como reglas generales de interpretación de un tratado plurilingüal, tales como la presunción en favor del texto que tiene un claro significado o el idioma en que se elaboró el proyecto del tratado; sin embargo, pensó que con tales presunciones podía ir muy lejos, tomando en cuenta que mucho podía depender de las circunstancias de cada caso y la evidencia de la intención de las partes. Nada indica que pueda ser apropiado formular cualquier regla general considerando las versiones de textos no auténticos.²⁴⁷

²⁴⁶ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries 1966, *cit.*, p. 225.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 226.

En el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, su artículo 85 determina como textos auténticos los establecidos en los idiomas chino, español, francés, inglés y ruso, sin dar preferencia a ninguno de ellos.

3. *La interpretación de los tratados por los órganos internos del Estado*

No tiene justificación el hecho de que los órganos estatales interpreten los acuerdos internacionales sin acudir a las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y de 1986, más aún si el Estado al que pertenecen esos órganos es Estado parte de la Convención. De ahí la importancia de que dichos órganos conozcan las reglas internacionales establecidas en la Convención de Viena, así como la forma de su aplicación por parte de los tribunales internacionales. El trabajo no es sencillo, por lo siguiente:²⁴⁸

- Algunos medios de interpretación no resultan fáciles de aplicar a los órganos internos.
- La interpretación de los tratados está sujeta a las declaraciones interpretativas del propio Estado, a las reservas y actos formales aprobados por los órganos internos.
- Los órganos internos tomarán en consideración los medios complementarios internos que llevaron a la formación de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado (debates previos a la aprobación senatorial), las leyes y reglamentos encaminados a su ejecución.
- Los órganos internos interpretan el tratado en su propia lengua, tal como fue publicada en el diario oficial, sea o no uno de los textos auténticos.

Por lo que respecta a México, hay que partir en primer lugar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su interpretación del artículo 133 constitucional, ha establecido la primacía

²⁴⁸ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 389.

de la Constitución sobre los tratados internacionales, pero éstos prevalecen sobre las leyes federales y locales.²⁴⁹

En materia de derechos humanos hay que recordar que con las reformas constitucionales se busca dar primacía a los derechos inherentes al ser humano, razón por la cual se modificaron los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89 y 102 de la Constitución federal, y además se busca “establecer que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de los que México sea parte”.²⁵⁰

4. *La interpretación de los tratados según los tribunales internacionales*

A continuación, citaremos los casos más relevantes en los que los diversos tribunales internacionales han establecido alguna regla de interpretación en los asuntos de que conocieron. Por cuestión de orden cronológico citaremos primero los resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, posteriormente los de la Corte Internacional de Justicia, así como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A. La Corte Permanente de Justicia Internacional

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), que funcionó de 1922 a 1946, una vez que se creó la Organización de las Naciones Unidas en 1945, fue el primer tribunal internacional con jurisdicción general, lo que hizo posible la clarificación de numerosos aspectos del derecho internacional y contribuyó a su desarrollo.²⁵¹

²⁴⁹ Amparo en Revisión 1475/98.

²⁵⁰ El 8 de marzo de 2011, el Senado de la República aprobó, con 96 votos a favor y ninguno en contra, el Decreto que reforma los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, disponible en: <http://portal.sre.gob.mx/reinounido/pdf/DGDH173.pdf>.

²⁵¹ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9&PHPSESSID=3f356f8cdfc8f7c9fc3dc3e098044d42>.

Varios casos se resolvieron por la CPJI, y aquí podemos resaltar los siguientes:

*a. Caso de las Zonas Libres de la Alta Saboya y del Distrito de Gex*²⁵²

En este caso, Francia y Suiza no podían ponerse de acuerdo acerca de la interpretación que debía darse al artículo 435-2 del Tratado de Versalles con sus anexos, lo que dio origen a que el acuerdo previsto en esa disposición no se hubiera podido llevar a cabo vía negociación directa, por lo que ambas partes resolvieron acudir al arbitraje para fijar esa interpretación y establecer el conjunto de cuestiones que implica la ejecución del apartado 2 del artículo 435 ya citado.

La Corte estableció en la parte conducente, que en caso de duda, las cláusulas de un compromiso, por el cual la Corte debe resolver una controversia, no deben ser violentadas en sus términos, sino ser interpretadas de una manera que permita a esas cláusulas mostrar sus efectos útiles.

*b. Opinión Consultiva sobre la Adquisición de la Nacionalidad Polaca*²⁵³

Esta opinión fue solicitada a la Corte por el Consejo de la Liga, a través de su secretario general, en el sentido de determinar si las minorías alemanas asentadas en territorio polaco debían ser beneficiadas con la aplicación del Tratado de Versalles, que establecía una protección especial a las minorías, que el gobierno de Polonia no quería reconocer, argumentando que los padres de estas personas no estaban domiciliados en su territorio en el momento de la entrada en vigor del Tratado en cuestión,

²⁵² CPJI, serie A, núm. 22, ordenanza del 19 de agosto de 1929, p. 13.

²⁵³ CPJI, serie B, núm. 7, 15 de septiembre de 1923, pp. 16-18.

el 10 de enero de 1920. Señaló la Corte que una interpretación que despojara al tratado de minorías de una gran parte de su valor no podría ser admitido, más todavía cuando el cumplimiento de dicho instrumento estaba bajo la vigilancia de la Liga de las Naciones.

c. Opinión Consultiva sobre el Intercambio de la Población Griega y Turca. Artículo 2o. de la VI Convención de Lausanna, del 30 de enero de 1923²⁵⁴

El Consejo de Seguridad de la Liga solicitó a la Corte Permanente de Justicia Internacional, que determinara cuál era el sentido y ámbito que debía darse al término “establecidas”, señalado en el artículo 2o. de la Convención de Lausanna, en referencia a las poblaciones griegas y turcas, así como los requisitos que debían cubrir las personas designadas en el tratado como “Habitantes griegos de Constantinopla” para que sus personas pudieran ser consideradas como “establecidas” en los términos de la Convención y exentos del intercambio obligatorio.

La Corte Permanente sostuvo que el 30 de octubre de 1918 es la fecha decisiva fijada por el artículo 2o. para todos los habitantes griegos establecidos en Constantinopla. Sería contrario a una sana interpretación modificar indirectamente, para un cierto número de ellos, esta disposición positiva por una fecha fijada en otro artículo que reglamenta una situación diferente. Sería inadmisibles que, de acuerdo con las explicaciones suministradas a la Corte por parte del gobierno helénico, y que no fueron contradichas, la aplicación de la fecha 18 de octubre de 1912 a los habitantes griegos de Constantinopla que se establecieron entre esta fecha y el 30 de octubre de 1918, privarían al artículo 2o., que fue objeto de largas discusiones en Lausana, de una gran parte de su valor práctico.

²⁵⁴ CPJI, serie B, núm. 10, 21 de febrero de 1925, p. 25.

*d. Opinión Consultiva sobre la competencia de la Organización Internacional del Trabajo respecto a la regulación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en la agricultura*²⁵⁵

A petición del Consejo de Seguridad de la Liga de las Naciones, la Corte tuvo que determinar si la competencia de la OIT se extendía hasta regular la labor agrícola. La Corte señaló que al considerar la cuestión que se le plantea sobre el idioma del tratado, es obvio que el tratado debe ser leído en su conjunto, y su sentido no debe ser determinado únicamente por frases particulares, que al sacarlas de su contexto pueden ser interpretadas en más de un sentido. Por otro lado, agrega que los conflictos en cada caso deben ser resueltos en los términos del tratado en su actual significado, perspectiva que la Corte utilizó para analizar el asunto. En caso de ambigüedad la Corte podría, con el propósito de llegar al verdadero sentido, considerar las acciones tomadas de acuerdo con el tratado.

Además, la Corte, para resolver este asunto, dio gran importancia a los trabajos de la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, que preparó y sometió la parte XIII del tratado a la Conferencia de Paz. Pero esos trabajos preparatorios confirmaron el sentido que se hizo a una interpretación de los términos del tratado.

*e. Caso relativo al Pago, en Oro, de los Empréstitos Federales Brasileños emitidos en Francia*²⁵⁶

El caso presentado por los gobiernos de Francia y de Brasil consistió en la controversia surgida entre el gobierno federal brasileño y los portadores franceses de diversos empréstitos federales brasileños, concernientes a la cuestión de saber si el servicio de

²⁵⁵ CPJI, serie B, núm. 2 y 3, pp. 23-26 y 38-40.

²⁵⁶ CPJI, serie A, núm. 21, sentencia del 12 de julio de 1929, pp. 119 y 121.

estos empréstitos debe ser efectuado sobre la base del valor del franco-oro o del franco-papel.

En este caso, la Corte buscó aplicar el principio bien conocido según el cual cuando un contrato es ambiguo, se puede, para establecer la intención de las partes, recurrir a la manera en que el mismo fue ejecutado.

f. Caso sobre el Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental²⁵⁷

El caso se presentó entre Noruega y Dinamarca, ya que ambos sostenían pretensiones territoriales sobre el territorio de Groenlandia; Noruega, sobre la parte oriental, mientras que Dinamarca, sobre la totalidad del territorio. La Corte tuvo que determinar el valor de la famosa “Declaración Ihlen”, hecha por el ministro de Relaciones Exteriores de Noruega reconociendo la soberanía danesa sobre la totalidad del territorio de Groenlandia, así como determinar el significado del término “Groenlandia”.

Noruega hizo valer que en los actos legislativos y administrativos del siglo XVIII, en los cuales Dinamarca se funda para probar el ejercicio de su soberanía, la palabra “Groenlandia” no era empleada en su sentido geográfico, sino que significaba solamente las colonias o la región colonizada sobre la costa occidental.

Este es un punto por el cual la carga de la prueba incumbe a Noruega. El sentido geográfico del término “Groenlandia”, es decir, la denominación que es generalmente empleada en los mapas para indicar a la isla en su totalidad, debe ser considerada como la acepción usual de ese término. Si una de las partes alega que un sentido inusitado o excepcional debe ser fijado, es esta parte la que debe establecer el fundamento de lo que afirma. En opinión de la Corte, Noruega no consiguió probar su tesis.

²⁵⁷ CPJI, serie A/B, núm. 53, sentencia del 5 de abril de 1933, pp. 49 y 52.

g Opinión consultiva sobre la Interpretación de la Convención de 1919 concerniente al trabajo nocturno de las mujeres²⁵⁸

En este caso, la Corte Permanente recurrió a los trabajos preparatorios de la Convención de 1919 para poder determinar si el trabajo de las mujeres era equiparable al de los trabajadores, además de determinar el texto que debe prevalecer cuando los textos en distintas lenguas no son congruentes.

La Corte no puede considerar como bien fundados los motivos examinados con anterioridad, para sostener que el sentido natural del texto de la Convención pueda ser apartado.

En el curso de los debates a los cuales dio lugar, en 1930 y 1931, en Ginebra, la propuesta de revisar la Convención de Washington sobre el trabajo nocturno de las mujeres, muchos delegados, expertos en la materia, expresaron categóricamente la opinión de que la Convención no se aplicaba más que a los trabajadores. Estas opiniones llamaron la atención de la Corte, lo que la llevó a examinar los trabajos preparatorios de la Convención a fin de averiguar si confirmaban o no las opiniones expresadas en Ginebra. “En este sentido, *la Corte no pretende derogar la regla anteriormente admitida por ella en diversas ocasiones, a saber que no ha lugar a recurrir a los trabajos preparatorios cuando el texto de una convención es lo suficientemente clara en sí misma*”²⁵⁹ (las cursivas son nuestras).

Prosigue la Corte señalando que la intención de los miembros de la Comisión fue que la nueva Convención, cuya adopción recomendaban, comprendiera en el nuevo texto toda interpretación convenida de ciertas frases o ciertas palabras en la Convención anterior, pero que la Comisión no supo fijar, por lo que se pueden encontrar frases, tanto en un sentido como en otro. Sin embargo, el contar con el reporte no parece suficiente para demostrar que el término “mujeres” sea empleado en el sentido de trabajadores. Para ser exactos, al recurrir solamente al texto francés, se puede

²⁵⁸ *Ibidem*, núm. 50, 15 de noviembre de 1932, pp. 378, 379 y 380.

²⁵⁹ *Idem*.

constatar el empleo, en seis ocasiones, de términos compatibles con la opinión según la cual “mujeres” significa “mujeres” y no “trabajadoras”, y en una ocasión solamente el empleo de la palabra “trabajadoras” se encuentra en la declaración de orden general, al final del reporte según el cual una prohibición efectiva del trabajo nocturno de las mujeres constituirá un progreso marcado para la “protección de la salud de los trabajadores”. A propósito de esta última frase, conviene observar que los textos francés e inglés no son armoniosos, que el término inglés, en esta frase es “*women workers*”; o la señora Smith, quien presentó el reporte, era inglesa, y se expresó en su propia lengua.

Señala la Corte que la impresión que deja el estudio de los trabajos preparatorios es la siguiente: que en el origen la intención fue que la Conferencia no se desviara de las disposiciones de la Convención de Berna: esta intención había pasado a segundo plano, cuando el proyecto de la Convención fue adoptado el 28 de noviembre de 1919. La uniformidad de los términos de este proyecto de Convención con aquellos otros, en ese entonces en vías de adopción, y que tuvieron su origen del programa expuesto en la parte XIII del Tratado de Versalles, se volvieron el elemento importante.

Los trabajos preparatorios confirman así la conclusión a la que condujo el estudio del texto de la Convención, a saber: que no hay un motivo válido para interpretar el artículo 3o., más que de una forma, y es conforme al sentido natural de sus términos. La Corte recuerda lo que ya ha señalado más arriba, y es que no puede expresar una opinión diferente sobre lo que ha considerado como la interpretación correcta de la Convención de Berna.

*h. Opinión Consultiva sobre el Servicio Postal Polaco en Danzig*²⁶⁰

El Consejo de la Sociedad de Naciones solicitó a la Corte su opinión sobre un conflicto surgido entre Polonia y la ciudad

²⁶⁰ CPJI, serie B, núm. 11, 16 de mayo de 1925, p. 37 y 39.

libre de Danzig. De conformidad con el Acuerdo de Varsovia del 24 de octubre de 1921, Polonia tenía derecho a establecer un sistema postal, de telégrafos y de teléfonos que comunicaran directamente con Polonia. Polonia estableció diversos buzones en la ciudad para recibir la correspondencia, los que a juicio de la ciudad de Danzig estaban prohibidos por disposición gubernamental, y que el derecho contenido en el acuerdo de referencia se limitaba a los locales de la *Heveliusplatz*. El Consejo pidió a la Corte que determinara si existía algún documento en vigor (del general Haking anterior al alto comisionado) que restringiera el servicio postal polaco a sus edificios, y si era de uso exclusivo de las autoridades y funcionarios polacos, dejando fuera al público usuario.

En opinión de la Corte, las reglas en cuanto a la interpretación restrictiva o extensiva de las disposiciones de un tratado no pueden ser aplicadas más que en el caso donde los métodos ordinarios de interpretación han fracasado. Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que ellas tendrían normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada conduzca a resultados irrazonables o absurdos. En la especie, la interpretación dada por la Corte a las diversas estipulaciones contractuales no solamente es razonable, sino que está apoyada por los diversos artículos, tomados en forma aislada, así como relacionados entre ellos.

i. Caso relativo a la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder²⁶¹

Este asunto resuelto por la Corte fue presentado, por una parte, por el imperio alemán, el Reino de Dinamarca, la República francesa, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del

²⁶¹ Caso relativo a la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder CPJI, serie A, núm. 23.

Norte, el Reino de Suecia y la República Checoslovaca; y por la otra parte, únicamente el gobierno de Polonia, en razón de no estar de acuerdo acerca de la determinación, en el acta de navegación del río Oder, sobre los límites territoriales de la jurisdicción de la Comisión Internacional del Oder. Y si esa jurisdicción debía extenderse, bajo las disposiciones del Tratado de Versalles, a las secciones de los ríos Warthe y Netze, afluentes del Oder, situados en territorio polaco.

La Corte afirmó que el análisis puramente gramatical de un texto en caso de que no dé resultados ciertos permite acudir a otros medios de interpretación, en particular, el recurso a los principios que rigen la materia de la que el texto trata; esto será solamente si todo elemento pertinente ha sido tomado en consideración y si la intención de las partes sigue dudosa, habrá lugar a pronunciarse por la interpretación más favorable a la libertad de los Estados.

j. Caso de las Concesiones Mavrommatis en Jerusalén.²⁶²

Diferendo surgido entre los gobiernos de Grecia y de la Gran Bretaña, con motivo de que el gobierno de Palestina, territorio bajo Mandato de la Gran Bretaña, rehusó, desde 1921, reconocer, en toda su extensión, los derechos resultantes en favor del señor Mavrommatis, súbdito griego, respecto de los contratos y acuerdos que había celebrado con las autoridades otomanas respecto de las concesiones para ciertos trabajos públicos a ejecutarse en Palestina.

En este caso la Corte estimó que, colocada en presencia de dos textos investidos de igual autoridad, pero en el que uno parece tener una inclinación más extensa que el otro, tiene el deber de adoptar una interpretación limitada que pueda conciliarse con los dos textos, y que, en esta medida, corresponde sin duda a la intención común de las partes.

²⁶² Caso de las Concesiones Mavrommatis en Jerusalén, CPJI, serie A, núm. 2, 26 de marzo de 1925, pp. 18 y 19.

k. Caso del Vapor *Wimbledon*²⁶³

Asunto resuelto por la Corte y presentado por los gobiernos de Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón, Polonia, por un lado, y por el otro, Alemania, en razón de que esta última prohibió el paso del vapor inglés *Wimbledon* por el estrecho de Kiel, violando con ello las disposiciones del artículo 380 del Tratado de Versalles de 1919.

La Corte afirma que el texto del tratado es de una claridad que no deja ninguna duda, cuando dispone que el canal estará siempre abierto a los navíos de guerra y comerciales de las naciones que se encuentren en paz con Alemania; puesto que el *Wimbledon* pertenece a una nación que en ese momento estaba en paz con Alemania, tiene derecho de libre paso por el canal. La voluntad de los autores del Tratado de Versalles de facilitar, por una estipulación de orden internacional, el acceso al Báltico, y más tarde dejar en todo tiempo el canal abierto a los navíos y embarcaciones extranjeros de toda categoría, aparecen con más fuerza todavía, si se coteja el texto del artículo 380 de las otras estipulaciones que se encuentran ubicadas en la parte XII.

B. *La Corte Internacional de Justicia*

La Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya (Países Bajos), es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. La Corte resuelve controversias jurídicas entre los Estados parte y emite opiniones consultivas para las Naciones Unidas y sus organismos especializados. Su Estatuto forma parte de la Carta de las Naciones Unidas.²⁶⁴

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, y fue establecida en junio de 1945 por el Tratado de San Francisco; inició sus funciones en abril de 1946, y es sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional.

²⁶³ Caso del Vapor *Wimbledon* CPJI, serie A, núm. 1, sentencia del 17 de agosto de 1923, pp. 21 y 23.

²⁶⁴ Disponible en: <http://www.un.org/es/mainbodies/icj/>.

Se compone de quince jueces elegidos, por un período de nueve años, por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad.²⁶⁵

A continuación, citaremos los casos en los que este tribunal ha dejado establecido algún principio interpretativo.

*a. Asunto del Estrecho de Corfú*²⁶⁶

Este caso fue presentado por el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte en contra de Albania, por la destrucción de varios buques británicos y las consecuentes pérdidas materiales y en vidas, durante el paso de éstos por el estrecho de Corfú, siendo aguas territoriales de la República Popular de Albania, la que no avisó de los peligros a la navegación, por la existencia de minas en el estrecho, sembradas por los alemanes, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando ocupaban el territorio albanés.

La Corte afirmó que sería contrario a las reglas de interpretación generalmente reconocidas, considerar que una disposición inserta en un compromiso se considere una disposición sin fuerza y sin efecto alguno.

Cita al efecto varios precedentes de la Corte Permanente de Justicia Internacional, para confirmar una interpretación que permita a sus cláusulas, mostrar sus efectos útiles.

*b. Caso Ambatielos*²⁶⁷

El presente caso se suscitó entre Grecia y el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, cuando el primero presentó su solicitud, asumiendo la representación de uno de sus naciona-

²⁶⁵ Disponible en: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1>.

²⁶⁶ *Corfu Channel case, Judgment of April 9th, 1949*: I. C. J. Reports, 1949, p. 4. párrafo 24.

²⁶⁷ *Ambatielos case (jurisdiction)*, Judgment of July ~st1,9 52, I. C. J. Reports 1952, p. 28.

les, el armador Ambatielos, y pidió a la Corte que declarara que la reclamación presentada por éste en contra del gobierno del Reino Unido debía someterse al arbitraje, de acuerdo con los términos de los tratados concertados entre Grecia y el Reino Unido en 1886 y 1926. El gobierno británico argumentó que la Corte carecía de competencia para decidir sobre esa cuestión.

En la sentencia de 1952, en que la Corte resuelve sobre su competencia para conocer del asunto, y respecto a la interpretación de los tratados, el tribunal señala que

El objeto de la Declaración ha sido impedir que el nuevo tratado sea interpretado, a su entrada en vigor, de una manera tan radical que cause un perjuicio a las reclamaciones fundadas en el antiguo tratado o en los medios para hacerlo valer. Para los fines de una exacta interpretación o aplicación de las disposiciones del tratado de 1926, es necesario leer en el artículo 32, antes de las palabras “entrará en vigor”, una fórmula como “bajo reserva de las disposiciones de la declaración conjunta en anexo al presente tratado”. Así, las disposiciones de la declaración tienen el carácter de cláusulas interpretativas y como tales deben ser consideradas como parte integrante del mismo tratado, si esto no ha sido señalado expresamente.²⁶⁸

c. Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Asamblea General para admitir a un Estado como Miembro de las Naciones Unidas

Esta opinión fue emitida a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que planteó la cuestión de si este órgano tenía facultades de admitir un nuevo Estado sin que existiera recomendación alguna del Consejo de Seguridad, o bien que existiera un voto negativo por parte de alguno de los miembros permanentes.

²⁶⁸ Ambatielos, Greece v. United Kingdom, International Court of Justice, 1o. de Julio de 1952, p. 93, disponible en: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1952.07.01_ambatielos.htm (fecha de consulta: 17 de marzo de 2019).

Señaló la Corte lo siguiente:

En una de las exposiciones escritas que fueron sometidas a la Corte, se pretendió atribuir al párrafo 2, del artículo 4, un sentido diferente. La Corte considera necesario señalar que el primer deber de un tribunal llamado a interpretar y a aplicar las disposiciones de un tratado, es el de esforzarse por dar un efecto, según su sentido natural y ordinario, a esas disposiciones tomadas en su contexto. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye un significado natural y ordinario, tienen un sentido en su contexto, el examen debe concluir. Por el contrario, si las palabras en su sentido natural y ordinario dejan un sentido ambiguo o irrazonable, entonces y sólo entonces, la Corte debe recurrir a otros medios de interpretación, buscando determinar la intención de las partes al utilizar esos términos.²⁶⁹

*d. Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania*²⁷⁰

En este caso la Corte afirmó que el principio de la interpretación enunciado en la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, designado con frecuencia como principio del efecto útil, no justifica que la Corte atribuya a las disposiciones para la solución de controversias en los tratados de Paz un sentido que "...sería contrario a su letra y a su espíritu".²⁷¹

C. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, fue establecida en 1979. Es una institu-

²⁶⁹ Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion: ICJ Reports 1950, p. 8, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf> (fecha de consulta: 17 de marzo del 2019).

²⁷⁰ Interpretation of Peace Treaties (second phase), Advisory Opinion: ICJ Reports 1950, p. 221 (229).

²⁷¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 241.

ción judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.²⁷²

Al respecto, es interesante la posición de este tribunal americano acerca de la interpretación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, en razón de que al aplicar las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no sólo alude al tratado que está interpretando, sino que maneja en el contexto del mismo todos los acuerdos internacionales firmados en la materia que se esté resolviendo, lo que permite una interpretación integral de los términos del tratado, en su contexto, objeto y fin.

A continuación, citaremos literalmente los párrafos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a las reglas de interpretación manejadas por ella.

a. Caso Velázquez Rodríguez

Respecto al objeto y fin de la Convención Americana:

30. La Corte entiende que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que “la Corte pueda conocer de cualquier caso” (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. Los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su

²⁷² Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>.

pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo “su efecto útil”. Es plenamente aplicable aquí lo que ha dicho la Corte de La Haya:

Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil (Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P. C. I. J., series A, núm. 22, p. 13).²⁷³

b. Caso Paniagua Morales²⁷⁴

40. Como se dijo anteriormente (véase *supra* párr. 29), son elementos consagrados para la interpretación de los tratados el sentido corriente de sus términos, el contexto y el objeto y fin de dichos tratados. Tales elementos se encuentran vinculados en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al indicar que el proceso de interpretación es uno. Atentaría contra el objeto y fin de la Convención Americana, y no tomaría en cuenta el contexto de la misma, aplicar las normas reglamentarias sin un criterio de razonabilidad, ocasionando un desequilibrio entre las partes y comprometiendo la realización de la justicia.

42. No se puede tomar en cuenta el sentido literal de las normas reglamentarias haciendo abstracción del contexto de aplicación de la Convención Americana y del objeto y fin de la misma, a los cuales hay que vincular la interpretación de todas las disposiciones aplicables en el caso concreto. “[L]o esencial”, como señaló la Corte, “es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados los distintos procedimientos” (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia del

²⁷³ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1.

²⁷⁴ Corte IDH, caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Excepciones preliminares, sentencia del 25 de enero de 1996, serie C, núm. 23.

26 de junio de 1987. Serie C, núm. 1, párr. 33; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 2, párr. 38 y *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, núm. 3, párr. 36). Los defectos formales alegados por el Gobierno no representan perjuicio procesal contra el mismo que justifique que en este caso pueda prevalecer el sentido puramente literal de una disposición reglamentaria sobre el interés superior de la realización de la justicia en la aplicación de la Convención Americana.

c. Caso Villagrán Morales²⁷⁵

192. Esta Corte ha dicho que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”.³⁴ De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.³⁵

193. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que [t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte... como la Corte Europea..., han señalado que los tratados de derechos humanos

²⁷⁵ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63.

son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

XVI. NULIDAD DE LOS TRATADOS

De acuerdo con la teoría francesa o teoría clásica de las nulidades, el acto jurídico puede estar afectado de inexistencia o de nulidad, todo dependerá de si la afectación recae en los elementos de existencia, o bien en los requisitos de validez. La inexistencia surge cuando falta un elemento esencial del acto, mientras que la nulidad se presenta cuando los elementos de existencia se presentan de manera imperfecta, lo que impide que surta efectos jurídicos, o éstos serán de manera provisional.²⁷⁶

Cuando en la celebración de un negocio jurídico participan tanto sus elementos esenciales como los condicionantes de su validez, es un negocio plenamente válido. Por el contrario, si en su estructura no participa cualquiera de los esenciales, o bien la o las manifestaciones de voluntad requeridas para su celebración provienen de un incapaz, no observan las formalidades establecidas en el ordenamiento legal para su composición, no se expresan consistente y libremente, o si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos, la figura negocial no será válida.²⁷⁷

Ahora bien, Viena 69 trasladó estos conceptos a las disposiciones señaladas en los artículos 42 al 53, inclusive. No obstante, Paul Reuter afirma que este fue un tema muy delicado en la

²⁷⁶ Miramón Parra, Araceli, “Teoría de las nulidades e ineficacias del acto jurídico”, en *Cien años de derecho civil en México, Homenaje a la UNAM por su centenario*, pp. 75 y 76, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/8.pdf>.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 78.

preparación de la Convención, puesto que había que trasladar varios conceptos originados en los muy variados sistemas nacionales cuya aplicación en el derecho internacional no eran fácilmente aplicables. A pesar de ello, Viena 69 es el primer tratado internacional que establece “un régimen de nulidades a semejante escala”, y, en consecuencia, provocó recelos acerca de sus efectos potenciales para la estabilidad de los tratados.²⁷⁸

Ciertamente, el factor tiempo es fundamental en los aspectos vinculados con la nulidad, en razón de que si el acto está viciado, carece de efectos desde un inicio; sin embargo, en la práctica, en el momento en que se declara la nulidad, el acto jurídico ya habrá producido algunos efectos jurídicos, y, como bien señala Reuter, “la dificultad esencial de todo régimen de nulidades consiste en eliminar las consecuencias de un acto que, a causa de su carácter defectuoso, debería haber carecido de todo efecto desde el principio”.²⁷⁹

El acápite 1 del artículo 42 de Viena 69 dispone que “1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”. Esta regla general limita a los Estados parte para impugnar la validez de un tratado únicamente con las reglas aprobadas en Viena 69. También existen algunas excepciones a esta regla general, contenidas en el mismo artículo 44, en los apartados 3 y 4, relativos a que la causa de nulidad pueda aplicarse sólo a determinadas cláusulas:

- Cuando sean separables del resto del tratado.
- Cuando la aceptación de esas cláusulas no haya constituido para la otra u otras partes en una base esencial de su consentimiento para obligarse por el tratado.
- Cuando la continuación del cumplimiento del resto tratado no sea injusta.

²⁷⁸ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, cit., pp. 194 y 195.

²⁷⁹ *Idem*.

Pero según el artículo 44, acápite 2, también establece otra regla general, al determinar que la causa de nulidad será alegada con respecto a la totalidad del tratado, con las salvedades enumeradas en los párrafos 3, 4 y 5 o en el artículo 60, como es el caso del dolo y de la corrupción del representante del Estado, causas de nulidad reguladas en los artículos 49 y 50 de Viena 69, aunque en estos casos admite la posibilidad de aplicar el principio de divisibilidad, conforme al párrafo 3 del mismo artículo 44.

En el supuesto de los artículos 51, 52 y 53, que regulan como causales de nulidad la coacción sobre el representante de un Estado, coacción sobre el Estado por la amenaza o el uso de la fuerza y los tratados que estén en oposición de una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*), no se admitirá la división de las disposiciones del tratado. Eso es totalmente comprensible, porque hablamos, en los dos primeros artículos, del consentimiento como elemento de existencia del tratado, mientras que en el artículo 53 nos referimos a las normas de *ius cogens*, es decir, al orden público internacional.

Por otro lado, y acerca de admitir el principio de divisibilidad de los tratados, la Comisión de Derecho Internacional, en general, consideró que

...no se debía admitir la posibilidad de anular los tratados concertados entre Estados soberanos, ponerles término o suspender su aplicación cuando la causa de nulidad, de terminación o de suspensión se refiere a disposiciones totalmente secundarias del tratado. Por otra parte, la Comisión reconoció que el carácter consensual de todos los tratados, contractuales o normativos, exige que no se aplique el principio de divisibilidad de modo tal que altere considerablemente el fundamento de la obligación a (*sic*) base de la cual se otorgó el consentimiento en obligarse por el tratado.²⁸⁰

Con respecto a la práctica internacional sobre la admisibilidad del principio de divisibilidad de los tratados, la Comisión de

²⁸⁰ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 261.

Derecho Internacional cita las opiniones separadas de los casos de Empréstitos Noruegos y de la Interhandel, resueltos por la Corte Internacional de Justicia.²⁸¹

En el caso de los Empréstitos Noruegos,²⁸² el magistrado sir Hersch Lauterpacht emitió una opinión separada en la que hizo una reflexión sobre la indivisibilidad de los tratados internacionales, y encontró que tanto en

...la práctica legal y la doctrina dentro del Estado están familiarizadas con las situaciones en las que un contrato o cualquier otro instrumento legal contiene una cláusula que la ley considera inválida o inaplicable sin que ello implique la nulidad del contrato o instrumento en su conjunto. En esos casos, la disposición en cuestión se corta, se trata por separado, del resto del texto. Esto no siempre es posible. Mucho depende de si esa disposición es una parte esencial del instrumento en cuestión.²⁸³

Para Lautherpacht, en el ámbito internacional hay disposiciones esenciales en un tratado y otras no. Entonces, “puede haber límites razonables a la noción de la indivisibilidad de un tratado y que algunas de sus disposiciones pueden no ser de una naturaleza esencial para el tratado en su conjunto”.²⁸⁴ Se aplica el principio general del derecho *utile nom debet per inutile vitari*.

Por su parte, en el caso Interhandel ante la Corte Internacional de Justicia,²⁸⁵ el juez Armand Ugon consideró la no divisibilidad de la declaración hecha por los Estados Unidos conforme al artículo 36, 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero argumentando que esa declaración está acompañada

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² “Case of Certain Norwegian Loans, Judgment of July 6th, 1957: ICJ Reports 1957, p. 9”.

²⁸³ Opinión separada del juez sir Hersch Lauterpacht, p. 56, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/29/029-19570706-JUD-01-03-BI.pdf>. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ “Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: ICJ Reports 1959, p. 6”.

de otro elemento, y desde esa perspectiva se puede ver como un acto jurídico separable en dos elementos; argumentó lo siguiente: “Esta Declaración consta de dos partes, la aceptación de la jurisdicción de la Corte y las reservas a esa aceptación. Esos dos elementos de un solo acto jurídico son separables. Nada nos justifica, al leer el texto, considerarlos como un todo indivisible”.²⁸⁶

1. *Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados*

Viena 69, continuando con el tema de las causas de nulidad, establece en su artículo 46

46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. 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.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Aquí nos estamos refiriendo a las “ratificaciones imperfectas”. En principio, recordemos que este artículo está directamente relacionado con el artículo 27, que rotundamente establece la preeminencia del derecho internacional (“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”), y que el mismo artículo esta-

²⁸⁶ Opinión disidente del juez Armand-Ugon, p. 91, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/34/034-19590321-JUD-01-07-EN.pdf>. Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

blece la excepción, precisamente en el artículo 46. Entonces, “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados”, sólo puede alegarse como vicio de su consentimiento cuando reúne dos condiciones:

- Que la violación sea manifiesta.
- Que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
- Concerniente a la competencia para celebrar tratados.

La misma Viena 69 se apresura a definir que “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”. Lo contrario sería pedir que los Estados revisaran los procedimientos internos de cada parte, lo que materializaría una infracción al principio de no intervención en asuntos internos del Estado.

Este supuesto es un tanto extraño y posiblemente hasta irreal, en razón de que la nulidad se alegaría por violación a una norma fundamental de derecho interno, una norma constitucional, pero exclusivamente en materia de competencia para celebrar tratados, lo que significaría que la persona que negoció y firmó el tratado no tenía facultades legales para ello, es decir, para externar el consentimiento del Estado, elemento esencial del tratado, por lo que el acto jurídico está viciado.

En el caso mexicano, el artículo 89, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta únicamente al presidente de la República para celebrar tratados internacionales, por lo que quien lo represente debe portar los plenos poderes que le permitan actuar en nombre y representación del Estado mexicano. Posteriormente, el tratado se sujeta a la aprobación senatorial, conforme al artículo 76, fracción I, de la carta magna, por lo que resulta casi imposible que el Estado no se haya

percatado de que alguien lo está representando sin plenos poderes o sin facultades legales para ello.

La propia Comisión de Derecho Internacional argumentó que

...el derecho internacional ha ideado varios procedimientos de celebración de los tratados (ratificación, aceptación, aprobación y adhesión) con la finalidad específica de que los gobiernos puedan estudiar detenidamente el tratado antes de decidir si el Estado ha de ser o no parte en él, y también para que puedan cumplir todos los requisitos exigidos por su constitución.²⁸⁷

De igual manera, la Comisión dijo que

La segunda consideración es que la mayoría de los incidentes diplomáticos en los cuales los Estados han alegado sus requisitos constitucionales como causa de invalidez han sido asuntos en los que, por razones muy diferentes, *deseaban eludir sus obligaciones convencionales*. Cuando un gobierno tropieza realmente con dificultades constitucionales después de celebrar un tratado y plantea sin demora la cuestión, parece que por lo general puede salvar el obstáculo constitucional con medidas internas y obtener mientras tanto la indulgencia necesaria de las demás partes²⁸⁸ (las cursivas son nuestras).

Reuter observa²⁸⁹ que el Estado puede renunciar en cualquier momento a este origen de la nulidad, por lo cual esta hipótesis carece de importancia práctica. Tal parece que esta causa de nulidad puede tener importancia en el caso de cambios políticos internos, como una sucesión de gobiernos no constitucionales; aun así, esta procedencia de nulidad es relativa, pues puede ser subsanada mediante la aquiescencia.

²⁸⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 265.

²⁸⁸ *Idem*.

²⁸⁹ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, *cit.*, p. 217.

2. *Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado*

El artículo 47 de Viena 69²⁹⁰ se refiere a este vicio de la voluntad del Estado causante de nulidad relativa, que se produce cuando “...los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica”, y no obstante esa restricción se inobserve por tal representante, o como se dice técnicamente, tal representante actúa *ultra vires*. Pero para que sea posible invocarlo es necesario que “la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores”.

Hay que recordar que Viena 69, cuando se refiere a los poderes para la celebración de tratados, en su artículo 7-8 permite la confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización, lo que lleva a considerar la falta de poderes como una causa de nulidad relativa.

Este tema está íntimamente relacionado con las facultades del Estado para negociar un tratado internacional que, en principio, el derecho internacional otorga a los Estados, pues como establece Viena 69: “todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”;²⁹¹ pero como es una persona moral tiene que nombrar a personas físicas para el ejercicio de esa facultad; a su vez, las personas físicas lo ejercen sujetas a ciertos límites, que el mismo Estado establece. El tema de la representación, que ya lo tocamos anteriormente, tiene dos caras: en principio, la cara interna tiene

²⁹⁰ “47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado. Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores”.

²⁹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 6o., Capacidad de los Estados para celebrar tratados.

que ver con el otorgamiento de los poderes o las cartas credenciales en donde hay procedimientos para determinar quién los otorga, y cuáles son las formas que hay que seguir, así como la extensión del poder, y la otra cara es la internacional, en donde el derecho protege la expresión de la voluntad por quien tenga plenos poderes, y además, la práctica consuetudinaria hace una presunción en el sentido de que hay ciertas personas que por la naturaleza de sus funciones no requieren esos poderes (los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores), para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado y los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

El derecho internacional, como vimos, sanciona con la nulidad relativa, pues hay posibilidad de que esos actos realizados *ultra vires* sean confirmados por el Estado.

3. Error

A este vicio del consentimiento se refiere el artículo 48 de Viena 69.²⁹² Esta convención no define lo que se entiende por “error”, sino que sólo da los límites de este vicio del consentimiento. Nosotros entenderíamos que el error es una falsa apreciación de la realidad; pero para que el error pueda dar motivo a la nulidad es necesario que

²⁹² 48. Error. 1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.

2. El párrafo I no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.

3. Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79.

- El error se refiera a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesto ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituya una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado.
- Que el Estado de que se trate no haya contribuido con su conducta al error.
- Tampoco habrá error si las circunstancias fueron tales que el Estado de que se trate hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.
- “Un error que concierna sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79”, que se refiere expresamente a “la corrección de errores en los textos o en las copias certificadas de los tratados”.

Estas condiciones se establecieron con objeto de que esta causal de nulidad fuera invocada por una situación real de error, y no que fuera utilizada por el Estado como un pretexto para incumplir con el tratado. A la Comisión de Derecho Internacional le preocupaba que en un momento determinado los Estados utilizaran las diversas causales de nulidad establecidas en la Convención como un pretexto para eludir sus obligaciones derivadas de un tratado, es decir, una actuación de mala fe.

El error como vicio del consentimiento sólo puede ser invocado por la parte perjudicada, y puede ser subsanado por la aquiescencia. Precisamente, en el caso relativo al Templo de Preah Vihear ante la Corte Internacional de Justicia, del 15 de junio de 1962, se refiere a la disputa entre Camboya y Tailandia sobre la soberanía de la región del templo de Preah Vihear. La disputa entre los dos Estados tenía como marco jurídico el Tratado del 23 de marzo de 1907 y de unos mapas de la región (levantados por Francia, a la que pertenecía Camboya) entre Camboya y Tailandia.

Tailandia alegó que existía un error en los mapas referidos a la zona de Preah Vihear, que daban a Camboya la soberanía sobre el templo; sin embargo, la Corte desestimó esta argumen-

tación, ya que “una parte no puede invocar un error como vicio de consentimiento si esa misma parte contribuyó a fijar ese error por su propia conducta, si dicha parte pudo evitarlo, o si las circunstancias eran tales que esa parte estaba advertida de la posibilidad de error”.

Además, la Corte decidió que Tailandia (Siam en su momento) “había aceptado el mapa del anexo I sin hacer investigaciones, no podía ahora invocar un error que viciara la realidad de su consentimiento”.²⁹³ Es decir, hubo una aquiescencia históricamente por parte de Tailandia.

En su opinión disidente, el juez Dionisio Anzilotti, en el caso del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, argumentó:

(291) Una cuestión de tipo totalmente diferente es si la declaración del Ministro de Asuntos Exteriores de Noruega estaba viciada, debido a un error en un punto material, es decir, porque se hizo por ignorancia del hecho de que la extensión de la soberanía danesa implicaría una correspondiente extensión del monopolio y del régimen de exclusión.

...

(294) Mi opinión es que no hubo ningún error en absoluto, y que el silencio del Gobierno danés sobre la llamada cuestión del monopolio y la ausencia de cualquier observación o reserva al respecto en la respuesta del Sr. Ihlen, se explican fácilmente por el carácter de esta obertura, que se hizo con un futuro acuerdo a la vista. Pero incluso aceptando, por un momento, la suposición de que M. Ihlen se equivocó en cuanto a los resultados que podrían derivarse de una extensión de la soberanía danesa, debe admitirse que este error no fue tal que implicara la nulidad del acuerdo. Si se declara un error, debe ser de carácter excusable; y uno apenas puede creer que un gobierno pueda ignorar las consecuencias legítimas que se derivan de una extensión de la soberanía territorial...²⁹⁴

²⁹³ Corte Internacional de Justicia. *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias 1948-2002*, ONU, 1992, p. 81.

²⁹⁴ CPJI, Legal Status of Eastern Greenland, April 5th, 1933, serie A/B, núm. 53, p. 92, disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-inter>

De acuerdo con el juez Anzilotti, el error invocado debe tener un carácter disculpable y, en el caso de la declaración de más-ter Ihlen, apenas es creíble que un gobierno pueda ignorar las consecuencias que sigan a una legitimación sobre una extensión de la soberanía territorial.

En los dos casos citados se observa que el error no vicia el consentimiento del Estado en obligarse por el tratado. Tendría que tratarse de un error esencial, es decir, que constituya la base esencial del consentimiento, y de declararse la nulidad, la consecuencia inmediata sería la de hacer nulo desde el principio el tratado.²⁹⁵

4. *El dolo*

Viena 69 reconoce el dolo como otro vicio del consentimiento, que puede dar motivo a la nulidad de los tratados. “49. Dolo. Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado”.

Tanto en el error como en el dolo, una parte en un tratado ha caído en una falsa concepción de la realidad; sin embargo, a diferencia del error, en el caso del dolo, o fraude, un Estado negociador, mediante fraude o maquinaciones, induce o hace caer a la otra parte, la víctima del dolo.

En el caso del dolo, a diferencia del error, hablamos de la mala fe de un Estado, lo que de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional destruye la confianza recíproca de las partes, base del acuerdo. Agrega que hay escasos precedentes en materia internacional que puedan orientar sobre la práctica estatal o de los tribunales internacionales que puedan orientar sobre el alcance de esta causa de nulidad.²⁹⁶

national-justice/serie_AB/AB_53/02_Groenland_Oriental_Opinion_Anzilotti.pdf.
Trad. de Manuel Becerra Ramírez.

²⁹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 267.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 268.

La Comisión ha procurado utilizar una expresión no técnica, cuya significación sea, en la medida de lo posible, equivalente en los tres idiomas: “*fraudulent conduct*”, “*conduite frauduleuse*” y “conducta fraudulenta”. Esta expresión tiene por objeto comprender toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos por los cuales se induzca a un Estado a manifestar en un tratado un consentimiento que, de no ser así, no habría manifestado²⁹⁷ (las cursivas son nuestras).

5. *Corrupción del representante de un Estado*

Esta causa de nulidad está expresada de la siguiente manera en el artículo 50 de Viena 69:

50. Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Para que la corrupción sea considerada como causa de nulidad se debe celebrar el tratado; además,

...el acto de corrupción debe de ser imputable al Estado o a la organización negociadora, aunque no tiene que ser cometido por uno de sus representantes oficiales: basta con que lo cometa una persona que actúe bajo su control y a su nombre, o simplemente con la complicidad del Estado o a la organización.²⁹⁸

Respecto a esta causal de nulidad, la Comisión manifestó lo siguiente:

4) Se utiliza expresamente en el artículo el término rotundo “corrupción” para indicar que solamente los actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en la disposición

²⁹⁷ *Idem*.

²⁹⁸ Reuter, Paul, *Introducción al derecho de los tratados*, *cit.*, p. 221.

del representante para concertar el tratado pueden alegarse como vicio del consentimiento que se supone manifiesta el representante en nombre de su Estado.²⁹⁹

6. *Coacción sobre el representante de un Estado*

Precisamente, la causa de nulidad reconocida en el artículo 51 de Viena 69 se refiere a “Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico”.

Desafortunadamente, aún suceden este tipo de coacciones en las relaciones internacionales, La historia registra cómo en 1939 el presidente de Checoslovaquia, Emil Hácha, firmó el 15 de marzo de 1939 un tratado con Alemania ante la amenaza de Hitler de que si no lo hacía bombardearía Praga. Mediante ese acuerdo internacional, Hácha aceptó que las tropas de Hitler ocuparan Bohemia-Moravia, que con eso se convirtió en protectorado de Alemania, y, además, a permitir la independencia de Eslovaquia.

Esta causal comprende, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, todas las formas de intimidación o de violencia en perjuicio del representante del Estado, y abarca no sólo las amenazas a su persona, contra su carrera, por la revelación de indiscreciones en su vida privada, sino también, el perjudicar a un miembro de su familia.³⁰⁰

7. *Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza*

El artículo 52 de Viena 69 establece:

Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.
Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la

²⁹⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 268.

³⁰⁰ *Idem.*

amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Como sabemos, el derecho internacional contemporáneo prohíbe la utilización del uso de las amenazas y de la fuerza, salvo en las excepciones que el mismo reconoce (legítima defensa colectiva, el uso de la fuerza por el Consejo de Seguridad, dentro de sus atribuciones y el ejercicio del principio de la autodeterminación de los pueblos). De esta manera, la sanción por la celebración de un tratado en contravención de esta prohibición es parte de un orden público internacional.

Un caso que pudo llegar a ser un tratado viciado fue el Acuerdo Rambouillet propuesto por la OTAN para que Yugoslavia (Servia) y Kosovo arreglaran sus diferencias.³⁰¹ Las negociaciones para lograr la paz en la década de los noventa en la ex-Yugoslavia con la participación de las grandes potencias y la OTAN giraron alrededor del Acuerdo de Rambouillet y la utilización de la fuerza de la OTAN en caso de que Servia se negara a firmarlo. La firma del Acuerdo falló, pero queda el hecho de cómo se sigue utilizando la fuerza en la firma de los tratados internacionales.

8. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens)*

La oposición a una norma de *jus cogens* internacional, como lo establece el artículo 53 de Viena 69,³⁰² como la coacción sobre

³⁰¹ Wanis-St John, "The Rambouillet Negotiations: A precursor for failure?", disponible en: https://www.researchgate.net/publication/263198869_The_Rambouillet_Negotiations_A_Precursor_for_Failure (fecha de consulta: 25 de agosto de 2018).

³⁰² Artículo 53 de Viena 69. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente

un Estado, son prohibiciones que están dentro de lo que denominamos orden público internacional. Son los límites hasta donde pueden llegar las negociaciones internacionales, la voluntad de los Estados,³⁰³ más allá de esos límites hay una violación del orden público internacional.

El propio artículo 53 define lo que es el *jus cogens*:

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general 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.

A. J. J. de Hoogh afirma, al hacer referencia a una norma imperativa, que el término significa que es obligatoria para todos los Estados, se opongan a ella o no. “Por lo tanto, el elemento esencial de las normas perentorias es que no se requiere el consentimiento individual de un Estado y que, además, un Estado, aunque se oponga expresamente a tales normas estará sujeto a ellas”.³⁰⁴

Antonio Gómez Robledo explica que el término “derecho internacional general” es por demás obvio, al considerar que la expresión “general” alude no a una mayoría cualquiera, sino a

Convención, una norma imperativa de derecho internacional general 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”.

³⁰³ Vallarta Marrón, José Luis, “La argumentación jurídica en torno al *ius cogens* internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. X, 2010, pp. 11-47.

³⁰⁴ Hoogh, A. J. J. de, “The Relationship between *jus cogens*, Obligations *erga omnes*, and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective”, *Austrian Journal of Public and International Law*, Viena, vol. 42, núm. 2, 1991, pp. 188 y ss. Trad. Manuel Becerra Ramírez.

una mayoría que se aproxima en mucho a la universalidad, por lo que una norma de esta naturaleza es aquella que recibe una aplicación general en el seno de la comunidad internacional.³⁰⁵

Refieren Cambacau y Sur que se trata de las reglas de vocación universal, y que Viena 69 no contempla la posibilidad de un *ius cogens* regional, aunque hay iuspublicistas que lo admiten y no es imposible que en los sistemas regionales más homogéneos se engendren este tipo de normas que les sean particulares.³⁰⁶

Durante las discusiones relacionadas con las normas de *ius cogens*, cabe indicar que existieron varias propuestas sobre el contenido del artículo en cuestión; sin embargo, la idea formulada por Grecia, España y Finlandia tuvo mejor acogida; tan es así, que hoy constituye el actual artículo 53 de la Convención, salvo por la oración "...aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto...", que fue posteriormente agregada, y que el presidente del comité redactor, Kamil Yasseen, justifica indicando que el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de siempre ha sido considerado como una declaración autorizada de las fuentes del derecho internacional. En dicho precepto se observa la alusión al término "reconocimiento", tratándose de las convenciones internacionales y de los principios generales del derecho; en tanto que el de la "aceptación" se refiere a la costumbre internacional.³⁰⁷

Remiro Brotóns señala que

...lo decisivo, pues, para la formación e identificación de una norma imperativa es la percepción de un hecho psicológico, una *opinio juris cogentis*, que se aprecia en función de un juicio de valor

³⁰⁵ Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 66 y ss.

³⁰⁶ Combacau, Jean y Sùr, Serge, *Droit international public*, 3a. ed., París, Montchrestien, 1997, p. 155.

³⁰⁷ Ávalos Vázquez, Roxana de Jesús, *La responsabilidad internacional del Estado. Los crímenes internacionales*, México, tesis doctoral, 2003, p. 67, disponible en: <http://132.248.9.195/ppt2002/0316479/Index.html>.

ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime, y que puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales (así por ejemplo en un tratado de vocación universal o en una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas).³⁰⁸

El citado autor agrega que la Comisión, al enfrentar su trabajo de codificación, propuso la aceptación y reconocimiento como imperativo de una norma por la comunidad internacional en su conjunto, lo que significa aceptación y reconocimiento por todos los componentes esenciales de esa comunidad, con exclusión de la atribución de cada Estado en particular de un inconcebible derecho de veto.

Esta idea es compartida por Gómez Robledo, quien señala que aun cuando un Estado en lo particular se haya opuesto a su adopción, hay que considerar que este tipo de normas tienden a proteger los intereses más importantes e irrenunciables de la comunidad internacional y no los de un Estado en lo particular.³⁰⁹

Acerca de que el *ius cogens* comprende normas que no admiten acuerdo en contrario, Gómez Robledo, citando a Miaja de la Muela, señala que la esencia del *ius cogens* no está en la inderogabilidad de la norma, sino en la imposibilidad de los Estados de sustraerse en ningún caso a su aplicación, puesto que la norma en sí misma, ya sea dispositiva o imperativa, siempre podrá ser derogada.³¹⁰

Ésta es la esencia de las normas de *ius cogens*: el hecho de que las mismas no admiten acuerdo en contrario, lo que las vuelve normas de orden público. Así, tenemos que un Estado, aunque no

³⁰⁸ Remiro Brotons, Antonio *et al.*, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill-Interamericana de España, 1997, p. 24.

³⁰⁹ Gómez Robledo, Antonio, *op. cit.*, pp. 110 y ss., disponible en: <http://132.248.9.195/ppt2002/0316479/Index.html>.

³¹⁰ Avalos Vázquez, Roxana de Jesús, *La responsabilidad internacional del Estado. Los crímenes internacionales*, México, tesis doctoral, 2003, p. 73, disponible en: <http://132.248.9.195/ppt2002/0316479/Index.html>.

haya participado en su creación, o sea un objetor persistente, no tiene la posibilidad de establecer una norma que vaya en contra de ese orden público. Es el caso de las normas que prohíben el genocidio, o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, o la injerencia en los asuntos internos de los Estados.

9. *Reglas para alegar la nulidad de un tratado*

En principio, la misma Viena 69 establece sus propias reglas para impugnar la validez de un tratado. La primera se refiere a que “la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”.³¹¹

Ahora bien, Viena 69, en su artículo 43, hace una división entre lo que son la nulidad del derecho convencional y la subsistencia del derecho consuetudinario, pues la nulidad de un tratado no implica la desaparición del derecho internacional consuetudinario, pues dicha nulidad no menoscabará “...en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”.

10. *Indivisibilidad del tratado ante la causa de nulidad*

De acuerdo con el artículo 44 de Viena 69, en principio, una causa de nulidad de un tratado se debe alegar con respecto a la totalidad del tratado, salvo en los siguientes casos:

- Si la causa se refiere sólo a determinadas cláusulas no podrá alegarse sino con respecto a esas cláusulas cuando:
 - a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación;

³¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 42.

- b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto, y
 - c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta.
- En los casos previstos en los artículos 49 (dolo) y 50 (corrupción del representante de un estado), el Estado facultado para alegar el dolo o la corrupción podrá hacerlo en lo que respecta a la totalidad del tratado o, en el caso cuando se refiere a determinadas cláusulas, en lo que respecta a ellas.
 - En los casos previstos en los artículos 51 (coacción contra representante de un Estado), 52 (coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza) y 53 (oposición a una norma de *jus cogens*) imperativa de derecho internacional) no se admitirá la división de las disposiciones del tratado.

11. *Nulidades relativas y absolutas*

Viena 69, en reminiscencia del derecho civil interno, hace una diferencia entre las causas de nulidad, ya que de acuerdo con el artículo 45 de Viena 69, la violación de una norma de derecho interno, restricción específica de poderes, el error, el dolo, y la corrupción de un representante, se pueden convalidar

...sí, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado:

- a) ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continúa en aplicación, según el caso; o
- 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.

Cosa diferente con las causas de nulidad relativas a la coacción sobre un Estado y la violación de una norma de *jus cogens*, que no se convalidan.

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias de la nulidad, Viena 69 también hace una diferencia. Pero antes establece una regla general en su artículo 69:

1. Es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica.

2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado;

3. En los casos comprendidos en los artículos 49 (dolo), 50 (corrupción del representante), 51 (coacción sobre el representante de un Estado) ó 52 (coacción sobre un Estado), no se aplicará el párrafo 2 con respecto a la parte a la que sean imputables el dolo, el acto de corrupción o la coacción.

4. En caso de que el consentimiento de un Estado determinado en obligarse por un tratado multilateral este viciado, las normas precedentes se aplicarán a las relaciones entre ese Estado y las partes en el tratado.

Caso diferente es cuando las consecuencias se refieren a la nulidad de un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general en tal caso las partes deberán:

a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general, y

b) ajustar sus relaciones mutuas a la normas imperativa de derecho internacional general.

2. Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64, la terminación del tratado:

a) eximirá a las partes de toda obligación de seguir cumpliendo el tratado;

b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; sin embargo, esos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse únicamente en la medida en que su mantenimiento no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de derecho internacional general.

Por lo cual tendríamos el siguiente cuadro:

NULIDADES		
Relativas	a) Vicios formales	— Defecto de competencia (artículo 46) — Restricción de poderes (artículo 47)
	b) Vicios sustanciales	— Error (artículo 48) — Dolo (artículo 49) — Corrupción (artículo 50)
Absolutas	a) Vicios sustanciales	— Coacción sobre representante (artículo 51) — Coacción sobre el Estado (artículo 52)
	b) Otras causas	— <i>Ius cogens</i> existente (artículo 53) — <i>Ius cogens</i> emergente (artículo 64)

Por último, la sección cuarta de Viena 69 está dedicada al procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado.

12. *La suspensión de los tratados*

Las partes en un tratado pueden detener o interrumpir el desarrollo de la aplicación de sus disposiciones sólo en los casos en que la misma Viena 69 lo establezca, en *numerus clausus*, de acuerdo como lo determina el artículo 42 en una redacción de-

fectuosa, pues primero se refiere a la validez, a la terminación, a la denuncia o al retiro de un tratado, y deja a la suspensión en un párrafo aparte.³¹²

De acuerdo con ese *numerus clausus*, Viena 69, en su artículo 57, establece que la aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada, por las siguientes causas: “a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes”.

Estas causas de suspensión podemos considerarlas generales, pues hay otras más. En principio, Viena 69 hace una referencia específica a la suspensión de los tratados multilaterales, en su artículo 58:

Suspensión de la aplicación de un tratado multilateral por acuerdo entre algunas de las partes únicamente.

1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto suspender la aplicación de disposiciones del tratado, temporalmente y sólo en sus relaciones mutuas:

- a) si la posibilidad de tal suspensión está prevista por el tratado: o
- b) si tal suspensión no está prohibida por el tratado. a condición de que:
 - i) no afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y
 - ii) no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán no-

³¹² 42. Validez y continuación en vigor de los tratados.

1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada, sino mediante la aplicación de la presente Convención.

2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado.

tificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y las disposiciones del tratado cuya aplicación se propone suspender.

Como vemos, hay dos elementos que predominan para dar por suspendido un acuerdo de manera bilateral: primero, el acuerdo entre las partes, y después, la compatibilidad con el objeto y fin del tratado, regla que vimos en el caso de las reservas.

Ahora bien, otra causa de suspensión, y que también es causa de terminación, es la celebración de un tratado posterior, de acuerdo con su artículo 59:

1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

- a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

- b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

Este artículo 59 es una aplicación del principio general del derecho *lex posterior derogat priori*, y es totalmente comprensible en el caso de las causas de terminación, pero no en el caso de suspensión, en donde dicho artículo parece vago. En efecto, el artículo 59 no establece las modalidades de la suspensión; es decir, por cuánto tiempo se suspende y por qué se puede suspender y no terminar el tratado. Es lógico que por la celebración de un tratado posterior se termine el tratado anterior, pero ¿por qué y para qué se suspende?

Ahora bien, otra causa de suspensión, de acuerdo con el artículo 60 de Viena 69, es la violación del tratado, que al mismo tiempo también es una causa de terminación:

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado sea:

i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o
ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

La suspensión como causa de la violación de un tratado se puede tomar de dos maneras, según Martín López. Una, de

acuerdo con lo establecido en el artículo 60 de Viena 69, antes anotado, y la otra como una contramedida del afectado por la violación contra el violador. La diferencia es de procedimiento, pues si se da en la primera causa, entonces simplemente se sigue el procedimiento que el mismo artículo 60 establece; pero si es una contramedida, ya estamos en el terreno de la responsabilidad internacional, y se tiene que regular por el derecho concreto de la responsabilidad internacional.³¹³

En realidad, nosotros no vemos mucha diferencia, pues al final de cuentas los hechos (la violación), las partes del tratado (violador y el afectado), así como la consecuencia (la suspensión) son idénticas, ya sea que se alegue una contramedida o no.

Por último, otra causa de suspensión la tenemos en la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento del tratado internacional, pero ésta es al mismo tiempo una causa de terminación del tratado; por eso, la suspensión sólo se da cuando la imposibilidad es temporal: "...Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado"; además,

...la imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de

³¹³ "Pero, asimismo, la Convención de Viena también prevé, como sanción menor, la suspensión del tratado, lo que da lugar a que concurran dos cauces posibles de suspensión: la fijada por el derecho de los tratados y la suspensión de conformidad con las reglas que rigen el recurso a las contramedidas. Como hemos puesto de manifiesto, la regulación de la Convención de Viena de 1969 no es óbice para que la aplicación del tratado pueda ser suspendida conforme a las reglas de las contramedidas e incluso cabe pensar que los Estados lesionados preferirán este cauce, dados los lastres procesales que la Convención de Viena impone para su recurso". Martín López, Miguel Ángel, "La terminación y la suspensión de los tratados internacionales a título de contramedida", p. 545, disponible en: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/viewFile/28495/24413> (fecha de consulta: 5 de diciembre del 2018).

toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.³¹⁴

XVII. TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

La mayoría de los tratados modernos contienen cláusulas en las que se indica su duración o la fecha de su terminación, o el derecho a denunciarlo o retirarse de él; en tales casos la terminación es una consecuencia de sus propias disposiciones;³¹⁵ sin embargo, existen tratados que no contemplan un supuesto de terminación, denuncia o retiro.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, existen nueve hipótesis relacionadas con la conclusión de los tratados, ya sean bilaterales o multilaterales, establecidas por la Comisión de Derecho Internacional, en su trabajo de codificación de las normas consuetudinarias relativas a los tratados.

Esas causales de terminación son las siguientes:

- Las disposiciones del tratado o por consentimiento de las partes (artículo 54).
- Por la reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor (artículo 55).
- Por denuncia o retiro (artículo 56).
- Por la celebración de un tratado posterior (artículo 59).
- Como consecuencia de su violación (artículo 60).
- Por la imposibilidad subsiguiente de su cumplimiento (artículo 61).
- Por el cambio fundamental en las circunstancias (artículo 62).
- Por la ruptura de relaciones diplomáticas (artículo 63).

³¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *cit.*, artículo 61.

³¹⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 272.

- Por la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* (artículo 64).

Ciertamente, cada uno de estos supuestos tiene requisitos muy específicos para que puedan ser invocados por el Estado parte interesado en concluir su participación en el convenio; y más aún tomando en consideración que en este apartado de la Convención de Viena, los supuestos relativos a la terminación, en su mayoría, fueron redactados en forma negativa; es decir, no se admite la conclusión, salvo que el tratado en cuestión prevenga el supuesto de que se trate o que se cubran los requisitos establecidos como candados, a efecto de que las partes no tengan un exceso de facilidades en la conclusión de sus compromisos internacionales.

1. *Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes*

Los tratados generalmente establecen una regla relacionada con la conclusión del instrumento, así que esto no genera problema alguno, puesto que la terminación llegará de acuerdo con las disposiciones del tratado, es decir, lo que las propias partes en el instrumento desearon establecer.

Los tratados suelen contener cláusulas diversas al respecto; algunos de ellos señalan los periodos de uno a doce años, pero también se encuentran periodos de veinte, cincuenta y hasta noventa y nueve años. En la práctica actual es más común que los tratados fijen periodos de duración inicial más cortos; por ejemplo, cinco o diez años, pero que prevean al mismo tiempo su continuación en vigor una vez expirado ese periodo, sin perjuicio del derecho a denunciarlos o a retirarse de ellos.³¹⁶

El otro supuesto previsto en el artículo 54 es el que el tratado concluya por el consentimiento de todas las partes. La Comi-

³¹⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 272.

sión de Derecho Internacional estimó conveniente subrayar que cuando un tratado termina por alguna razón ajena a sus propias disposiciones, es necesario el consentimiento de *todas* las partes. La terminación, a diferencia de la enmienda, priva necesariamente a todas las partes de todos sus derechos y, por consiguiente, es necesario el consentimiento de todas ellas.³¹⁷

2. *Reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor*

En este supuesto se prevé que el tratado no termine por la reducción del número de Estados parte que fueron necesarios para la entrada en vigor del mismo, salvo que el propio tratado disponga otra cosa.

Así, queda condicionado a que el propio instrumento prevea dicha situación. Por ejemplo, el apartado 2 del artículo VIII de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer³¹⁸ establece:

1. Todo Estado podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General hay recibido la notificación.

2. *La vigencia de la presente Convención cesará a partir de la fecha en que se haga efectiva la denuncia que reduzca a menos de seis el número de los Estados Partes* (las cursivas son nuestras).

De lo anterior, se deduce que el hecho de que se reduzca el número de Estados parte en el tratado multilateral, por sí mismo no genera la conclusión del tratado, salvo lo previsto en el propio tratado, que es la regla determinada por la Comisión de Derecho Internacional en el artículo 55.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 273

³¹⁸ Del 20 de diciembre de 1952, y cuya entrada en vigor se dio el 7 de julio de 1954.

3. *Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro*

Este artículo, redactado en forma negativa, prevé que el tratado que no contenga disposiciones sobre retiro o denuncia no podrá ser objeto de denuncia o retiro de los Estados parte, salvo que haya sido intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro, o que este derecho pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

En el caso de la denuncia o retiro, estamos hablando de un acto unilateral del Estado, por el que hace del conocimiento de los otros Estados parte su intención de no continuar formando parte del mismo.

La denuncia, técnicamente, se refiere a los tratados bilaterales, mientras que el retiro alude a un tratado multilateral; sin embargo, esto no es preciso, puesto que, como se verá en los ejemplos subsecuentes de tratados multilaterales, éstos llegan a utilizar el término “denuncia”, y no “retiro”.

El problema que se presenta en los supuestos que tratamos es saber qué posibilidad tiene un Estado de denunciar o retirarse de un tratado cuando éste ya no responde a sus intereses o necesidades y si todos los tratados en los que no se establece una disposición específica al respecto permiten que un Estado parte, libremente pueda retirarse o denunciarlo.

Si bien los compromisos internacionales sólo pueden crearse por el consentimiento expreso del Estado, el retirarse de ellos no siempre resulta tan sencillo, en razón de que existen tratados que en lugar de establecer una disposición sobre denuncia o retiro señalan una disposición sobre enmienda; con ello se busca ajustar el compromiso a las necesidades estatales, sin dar una opción real para retirarse de él o denunciarlo. Por ello, hay que tomar en consideración el tipo de obligación que se está señalando en el instrumento internacional. Es decir, del objeto de regulación dependerá la permisión o no; tal sería el caso de un tratado de paz, de un tratado fronterizo, de tratados de derechos humanos, o bien de tra-

tados codificadores de normas internacionales, como las relativas al derecho de los tratados, a las relaciones diplomáticas, a las relaciones consulares, al derecho del mar, al derecho aéreo, etcétera.

En el caso de los tratados de paz o de los tratados fronterizos, difícilmente habrá una disposición de retiro o de denuncia; por lo general, este tipo de tratados son a perpetuidad, aunque no es extraño que este tipo de instrumentos puedan ser modificados por acuerdos ulteriores entre las partes.

Dos ejemplo de lo anterior los tenemos en los siguientes tratados

<i>Nombre</i>	<i>Fecha</i>	<i>Denuncia, retiro o enmienda</i>
Tratado de Paz, Amistad, Límites y Arreglo Definitivo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América (Tratado de Guadalupe-Hidalgo)	2 de febrero de 1848	Artículo 22 <i>in fine</i> tratado perpetuo
Tratado de Límites entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Guatemala	27 de septiembre de 1882	Artículo 3o. tratado perpetuo

Sobre los tratados de derechos humanos, podríamos pensar que no pueden ser denunciados, tomando en consideración la importancia del objeto de su regulación; sin embargo, encontramos algunas convenciones que admiten la denuncia o retiro del tratado, aunque en otros únicamente habrá cláusulas de enmienda; por ejemplo:

<i>Nombre</i>	<i>Fecha</i>	<i>Denuncia, retiro o enmienda</i>
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16 de diciembre de 1966 3 de enero de 1976 EV	Artículo 29 enmienda
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966 3 de enero de 1976 EV	Artículo 51 enmienda

<i>Nombre</i>	<i>Fecha</i>	<i>Denuncia, retiro o enmienda</i>
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	21 de diciembre de 1965 4 de enero de 1969 EV	Artículo 21 denuncia
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	18 de diciembre de 1979 3 de septiembre de 1981	Artículo 26 revisión
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	10 de diciembre de 1984 26 de junio de 1987	Artículo 31 denuncia
Convención sobre los Derechos del Niño	20 de noviembre de 1989 2 de septiembre de 1990	Artículo 52 denuncia
Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	9 de diciembre de 1948 12 de enero de 1951	Artículos XIV y XV denuncia
Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra	12 de agosto de 1949 21 de octubre de 1950	Artículo 142 denuncia

Mientras que otros tratados codificadores de reglas internacionales no contemplan la figura de la denuncia o retiro como los siguientes:

<i>Nombre</i>	<i>Fecha</i>	<i>Denuncia, retiro o enmienda</i>
Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar	10 de diciembre de 1982 16 de noviembre de 1994	Artículo 317 denuncia
Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas	18 de abril de 1961 24 de abril de 1964	No hay disposición alguna

<i>Nombre</i>	<i>Fecha</i>	<i>Denuncia, retiro o enmienda</i>
Convención de Viena sobre Relaciones Consulares	24 de abril de 1963 19 de marzo de 1967	No hay disposición alguna
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados	23 de mayo de 1969 27 de enero de 1980	No hay disposición alguna
Convención de Aviación Civil Internacional	7 de diciembre de 1944 4 de abril de 1947	Artículo 95 denuncia
Carta de la Organización de las Naciones Unidas	26 de junio de 1945 24 de octubre de 1945	Artículos 108 y 109 modificación de la Carta

4. *Terminación de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior*

El precepto en cuestión determina que un tratado concluye cuando todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y se desprende de este último la intención de las partes de que la materia se rija por éste, o bien las disposiciones del tratado posterior son incompatibles con las del tratado anterior, de tal manera que no pueden ser aplicados simultáneamente.

Rige el principio de que la norma posterior deroga a la anterior, siempre y cuando las partes en los dos tratados sean las mismas. “Incluso cuando las partes en los dos tratados no son las mismas, la situación es igual, si todas las partes en el primer tratado lo son también en el segundo”.³¹⁹ El problema surge cuando no todas las partes del tratado anterior forman parte del tratado posterior; en ese caso, cabe pensar que el tratado anterior sigue

³¹⁹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 277.

rigiendo para aquellos que no son Estados parte del tratado ulterior.

Otro problema que surge es el relativo a determinar si la celebración de un tratado incompatible con otro anterior pone término implícitamente a éste y, en caso afirmativo, con qué condiciones. Se trata esencialmente de interpretar los dos tratados para determinar la intención de las partes en cuanto al mantenimiento en vigor del tratado anterior.³²⁰

5. *Terminación de un tratado como consecuencia de su violación*

En esta hipótesis encontramos dos supuestos diferentes: la violación grave de un tratado bilateral y la de un tratado multilateral.

En el caso de una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes, facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

En el caso de la violación grave de un tratado multilateral por una de las partes, se faculta a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspenderlo total o parcialmente o darlo por terminado, en su relación con el Estado infractor, o entre todas las partes; aunque en el caso del Estado parte que sea especialmente perjudicado por la violación se le faculta para suspender la aplicación total o parcialmente con el Estado autor de la violación.

Al respecto, señala la Comisión de Derecho Internacional, que

La gran mayoría de los juristas reconocen que una violación de un tratado por una parte puede resultar en un derecho de la otra parte a abrogar el tratado o a suspender el cumplimiento de las obligaciones que éste le impone. La violación de una obligación nacida de un tratado, como la de cualquier otra obligación, puede

³²⁰ *Idem.*

conferir a la otra parte el derecho a tomar represalias que no entrañen el uso de la fuerza, y esas represalias pueden legítimamente guardar relación con los derechos que la parte culpable tiene en virtud del tratado. No obstante, las opiniones difieren en cuanto a la amplitud del derecho a abrogar el tratado y a las condiciones en que pueda ejercerse. Algunos juristas, dado que no existe un procedimiento internacional eficaz para garantizar el respeto de los tratados, atribuyen mayor importancia a la necesidad de la parte inocente de ejercer ese derecho como sanción por la violación del tratado y tienden a enunciar el derecho sin limitaciones, reconociendo a la parte inocente un derecho general a abrogar el tratado en caso de violación. Otros juristas atribuyen mayor importancia al riesgo de que un Estado pueda aducir una violación trivial o incluso ficticia simplemente como pretexto para denunciar un tratado que ya le parece embarazoso. Esos juristas tienden a restringir el derecho de denuncia a las violaciones “graves” o “fundamentales” y, además, a subordinar el ejercicio del derecho a condiciones de procedimiento.³²¹

La Comisión estuvo de acuerdo en afirmar que la violación de un tratado, por grave que sea no concluye *ipso facto* un tratado ni faculta a un Estado simplemente para alegar la violación y darlo por terminado, aunque en la redacción del artículo en comentario reconoce ese derecho, pero bajo ciertas condiciones, que impidan en un momento dado que los Estados puedan deshacerse muy fácilmente de sus compromisos internacionales.

Se entiende por una violación grave un rechazo del tratado no admitido por la Convención, o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o el fin del tratado.

Por supuesto que, de acuerdo con el apartado 5 del mismo precepto, esta regla no es aplicable a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

³²¹ *Idem.*

6. *Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento*

En este caso, la Convención alude a la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Los elementos de existencia de un tratado, al igual que los de un contrato en el derecho interno, son el consentimiento y el objeto, aunque al desaparecer el objeto del tratado ya no hay razón alguna para que éste continúe, pues se ha quedado sin materia.

La práctica de los Estados ofrece pocos ejemplos de terminación de un tratado por esa causa. Sin embargo, la hipótesis prevista en el artículo es la de la sumersión de una isla, la desecación de un río o la destrucción de un dique o de una instalación hidroeléctrica, indispensables para la ejecución del tratado.³²²

En la hipótesis de que la imposibilidad resulte temporal, no se da la terminación del tratado, sino la suspensión de su aplicación.

7. *Cambio fundamental en las circunstancias, cláusula rebus sic stantibus*

La expresión latina *rebus sic stantibus* surge en la Edad Media, y según la doctrina es Hugo Grocio quien la introduce en el derecho internacional moderno. Significa “que las circunstancias se sigan manteniendo en el estado que guardaban al momento de celebrarse el contrato o tratado, de tal forma que si varían las circunstancias que al momento prevalectían, se produciría una ventaja desproporcionada para una de las partes”.³²³

Precisamente, el artículo 62 (cambio fundamental en las circunstancias) de Viena 69 postula el principio *rebus sic stantibus*, que junto con el artículo 53, relativo a la nulidad de un tratado por violación de una norma imperativa de derecho internacional

³²² *Ibidem*, p. 280.

³²³ Ramírez Flores, Nora, “Cláusula *rebus sic stantibus* ¿una opción para el problema del agua en la frontera norte?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007, p. 626.

general o de *ius cogens*, fueron los aspectos innovadores propuestos por la Comisión de Derecho Internacional en su trabajo de codificación, lo que en su momento se llamó “desarrollo progresivo del derecho internacional”, puesto que en ese tiempo no había norma internacional consuetudinaria al respecto que justificara su codificación; no obstante ello, fueron agregadas a la Convención, tomando en consideración la situación, que en esa época vivía la comunidad internacional. Al día de hoy nadie niega la existencia de un orden público internacional, representado por la norma de *ius cogens*, ni la absorción en la normatividad internacional, de un principio de naturaleza esencialmente interna, relativa a la figura de los contratos, y directamente vinculada con la teoría de la imprevisión, como es la *rebus sic stantibus*, pero con los candados suficientes para evitar su utilización como causa de incumplimiento de obligaciones internacionales.

Ciertamente, la doctrina al día de hoy, aun de mala gana, no niega la existencia de este principio de derecho internacional, aun cuando cuenta con detractores y partidarios acérrimos, representados en esta fórmula: *pacta sunt servanda* versus *rebus sic stantibus*.³²⁴

Lo anterior, aunado a que la práctica estatal en la materia prácticamente no existe, y que los tribunales internacionales han negado su aplicación fundándose en otros supuestos de terminación o de violación de tratados, como es el caso Gabcykovo-Nagymaros, entre Hungría y Eslovaquia, resuelto por la Corte Internacional de Justicia, en el que Hungría alegó esta cláusula vinculada con la sucesión de Estados, al desaparecer Checoslovaquia y crearse dos nuevos Estados: la República Checa y la República Eslovaca,

La regla señalada en el artículo 62 establece que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado, y que

³²⁴ Gómez Robledo, Antonio, “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en *Estudios internacionales*, México, SRE, 1981, p. 96. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, pp. 281 y ss.

no fue previsto por las partes, no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él, a menos que

- La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

Esta causal de terminación o retiro no puede asumirse en los casos de tratados fronterizos, o si el cambio resulta de una violación imputable a la parte que lo alega.

8. *Ruptura de relaciones diplomáticas*

Aquí partimos del planteamiento de si la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre los Estados parte de un tratado será motivo suficiente para dar por concluido el convenio entre ellos. De ser cierto lo anterior, muchos acuerdos internacionales hubieran concluido así; sin embargo, cabe preguntarse qué es lo que la práctica internacional ha establecido.

La Comisión de Derecho Internacional, citando el trabajo de Gerald Fitzmaurice, como relator especial del tema, explica que la tesis general según la cual la ruptura de relaciones diplomáticas no da lugar por sí sola a la extinción de las obligaciones convencionales entre los Estados obtiene amplio apoyo.³²⁵ Y esto se confirma en el hecho de que la doctrina, antes de la entrada en vigor de la Convención, no incluía esta causal de terminación de los tratados, pues no se consideraba una causal suficiente para no continuar con las obligaciones surgidas del tratado, en cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*.

³²⁵ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 284.

De acuerdo con lo anterior, este artículo determina que la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes de un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado. Este último supuesto cabría en el caso de los tratados de alianzas, que tienen una naturaleza política.

9. *Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens)*

El artículo 64 de Viena 69 establece que si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Esta disposición

...se basa en la hipótesis de que en el derecho internacional actual hay unas cuantas normas fundamentales de orden público internacional de las que ningún Estado puede eximirse, ni siquiera por acuerdo con otro Estado. Es evidente que si aparece una nueva norma que tenga ese carácter, una nueva norma de *ius cogens*, su efecto será volver nulos no sólo los tratados futuros, sino también los existentes. Esto se debe a que una norma de *ius cogens* es una norma imperativa que priva de su legitimidad a todo acto o situación que sea incompatible con ella.³²⁶

Esta disposición está vinculada con el artículo 53 de la propia Convención, que declara nulo un tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general, y define a ésta, como una norma de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en con-

³²⁶ Informes de la Comisión a la Asamblea General, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966*, vol. II, *cit.*, p. 285.

trario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La diferencia radica en que el artículo 53 de Viena 69 sanciona de nulidad todos los acuerdos que se celebren con una norma de *ius cogens* existente, mientras que el supuesto del artículo 64 de la misma Convención señala la terminación del tratado con la aparición de una nueva norma de *ius cogens*. En el primer caso, busca desaparecer todos los efectos creados con la celebración del tratado afectado de nulidad, mientras que en el segundo, los efectos jurídicos generados por la aplicación del tratado no desaparecen, pero dejan de surtir efectos a futuro y a partir de la aparición de la nueva norma de *ius cogens*.

10. *Procedimiento de terminación de un tratado*

El artículo 65 de Viena 69 alude no sólo al supuesto de terminación del tratado, sino también al procedimiento que deberá seguirse para declarar la nulidad o la suspensión del tratado, por lo que las reglas se aplican *mutatis mutandi*.

También es necesario recordar que la descentralización del derecho internacional ha impedido la existencia de una jurisdicción internacional obligatoria, puesto que solamente los Estados en conflicto pueden acudir a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando todos hayan externado su consentimiento; por lo que en la práctica internacional, las partes de un acuerdo suelen resolver sus diferendos mediante los medios políticos de solución de controversias, como la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y la investigación, a los que se remite este precepto cuando invoca el artículo 33 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

A final de cuentas, la regla general es que si los Estados van a declarar la terminación o la nulidad de un tratado, deberá hacerse por mutuo consentimiento.

De aquí que la Comisión de Derecho Internacional únicamente codificó esa práctica estatal, al señalar el procedimiento siguiente:

a) La parte interesada deberá notificar a las demás partes su pretensión.

a. La notificación habrá de hacerse por escrito (artículo 67).

b. El instrumento de notificación deberá estar firmado por el jefe del Estado, el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores, y deberá ser comunicado a los demás Estados Partes (artículo 67).

c. En el documento de notificación habrá de indicar la medida que se proponga adoptar (denuncia, terminación, suspensión, etc.) con respecto al tratado y las razones en que ésta se funde (artículo 65).

b) Si después de un plazo, no menor a tres meses, salvo en caso de urgencia, contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte podrá adoptar la medida señalada en su escrito de notificación (artículo 65-2).

c) Si alguna o algunas partes han señalado alguna objeción, deberá acudirse a los medios de solución de controversias establecidos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, esto es: “a la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección” (artículo 65-3).

a. Si dentro de los 12 meses no se ha resuelto la objeción presentada por un Estado o Estados Partes, se seguirá el procedimiento de arreglo judicial, de arbitraje o de conciliación (artículo 66).

b. En caso de tratarse de una controversia relativa a la nulidad del tratado por violación de una norma de *ius cogens* (artículo 53), o bien la terminación de un tratado por aparición de una nueva norma de *ius cogens* (artículo 64) las partes podrán someterla a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje (artículo 66-a).

c. En los otros casos las partes podrán iniciar el procedimiento indicado en el Anexo de la Convención, mediante solicitud al Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 66-b). El anexo de referencia alude a una comisión de conciliación, conformada por cinco amigables componedores, la que presentará su informe

ante el Secretario de la ONU, dentro de los 12 meses siguientes, después de haber escuchado a las partes en conflicto. El informe tiene carácter recomendatorio que las partes están en libertad de admitir o rechazar (Anexo).

d) No habrá una afectación a los derechos o a las obligaciones de las partes derivadas de cualquier disposición en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias (artículo 65-4).

La Comisión había estimado esencial que la Convención tuviera garantías de procedimiento para impedir que se alegara arbitrariamente la nulidad o la terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación.³²⁷ De ahí que en el procedimiento citado se tomen en consideración las objeciones de otros Estados parte, y no puede darse realmente por concluido el tratado mientras no se hayan resuelto las objeciones planteadas, por los medios pacíficos de solución de controversias. Si, como señala la Comisión, después de acudir a los medios indicados en el artículo 33 de la Carta, las partes no llegaran a una solución, cada gobierno deberá apreciar la situación y proceder de buena fe.³²⁸

11. *Efectos de la terminación del tratado*

Finalmente, el artículo 70 de Viena 69 se refiere a las consecuencias de la terminación del tratado, que son:

- a) Eximir a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado.
- b) No afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes, creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

Éstas son reglas igualmente aplicables para los supuestos de denuncia o retiro de un tratado multilateral.

³²⁷ *Ibidem*, p. 286.

³²⁸ *Ibidem*, p. 287.

XVIII. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

En el derecho internacional contemporáneo podemos afirmar que la voluntad de los Estados, en otro momento ilimitada para realizar tratados internacionales, ahora tiene un marco jurídico que establece fronteras que no se pueden rebasar. Estamos hablando de un orden público internacional, que es un estándar jurídico mínimo, que tiene componentes múltiples, que no puede ser rebasado por los sujetos del derecho internacional, bajo la pena de que sus actos estén viciados por nulidad absoluta o bien sean causa de responsabilidad internacional. El orden público internacional (OPI), dicho de otra manera, es un límite a la actuación de los sujetos de las relaciones internacionales, ya que su actividad no puede rebasarlos, porque violaría el Estado de derecho internacional (EDI).

Aquel sujeto del derecho internacional que vaya en contra de un principio del derecho internacional estaría violando el Estado de derecho por no ajustarse a él. Esto es muy claro en el caso de las normas de *jus cogens*,³²⁹ que algunos identifican con el orden público, ya que cualquier acto en contrario está viciado de nulidad absoluta, conforme a la Convención de Viena 1969 sobre Derecho de los Tratados.

Aunque el concepto de orden público es más amplio, ya que va más allá del de *jus cogens*, este orden público internacional, que constituiría una especie de segundo piso normativo, está formado por las normas de derecho penal, derechos humanos, derecho humanitario y los principios de derecho internacional. Dentro de las normas de derechos humanos se encuentran las normas del derecho internacional del medio ambiente. Así, es posible hablar de un orden público internacional que tenga como eje fundamental a los derechos humanos, y con el acompañamiento de los principios de derecho internacional que están contenidos en la Carta de San Francisco, en sus artículos 1o. y 2o. Este concepto

³²⁹ Kadelbach, Stefan, “Genesis, Function and Identification of *jus cogens* Norms”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2015, Springer, Holanda, 2016, pp. 147-170.

de OPI es importante, como punto de referencia para la creación de un EDI.

Esta idea, de un orden superior, en realidad no es nueva. Como recuerda la internacionalista argentina Zlata Drnas de Clément³³⁰ y juristas de la talla de Emer de Vattel (hablaba de un “derecho de gentes necesario”), Johan Caspar Bluntschili (que se refería a violaciones que atentan “a los derechos generales de la humanidad o a los principios necesarios del derecho internacional”), Marcel Siebert (que enunciaba un orden público internacional, que está formado por reglas indispensables para el mantenimiento del orden y de la paz para todos) y Gerald Fitzmaurice (que hablaba de tratados que van “en contra de la humanidad, las buenas costumbres y el orden público”).

Después de la II Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda bélica diseñaron un nuevo orden mundial, que se plasma en la Carta de San Francisco, que, aparte de su naturaleza convencional, es un instrumento que contiene una estructura normativa de carácter *erga omnes*, el cual a su vez es un eje jurídico esencial a partir de los principios de derecho internacional (PDI) que la misma Carta reconoce; y no sólo eso, sino que en su artículo 103 le da una jerarquía superior a la Carta de San Francisco respecto del ordenamiento jurídico internacional, con lo cual queda claro que su alcance es *erga omnes* y crea una jerarquización del derecho internacional.

Los PDI son normas jurídicas fundamentales expresadas en forma categórica, que no son inmutables, y dada su generalidad están sujetas a su concreción en la práctica. Algunos los consideran como “formulaciones universales, de carácter normativo concreto, surgidas de la práctica internacional...”.

La naturaleza jurídica de estos PDI es consuetudinaria y consensual; dichos principios están contenidos en diferentes ins-

³³⁰ Drnas de Clément, Zlata, “Los principios generales del derecho internacional público como base del orden público internacional”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Los principios generales del derecho internacional público: realidades y perspectivas*, Córdoba, Argentina, 2013.

trumentos jurídicos, como la misma Carta de San Francisco (artículo 2o.), la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 3o.), la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados de 1933; diferentes resoluciones de la Asamblea General, que si bien originalmente han sido consideradas como jurídicamente no vinculantes, no hay duda que han tenido un efecto normativo, y en la práctica han sido parteaguas en las relaciones internacionales.³³¹

Estas normas jurídicas fundamentales están expresadas en los siguientes principios:

- La igualdad soberana de los Estados.
- El cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas.
- La solución pacífica de controversias.
- La prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial a la independencia política de cualquier Estado.
- La no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.
- La cooperación internacional.

A estos principios se pueden agregar otros más, algunos que provienen de áreas especiales del derecho internacional, como el derecho internacional del medio ambiente. Por supuesto, detrás del contenido de los principios de derecho internacional hay una historia y un contenido político. La naturaleza no sólo convencional, sino consuetudinaria, de estos principios, ha sido reconocida por la CIJ en algunas de sus sentencias; la mención más sobresaliente es la que se hizo en el famoso caso “Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua”.³³²

³³¹ Castañeda Jorge, “El principio de no-intervención”, *Obras completas*, vol. I, México, Instituto Matías Romero-SRE-El Colegio de México, 1995.

³³² Gómez-Robledo, Alonso, *Corte Internacional de Justicia. El caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, México, UNAM,

El sistema de derecho internacional o, en forma más concreta, el Estado de derecho internacional, debe tener puntos de referencia, o, para ser más precisos, debe contar con límites. Éstos se han formado con la evolución de ciertas normas, como es el caso de los derechos humanos, que en conjunto con las normas de derecho humanitario internacional, las normas de derecho penal internacional y los principios de derecho internacional, constituyen un orden público internacional, ya que gozan de ciertas características, a las que nos referiremos a continuación.

Los derechos humanos están regidos por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, y se aplica el principio *pro persona*. En la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario y de los derechos humanos internacionales se aplicará el principio *pro homine*, es decir, en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional,³³³ un mecanismo de carácter hermenéutico que tienen las normas de derechos humanos que, por supuesto, no se aplican a los tratados en materia comercial, por ejemplo.

En estos tratados no rige el carácter sinalagmático, que es común en los tratados internacionales de otro tipo; y además establecen obligaciones no sólo para los Estados parte, sino para los individuos que forman parte de la jurisdicción de aquéllos.

El carácter especial de los tratados en materia de derechos humanos es reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su conocida Opinión Consultiva OC-2, relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 74 y 75), expresó:

29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la

2011; Gómez Robledo Verduzco, Alonso, “La práctica exterior mexicana: sus principios fundamentales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, 2001.

³³³ Castañeda, Mireya, *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*, México, CNDH, 2015.

Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos...

En los tratados de derecho humanitario internacional, como sabemos, el derecho de Viena 69 establece la facultad de dar por terminado un tratado internacional cuando la otra u otras partes hayan incumplido; sin embargo, se establece una excepción en caso de tratados en materia de derecho humanitario: “No se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.³³⁴

Además, no es posible denunciar un tratado de derecho humanitario internacional mientras la parte que pretende renunciar se encuentre en un conflicto armado. En efecto, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional contienen una norma común que así lo expresa:

...la denuncia notificada cuando la potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se hayan concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan

³³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-2/82, del 24 de setiembre de 1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio.

También, ese carácter especial de los tratados en materia de derecho humanitario está reconocido por la jurisprudencia internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la ya mencionada OC 2, afirma que

30. Ideas similares acerca de la naturaleza de los tratados humanitarios modernos han sido sustentados por la Corte Internacional de Justicia en su Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951 I.C.J. 15); también están contenidas en la propia Convención de Viena, particularmente en el artículo 60.5. (Ver en general E. Schwelb, “The Law of Treaties and Human Rights”, 16 Archiv des Volkerrechts (1973), pág. 1, reproducido en *Toward World Order and Human Dignity* (W.M. Reisman & B. Weston, eds. 1976, pág. 262).³³⁵

Algunas de las normas que forman parte del OPI son de *jus cogens*. No todas; por eso decimos que no se puede identificar al OPI con las normas de *jus cogens*. Por ejemplo, la prohibición de la tortura, la esclavitud, el genocidio, etcétera, forman un núcleo duro de normas que son imperativas, y no se puede convenir en contrario. También los principios de derecho internacional, que en su mayoría son normas de *jus cogens*, son el punto de referencia y límite a la actuación de los sujetos de derecho internacional, no obstante que hay un embate contra ellos.³³⁶

Las normas del OPI son de carácter obligatorio general, tienen validez *erga omnes*. Este concepto fue introducido por primera vez en el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, en el que se menciona que “el respeto de las normas de los derechos humanos fundamentales, como la prohibición del genocidio, de la

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ Orakheshvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, 2009.

esclavitud, de la discriminación racial y la tortura caben dentro de esta definición”.

En el caso concreto de las normas del derecho humanitario internacional, son de carácter *erga omnes*, ya que los Estados tienen una doble obligación: por un lado, están obligados a respetar y hacer respetar sus normas. “Una obligación (la de respetar) se asume en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la comunidad internacional”. Además, son irrenunciables por las personas a quienes protege, ya que ellas “no podrán en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere”.³³⁷

Así, las normas del derecho humanitario internacional, las de los derechos humanos, las del medio ambiente y las del derecho internacional penal (que cuentan con una serie de normas de carácter sustantivo) y con los principios de derecho internacional, crean un orden público internacional, una especie de segundo piso que complementa al derecho interno, y que va en contra de la impunidad. El reconocimiento de este OPI obliga a los Estados a adecuarse a él y a proteger mejor a sus ciudadanos, y de esa manera es posible lograr una inserción en las relaciones internacionales en forma más armónica con el derecho internacional.

³³⁷ Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Lima, idehupuep, CICR, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004; Tardif, Eric, *Intervención humanitaria. ¿Derecho, deber o prohibición?*, México, Porrúa-UNAM, 2012.