

## CAPÍTULO III

### LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

#### 1. IDEAS GENERALES

El grupo de capítulos que ahora iniciamos, hasta el IX, está dedicado a un examen de las fuentes en sentido formal o propio. A través de ellas, generalmente, se crean, modifican o extinguen las normas jurídicas internacionales. Son, pues, procedimientos o medios a través de los que el D.I. nace, se modifica o extingue. El criterio expositivo y enumerativo elegido es el mismo que emplea el art. 38 del Estatuto del T.I.J.; más tarde expondremos el porqué de haberlo escogido. Junto a las referidas fuentes, hemos creído conveniente estudiar también, siguiendo la letra del citado art. 38 del Estatuto, los medios auxiliares o de comprobación del D.I. Con ello queda excluido que estos últimos sean fuentes en el sentido formal o propio del término.

La enumeración de referencia no tiene carácter exhaustivo. Con ello queremos manifestar que el D.I. puede ser creado por otros procedimientos no mencionados en el citado art 38, como ocurre —por ejemplo— con una parte del formado en el seno de las Organizaciones internacionales por medio de resoluciones, recomendaciones, etc. De éstos nos ocuparemos también aquí, concretamente en el Capítulo VIII, además de hacerlo en otro lugar, en nuestro manual sobre Las Organizaciones internacionales, al examinar en sus primeros capítulos la teoría general de las Organizaciones internacionales. De todas formas, queremos poner de relieve que el Derecho de las Organizaciones internacionales nace, en su mayor parte, por procedimientos secundarios de producción jurídica, pues tiene su origen y fundamento en el Tratado creador de las Organizaciones de referencia o en un Acuerdo posterior entre los miembros de la Organización.

El orden de exposición que seguiremos en este Capítulo comprende un examen general de las fuentes; el estudio de una de las fuentes principales o primarias recogidas por el art. 38, los principios generales del derecho; y sendos epígrafes sobre los medios auxiliares para la determinación del D.I. citados en dicho artículo, a saber, la jurisprudencia y la doctrina científica. Son, por supuesto, razones primordialmente pedagógicas las que justifican el contenido de este Capítulo. Dejamos, por tanto, para el Capítulo IV el análisis detenido de la costumbre y del proceso codificador, que ha cobrado mucha importancia en el D.I. contemporáneo, así como de los actos unilaterales, y, para los tres siguientes (el V, VI y VII), el de los tratados internacionales; costumbre y tratados constituyen sin duda el núcleo de las fuentes primarias del D.I. y merecen nuestra mayor atención.

#### 2. EXAMEN DE LAS FUENTES: EL ART. 38 DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA

##### A) ENUMERACIÓN DE LAS FUENTES DEL D.I.P.

Al emprender el estudio de las fuentes del D.I. en particular vamos a seguir la enumeración dada en el art. 38 del Estatuto del T.I.J., de cuya glosa nos ocuparemos a continuación. Cabe preguntarse el porqué de esta actitud, pues no es totalmente satisfactoria la contestación de que se trate del texto positivo más importante y conocido de cuantos enumeran las fuentes de nuestro Derecho. Varias razones nos mueven a basarnos en la enumeración del referido art. 38 para el estudio de las fuentes, y son las siguientes:

a) El T.I.J. está abierto, prácticamente, para todos los Estados del mundo, según se preceptúa en el art. 93.2 de la Carta de las N.U. y en el art. 35, números 2 y 3, del Estatuto del T.I.J., aunque la participación de los Estados no miembros de las N.U. esté sometida a que se

cumplan las condiciones que determine en cada caso la A.G., a recomendación del C. de S. (art. 93.2 de la Carta) o el propio C. de S. (art. 35.2 del Estatuto del T.I.J.).

b) Una razón suplementaria la basamos en el examen de los debates en el seno del «Comité de los Diez», redactor del Estatuto del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional (T.P.J.I.). En el ánimo de los miembros de dicho Comité estuvo, sin duda, presente la idea de recoger las fuentes, no de una Organización internacional en particular, sino de la S.I. Su influencia ha sido bien notoria, como señaló Sørensen acertadamente (SORENSEN: 40-42).

Por otro lado, en el referido Comité de los Diez influyó de manera notable para llegar a la enumeración señalada el hecho de que en bastantes compromisos arbitrales anteriores, en los que se fijaban las normas aplicables para la solución del litigio sometido a una decisión arbitral, y en algunos tratados, se establecieran las normas aplicables al caso en la misma forma que posteriormente se recogió en el Estatuto del T.P.J.I. El antecedente más claro está en el art. 7.º del Convenio XII de La Haya de 1907, por el que se pretendió establecer un Tribunal Internacional de Presas (rousseau: 119).

c) Pero si las razones anteriores serían suficientes para servir de fundamento a la tesis que estamos manteniendo, hay otra razón más que desvanece las dudas. Ella nos viene facilitada por la modificación introducida en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia respecto al que estuvo vigente en el antiguo T.P.J.I. La modificación que nos interesa ahora consiste en la introducción de las siguientes palabras: «El Tribunal, cuya misión es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, [...]» Las palabras transcritas nos hacen ver claramente cómo, a través de la referencia expresa al D.I., se ha llegado a un reconocimiento palpable de que las fuentes enumeradas en el art. 38 son las fuentes del D.I. La doctrina internacionalista lo afirma también de forma prácticamente general.

El art. 38 del Estatuto del T.I.J., al enumerar las fuentes, lo hace en la forma siguiente:

«1. la corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 59.»

El artículo continúa diciendo, en el número 2, que:

«la presente disposición no restringe la facultad de la corte para decidir un litigio ex aequo et bono si las partes así lo convinieren».

De este número 2 nos ocuparemos en el Capítulo XXIX. Por lo que se refiere al número 1 del art. 38 una glosa muy somera nos plantea diversas cuestiones. El estudio de cada una de las fuentes primarias —tratado, costumbre y principios generales del derecho— y los medios auxiliares —jurisprudencia y doctrina científica— lo llevaremos a cabo al examinar en concreto, en epígrafes separados y en capítulos sucesivos, cada una de las fuentes en particular. Como ya hemos avanzado, comenzaremos con los principios generales y los medios auxiliares por razones didácticas.

No obstante, debemos dejar bien señalado aquí que las fuentes, en el sentido estricto de la palabra, sólo son las conocidas por principales o primarias, y que la referencia del art. 38 a la jurisprudencia y doctrina científica no está hecha en el sentido de que ellas sean capaces de crear, modificar o extinguir una norma jurídica, sino, simplemente, la de cumplir una misión estrictamente auxiliar de ayudar al Juez y al intérprete a determinar el exacto contenido de las normas jurídicas, principalmente la costumbre y los principios generales del Derecho, o bien a interpretar estos últimos y los tratados internacionales. Quede con ello bien sentado que la jurisprudencia y la doctrina científica no son verdaderas fuentes de producción de normas.

## B) PRIMACÍA Y DEROGACIÓN ENTRE LAS FUENTES

Una última interrogante principal plantea el art. 38 del Estatuto del T.I.J. examinado. Me refiero a si el orden de enumeración supone o no una jerarquía entre las fuentes o, dicho en otros términos, si el Juez debe preferir un tratado a una costumbre o ésta a un principio general del derecho. La cuestión se plantea también en la mayoría de los ordenamientos internos: pero en éstos se establece generalmente una primacía a favor de la ley. En D.I., por el contrario, no creo pueda mantenerse la existencia a priori de una jerarquía entre las fuentes. Varias razones avalan nuestra afirmación:

a) En el Proyecto del art. 38 del Estatuto del T.P.J.I. figuraba que la aplicación había de hacerse por «orden sucesivo». La Asamblea General de la S. de N. decidió suprimir este inciso por considerarlo innecesario.

b) En el artículo de referencia se hace una enumeración con las letras a), b) y c) y no se utilizan los ordinales, que hubieran supuesto un criterio claramente jerárquico.

c) La doctrina es prácticamente unánime en considerar que las distintas fuentes tienen entre sí el mismo rango normativo y valor derogatorio. Es decir, la costumbre no prevalece sobre el tratado y a la inversa; lo que no ocurre, por cierto, en los ordenamientos internos, que establecen en general la primacía de la ley ó norma escrita. Por tanto, en caso de conflicto entre fuentes, los criterios de primacía y derogación son los generales. En primer lugar, una norma posterior de contenido contrario deroga a una anterior de idéntico rango (*lex posterior derogat priori*), excepción hecha de las normas de *ius cogens* que prevalecen sobre cualesquiera otras según reza el art. 53 del convenio de Viena sobre derecho de los tratados, ya citado; por ejemplo, una costumbre o tratado general posterior de contenido contrario deroga a una costumbre o tratado general anterior. En segundo lugar, una norma especial o particular prima —sin derogarla— sobre una norma general. Así pues, los tratados, que contienen normalmente reglas particulares porque obligan a un número limitado o menor de sujetos, priman por esta razón sobre las costumbres generales. Lo mismo ocurre con las costumbres particulares, sean regionales o locales, que prevalecen siempre sobre las costumbres generales, como el T.I.J. recordó en su sentencia de 12 de abril de 1960 sobre el Caso del derecho de paso por territorio de la India (i.c.j., Rep. 1960: p. 42):

«si, por consiguiente, la corte descubre una práctica claramente establecida entre dos estados que sea aceptada por las partes como reguladora de sus relaciones, la corte debe atribuir un efecto decisivo a esa práctica con el fin de determinar sus derechos y obligaciones específicos. tal práctica particular debe prevalecer sobre cualquier regla general.»

por último, la igualdad de rango es acorde con la práctica judicial, con la propia estructura descentralizada del d.i., si se la compara con los ordenamientos internos, y con su evidente falta de formalismo en la creación y aplicación de las normas.

## 3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Una de las fuentes que enumera el tan citado art. 38 del estatuto del t.i.j. son los principios generales del derecho. Desde la introducción de los mismos en las fuentes del d.i. por el art. 38 del estatuto del t.p.j.i, se vio el carácter problemático que tenían, poniéndose bien de manifiesto en las discusiones de la conferencia de la Haya en 1930 (Visscher, 1933: 395). No obstante, y aunque ellos sean objeto de discusión especialmente en cuanto a su contenido y delimitación, hoy no cabe duda de que se trata de una fuente del d.i. máxime después de su reconocimiento por el propio estatuto del TIJ. sobre los mismos se ha producido una extensa literatura y diferentes teorías opuestas que han sido examinadas con singular acierto por Sørensen en su monografía sobre las fuentes, a la que ya nos hemos referido anteriormente (Sorensen: 126-130). el citado autor pasa revista a las opiniones de Lauterpacht, Spiropoulos,

hárle, le fur y verdross, que son exponentes bien significativos de la producción bibliográfica anterior a la segunda guerra mundial. más recientemente, el tema ha sido objeto de preocupación, especialmente en el intento de buscar a través de ellos un asidero acerca del fundamento del ordenamiento internacional sin abandonar totalmente los esquemas del positivismo.

A) Los orígenes de los principios generales del derecho y su inclusión en el estatuto del T.I.J.

la acogida de los principios generales del derecho entre las fuentes del d.i. se mantuvo de forma tajante por el comité de los diez, que elaboró el texto del estatuto del T.P.J.I. Con anterioridad a la redacción del Estatuto del T.P.J.I., los principios generales habían sido objeto de especial mención en varios compromisos arbitrales, en algunos tratados y en sentencias de tribunales arbitrales. Como ejemplos más significativos cabe citar el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871, entre Estados Unidos e Inglaterra, relativo al Arbitraje del Alabama (art. 6.º); el compromiso arbitral de 14 de marzo de 1908 sobre la frontera marítima entre Suecia y Noruega; y el compromiso arbitral en el caso Fabiani de 1896 entre Francia y Venezuela. En todos ellos se declaran aplicables «los principios generales del Derecho de Gentes» o «los principios generales reconocidos por el D.I.». En la sentencia del caso Fabiani de 20 de diciembre de 1896 se decía:

«Consultados los principios generales del Derecho de Gentes sobre la denegación de justicia; es decir, las reglas comunes a la mayor parte de las legislaciones o enseñadas por la doctrina [...]» (La Fontainb: 356).

Finalmente cabe recordar el Preámbulo de la Declaración Naval de Londres de 1909 sobre la guerra marítima, en el que se declara que las reglas contenidas en la referida Declaración corresponden en sustancia a «los principios generales reconocidos por el D.I.». También en el art. 7.º del Convenio XII de La Haya de 18 octubre de 1907, relativo a la creación de un Tribunal de Presas, se decía en su parte final:

«Si no existieran normas generalmente reconocidas, el Tribunal fallará según los principios generales del derecho y la equidad.»

El Comité de los Diez parece que tuvo en cuenta los precedentes anteriores y acogió a los principios generales mediante una fórmula que representa el compromiso entre dos tendencias que existían en el seno del Comité y que estuvieron representadas por el Presidente, barón Descamps, y lord Phillimore, respectivamente. El Presidente presentó un proyecto en el que se preveía que el Tribunal aplicaría, después del tratado y la costumbre, «las reglas del Derecho Internacional tal y como eran reconocidas por la conciencia jurídica de los pueblos civilizados» (C.P.J.I., Proces verbaux: 306). A la objeción de que esta conciencia no era plenamente uniforme, respondió el barón Descamps diciendo que «la ley fundamental de lo justo y lo injusto está profundamente grabada en el corazón de todo ser humano, y recibe la expresión más elevada y más autorizada en la conciencia jurídica de los pueblos civilizados» (CPJ.L, Proces verbaux: 310). La otra postura estaba representada por los miembros anglosajones del Comité. Entre ellos, lord Phillimore «evocó, a título de ejemplo, el principio de cosa juzgada [...]», y en general, dijo, «que todos los principios del Derecho común, el common law, eran aplicables a las relaciones internacionales» (SÓRENSEN: 125). En esta situación, Root propuso la fórmula, que fue aceptada, de que el Tribunal aplicaría «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (C.P.J.I., Proces verbaux: 344). Tal fue la aceptada por el Comité y, posteriormente, por la Asamblea de la Sociedad de Naciones, fórmula que ha pasado íntegramente al art. 38.1.c) del Estatuto del T.I.J.

Así pues, los principios generales a los que se pretendía hacer especial referencia en el art. 38.1.c) del Estatuto eran los que podemos denominar «principios generales del Derecho», es

decir, principios que están presentes en todos los ordenamientos jurídicos y, lógicamente, también en el Derecho Internacional con las consiguientes adaptaciones. Como señaló De Visscher, «los principios generales del derecho tienen su origen en una convicción jurídica que ha encontrado su expresión en los principales sistemas jurídicos internos de las naciones civilizadas» (Visscher, 1933: 406). La referencia hecha a las «Naciones civilizadas» no debe ser entendida como una discriminación entre los Estados (civilizados y no civilizados). Lo que pretendió el Comité de redacción fue expresar «la idea de que estos principios deben tener una base objetiva en la conciencia jurídica concordante de los pueblos. Por tanto, esta fórmula puede ser interpretada conforme con el párrafo 1 del art. 2 de la Carta de las Naciones Unidas que reconoce la igualdad soberana de todos los Estados miembros» (Verdross: 523).

No obstante, como veremos, la jurisprudencia va a utilizar el art. 38.1.c) del Estatuto para referirse no sólo a esos «principios generales del Derecho», sino también para referirse a los «principios generales del Derecho Internacional» que son principios propios de este ordenamiento jurídico.

B) La utilización de los principios generales del derecho por la jurisprudencia internacional  
Lo cierto es que, en la realidad, los principios generales han representado un papel menor en la jurisprudencia internacional salvo en los aspectos procesales, gracias al depurado desarrollo de este campo científico en los ordenamientos internos. Ya nos hemos referido anteriormente a la precaria utilización que en los compromisos arbitrales y en la jurisprudencia arbitral del siglo XIX se hizo de los principios generales del derecho. Ahora vamos a examinar brevemente la utilización posterior. Para una mayor claridad expositiva distinguiremos varias jurisdicciones internacionales:

1. En la jurisprudencia arbitral encontraremos menciones expresas a principios generales del derecho en la sentencia de 11 de noviembre de 1912 del Tribunal Permanente de Arbitraje en el caso de las Indemnizaciones de la guerra de Turquía (R.S.A.: XI, 437 y ss.). En la misma se reconocían los principios de «indemnización por actos ilícitos» y el que condena el «enriquecimiento injusto». Este segundo principio lo encontramos también recogido en el caso *Lena Goldfields*, en sentencia de 2 de septiembre de 1930 (Annual Digest Cas. n. 258). Finalmente, en el caso *Abou Dhabi*, en el que el arbitro lord Asquith of Bishoptown, a nuestro juicio sin plena fortuna, busca el derecho aplicable «en los principios enraizados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas», y entiende por ellos «los principios de justicia, equidad y buena conciencia» (I.L.R.: 149 y ss.). Más recientemente los principios generales han desempeñado un papel sustantivo en la solución arbitral de litigios surgidos en las relaciones entre Estados y particulares regidas por el DI., con motivo de algunas sentencias arbitrales —como las conocidas por sentencias libias— sobre contratos y concesiones.

2. El T.P.J.I. y el T.I.J. se han referido en varias ocasiones a los principios generales del derecho, aunque no lo han hecho ni con mucha frecuencia ni basando en ellos sus decisiones. Los principios también han sido invocados por varios Jueces —Anzilotti, McNair, etc.— en sus votos particulares.

En la jurisprudencia del TP.J.I. encontramos una referencia clara a los principios en el Caso de la Alta Silesia Polaca (C.P.J.I., Serie A, n. 6: 19), y más concretamente en el Caso de la Fábrica de Chorzow, en el que el Tribunal «observa que es un principio de Derecho Internacional, y hasta una concepción general del Derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar» (C.P.J.I., Serie A, n. 17:29).

El T.I.J. ha hecho referencia a los principios generales. Unas veces de forma muy genérica como en el Caso del Estrecho de Corfú (C.I.J., Rec. 1949: 22), y otras más específicas como en el Dictamen sobre las Reservas a la Convención del Genocidio, en el que se refiere

«a los principios reconocidos por las naciones civilizadas obligatorios para todos los Estados, incluso fuera del vínculo convencional» (C.I.J., Rec. 1951: 23-24),

y en la sentencia de 18 de julio de 1966 sobre el Sudoeste africano, en la que rechazó reconocer como principio general de derecho, conforme al art. 38 del Estatuto, a la «acción popular» que en algunos Estados los miembros de una colectividad pueden interponer en interés público (C.I.J., Rec. 1966: A1). En su Dictamen de 21 de junio de 1971 sobre Namibia, el T.I.J. se ha referido expresamente al principio general del derecho que considera la violación de un acuerdo o tratado como causa de extinción del mismo. El T.I.J. afirma al respecto

«el principio general del derecho conforme al cual hay que presumir que la facultad de poner fin a un mandato o a cualquier convención, como consecuencia de una violación del mismo, existe de una manera inherente incluso cuando no ha sido expresado» (C.I.J., Rec. 1971:48).

3. En el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se está haciendo una gran aplicación de los principios generales del derecho. Ciertamente todos los principios que aplica no coinciden con los que entiende por tales el art. 38.1.c) del Estatuto del T.I.J., pues aplica también principios específicamente aceptados por los Tratados creadores de la C.E.C.A., C.E.E. y EURATOM; pero al lado de éstos hace uso de los principios comunes a los ordenamientos de los Estados Miembros y de los principios generales del D.I.P. Para la afirmación de estas categorías de principios y para su concreción la experiencia del Tribunal de las Comunidades puede ser particularmente valiosa.

La homogeneidad de los sistemas jurídicos de los países miembros de las Comunidades ha favorecido ciertamente la aplicación de los principios generales del derecho. La entrada de Gran Bretaña en las Comunidades, que pudo ser un obstáculo inicial, ha supuesto una aportación de la experiencia de los jueces del Common Law a las tareas del Tribunal. Como ya hemos mantenido anteriormente, la influencia del Derecho europeo sobre la evolución del D.I. puede llegar a ser notable, como ya lo ha sido en materia de Derechos Humanos y previsiblemente lo será en otras materias.

#### c) La concreción de los principios generales en el Derecho Internacional

Los principios generales del derecho aplicables en el ordenamiento internacional tienen dos procedencias. En primer término —los más numerosos—, aquellos que han sido recogidos de los ordenamientos internos, es decir, los principios considerados como tales in foro domestico. Como antes decíamos, alguno de los redactores del Estatuto del T.P.J.I. ha manifestado (Phillimore: 355) que la incorporación de los principios al art. 38 se hizo pensando en aquellos que estaban recogidos en los ordenamientos estatales. La jurisprudencia internacional a que antes hemos hecho referencia confirma esta afirmación.

Sobre cuáles sean en concreto los principios generales in foro domestico que han sido recibidos por el D.I., recogemos la enumeración de los mismos hecha por Guggenheim y que son los siguientes: a) El de prohibición de abuso de derecho; b) el de responsabilidad internacional nacida de actos ilícitos y la restitución de lo adquirido por medio de un enriquecimiento injusto; c) la excepción de prescripción liberatoria; d) la obligación de reparar los daños debe abarcar no sólo al daño efectivamente sufrido —damnum emergens—, sino también la ganancia dejada por obtener —lucrum cessans— (GUGGENHEIM: 301-303). Todos los principios generales anteriormente enumerados han sido recogidos en sentencias de tribunales internacionales, como hemos expuesto anteriormente; pero conviene añadir aquí, por lo que se refiere a la prescripción liberatoria, la fundamentación que de la misma se hace tanto como principio general del derecho en los ordenamientos internos como su aplicación al D.I. en el Caso Gentini (RALSTON: 724-730), que, aparte de distinguir claramente ambos momentos, resulta en extremo convincente.

Sobre los principios generales del derecho procedentes del foro doméstico a que nos hemos venido refiriendo creo debe adjuntarse una atinada precisión de Rousseau, quien, después de afirmar que se trata de una fuente específica indiscutible del D.I., nos dice: «La admisión de estos principios por la práctica internacional está lejos de tener la amplitud y precisión que le dan muchos juristas en base a un análisis apresurado de los precedentes» (ROUSSEAU: 389). Junto a los principios in foro domestico que son los que tienen su origen en una convicción jurídica reflejada en la generalidad de los ordenamientos jurídicos y que tras su constatación y correspondiente adaptación a las características del Derecho Internacional son reconocidos como tales en la categoría de principios internacionales, existen otros principios generales propiamente internacionales, tales como la primacía del tratado internacional sobre la ley interna, el principio de la continuidad del Estado, el de que en materia de responsabilidad internacional la indemnización debe ser apreciada en función de la realización efectiva del daño, la regla del agotamiento previo de los recursos internos antes de acudir a la vía internacional y algunos otros relativos a la conducta en la guerra marítima, cuya enumeración atinada y fundadamente hace Rousseau (392-395).

Estos principios tienen un origen diverso, «pero son esencialmente el producto de la acción conjugada del juez internacional y de la diplomacia normativa de los Estados [...]. Un carácter común de estos principios es su alto nivel de abstracción y su extrema generalidad, cuyo efecto es condensar frecuentemente la regla jurídica en una fórmula sencilla» (Dupuy, P. M.: 261). No se trata de una fuente subsidiaria en relación con la costumbre o los tratados, sino de una fuente autónoma, con independencia de que su contenido se vea también normalmente reflejado en normas consuetudinarias o convencionales.

Esta autonomía y diferencia ha sido constatada por la jurisprudencia internacional. En el asunto relativo a las Reservas a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio, el T.I.J. señaló que «los principios que están en la base de la Convención son principios reconocidos por las Naciones civilizadas como que obligan a los Estados al margen de toda relación convencional» (C.I.J., Recueil 1951: 23). Este carácter autónomo de los principios del Derecho internacional en relación a las normas convencionales o consuetudinarias que también pueden recoger el mismo o parte de su contenido, será igualmente reiterado en el asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, al señalar que «el principio de la inviolabilidad de las personas de los agentes diplomáticos es uno de los fundamentos mismos [del derecho diplomático] establecido de larga data [...]. El carácter fundamental del principio de la inviolabilidad es por otra parte subrayado con fuerza por las disposiciones de los artículos 44 y 45 de la convención de 1961 (ver también los artículos 26 y 27 de la convención de 1963) (C.I.J., Recueil 1980:40).

Un núcleo reducido de esos principios está anclado en la convicción jurídica de los Estados con tal fuerza que la Comunidad Internacional en su conjunto los considera principios básicos o fundamentales del ordenamiento jurídico tal y como ha reconocido también la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, en el asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua el T.I.J. señaló:

«el principio de la prohibición del uso de la fuerza, expresado en el artículo 2, apartado 4 de la Carta de las Naciones Unidas es aceptado por los Estados como siendo no solamente un principio de derecho internacional consuetudinario, sino incluso un principio fundamental o esencial de este derecho» (C.I.J., Rec. 1986: 100; ver también las referencias en el mismo sentido al principio de no intervención en la p. 106 de esta misma sentencia).

Estos son los principios a los que hicimos referencia en el Capítulo I de esta obra como principios básicos o fundamentales, a los que deben sumarse algunos otros principios de carácter humanitario que han anclado también en la convicción jurídica de los Estados y que han sido calificados como «principios intransgredibles». Así lo ha señalado también el T.I.J. tanto en la opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de las armas

nucleares como en la referente a las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados. En palabras del T.I.J.:

«La Convención IV de La Haya y las Convenciones de Ginebra [sobre derecho internacional humanitario] han obtenido una amplia adhesión de los Estados. Por otra parte, estas reglas se imponen a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan, pues dichas reglas constituyen principios intransgredibles del derecho internacional consuetudinario» (CIJ., Recueil 1996: 226; y CIJ., Recueil, 2004: par. 89).

Una última observación se impone. La enumeración dada de los principios es meramente indicativa y en manera alguna podemos considerarla como exhaustiva. El perfeccionamiento constante del D.I., el aumento de la vida de relación internacional, la incorporación a los tribunales internacionales de personas de culturas jurídicas muy diversas, y la multiplicación y especialización creciente de la jurisdicción internacional (con la incorporación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar o del Tribunal Penal Internacional), entre otras cosas, son factores que necesariamente influirán en la mayor riqueza del D.I. Dentro del mismo, los principios generales pueden ser un elemento utilísimo para avanzar por el camino de una constante mejora de la convivencia pacífica entre los pueblos.

#### D) La obligatoriedad de los principios generales en el ordenamiento internacional

Que los principios generales del derecho forman hoy parte del ordenamiento internacional no ofrece, por tanto, duda. Son parte del D.I. positivo y más desde su inclusión en el tantas veces referido art. 38 del Estatuto del T.I.J.

Un problema particular que se presenta es la razón de su obligatoriedad. Algún autor ha llegado incluso a afirmar que la propia obligatoriedad de todo el ordenamiento internacional descansa en determinados principios generales (Favre: 21). No es éste el momento para discutir la cuestión, ya que ahora lo que nos interesa es saber la razón de la propia validez jurídica de los principios. Autores tan alejados en cuanto al problema del fundamento del D.I. como los profesores Guggenheim y Miaja coincidían prácticamente en la cuestión. Para Guggenheim la validez puede estar «tanto en el Derecho consuetudinario como en el Derecho convencional», según los casos (guggenheim: 297 y 298). Para Miaja, «cuando se trata de principios ya presentes, esto es, positivados en el orden jurídico internacional, la necesidad de su observancia suele ir acompañada de una repetición de actos de los Estados; de ahí que la costumbre jurídica sea la forma más frecuente de positivación de los principios de que se trata» (Miaja, 1960: 1140-1141).

A estas dos valiosísimas opiniones creo que puede añadirse una pequeña puntualización. En efecto, los principios generales previstos en los Convenios de Arbitraje y Arreglo Judicial encuentran en éstos la razón de validez para los casos concretos de aplicación de los referidos Convenios. Por otro lado, la repetición de los principios en diversos acuerdos, junto con la *opinio iuris* a ello inherente, forman la base consuetudinaria de positivación de los mismos. Otro proceso de positivación por vía consuetudinaria se actúa para los «principios generales in foro domestico» por la convicción jurídica ya formulada y la repetición de actos realizados en los ordenamientos internos, si bien su concreción en el ordenamiento internacional se realiza normalmente por los tribunales internacionales. En este último caso la *opinio iuris* prácticamente está formada antes de su aparición en el plano internacional, y en cuanto a la repetición de actos no pueden dejar de tener cierta influencia los realizados ya dentro de los ordenamientos internos. Sólo un dualismo extremado hoy ya prácticamente superado, que propugne la separación radical entre el ordenamiento internacional y los ordenamientos internos, podría negar la repercusión de lo actuado en el ámbito de los ordenamientos estatales en la cuestión que estamos examinando. Pero, en todo caso, no debe olvidarse que una cosa es reconocer que los principios generales del Derecho o los principios generales del Derecho Internacional se incorporen en normas consuetudinarias o convencionales y otra muy



distinta negar la autonomía de los mismos como fuente del ordenamiento jurídico internacional.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Entre los dos medios auxiliares que el art. 38.1 .d) del Estatuto del T.I.J. menciona encontramos las «decisiones judiciales», más conocidas por jurisprudencia. Su misión no es la de crear Derecho, sino la de ser un medio «para determinar las reglas de Derecho»; pues como dijo un antiguo Juez del T.I.J. «en definitiva, la misión del Tribunal es la de decir cuál es el Derecho aplicable, no la de crearlo» (visscher, 1962: 399).

Al modo como en el Derecho interno las decisiones Judiciales tienen un valor extraordinario, dando lugar a la forma más notable de interpretación del Derecho, nos encontramos hoy también en el D.I., después del florecimiento en el siglo xx de las jurisdicciones internacionales, en una situación que, salvadas las distancias de tiempo y de cantidad, pudiéramos decir que es similar.

La jurisprudencia internacional no podemos definirla como una fuente formal de nuestro Derecho en sentido estricto, pese a muy autorizadas opiniones en contrario. No obstante lo anterior, no podemos desconocer que en la práctica el valor del precedente jurisprudencial es tan grande después del florecimiento de los tribunales internacionales que bien se puede afirmar con Sereni que ello «ha contribuido a la formación, también en el campo del Derecho Internacional, de una jurisprudencia fundada sobre la *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*» (serení: 163). Buena prueba de ello nos la dan el T.P.J.I. y el T.I.J., que citan continuamente sus decisiones anteriores, bien para recogerlas o bien para explicar la falta de similitud con el precedente, y así dejar salvada no sólo la falta de aplicación, sino también el propio prestigio del Tribunal por la presunta falta de un criterio congruente y unificado con respecto a las decisiones anteriores.

La función de la jurisprudencia es doble: como elemento de interpretación y como medio de prueba. Respecto al primer aspecto, ya hemos recogido anteriormente las continuas referencias que los tribunales internacionales hacen de decisiones anteriores como elemento de interpretación del Derecho. La función del juez internacional al respecto es tan grande que, sin desconocer la posibilidad de interpretación auténtica por los propios sujetos que lo han creado, no nos parece errónea la afirmación de Bentivoglio de que «una verdadera y propia función interpretativa viene desarrollada en el ordenamiento internacional sólo por el Juez» (bentivoglio: 261). Esta función se ha visto confirmada expresamente por el T.I.J. en el asunto de la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, donde tras afirmar que el Tribunal «dice el derecho existente y no legisla», añade: «esto es verdad incluso si el Tribunal, diciendo y aplicando el derecho, debe necesariamente precisar el sentido y, en ocasiones, constatar su evolución» (C.I.J., Aec. 1996: 237).

Como medio de prueba de la existencia de las normas de D.I., la jurisprudencia está llamada a cumplir una misión capital, pues como dice acertadamente Miaja: «Es cierto que la jurisprudencia de los tribunales internacionales constituye un simple medio auxiliar de las fuentes del Derecho Internacional; pero lo mismo que ocurre en los órdenes jurídicos estatales sirve para proclamar principios fundamentales de este orden jurídico, y aun para extender a otros supuestos las soluciones que ya han sido ofrecidas por reglas convencionales o consuetudinarias» (Miaja, 1958: 95).

Es precisamente a este segundo sentido de medio de prueba al que se refiere de una manera directa el art. 38 del Estatuto del T.I.J. al atribuir a la jurisprudencia la característica de «medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho». Tal afirmación es perfectamente explicable si se quería dotar al Tribunal de los medios necesarios para cumplir su alta misión, pues

«la incertidumbre relativa al contenido de muchos principios constitucionales y normas consuetudinarias, derivadas del hecho de no haber sido formuladas por escrito, la escasez de otros medios para la determinación de su contenido, el prestigio de que gozan y las garantías que circundan a los tribunales internacionales, hacen que el precedente jurisprudencial tenga de hecho, en el ámbito del Derecho internacional, una importancia aún mayor que la que goza en el derecho interno de los distintos Estados, y tienda incluso a aumentar continuamente» (Serení: 1,163-164).

Quedan aún por precisar algunas cuestiones respecto de la jurisprudencia. De ellas queremos hacer referencia, en primer lugar, a la existencia dentro de la emitida por el T.P.J.I. y el T.I.J. de dos claras categorías desde el punto de vista del Estatuto. Me refiero a la distinción entre sentencias y dictámenes del Tribunal, cuyo valor vinculante es bien distinto. Ahora bien, el Tribunal ha venido haciendo un uso indistinto como precedentes de sus sentencias y dictámenes. Ello ya fue señalado por Charles de Visscher en su Curso en la Academia de La Haya de 1929 (VISSCHER, 1929: 60) y ha sido desarrollado más tarde por Sørensen, avalándole la doctrina del propio T.P.J.I. en los Casos del Lotus y de la Alta Silesia y en el Dictamen sobre la Comisión Europea del Danubio. Sørensen sienta la afirmación categórica de que para los efectos de uso de precedentes el T.P.J.I. trata en pie de igualdad sentencias y dictámenes (SÓRENSEN: 168), afirmación que nos parece en extremo convincente y que puede predicarse igualmente del T.I.J.

Otra cuestión que resta por examinar es la obligatoriedad de las sentencias pronunciadas por los tribunales internacionales. Está claro que el D.I. no conoce, al contrario del Common Law, el sistema de los judicial precedents obligatorios en el futuro. Ello viene avalado por la misma naturaleza del D.I. que se encuentra en una continua evolución y, además, porque la existencia de un precedente jurisprudencial no excluye la prueba en contrario que se pueda presentar contra el mismo. Existe, por otra parte, en el propio Estatuto —el art. 59— una disposición que nos dice sobre la decisión del Tribunal que

«no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido».

En puridad de principios la cuestión no admite discusión; pero en la práctica las consecuencias para los casos futuros que puedan plantearse son bien distintas. Hemos comentado ya el respeto que el propio Tribunal siente por su jurisprudencia anterior, y este hecho tiene necesariamente que proyectar su influencia sobre los demás Estados, distintos a las partes en litigio, que deseen llevar en el futuro sus litigios ante el Tribunal, engendrando entre ellos el convencimiento de que los precedentes jurisprudenciales serán tenidos en cuenta.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales forma hoy un cuerpo muy amplio, tanto por lo que se refiere a su volumen como por las distintas jurisdicciones que la han ido creando o produciendo. Pero es un lugar común el que se tache al D.I. de la falta de juez para aplicarlo. Ello es totalmente erróneo y la simple enumeración de las jurisdicciones es suficiente para rechazar la falsa afirmación anterior. No es momento de estudiar ahora, ya que lo haremos en capítulos posteriores, las principales jurisdicciones internacionales; no obstante, creemos conveniente adelantar una pequeña referencia a los tribunales internacionales más importantes que han ejercido o están ejerciendo jurisdicción hoy en día. Entre los primeros cabe señalar la Corte de Justicia centroamericana, los Tribunales Arbitrales mixtos, el Tribunal Arbitral de la Alta Silesia, el Tribunal Administrativo de la S. de N, y el T.P.J.I.

Hoy en día actúan o pueden actuar diversos tribunales, que vamos a enumerar:

1. El Tribunal Permanente de Arbitraje, cuya sede está en La Haya y que facilita a los Estados una lista de árbitros, para que éstos puedan formar los tribunales arbitrales que crean necesarios.

2. El Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, que es el órgano judicial principal de las N.U. y que está dotado de competencia contenciosa y consultiva.
  3. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, con sede en Hamburgo y constituido el 18 de octubre de 1996, tras la entrada en vigor en noviembre de 1994 de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y en julio de 1996 del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención. El Anexo VI de la Convención de 1982 contiene el Estatuto de este Tribunal permanente y especializado.
  4. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con sede en Luxemburgo, y que es competente para conocer los asuntos relacionados con el derecho comunitario.
  5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.
  6. Las Comisiones Mixtas de los Tratados de Paz de la Segunda Guerra Mundial. En los mismos se prevé la formación de las Comisiones que afectan a Italia, Hungría, Finlandia, Bulgaria, Austria, Japón y los Países firmantes de los Tratados de la otra parte.
  7. Los Tribunales Administrativos siguientes:
    - a) El de las N.U., con sede en Nueva York.
    - b) El Tribunal Administrativo de la O.I.T., con sede en Ginebra y con competencia para resolver los litigios de los funcionarios de la O.I.T., U.N.E.S.C.O., O.M.S., O.M.M., F.A.O., C.E.R.N. y G.A.T.T.
  8. Los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, creados por sendas Resoluciones del Consejo de Seguridad en 1993 y 1994, respectivamente, en aplicación del Capítulo VII de la Carta. Se trata de tribunales ad hoc cuya creación se ha justificado por la especial gravedad de las situaciones sobre las que proyectan su jurisdicción, calificadas por el Consejo de Seguridad como situaciones que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales.
  9. La Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y que entró en vigor el 1 de julio de 2002.
  10. No se agotan con estos Tribunales anteriores todos los de carácter internacional, ya que existen otros, entre los que cabe señalar la jurisdicción que ejerce el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio y en especial su Órgano de Apelación, el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, con sede en Montreal, el Tribunal de Navegación del Rin y una Comisión Central de Apelación en Estrasburgo. Con ello queremos decir que la justicia internacional cada día cuenta con mayor número de órganos que la ejerzan con carácter de continuidad. A ella hay que sumar las numerosas sentencias arbitrales, pronunciadas por tribunales arbitrales que han actuado o pueden crearse en lo sucesivo y que están recogidas en el Recueil des Sentences Arbitrales, publicado por la O.N.U.
- De todos los Tribunales anteriores tiene una importancia y un peso excepcional el T.I.J., con sede en La Haya, y su antecesor el T.P.J.I., que se disolvió como consecuencia de la Resolución de 18 de julio de 1946 de la Sociedad de Naciones.

## 5. LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Junto a la jurisprudencia internacional, cita el artículo 38.1.4) como medio auxiliar también a la doctrina científica. Ésta no es otra cosa que la opinión de los publicistas en la materia, que forman la llamada interpretación doctrinal y que se manifiesta ya en forma individual, mediante sus trabajos, ya en forma colectiva, a través de los debates, acuerdos y resoluciones de los Institutos científicos, tales como el Institut de Droit International, por no citar más que al principal. El primer valor de la doctrina científica en el contexto en que la estamos estudiando ahora es el de ser «un medio auxiliar» para la determinación de las reglas internacionales, creadas por la costumbre o por los tratados.

La misión de la doctrina, por tanto, es en extremo valiosa, y no sólo la de los clásicos, que, como es sabido, ocuparon en otro tiempo algo así como la posición de los *responsa prudentium* del Derecho Romano: prueba de lo cual nos lo da la estadística hecha por Dickinson y recogida por Nussbaum, en la que Grocio, y sobre todo Vattel, fueron citados ante los tribunales americanos y recogida su doctrina en las sentencias gran número de veces. Solamente Vattel, en el período de 1789 a 1820, fue citado 92 veces por las partes y transcritas 22 veces por los tribunales sus doctrinas en las sentencias (Nussbaum: 177). Todavía quedan reminiscencias de esta misión en la práctica actual y no es extraño que el Estatuto del T.I.J. recogiera la doctrina científica como medio auxiliar.

La importancia de la doctrina es hoy mucho más limitada, pues principalmente sirve para dar fe de la existencia de determinadas costumbres internacionales, y, como dijo acertadamente Miaja, el testimonio de los iusinternacionalistas tiene un papel relevante «por el valor documental que pueden revestir sus opiniones; por ejemplo, sobre la vigencia de una costumbre para determinado Estado, cuando de éste es nacional el jurista que emitió aquella opinión». «El valor de la doctrina —nos dice más tarde— se acrecienta cuando emana de una institución científica prestigiosa y no vinculada a un determinado Estado» (Miaja, 1979: 110-111).

## CAPÍTULO IV

### LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y LOS ACTOS UNILATERALES

#### 1. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

##### A) CONCEPTO E IMPORTANCIA

Entendemos por costumbre internacional la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho, tal como se recoge en el apartado b) del art. 38 del Estatuto del T.I.J. De lo anterior se desprende que la costumbre está formada por dos elementos, el elemento material, de repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos y el llamado elemento espiritual, u *opinio iuris sive necessitatis*, es decir, la convicción por parte de los sujetos de D.I. de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente. Así lo ha corroborado el T.I.J. en su Dictamen de 8 de julio de 1996 sobre La legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, recordando la Sentencia de 3 de junio de 1985 en el Caso de la plataforma continental entre Libia y Malta (C.U., Rec, 1985, par. 27).

«la sustancia de ese derecho [consuetudinario] debe buscarse principalmente en la práctica real y en la *opinio juris* de los Estados» (C.I.J., Rec. 1996: par. 64).

No deben confundirse la costumbre y la cortesía internacional. La cortesía, o *comitas gentium*, ha tenido y tiene cierta importancia en el ámbito de las relaciones internacionales. Los usos sociales internacionales pueden llegar a transformarse en normas jurídicas cuando al elemento material de repetición de actos se une la *opinio iuris*, o convencimiento de que ellos obligan jurídicamente. El referido mecanismo no es otra cosa que la transformación de usos sociales en costumbres jurídicas. Una buena parte de las instituciones del Derecho diplomático —inmunidades y privilegios— nacieron por esa vía. Lo que verdaderamente nos interesa es diferenciar ambos fenómenos; mientras que la violación de las normas de cortesía no engendra responsabilidad internacional, la infracción de una norma jurídica, por el contrario, sí da origen a la misma.

La importancia de la costumbre en D.I. es enorme. En primer término, se puede afirmar que prácticamente todo el D.I. general que rige en la S.I. está formado por normas consuetudinarias y principios generales del Derecho. Como veremos en los Capítulos siguientes, el D.I. convencional no ha tenido hasta ahora carácter universal o, dicho en otras palabras, no existe ningún tratado internacional —excepto la Carta de la O.N.U. - que haya sido aceptado por la gran mayoría de Estados de la S.I. Además, las normas de carácter universal contenidas en los tratados son precisamente costumbres que han sido codificadas o recogidas en los mismos.

Por otro lado, existe una amplia corriente doctrinal que ve en la costumbre la clave para los estudios de la fundamentación del D.I. y de la que participa el concepto de D.I.P. expuesto en el pasado Capítulo II. Abarca a todos aquellos que afirman que la norma consuetudina es la norma base del D.I.; por ejemplo, una parte de la doctrina italiana mantenía:

«implícita o explícitamente que muchos de los problemas inherentes a la determinación del carácter y del fundamento del ordenamiento internacional podían encontrar su solución a través de un análisis riguroso de la naturaleza y de la posición en el sistema de la costumbre internacional» (Barile: 400).

Finalmente, la costumbre mantiene su importancia, pese al proceso codificador y a la obra de las Organizaciones internacionales, porque la codificación es lenta e incompleta y, además, el proceso consuetudinario se sigue adaptando muy bien al ritmo cambiante de la formación del D.I. en la S.I. contemporánea y a la participación en dicha formación de todos los Estados interesados.

#### B) QUIÉNES PARTICIPAN EN LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE

La contestación es muy simple: los propios sujetos de la S.I. Ello supone una de las singularidades del D.I. comparado con el Derecho interno, de que sean los propios destinatarios de las normas los que las creen, modifiquen o extingan.

Los Estados continúan siendo los principales creadores de la costumbre, sobre todo en sus relaciones mutuas, pero también a través de su práctica en el seno de las Organizaciones internacionales, ya que como ha puesto de manifiesto la doctrina (Garzón: 903):

«Las Declaraciones de la Asamblea General son el producto de unos actos estatales, los votos; son también los Estados a quienes, sobre todo, va a corresponder la aplicación de las reglas de conducta enunciadas en ellas. Puede pensarse, pues, que el conjunto de esos actos estatales constituye una práctica que, en conjunción con la opinio iuris, es susceptible de dar lugar a costumbres internacionales.»

Un problema diferente (Sünha: 120) es el de saber si las Organizaciones internacionales pueden, como tales, engendrar una costumbre. En este sentido, hoy podemos manifestar que las Organizaciones internacionales están dando vida a nuevas costumbres internacionales. Sin embargo, el hecho de que los órganos internacionales deben operar en el marco de las competencias que les atribuye el tratado constitutivo de la respectiva Organización nos colocará, a menudo, en el dilema de saber si nos hallamos ante una mera práctica interpretativa de ese tratado o ante una auténtica costumbre internacional.

#### C) EL ELEMENTO MATERIAL

El elemento material, consistente en la repetición de actos, se puede manifestar de formas diversas, bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las Organizaciones internacionales, etc.

Un problema particular es el relativo a si en la formación de la costumbre caben las omisiones o costumbres negativas. La doctrina se muestra en su mayoría favorable, y en la

jurisprudencia del T.P.J.I. encontramos un asidero también favorable en la Sentencia de 7 de septiembre de 1927 en el caso del Lotus, donde, sin embargo, se condiciona la formación de la costumbre por medio de omisiones a que

«la abstención estuviese motivada por la conciencia de un deber de abstenerse» (c.P.J.I., Serie A, n. 10: 28).

En cualquier caso, es imprescindible para la formación de una costumbre que la práctica sea uniforme, tal como se deduce, entre otras, de la sentencia del T.I.J. en el Caso anglo-noruego de pesquerías (C.I.J., Rec. 1951: 131).

Respecto al tiempo necesario para que la práctica pueda ser considerada como constitutiva del elemento material, en el D.I. clásico siempre se subrayó la importancia de la antigüedad de la práctica como factor muy a tener en cuenta en el momento de la prueba de la existencia de la costumbre; en el D.I. contemporáneo, por el contrario, se ha afirmado la viabilidad de la «costumbre instantánea» (CHENG: 45-46). El T.I.J. no ha adoptado ninguna de estas dos posturas extremas, sino que ha señalado, en su sentencia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, que

«el hecho de que no haya transcurrido más que un breve período de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional [...]» (I.C.J., Rep. 1969: par. 74).

#### D) LA OPINIO IURIS SIVE NECESSITATIS

El elemento espiritual no es otra cosa que la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente. La necesidad de este elemento hoy ofrece pocas dudas, dado lo inequívoco de la jurisprudencia al respecto y las rectificaciones de la doctrina. Es cierto que autores como Kelsen (Kelsen: 253 y ss.; y Kelsen/Tucker: 450-451; Quadri: 130; Guggenheim, 1950:275 y ss.) mantuvieron la no necesidad de este elemento o la dificultad de probarlo, pero no es menos cierto que la crítica de otra parte de la doctrina ha sido sumamente severa (KUNZ: 393) y que las rectificaciones al respecto no ofrecen dudas. La honestidad científica de Guggenheim quedó bien clara cuando, rectificando criterios anteriores (Guggenheim, 1947:47-48), afirma en la 2.ª edición de su *Traite* que «según la teoría hoy dominante, la repetición prolongada y constante de ciertos actos no es suficiente para engendrar una norma consuetudinaria; es necesario que el autor de dichos actos tenga la intención, al ejecutarlos, de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho [...]. Pese a las dificultades para indicar de una manera general en qué condiciones el uso se transforma en una costumbre obligatoria, aparece como imposible hacer abstracción del elemento subjetivo o psicológico» (Guggenheim, 1967: 103-104).

La jurisprudencia internacional deja, como hemos indicado, pocas dudas respecto al elemento psicológico. En su sentencia de 20 de febrero de 1969 -Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte—, el T.I.J. ha sostenido que:

«Los actos considerados no solamente deben suponer una práctica constante sino que también deben tener tal carácter o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, esta implícita en el propio concepto de *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por tanto, deben tener el sentimiento de que cumplen lo que supone una obligación jurídica» (C:I:J.\ Rec. 1969: par. 77).

La forma de manifestarse la *opinio iuris*, importante para la prueba de la misma, puede ser muy diversa; pero siempre se manifestará a través de la práctica de los Estados y otros sujetos, bien en las notas diplomáticas dirigidas a otros Estados, en una Conferencia

diplomática por medio de sus delegados o al adoptar una resolución en el seno de una Organización internacional, entre otras posibilidades (BAXTER, 1970:36-56).

Destaca sobremanera el papel desempeñado por las Resoluciones de la A.G. de la O.N.U. en la formación de la opinio juris. El T.I.J. lo ha confirmado plenamente en su Dictamen de 1996 sobre La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares, aunque no haya reconocido finalmente valor consuetudinario a las numerosas Resoluciones de la A.G. que han proclamado que el empleo de armas nucleares constituye una ilegalidad y una violación de la Carta de la O.N.U., porque fueron aprobadas con numerosos votos en contra y abstenciones y por la aún firme adhesión a la práctica conocida como «política de disuasión» por parte de las potencias nucleares, que se reservan el derecho a emplear esas armas en el ejercicio de la legítima defensa contra un ataque armado que amenace sus intereses vitales de seguridad (I.C.J., Rep. 1996: párs. 71-73 y 96):

«El Tribunal observa que las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio juris. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio juris en cuanto a su carácter normativo. Puede ocurrir asimismo que una serie de resoluciones muestre la evolución gradual de la opinio juris necesaria para el establecimiento de una nueva norma» (I.C.J., Rep. 1996: par. 70).

#### E) LAS CLASES DE COSTUMBRE Y SU OBLIGATORIEDAD

En la costumbre cabe distinguir, por su amplitud territorial, dos grandes grupos: costumbres generales o universales y costumbres particulares. Dentro de estas últimas cabe, a su vez, diferenciar las regionales y las locales o bilaterales.

Las costumbres generales tienen ámbito universal y obligan en principio a todos los Estados, salvo que se hayan opuesto a la misma en su período de formación de manera inequívoca y expresa (regla de la objeción persistente). Por tanto, el litigante que se oponga a que le sea aplicada una costumbre general habrá de probar que la ha rechazado en el período de formación, recayendo sobre él la carga de la prueba (onus probandi). El T.I.J., en su sentencia en el Caso anglo-noruego de pesquerías, en el que entre otras cosas se discutía si la regla del límite de las diez millas como anchura máxima permitida para la boca de una bahía jurídica era o no una costumbre, manifestó:

«De todas maneras, la regla de las diez millas aparece inoponible a Noruega, en cuanto que se ha opuesto siempre a su aplicación en la costa noruega» (C.I.J., Rec. 1951: 131).

Un problema particular es el relativo a si las costumbres son obligatorias para los Estados que no han participado en su formación ni se han opuesto porque en dicho momento no habían accedido a la independencia y, consiguientemente, no podían hacerlo. Frente a la tesis de la obligatoriedad general estaba la de los países de más reciente independencia que admitían el D.I. general salvo aquellas normas que perjudicaban sus intereses. Sobre este tema volveremos más tarde, en el Capítulo XIII, al tratar de la llamada sucesión colonial.

Las costumbres regionales son aquellas que han nacido entre un grupo de Estados con características propias. Cabe hablar de ellas, por ejemplo, en el ámbito de Iberoamérica o en el de la Unión Europea. Las referidas costumbres, en caso de un litigio internacional, habrán de probarse por la parte que las alega. El T.I.J., en el Caso del derecho de asilo, dijo al respecto:

«La Parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que se ha constituido de tal manera que se ha hecho obligatoria para la otra Parte» (C.I.J., Rec. 1950: 276).

Cabe, finalmente, hablar de la existencia de costumbres de carácter local, cuyo ámbito de aplicación es más reducido que las anteriores y que puede llegar a afectar solamente a dos

Estados. En este caso podemos hablar de una costumbre bilateral. El T.I.J., en su sentencia sobre el Caso del derecho de paso por territorio indio (fondo), abordó afirmativamente este problema. El Tribunal se manifestó en los términos siguientes:

«[...] se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse entre dos Estados. Es difícil ver el por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una política prolongada deba ser necesariamente superior a dos. El Tribunal no ve razón para que una práctica aceptada por ellos como reguladora de sus relaciones no constituya la base de derechos y obligaciones entre ellos» (I.C.J., Rep. 1960:39).

## 2. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

### A) LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (C.D.I.)

La C.D.I. es un órgano técnico codificador que, bajo la autoridad y el control de la A.G. de la O.N.U. y en particular de su Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos), se dedica a la labor de codificación y desarrollo progresivo del Di. La creó la propia A.G. por Res. 174 (II), de 21 de noviembre de 1947, que incluía en un anexo su Estatuto, enmendado sucesivamente en posteriores Resoluciones de la A.G. El art. 8 de dicho Estatuto advierte que «las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo» deberán estar representados en su composición, lo que hoy se consigue gracias a los distintos grupos regionales presentes en la O.N.U., y el art. 1.1.º fija como función y objetivo de la C.D.I. «impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación» (The Work of the IMG: 14-15 y 128-130).

En efecto, el art. 15 del Estatuto distingue «por comodidad» entre el «desarrollo progresivo del derecho internacional», expresión utilizada

«para designar la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado, en la práctica, normas suficientemente desarrolladas»,

y la «codificación del derecho internacional», expresión usada para

«designar la más precisa formulación y la sistematización de las normas de derecho internacional en materias en las que ya exista práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas».

El art. 16 del Estatuto reserva la iniciativa del «desarrollo progresivo» a la A.G., mientras que el art. 18 atribuye la de la codificación a la misma C.D.I., entendiéndose que la tarea de «desarrollo progresivo» atendería más a factores políticos y la de «codificación» a factores científicos y técnicos. Pero lo cierto es que tanto la A.G. como la C.D.I. fueron incapaces de mantener en la práctica la distinción entre «desarrollo progresivo» y «codificación», y la C.D.I. terminó elaborando un procedimiento único de trabajo que, aunque basado en el Estatuto, no toma en cuenta las diferencias formales que el Estatuto establece para ambos supuestos, ya que todos los procesos codificadores contienen —si bien en dosis diferentes— elementos de «codificación» y de «desarrollo progresivo» (Torres Bernárdez: 219-220). De hecho, la C.D.I. ha considerado expresamente esta distinción como inviable en la práctica y ha recomendado su eliminación en cualquier futura revisión del Estatuto (Doc. N.U. A/51/10: párs. 148, 157-158 y 243).

Dicho procedimiento único responde al establecido en el ya citado art. 16. La A.G. recomienda el estudio de un tema a la C.D.I., que designa a uno de sus miembros como ponente, establece un plan de trabajo y remite cuestionarios a los gobiernos para obtener información sobre la práctica estatal en la materia. El ponente prepara una serie de informes y anteproyectos de artículos para que se debatan en el seno de la C.D.I. y si el procedimiento



avanza satisfactoriamente se invita de nuevo a los gobiernos para que presenten observaciones a los proyectos provisionales emanados de la C.D.I. El ponente revisa entonces los textos acordados a la luz de esas observaciones, presentando proyectos más perfilados para debate, revisión y aprobación definitiva por la C.D.I. La labor culmina mediante el envío y sometimiento a la A.G., por conducto del Secretario General, de un proyecto único articulado que regula el régimen jurídico de alguna institución o conjunto de instituciones, y la A.G. resuelve habitualmente convocar una conferencia diplomática para la negociación y adopción en su caso de una convención internacional en la materia. Adoptada la convención conforme a los procedimientos establecidos en el Derecho de los tratados, los Estados aún deberán manifestar su consentimiento en obligarse por ella antes de que entre en vigor. Así, de esta forma, se ha logrado codificar principalmente, entre otras materias, el Derecho diplomático y consular, el Derecho de los tratados y el Derecho del mar.

Tras la adopción por la C.D.I., el 9 de agosto de 2001, del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, remitido a la A.G. después de casi cincuenta años desde que iniciara sus tareas en la materia, la A.G., mediante la Resolución 59/35, ha solicitado al Secretario General que invite a los Gobiernos a presentar información acerca de la práctica en esta materia, y ha previsto para su sexagésimo segundo período de sesiones (2007) la adopción de la decisión sobre la convocatoria de una conferencia codificadora con el fin de concertar una convención sobre este tema.

#### B) NUEVOS PROCEDIMIENTOS Y CRISIS DEL PROCESO CODIFICADOR

La decisión histórica de la A.G. de poner en manos de un órgano intergubernamental o político, como la denominada Comisión de Fondos Marinos, la preparación de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar constituyó sin duda el origen de la crisis del método codificador tradicional tal y como acaba de ser expuesto. A pesar de la gran lentitud de sus trabajos y del fracaso en la labor preparatoria de la Tercera Conferencia, lo cierto es que todas las novedades que introdujo la Comisión de Fondos Marinos respecto del procedimiento tradicional de la C.D.I. se han incorporado mal que bien a dicho procedimiento, desnaturalizándolo en buena medida; al tiempo que ha provocado la aparición de nuevos procedimientos de codificación y sobre todo de desarrollo progresivo del D.I. paralelos al procedimiento característico de la C.D.I.

En cuanto a la desnaturalización del procedimiento tradicional, debe advertirse que ha aumentado excesivamente el número de miembros de la C.D.I. (treinta y cuatro desde 1981), lo que dificulta e impide el debate en profundidad, la presentación de textos alternativos y el intercambio de ideas que distinguieron habitualmente a sus trabajos (AGO: 550-551). Esta ampliación también ha contribuido a la instauración de la práctica del consenso en la C.D.I. En efecto, la minoría se ha protegido frente a la presencia de una mayoría mecánica recurriendo al consenso, práctica que retrasa y casi paraliza los debates y además los esteriliza sustantivamente con la búsqueda de textos que no generen ninguna oposición importante. La C.D.I. ha recurrido paralelamente a la diplomacia oficiosa, el papel de su Presidente y del Comité de Redacción se han hecho preponderantes, y se ha trabajado con proyectos cuyo arcano origen sólo conoce el Presidente de la C.D.I.

Por otra parte, se han introducido en el programa de trabajo de la C.D.I. materias de marcado tono político y difícil solución codificadora, como es el caso del fracasado Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la Humanidad, según ha tenido a bien reconocer la propia C.D.I. (The Work of the I.L.C.: 121-125).

En cuanto a los nuevos procedimientos de codificación, se desarrollan en general mediante una primera fase en el marco de una comisión de la A.G. compuesta siempre por representantes gubernamentales, y una segunda fase que llega hasta la adopción definitiva de la Convención en la misma A.G. o en una conferencia diplomática convocada al efecto. Una

fase intermedia, pero a veces única, la constituye la adopción de Resoluciones de la A.G. que contienen declaraciones de principios que posteriormente aunque no siempre— se incluyen y precisan en una convención. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la codificación del Derecho del espacio, que ha sido competencia de una comisión ad hoc de la A.G. (TREVES: 24 in fine-26).

Nadie duda acerca del valor permanente que posee el proceso metódico de codificación y desarrollo progresivo del D.I. que lleva a cabo la C.D.I., un excelente instrumento para superar las incertidumbres, el escaso desarrollo o los cambios sobrevenidos en algunos sectores del ordenamiento internacional. Pero la C.D.I. es consciente que debe hacer frente ineludiblemente a dos grandes retos. El primero es el riesgo de fragmentación del D.I. a causa de la tendencia a regionalizar e incluso bilateralizar un número cada vez mayor de materias, como la protección del medio ambiente o la protección de las inversiones (ver en este sentido, en el B.O.E. de 13 de septiembre de 1994, el Instrumento de ratificación y en particular los arts. 25-27, 34 y 42 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, en vigor desde el 14 de octubre de 1966 y para España desde el 17 de septiembre de 1994), riesgo que la Comisión puede contribuir a contrarrestar dado su mandato y vocación generales. El segundo reto es la imperiosa introducción de cambios en sus métodos de trabajo que agilicen y hagan más eficiente el proceso codificador, mediante la profundización de las relaciones de la C.D.I. con la A.G. y la Sexta Comisión, la superación del aislamiento o desconexión de la labor de los ponentes respecto de la Comisión, la mejora de la planificación de su trabajo a medio (para cada mandato quinquenal) y corto plazo (para cada período de sesiones), el enriquecimiento de las relaciones con otros órganos relacionados con su labor, y otras medidas de semejante tenor (Doc. N.U. A/51/10: párs. 148-149 y 169-173 y ss.).

### 3. LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE COSTUMBRE Y TRATADO Y ENTRE COSTUMBRE Y RESOLUCIONES DE LA A.G.

#### A) INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el T.I.J. ha realizado una notable contribución para la superación del formalismo tradicional en la concepción sobre las fuentes del D.I., basándose para ello en la evidencia material de la acumulación e interacción recíproca de las vías normativas consuetudinaria y convencional en el proceso de creación de algunas reglas internacionales, en virtud siempre del reconocimiento en la fase final de dicho proceso de un consensus generalis o acuerdo general de los Estados participantes acerca de determinado contenido de conducta, logrado sobre todo gracias a los efectos bienhechores de las importantes conferencias codificadoras celebradas a partir de 1958.

El fenómeno de la codificación y desarrollo progresivo del D.I. ha producido ciertos efectos en la formación del D.I. consuetudinario, bajo formas o modalidades que Jiménez de Aréchaga ha descrito acertadamente como efecto declarativo, efecto cristizador y efecto constitutivo o generador. Esta clasificación de efectos pretende averiguar la naturaleza formal del consensus finalmente alcanzado y el carácter normativo concreto de cada proceso donde se haya dado la interacción entre costumbre y tratado en orden a la formación de alguna regla del D.I. De acuerdo con la jurisprudencia del T.I.J., la doctrina ha recogido y sistematizado esos tres supuestos de interacción entre costumbre y tratado, a saber, el de una costumbre preexistente que es declarada o enunciada en un tratado (efecto declarativo), el de una costumbre en formación que cristaliza en norma consuetudinaria mediante la adopción de un tratado (efecto cristizador), y por último el de la formación de una costumbre a partir de la disposición de un tratado gracias a una práctica posterior constante y uniforme de los Estados

conforme con dicha disposición (efecto constitutivo o generador) (Jiménez de Aréchaga: 19-20 y ss.).

Es evidente que esta interacción entre costumbre y tratado puede conducir a la existencia paralela de reglas de contenido idéntico pero de distinta naturaleza normativa (consuetudinaria una y convencional la otra), lo que debe ser tenido muy en cuenta al aplicarlas. La regla es, tal y como la ha recordado el T.I.J. en su Sentencia en el Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, que ambas normas conservan una existencia propia y autónoma al objeto de su aplicación, sin que quepa ninguna confusión entre ellas (I.C.J., Rep. 1986: párs. 178-179). En efecto, el art. 43 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece claramente esta proposición al afirmar que «La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del [propio] tratado, no menoscabarán 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.»

En otros términos, la aplicación e interpretación del D.I. consuetudinario y del D.I. convencional se rigen por reglas diferentes porque se trata de fuentes o vías normativas de distinta naturaleza, sin que la posible coincidencia de los contenidos de conducta establecidos en algunas de sus normas modifique en nada este hecho. Así, por ejemplo, ya sabemos que un Estado puede oponerse a que se le aplique una norma consuetudinaria a la que se haya opuesto de forma inequívoca y persistente desde su origen (regla de la objeción persistente), regla que vendría a equivaler mutatis mutandis a la establecida en el art. 34 del Convenio de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, donde se afirma en principio que un «tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento».

Ahora bien, el D.I. consuetudinario desconoce la institución de las reservas, tan propia del D.I. convencional, por la que se permite a un Estado parte en un tratado excluir la aplicación de ciertas obligaciones del tratado o restringir su alcance en sus relaciones mutuas con el resto de Estados parte, institución que no tiene parangón en el D.I. consuetudinario que no admite estos matices formales. Ello puede conducir, por tanto, a que una determinada obligación internacional que no sea de aplicación a un Estado en tanto que contenida en una norma convencional, porque haya hecho expresa reserva de ella, pueda serle de aplicación en tanto que contenida en una norma consuetudinaria general siempre, naturalmente, que no se haya opuesto de manera inequívoca y persistente a ella. Éste fue el razonamiento que siguió el T.I.J. en el Caso recién citado para resolver el escollo formal que representaba una reserva norteamericana formulada al aceptar la jurisdicción obligatoria del Tribunal, que impedía la aplicación en ese Caso de las disposiciones de la Carta de la O.N.U. que regulan el uso de la fuerza; un consensus consuetudinario paralelo y de contenido idéntico sobre esa materia permitió la aplicación de las reglas correspondientes frente a Estados Unidos.

Tras estas aclaraciones introductorias, expondremos a continuación las tres clases de efecto ya citadas empezando por el de menor complejidad técnica (efecto declarativo) y terminando por el que encierra más dificultad (efecto constitutivo o generador).

#### B) EFECTO DECLARATIVO

La interacción declarativa se refiere al supuesto de una costumbre ya existente que es recogida y declarada en un convenio codificador de ámbito multilateral con el efecto general de precisarla y sistematizarla por escrito (Baxter, 1965-66: 300), además de servir como prueba suficiente de la presencia del elemento espiritual (*opinio iuris*) imprescindible para determinar la existencia de dicha costumbre (sorensen: 78; visscher: 82). El elemento clave de este efecto lo constituye la adopción y posterior entrada en vigor del tratado: desde ese momento, un determinado contenido de conducta rige simultánea y paralelamente en el plano

consuetudinario (para los Estados que han seguido cierta práctica concordante con ese contenido de conducta) y en el convencional (para los Estados parte en el tratado que declara la norma consuetudinaria).

En algunos casos, no es necesario que el tratado entre en vigor para que produzca este efecto declarativo o cualquier otro efecto (el cristalizador o el constitutivo), pudiendo valer como prueba de la existencia de una costumbre el simple acuerdo general oficioso mantenido durante cierto tiempo y sobre un determinado contenido de conducta en el seno de una conferencia codificadora de ámbito universal, siempre que la práctica coetánea haya sido respetuosa con dicho acuerdo.

La Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar, adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no entró en vigor hasta el 16 de noviembre de 1994, pero nadie duda de que dicha Convención ha declarado o bien cristalizado un gran número de normas consuetudinarias desde la fecha de su firma en 1982 e incluso antes, como la jurisprudencia del T.I.J. ya ha reconocido en el Caso de la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine (C.U., Rec. 1984: par. 94, Sentencia —Sala— de 12 de octubre de 1984) o en el Caso de la plataforma continental (Libia/Malta) (I.C.J., Rep. 1985: párs. 26-27 y ss.), y habrá oportunidad de comprobar al estudiar más adelante (desde el Capítulo XIX) el Derecho del Mar contemporáneo.

Lo mismo ocurrió con varias disposiciones del ya citado Convenio de 1969 sobre el Derecho de los Tratados antes de su entrada en vigor el 25 de enero de 1980 (ver B.O.E. de 13 de junio de 1980), que fueron previamente aplicadas por el T.I.J. en Casos sometidos a su jurisdicción al entender que se limitaban a declarar o enunciar normas consuetudinarias ya existentes en materia de terminación de los tratados a causa de su violación (art. 60 del Convenio de 1969), o por un cambio fundamental en las circunstancias (art. 62 del Convenio de 1969).

#### C) EFECTO CRISTALIZADOR

Este efecto se distingue por la existencia de una norma consuetudinaria en vías de formación que logra cristalizar formalmente en virtud de un acto suficientemente relevante, ya sea —supuesto habitual— la adopción de un tratado multilateral que recoja el mismo contenido de conducta objeto de la práctica consuetudinaria anterior al tratado, ya incluso cualquier otra prueba o manifestación de su aceptación general por los Estados participantes en un proceso codificador aunque dicha aceptación no tenga rango normativo, siempre que la práctica anterior sea tan constante y uniforme como para facilitar la cristalización de un consensus sobre su concreto contenido normativo, ya prefigurado en dicha práctica.

En este supuesto, la norma así cristalizada obliga en el plano consuetudinario a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma, y en el plano convencional a todos los Estados parte en el tratado o participantes en el proceso codificador. El ejemplo más socorrido de este supuesto es la aceptación por parte del T.I.J., en su Sentencia de 20 de febrero de 1969 en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, de que los tres primeros artículos del Convenio de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental eran expresión escrita de normas del D.I. general ya establecidas «o en vías de formación» (I.C.J., Rep. 1969: par. 63), sirviéndose para ello, y entre otras consideraciones, de la prohibición de formular reservas a esos artículos prevista en el art. 12.1 del mismo Convenio.

#### D) EFECTO CONSTITUTIVO O GENERADOR

Este efecto se caracteriza porque ciertas disposiciones de un tratado se convierten en modelo de la conducta subsiguiente de los Estados en el plano consuetudinario, dando lugar a una norma de D.I. consuetudinario si la práctica posterior es suficientemente constante y uniforme. Así lo prevé el art. 38 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (TORRIONE: 71-73), seguido por el mismo artículo del Convenio de Viena de 1986

sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales y entre Organizaciones internacionales, que dice así:

«Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 [sobre tratados y terceros Estados u Organizaciones internacionales] no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.»

De acuerdo con la jurisprudencia del T.I.J., es preciso que se cumplan ciertos requisitos: la regla convencional que origina el proceso debe tener carácter normativo, es decir, debe ser una regla general válida para un número indeterminado de situaciones de hecho idénticas o análogas, o al menos debe poseer la capacidad necesaria para constituirse en una norma general porque su contenido de conducta así lo permita, y la práctica posterior debe ser general, uniforme y constante en el mismo sentido de la disposición convencional invocada (I.C.J., Rep. 1969: 41-43, Sentencia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte. Rep. 1974: 22-23 y ss., Sentencia en el Caso de la competencia en materia de pesquerías, Fondo). En palabras del propio T.I.J., se exige que

«en la práctica de los Estados estén incluidos los particularmente interesados, que haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada y que se haya manifestado de forma que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma u obligación jurídica» (i.c.j., Rep. 1969: par. 74).

El elemento clave de este efecto radica en la práctica subsiguiente al tratado de los Estados no parte, cuya conducta será determinante en la formación de la costumbre por no estar obligados en principio a comportarse en el sentido que invocan las disposiciones convencionales; en el bien entendido que, en este supuesto, el silencio de los terceros Estados no podrá interpretarse nunca como una aquiescencia o aceptación tácita de dichas disposiciones convencionales, tal como ocurre en el proceso normal de formación de las normas consuetudinarias (BAXTER, 1970: 66-67 y 69; CHarpen TIER: 109-110; Marek: 62-64).

Pero surge el problema de la posible reducción de la práctica consuetudinaria a una mínima expresión cuando se trate de un convenio adoptado en una conferencia codificadora de participación prácticamente universal, que haga muy difícil probar el estado del D.I. consuetudinario al margen o fuera del círculo de relaciones jurídicas creadas por el convenio en cuestión. El T.I.J., en su conocida Sentencia en los Casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte, llegó a afirmar que podía obviarse la práctica posterior como condición necesaria para el efecto constitutivo de un tratado si la participación en el mismo, en razón del número de ratificaciones, era bien amplia y representativa y comprendía a los Estados más interesados (I.C.J., Rep. 1969: par. 73). No obstante y en sentido inverso, las futuras enmiendas y denuncias y la práctica contraria al consensus convencional tenderían también a limitar el Derecho consuetudinario creado por el efecto constitutivo de la Convención hasta el punto de poder transformarlo si la oposición fuera suficiente (Baxter, 1970: 98).

#### E) LA INTERACCIÓN ENTRE COSTUMBRE Y RESOLUCIONES DE LA A.G.

El fenómeno de la interacción normativa entre costumbre y tratado no se agota en ese ámbito, sino que se proyecta también a las relaciones entre costumbre y resoluciones de la A.G. de la O.N.U. Es cierto que la mayor parte de las resoluciones de las Organizaciones internacionales no crean normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros y, por tanto, no constituyen fuentes del D.I. Sin embargo, pueden encontrarse los tres efectos recién descritos en algunas resoluciones de la A.G. que adoptan la forma solemne de declaraciones y enuncian principios jurídicos de alcance general. De acuerdo con la Carta, esas resoluciones de la A.G. siguen sin ser obligatorias, pero bajo determinadas condiciones (a saber, su adopción por unanimidad o amplia mayoría y su concordancia con la práctica consuetudinaria) pueden producir efectos en la formación del D.I. constituyéndose excepcionalmente en una fuente más del mismo, en

virtud precisamente de su interacción con el proceso de formación consuetudinario de las normas internacionales. Al ocuparnos de la interacción declarativa entre costumbre y tratado, advertimos ya sobre la posibilidad de que no sea necesario que un tratado entre en vigor para que produzca ese o cualquier otro efecto. Tomar ahora en consideración, como hacemos, resoluciones no vinculantes de la A.G. no es sino una mera derivación de lo anterior.

Un amplio sector de la doctrina (Jiménez de Aréchaga: 38-42. Al que han seguido, entre nosotros, Carrillo Salcedo, 1991: 130-132; y Pastor Ridruejo: 152-156) sostiene con razón que una resolución bajo forma de declaración de la A.G. puede declarar o confirmar normas consuetudinarias ya vigentes, contribuyendo tanto a precisar y sistematizar el elemento material de la costumbre como a probar la *opinio iuris generalis* que la sustenta (efecto declarativo análogo al que produce un convenio declarativo). En otras ocasiones, una resolución bajo forma de declaración, que desarrolla y precisa alguno de los grandes principios de la Carta o que contiene nuevos principios de D.I., permite cristalizar una norma consuetudinaria en vías de formación (*in statu nascendi*) gracias por ejemplo a su adopción unánime por la A.G. (efecto cristalizador, análogo al que produce un convenio del mismo carácter), o bien puede ser el origen de una futura norma consuetudinaria si la práctica posterior de los Estados confirma su valor jurídico (efecto constitutivo, análogo al que produce un convenio innovador).

Entendemos que la Res. 2625 (XXV) de la A.G., de 24 de octubre de 1970, sobre la declaración de los principios de D.I. relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, sobre todo ha declarado y desarrollado progresivamente normas de D.I. ya existentes, como sostuvo el T.I.J. en su Sentencia de 27 de junio de 1986 en el Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (I.C.J., Rep. 1986: párs. 188-192). La Res. 1962 (XVIII) de la A.G., de 13 de diciembre de 1963, sobre los principios jurídicos que deben regir la actividad de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, adoptada por unanimidad y que culminaba una serie de resoluciones sobre el tema, es un buen ejemplo de resolución cristalizadora del *consensus generalis* o acuerdo general que se había ido gestando en los años anteriores sobre el principio de la libertad del espacio ultraterrestre así como otros principios de su régimen jurídico. Por último, la Res. 1514 (XV) de la A.G., de 14 de diciembre de 1960, adoptada sin votos en contra, que contiene la declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales, se cita como ejemplo de resolución con efecto constitutivo o generador de normas de D.I. general, gracias a la práctica internacional posterior que ha confirmado la aceptación general del principio de libre determinación de los pueblos sometidos a dominación colonial, reiterado más tarde en la Res. 2625 (XXV).

En resumen, las resoluciones de la A.G., desprovistas en principio de obligatoriedad pueden servir de cauce o instrumento para la creación de normas de D.I.; ello reitera la ausencia de formalismo que caracteriza la elaboración del D.I., sometida en esencia a los dictados de la práctica y de la manifestación concreta del *consensus generalis* o acuerdo general de los Estados, con independencia de la forma que dicho *consensus* adopte.

#### 4. LOS ACTOS UNILATERALES INTERNACIONALES

##### A) IDEAS GENERALES

La teoría de los actos unilaterales en D.I. ha sido objeto de un tratamiento muy precario por la doctrina internacionalista hasta época reciente. El origen de este hecho cabe atribuirlo a una serie de factores.

En primer lugar, y en el plano teórico, sólo, las construcciones del Derecho privado —hecha abstracción de la época de los fundadores del D.I. — han tenido positiva influencia entre los

estudiosos del D.I.P. Hoy, por el contrario, la recepción y consiguiente adaptación al D.I. de instituciones desarrolladas por los teóricos del Derecho interno —privatistas y publicistas— es cada día más frecuente. En este orden de ideas no es extraño que la construcción relativa al negocio jurídico se haya dejado sentir en la doctrina internacionalista, concretamente en el tema examinado de los negocios jurídicos unilaterales.

Otro factor que ha influido notablemente en el reciente tratamiento del tema ha sido la superación en cierto sentido del positivismo voluntarista, tanto en la fundamentación del D.I. como en el proceso de creación y cambio de las normas internacionales. Desde una perspectiva amplia, Guggenheim ya afirmó en su día que «el procedimiento de creación de normas jurídicas, en su escalón superior (el D.I. consuetudinario), no se realiza exclusivamente en el marco de las obligaciones recíprocas, los acuerdos, sino también en el de los compromisos internacionales unilaterales» (guggenheim: 273-274). Como puede observarse, Guggenheim dio un paso importante en el camino de admitir a los actos unilaterales entre los procedimientos de creación de normas jurídicas; si bien con la doble salvedad de ligarlos de un lado a la formación de la costumbre, y de otro a una concepción voluntarista, como lo demuestra la referencia al compromiso (engagements) de que habla.

Finalmente, hoy parece insostenible intentar reducir la importancia de la función de los actos unilaterales en el desarrollo del D.I., y concretamente —por ejemplo— en lo relativo al Derecho del Mar (Carrillo: 1959: 125 y ss.). Baste recordar, sin salirse de un marco puramente tradicional, la función de los actos unilaterales en la formación de la costumbre.

#### B) CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ACTO UNILATERAL

Entendemos por acto jurídico unilateral una manifestación de voluntad de un solo sujeto del D.I., cuya validez no depende prima facie de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos —creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones— para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias.

Para examinar los elementos del acto unilateral analizaremos la definición anterior, dando a su vez una serie de precisiones:

1.º El acto unilateral requiere en primer término una manifestación de voluntad, pero para que ésta sea elemento constitutivo de un acto unilateral tiene que ser tomada en consideración en sí y por sí misma, y no como elemento constitutivo de un acuerdo.

2.º La manifestación de voluntad debe ser hecha por un solo sujeto internacional. Es precisamente este hecho una de las características esenciales de la unilateralidad del acto jurídico.

Lo anterior no impide que a las declaraciones de voluntad de diversos sujetos, aunque tengan un contenido idéntico y siempre que sean independientes, las debamos de considerar como actos unilaterales. Por otro lado, la existencia de una serie de actos unilaterales de contenido idéntico de diversos Estados puede dar lugar a la formación de una costumbre internacional, si concurre la opinio iuris necesaria para formarla.

Conviene precisar, además, que una promesa unilateral, que originariamente es un acto unilateral, si es aceptada por otro u otros Estados, pueda dar origen a un acuerdo. En este caso, lo que inicialmente fue un acto unilateral da paso a la formación de un acuerdo bilateral o plurilateral.

3.º La validez de un acto unilateral no depende prima facie, como hemos dicho, de otros actos jurídicos en el estado actual de desarrollo del D.I.

Lo anterior no quiere decir que un acto unilateral sea per se y en todos los casos lícito, que no pueda ser declarado nulo, que sea siempre eficaz y que su invalidez no pueda estar contemplada en una norma de D.I. convencional o consuetudinario. En este último sentido debe ser, a mi juicio, entendido el pronunciamiento del T.P.J.I. en el Caso Wimbledon al afirmar que

«En todo caso, un reglamento de neutralidad [...] no puede prevalecer sobre las disposiciones de un Tratado» (c.p.j.i., Serie A, n. 1: 29).

4.º Los actos unilaterales tienden finalmente a producir efectos jurídicos para el sujeto autor de la declaración de voluntad, salvo que a éstos se les haga depender de una condición y mientras ésta no se cumpla. Es lógico que el sujeto internacional autor de la declaración de voluntad pretenda que surta ésta determinados efectos. Pero habrá que examinar en cada categoría de actos, e incluso en cada uno de ellos en particular, cuáles sean sus efectos en concreto.

Según advierte con razón Barberis, un acto jurídico unilateral no vinculado con ningún acto convencional y dependiente exclusivamente del D.I. consuetudinario sólo puede imponer obligaciones a quien lo formula: «...si se consideran sólo los actos jurídicos unilaterales dependientes directamente del derecho consuetudinario, se puede concluir que las normas creadas por ellos no pueden imponer obligaciones a terceros. En el estado actual del derecho internacional, un Estado u otro sujeto internacional no puede imponer una obligación a un tercero, mediante un acto jurídico unilateral dependiente directamente del derecho consuetudinario. Un acto jurídico unilateral de esta categoría que impusiere obligaciones a terceros sería nulo» (Barberis: 114-115, cita en 115).

En resumen, los actos unilaterales se caracterizan por los rasgos siguientes: emanan de un solo sujeto de Derecho; no dependen para ser eficaces de ningún otro acto jurídico; no producen nunca obligaciones para terceros; y producen efectos jurídicos obligatorios y exigibles para el Estado del que emana el acto (SUY:44).

### C) EFECTOS DEL ACTO UNILATERAL

En términos generales, el Estado queda vinculado por sus propias declaraciones, lo que significa que el contenido de un acto unilateral es oponible al autor del mismo en virtud del principio de la buena fe, declarado por la Res. 2625 (XXV) de la A.G. como uno de los principios constitucionales del ordenamiento internacional contemporáneo. Por tanto es posible, como ha reconocido el T.I.J. expresamente en las Sentencias de 20 de diciembre de 1974 sobre las Pruebas Nucleares, que declaraciones unilaterales tengan el efecto de crear obligaciones jurídicas para su autor, si tal es la intención de éste (C.I.J., Rec. 1974: 267-268 y 472-473).

La oponibilidad de los actos unilaterales —e incluso de comportamientos que no constituyen manifestaciones de voluntad— a su autor se ha explicado a veces como una consecuencia de la recepción por el D.I. de la institución conocida en el Derecho inglés como Estoppel y, más concretamente, de la más importante de las distintas clases de Estoppel: el «Estoppel by representaron», cuya formulación clásica —que se encuentra por primera vez en una Sentencia inglesa de 1837— es la siguiente: «Cuando una persona, con sus palabras o con su conducta, produce voluntariamente a otra la creencia de la existencia de un determinado estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su previa posición jurídica, el primero no puede alegar frente al segundo que en realidad existía un estado de cosas diferente» (DÍEZ-PICAZO: 79). Pero en el Derecho inglés, el Estoppel es una institución puramente procesal que «no crea, por tanto, ni modifica, ni extingue una situación jurídica», sino que sólo «imposibilita una determinada alegación y hace que se la considere inadmisible» (DÍEZ-PICAZO: 68).

En el campo de los litigios internacionales existe una abundante jurisprudencia que consagra la oponibilidad de los actos unilaterales a su autor y que puede ser interpretada como aplicación del Estoppel, si bien no es frecuente que esta noción sea expresamente invocada. Cabe mencionar, a título de ejemplo, la Sentencia del T.I.J. de 18 de noviembre de 1960 en el Caso relativo a la Sentencia Arbitral del Rey de España de 23 de diciembre de 1906. En ella, el Tribunal estimó que Nicaragua no podía alegar vicios de un procedimiento arbitral en el



que había participado libremente y sin plantear objeciones ni tampoco discutir la validez de una sentencia arbitral que previamente había reconocido como válida, tanto por declaración expresa como por su conducta (C.I.J., Rec. 1960: 209 y 213).

La configuración del Estoppel en la doctrina y en la práctica internacional no es uniforme, sino que oscila con diversos matices entre una concepción amplia y una concepción restrictiva de la institución. Como ejemplo de la primera se cita con frecuencia el siguiente párrafo de la opinión individual del juez Alfaro en el Caso del Templo de Préah Vihear:

«Cualquiera que sea el término o los términos empleados para designar este principio tal como ha sido aplicado en el ámbito internacional, su esencia siempre es la misma: la contradicción entre las reclamaciones o alegaciones presentadas por un Estado y su conducta previa al respecto no es admisible (al legans contraria non audiendus est). Su propósito siempre es el mismo: un Estado no debe ser autorizado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (neniopotest mutare consilium suum in alterius injuriam) [...]. Finalmente, el efecto jurídico del principio siempre es el mismo: cuando una parte, con su reconocimiento, su representación, su declaración, su conducta o su silencio, ha mantenido una actitud manifiestamente contraria al derecho que reclama ante un tribunal internacional, su reclamación de ese derecho es inadmisibile (venire contrafactum proprium non valem)» (C.I.J., Rec. 1962:40).

La concepción más restrictiva, que nos parece la correcta, configura el Estoppel en D.I. con elementos constitutivos más rígidos, semejantes a los del «Estoppel by representation» en el Derecho inglés, y su alcance y efectos son delimitados con más rigor con respecto al de otras instituciones tales como el reconocimiento, la aquiescencia o la renuncia. Así en una buena monografía sobre el tema, en la que se defiende que la concepción restrictiva es la consagrada por la jurisprudencia internacional, se define al Estoppel en los siguientes términos: «cuando una Parte, por sus declaraciones, sus actos o sus comportamientos, ha llevado a otra Parte a creer en la existencia de un cierto estado de cosas en base a cuya creencia le ha incitado a actuar o a abstenerse de actuar, de tal modo que de ello ha resultado una modificación de sus posiciones relativas (en perjuicio de la segunda o en beneficio de la primera, o ambas cosas a la vez), la primera no podrá, por Estoppel, establecer frente a la segunda un estado de cosas diferente del que ha representado anteriormente como existente» (Martín: 260; Barberis: 113). Ahora bien, no parece que la institución del Estoppel, ni siquiera en su concepción más extensiva, pueda explicar la totalidad de los efectos de los actos unilaterales y del comportamiento de los Estados, ya que tales efectos no siempre se agotan en el ámbito procesal de la inadmisibilidad de pruebas o reclamaciones, sino que, como hemos visto, también pueden ser efectos sustantivos, es decir, de creación, modificación o extinción de obligaciones y derechos. En cambio, sí puede explicar y fundamentar todos esos efectos el principio de la buena fe tal y como se formula en la ya citada Res. 2625 (XXV) de la A.G.:

«Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos.»

Y como el T.I.J. lo reconoció en sus citadas Sentencias sobre las Pruebas Nucleares:

«Uno de los principios básicos que rigen el establecimiento y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas, cualquiera que sea su fuente, es el principio de la buena fe» (C.I.J., Rec. 1974: p. 268, par. 46).

#### D) Oponibilidad de los actos unilaterales frente a terceros Estados

La otra cara del problema se refiere a si los actos unilaterales producen efectos respecto a terceros Estados o no. En el estado actual de desarrollo del D.I. la contestación debe ser negativa, ya que por definición los actos unilaterales sólo atribuyen derechos a terceros pero no obligaciones.

De la anterior afirmación no debe deducirse que un acto unilateral no esté en el origen de determinadas situaciones internacionales oponibles frente a terceros Estados; pero la oponibilidad deriva no del acto originario en sí, sino de otro posterior del tercer Estado en que manifieste su consentimiento expresa o tácitamente, o bien de una norma internacional que le atribuya valor obligatorio. Es precisamente de estas últimas de las que deriva la oponibilidad de situaciones cuya primera manifestación en el campo jurídico —no en el de los simples hechos— puede buscarse en un acto unilateral. En suma, los actos jurídicos unilaterales pueden ser una fuente del D.I. cuando dan origen a una práctica consuetudinaria que termina cristalizando en una norma de D.I.; pero no debemos confundir el origen y el procedimiento de creación de esa norma con la norma misma, ya creada.

Si profundizamos en la perspectiva del acto unilateral como fuente de creación de normas internacionales, es decir y en rigor, como un acto de la práctica, se nos presenta el problema de cómo interpretar la prestación del consentimiento, con reflejo evidente en la obligatoriedad de esos actos, en el supuesto del consentimiento tácito. Porque el consentimiento puede manifestarse de forma positiva mediante actos concluyentes de los que se deduzca fácilmente el mismo, pero puede presentar problemas de prueba en casos concretos.

El consentimiento tácito que presenta mayores problemas es aquel que va ligado al silencio y concretamente hasta qué punto es aplicable en el D.I. el adagio *qui tacet consentire videtur*. En general, el silencio no engendra obligaciones internacionales, salvo que pueda ser interpretado como una presunción de consentimiento dadas las circunstancias del caso concreto (ausencia de protesta, conocimiento de la situación por notificación o bien por registro del acto unilateral en las N.U. en virtud de la interpretación dada por el Secretario General al art. 102 de la Carta). La jurisprudencia internacional ha confirmado la anterior afirmación en el Caso de la Compañía de Asfaltos de Francia (R.S.A.: IX, 396), en el de las Fronteras de Colombia y Venezuela (R.S.A.: I, 280), y muy especialmente en el Caso anglo-noruego de pesquerías, donde el T.I.J. dijo al respecto:

«Absteniéndose de emitir una protesta o su oposición a la legitimidad de los decretos noruegos, el Reino Unido, dada su posición de potencia marítima y teniendo en cuenta su interés en las zonas de pesca en cuestión, ha reconocido implícitamente su validez» (C.I.J., Rec. 1951-138-139).

Otras decisiones posteriores del T.I.J. se ocupan también del silencio (CU Rec 1959: 209; y Rec. 1960: 39).

#### E) EXAMEN DE ALGUNOS ACTOS UNILATERALES

En rigor, carece de relevancia examinar aquí las diversas y posibles manifestaciones formales del consentimiento en obligarse por parte de un Estado mediante un acto unilateral, ya que habrá que esperar al análisis concreto de la intención de obligarse en una situación determinada por parte de un Estado para extraer las consecuencias jurídicas oportunas. No obstante, a título de ejemplos, vamos a examinar algunas figuras de actos unilaterales que consideramos más importantes o más frecuentes en la práctica internacional.

a) El reconocimiento es quizá el acto unilateral más usado por la práctica y el más estudiado por la doctrina. Según la mayoría de los autores se entiende por reconocimiento una declaración de voluntad unilateral por la cual un sujeto de D.I. constata la existencia de un hecho, de una situación o de una pretensión, y expresa su voluntad de considerarlas como legítimas. El reconocimiento se emplea con gran frecuencia, ya que abarca tanto la constatación de la existencia de hechos como el nacimiento de un Estado o el cambio de un Gobierno, de situaciones como pueda ser la de guerra o de pretensiones de terceros, como puede ser la ampliación del mar territorial a efectos de pesca u otras situaciones. La institución del reconocimiento la veremos en su aplicación práctica en otros lugares de este Libro, razón por la cual ahora no profundizamos más.

b) La renuncia ha sido definida como «la manifestación de voluntad de un sujeto, dirigida a abandonar un derecho o poder propios con la finalidad de provocar su extinción» (Biscottini: 167). Como puede fácilmente deducirse es una institución no muy empleada en el ámbito internacional y, por la gravedad que entraña, no se presume nunca y habrá que interpretarla restrictivamente.

Un subtipo de renuncia es el desistimiento, bastante empleado en el campo del derecho procesal internacional. En el Reglamento del T.P.J.I. y ahora del T.I.J. está previsto el desistimiento de un procedimiento internacional iniciado y de él se ha hecho uso ante ambos Tribunales. Es muy discutible que se trate de un acto puramente unilateral. De los tres casos que prevé el Reglamento del T.I.J. —arts. 88 y 89— sólo uno de ellos puede ser considerado como tal, pues en los otros dos hay una intervención de la otra Parte en el procedimiento que desnaturaliza el carácter de acto unilateral (ver providencia del T.I.J. de 10 de septiembre de 1992 en el Caso relativo al paso por el Gran Belt, en CIJ., Rec. 1992: 348-349). No obstante, en el supuesto contemplado en el art. 89.1 del Reglamento, es decir, relativo a los desistimientos cuando aún no hubiera hecho ningún acto de procedimiento la Parte demandada, sí nos encontramos ante un acto unilateral, ya que el asunto se cancela del Registro del Tribunal, sin intervención de la Parte demandada. Los efectos del desistimiento son diversos, según se considere que hubo un desistimiento de acción, en cuyo caso no podrá reintroducirse ante el Tribunal y nos encontraremos ante una clara renuncia, y aquellos otros casos de simple desistimiento de instancia. En estos últimos se puede volver nuevamente al Tribunal, pues se estima que la renuncia sólo abarca al procedimiento concreto que se haya emprendido y del cual se desiste. En la historia de ambos Tribunales todos los desistimientos habían sido definitivos en la práctica hasta el Caso Barcelona Traction, en que después de haber desistido Bélgica del procedimiento contra España ante el Tribunal en 1961, volvió a presentar en 1962 otra demanda sobre el mismo asunto. El Tribunal rechazó en su Sentencia de 24 de julio de 1964 la excepción de desistimiento presentada por España y el nuevo procedimiento continuó.

c) La notificación es «un acto por el que se pone en conocimiento de un tercero un hecho, una situación, una acción o un documento, del que se pueden derivar efectos jurídicos y que será en consecuencia considerado como jurídicamente conocido por aquel a quien se dirigió» (rousseau: 1,421).

La notificación, institución muy utilizada en el D.I., puede ser obligatoria, en aquellos casos en que se ordene en un tratado, o bien facultativa. Ejemplos de la primera, recogidos de tratados relativamente recientes, son los previstos en el art. 7 del Tratado de la Antártida, de 1 de diciembre de 1959, que obliga a notificar las expediciones que se envíen al continente antártico, o la notificación de todo fenómeno peligroso descubierto en el espacio extra-atmosférico que ordena el art. V del Tratado de 27 de enero de 1967. Por lo que se refiere a las notificaciones facultativas podemos mencionar la relativa a la declaración de neutralidad en la guerra o la ruptura de relaciones diplomáticas.

d) Las distintas categorías de actos unilaterales no se agotan en los enumerados. Existen otros, como la promesa, cuyo carácter de acto unilateral es discutido, aunque cabe afirmarlo para algunas de ellas, si bien una buena mayoría de las conocidas son de carácter convencional. Podemos definirla como la manifestación de voluntad de un Estado, destinada a asumir una determinada conducta de hacer o de no hacer en las relaciones con otros Estados respecto de una situación concreta. Podríamos mencionar, a título de ejemplo, la reiterada promesa de las antiguas autoridades soviéticas de no usar en primer lugar las armas nucleares.

## CAPÍTULO V

### LOS TRATADOS INTERNACIONALES (I):

## EL PROCESO DE CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. CONCEPTO DE TRATADO

La inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas como de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios Tratados.

El desarrollo del Derecho internacional y su codificación en esta materia se ha venido realizando preferentemente por la Comisión de Derecho Internacional de la O.N.U. y en grandes Conferencias auspiciadas por las N.U. En ellas cabe señalar la que, reunida en Viena en dos períodos de Sesiones (1968 y 1969), elaboró una Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (U.N. Doc. A/Conf. 39/27) firmada el 23 de mayo de 1969, a la que España se adhirió por instrumento de 2 de mayo de 1972 (B.O.E. de 13 de junio de 1980, n. 142) y que entró en vigor el 27 de enero de 1980 y a la que por tanto tomaremos como referencia en las citas sucesivas; y la que elaboró la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986.

Según el art. 2.1 .a) del Convenio de Viena de 1969,

«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 en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular».

Esta definición limita la aplicación de la Convención a los acuerdos concertados: 1) en forma escrita, ya sea en un instrumento único o en varios conexos; 2) entre Estados (los celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre éstas son objeto de la Convención de Viena de 1986 citada); 3) y regidos por el D.I., pero sin que importe la denominación que reciban (Acuerdo, Convención, Carta, Compromiso, Concordato, Modus vivendi, Pacto, Protocolo, Estatuto, etc.).

Pero como el artº 3 prevé que la no aplicación del Convenio a los acuerdos celebrados en forma no escrita o entre Estados y otros sujetos de D.I. no afecta al valor jurídico de tales acuerdos, podemos considerar acuerdos internacionales a:

a) Los concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos de D.I. (por ejemplo organizaciones internacionales) o entre otros sujetos entre sí (por ejemplo entre organizaciones internacionales). Por el contrario no son acuerdos internacionales los concluidos entre personas privadas (individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones) o entre Estados y personas privadas (Sentencia del T.I.J. de 22 de julio de 1952, en el Asunto de la Anglo-iranian, en la que declaró que una concesión petrolífera concluida entre el Estado iraní y una Sociedad privada no podría tener carácter de un Tratado Internacional, C.I.J., Rec. 1952: 112).

b) Los concertados en cualquier forma o bajo cualquier denominación, siempre que supongan un acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional regido por el Derecho Internacional. Lo que caracteriza a un tratado es la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo y no su forma (Sentencia del T.I.J. de 19 de diciembre de 1978 en el Asunto de la Plataforma continental del Mar Egeo, CU., Rec. 1978: 39). Así, como señaló el T.I.J. en el Asunto de la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (competencia y admisibilidad), «un acuerdo internacional puede tener formas variadas y presentarse bajo denominaciones diversas» (C.I.J., Rec. 1994: 120). La práctica internacional confirma que no es necesaria la forma escrita para que exista un acuerdo obligatorio entre las Partes. El D.I. no exige unas formas rígidas, dándose en la práctica una gran variedad de formas y

siendo posible incluso la forma verbal (C.P.J.I., Serie A/B, n. 53: 71). El T.I.J., en el asunto entre Qatar y Bahrein antes citado, llegó a considerar que existía un tratado en la Minuta firmada en diciembre de 1990 por los Ministros de Asuntos Exteriores de Bahrein, Qatar y Arabia Saudí. En palabras del Tribunal:

«Este instrumento no es una simple acta de la reunión [...]. No se limita a relatar discusiones y a resumir puntos de acuerdo y de desacuerdo. Enumera los compromisos en los que las Partes han consentido. Crea así para las partes derechos y obligaciones en derecho internacional. Constituye un acuerdo internacional» (C.I.J., Recueil, 1994: 121).

## 2. CLASES DE TRATADOS

Los Tratados internacionales se pueden clasificar:

a) Por el número de Partes contratantes: Tratados bilaterales —concertados entre dos sujetos internacionales— y plurilaterales o multilaterales —en los que participan más de dos sujetos— que a su vez pueden ser restringidos —abiertos a un número determinado de Estados— y generales —con vocación de universalidad—.

b) Por su grado de apertura a la participación. Tratados abiertos —a los que se puede llegar a ser Parte en los mismos aunque no se haya tomado parte en su proceso de formación—, cerrados —aquellos que quedan restringidos a los participantes originarios en los mismos y en los que la participación de un nuevo Estado supone la creación de un nuevo acuerdo entre los participantes originarios y el nuevo Estado— y semicerrados —aquellos en que otros Estados pueden llegar a ser Partes, distintos a los Estados originarios, pues figuran en una lista anexa al tratado o bien se prevé en el propio Tratado un procedimiento particular de adhesión, y también por el envío de una invitación de los Estados originarios para que otros Estados se adhieran al Tratado—.

c) Por la materia objeto del Tratado, los hay de carácter político, económico, cultural, humanitario, consulares, de establecimiento, etc.

d) Por su junción de creación de obligaciones (según una terminología originada en la doctrina alemana del siglo XIX y de amplia repercusión entre los iusinternacionalistas encabezados por Triepel, y ya superada): Tratados contrato —los que prevén un intercambio de prestaciones entre los contratantes— y Tratadosley —los que intentan crear una norma de carácter general aplicable a toda la C.I. o a una parte de ella.

e) Por la naturaleza de los sujetos que participan: Tratados entre Estados, entre Estados y otros sujetos del D.I. —los concordatos de la Santa Sede con los Estados o los acuerdos de sede entre una organización internacional y el Estado en que ésta tiene su sede u oficina principal— y Tratados entre otros sujetos del D.I. —acuerdos de las organizaciones entre sí—.

f) Por su duración: Tratados con un plazo de duración determinado, pasado el cual se extinguen; de duración indeterminada, salvo denuncia; y prorrogables, bien expresamente o tácitamente —es muy frecuente la cláusula de prórroga tácita por periodos determinados, salvo denuncia expresa dentro de un término preestablecido—.

g) Por la forma de conclusión: Tratados concluidos en forma solemne —cuyo perfeccionamiento exige un acto de ratificación autorizada por el Parlamento, la intervención en su proceso formativo del Jefe del Estado como órgano supremo de las relaciones internacionales, y el intercambio o depósito de los instrumentos de ratificación (maresca: 98)— y los acuerdos concluidos en forma simplificada —que obligan en virtud de un acto distinto a la ratificación, manifestándose el consentimiento mediante la autenticación del texto del acuerdo o por un acto posterior a la autenticación, distinto de la ratificación, como la aprobación, la notificación, la aceptación o la adhesión—. En sentido amplio podrían también considerarse acuerdos en forma simplificada «aquellos en que el consentimiento del Estado se

manifiesta verbalmente o mediante un acto o una conducta que exprese los elementos constitutivos de una oferta o de una aceptación de una oferta, según que el Estado sea oferente o aceptante, de un acto o una conducta complementarios de otro sujeto de Derecho Internacional» (Casanovas: 14 y 15).

Al hablar de formas simplificadas nos referimos al plano internacional, pues internamente siguen en muchos casos un proceso paralelo al de la ratificación.

El número de Acuerdos en forma simplificada es enorme y sigue aumentando. Ello es jurídicamente posible porque el D.I., como antes señalamos, no hace depender la validez de los Tratados de ninguna forma especial. Y en la práctica ello se ve favorecido por factores como el aumento progresivo de las relaciones interestatales y su rapidez y tecnicismo crecientes para hacer frente a las necesidades políticas y económicas de las relaciones internacionales, el aumento progresivo de la importancia del poder ejecutivo, y el formalismo y la lentitud del procedimiento parlamentario (SMETS: 8). Todo ello con la salvedad, sin embargo, de que dentro de las formas simplificadas la forma verbal es extremadamente rara. Los gobernantes cuidan normalmente mucho de sus palabras cuando pueden tener una proyección exterior vinculante y la forma escrita por lo general se mantiene con toda su pujanza.

### 3. FASES DE LA CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Aunque el grado de complicación del procedimiento de celebración necesario para crear un Acuerdo internacional variará según los casos, podemos distinguir por orden cronológico las cuatro fases siguientes.

#### A) OTORGAMIENTO DE LOS PLENOS PODERES

El otorgamiento de los plenos poderes para negociar, autenticar, o adoptar el futuro Tratado constituye una fase previa durante la cual las autoridades nacionales competentes designan a sus representantes, fase que transcurre dentro de cada Estado y no trasciende todavía al exterior. La Convención de Viena deja la reglamentación de esta materia esencialmente al Derecho interno de los Estados; el Derecho español aplicable a la misma será examinado en el capítulo siguiente.

Según el art. 2, apartado 1 .c), de la Convención de Viena, se entiende por «plenos poderes» un documento que emana de la autoridad competente del 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 acto con respecto a un Tratado.

Pero aunque es obvio que los sujetos internacionales, entes colectivos territoriales o funcionales, tienen que obrar a través de personas individuales que les representan, la Convención de Viena deja al Derecho interno de cada Estado la reglamentación de las facultades concretas que corresponden a cada órgano en particular para actuar en el campo de las relaciones internacionales, limitándose a establecer en sus arts. 7 y 8 una regla general y varias específicas respecto de quién se considera internacionalmente capacitado para obligar a su Estado por medio de los Tratados.

1.º La regla general tanto para la adopción y autenticación del texto como para la manifestación del consentimiento, considera que representan al Estado: a) los que estén provistos de plenos poderes, o b) cuando de la práctica o de otras circunstancias se deduzca que los Estados han considerado a la persona como su representante sin necesidad de plenos poderes.

2.º Las reglas específicas prevén que, en virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, se consideran facultados: a) al Jefe del Estado, al del Gobierno y al Ministro

de Asuntos Exteriores para todos los actos relativos a la celebración de un tratado; b) a los Jefes de Misión diplomática para la adopción del texto de los Tratados con el Estado ante el que se encuentren acreditados, y c) a los Representantes 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 (art. 7 del Convenio de Viena). La consideración como Derecho Internacional general de dicho art. 7 ha sido confirmada por el T.I.J. en el asunto sobre la Aplicación de la Convención sobre el Genocidio, Excepciones preliminares (C.I.J., Rec. 1996, p. 622).

3.º Cabe que lo ejecutado por una persona no autorizada pueda surtir efectos si posteriormente fuera confirmado por el Estado en cuya representación se había considerado autorizado a actuar (art. 8 del Convenio de Viena).

## B) NEGOCIACIÓN

### A) SU DESARROLLO

En contraste con la fase anterior, la fase de la negociación transcurre en un marco internacional, ya que durante ella los representantes «se reúnen en un lugar y en una época preestablecida a fin de estudiar conjuntamente las posibilidades efectivas de llegar a un entendimiento en una determinada materia; buscan acercar sus posiciones sobre puntos concretos, objeto de la negociación misma, y elaboran un proyecto de acuerdo destinado a pasar a una fase ulterior. La negociación constituye la esencia misma del método diplomático» (Maresca: 133). La negociación consiste en la presentación de propuestas y contrapropuestas por parte de los representantes, que son debatidas por las delegaciones, que las aceptan, rechazan o procuran enmendar.

Las negociaciones se desarrollan generalmente:

1. En conversaciones directas entre los representantes de los Estados, interviniendo generalmente los servicios técnico-administrativos o diplomáticos en la preparación del texto.
2. En una Conferencia diplomática convocada al efecto por un Estado, que invita a los demás Estados interesados, o por una Organización internacional.

### B) EL FIN DE LA NEGOCIACIÓN PROPIAMENTE DICHA: LA ADOPCIÓN Y AUTENTICACIÓN DEL TEXTO

La fase de la negociación culmina con la adopción y la autenticación del texto, actos que acreditan que el texto adoptado es el convenido, pero que no lo convierten en obligatorio para los Estados.

El art. 9 del Convenio de Viena distingue dos procedimientos de adopción del texto: 1.º) normalmente «se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración», y 2.º) en el caso especial de adopción del texto por una Conferencia internacional, ésta «se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que los Estados decidan por igual mayoría una regla diferente».

La autenticación del texto es un acto jurídico que da fe de la veracidad del texto adoptado, el cual «quedará establecido como auténtico y definitivo».

El art. 10 del Convenio de Viena reglamenta las formas de autenticar en orden sucesivo y excluyéndose unas a otras: 1.º) la que se prescriba en el texto del Tratado; 2.º) las que convengan los Estados que hayan participado en la elaboración, y 3.º) mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica de los representantes puesta en el texto del Tratado o en el Acta final de la Conferencia en la que figure el texto.

Con la autenticación termina la elaboración material del texto del tratado, pero los Estados negociadores no están todavía obligados por el tratado. La vinculación jurídica sólo se producirá, como veremos, con la manifestación del consentimiento. No obstante, ello no

significa que la autenticación no produzca ya ciertos efectos jurídicos derivados esencialmente del principio de la buena fe.

Así, en primer lugar, durante el lapso de tiempo que media entre la firma del Tratado o el canje de los instrumentos que le constituyen a reserva de ratificación, aceptación o adhesión, y la manifestación de su intención de ser o no parte en el Tratado, los Estados están obligados por el art. 18 de la Convención de Viena a abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y el fin del Tratado.

En segundo lugar, el Estado que ha autenticado no sólo pasa a tener obligaciones, sino también derechos en relación con el Tratado. Así, de una parte, deberán serle comunicadas las informaciones relativas a la vida del tratado efectuadas por el depositario (art. 77 del Convenio de Viena); y, de otra parte, podrá hacer objeciones a las reservas formuladas por otros Estados, como señaló el T.I.J. en el Dictamen sobre Reservas a la Convención sobre el genocidio (C.I.J., Recueil 1951: 28).

En tercer lugar, el mismo principio de la buena fe hace que no sólo los Estados signatarios, sino también el mismo acuerdo pueda llegar a tener un estatuto especial ante el Derecho Internacional. Como ha señalado el T.I. J., «los acuerdos firmados pero no ratificados pueden constituir la expresión fiel de puntos de vista comunes de las partes en la época de la firma» [Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (fondo), C.I.J., Recueil 2001, par. 89].

En cuarto lugar, conforme al art. 24 del Convenio de Viena, determinadas cláusulas finales del tratado empezarán a aplicarse desde la adopción del texto. Se trata de las disposiciones relativas a «la autenticación 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».

Por último, la autenticación del texto de un tratado multilateral por un número muy significativo de Estados puede llegar a tener un efecto político y jurídico que vaya mucho más allá de la simple autenticación, pudiendo incidir, por ejemplo, en la formación de normas consuetudinarias tal y como vimos en el Capítulo anterior al hablar de la interacción normativa entre costumbre y tratado. Un claro ejemplo de esta situación se dio con la cristalización de normas consuetudinarias tras la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 antes de su entrada en vigor en 1994.

### C) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La fase de la manifestación del consentimiento es capital, porque sin la prestación del consentimiento por parte del sujeto internacional negociador el Tratado no le obliga. La prestación del consentimiento transforma al «Estado negociador» en «Parte Contratante», y con la entrada en vigor, en Parte en el Tratado o Acuerdo.

El consentimiento puede manifestarse de forma plena —sobre el conjunto del Tratado o incompleta —con reservas—. A su vez el consentimiento pleno puede manifestarse de varias formas.

a) La ratificación —del latín *ratificare*, aprobación o, más exactamente, confirmación— es una forma solemne que históricamente fue la usual.

Grocio explicó la ratificación considerando al Tratado dentro de la teoría del contrato. El Jefe del Estado —el monarca absoluto— no actuaba por sí mismo en la celebración de los Tratados, sino mediante sus mandatarios o representantes a quienes concedía «plenos poderes» a tal efecto, pero reservándose el Soberano la facultad de aprobar lo hecho por ellos mediante el instrumento jurídico de la ratificación.



Un segundo paso en la evolución de ésta figura se dio al abandonar la teoría del mandato, sustituyéndola por la llamada «reserva de ratificación»; así, en el año 1737 Bynkershoek recoge que la ratificación es necesaria siempre, lo que parece una doctrina común en la época. Finalmente, a fines del siglo XVIII, al transformarse el orden político con la caída de las monarquías absolutas y la Revolución francesa adviene la doctrina moderna de la ratificación: la soberanía nacional depositada en el pueblo se organiza mediante un sistema de división de poderes en que el legislativo se reserva la autorización al ejecutivo para ratificar o no la efectiva aplicación práctica del Tratado, es decir, para determinar su vigencia. Los mecanismos de autorización para la ratificación y el reparto de competencias entre los tres poderes de cada uno de los Estados dependen de su Derecho Constitucional respectivo. No obstante, es importante distinguir la «ratificación» o «autorización» del Parlamento, que es un acto de Derecho interno, de la ratificación internacional del Tratado como forma de manifestación del consentimiento.

b) Otras formas de manifestación del consentimiento —incluidas las formas llamadas simplificadas—. Según el art. 11 del Convenio de Viena son: la firma, el canje de instrumentos que constituyen un Tratado, la aceptación, la aprobación, la adhesión o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Los arts. 12 a 16 del Convenio de Viena, a los que nos remitimos, reglamentan en detalle la prestación del consentimiento en las formas citadas, debiendo notarse la flexibilidad que caracteriza al Convenio. Primero, porque si bien codificó las formas existentes, tuvo en cuenta que la práctica internacional evoluciona muy rápidamente en esta materia (así, la aceptación —acceptance, en la terminología anglosajona— se empezó a utilizar en la Constitución de la U.N.E.S.C.O. de 16 de octubre de 1945) y dejó la puerta abierta a la creación de nuevas formas mediante el último párrafo del art. 11, que habla de «cualquier otra forma que se hubiere convenido». Segundo, porque el Convenio dejó la elección entre una u otra de las formas que cita a la libre voluntad de los Estados pactantes. Tercero, porque el art. 17 del Convenio prevé también la posibilidad de que un Estado se obligue sólo respecto de parte del Tratado y no de todo él en su conjunto, siempre que el Tratado mismo lo permita o los demás contratantes lo acuerden.

#### D) MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CON RESERVAS

##### a) Concepto y fundamento de las reservas

El hecho de que el elemento primordial en los Tratados sea el consentimiento de las partes da origen a la posibilidad de que dicho consentimiento se manifieste de forma parcial, excluyendo o modificando alguna de las cláusulas o bien interpretando o puntualizando el sentido de cualquiera de las mismas sobre las que se manifieste el alcance del consentimiento. Esto se hace a través de la institución de las reservas. La reserva es una declaración de voluntad de un Estado que va a ser Parte en un Tratado, formulada en el momento de su firma, de su ratificación o de su adhesión -o en el de su aceptación o aprobación— con el propósito de no aceptar íntegramente el régimen general del Tratado —excluyendo de su aceptación determinadas cláusulas o interpretándolas para precisar su alcance respecto del Estado autor de tales declaraciones— y que, una vez aceptada expresa o tácitamente por todos los demás contratantes o algunos de ellos, forma parte integrante del Tratado mismo (Diez de Velasco, 1951: 1032).

En la práctica, las reservas aparecen en el siglo XIX con la aparición de los Tratados multilaterales. Su fundamento teórico consiste en que si la soberanía estatal permite a un Estado lo más —no ratificar un Convenio que ha firmado o no formar parte del mismo en contra de su voluntad— debería permitirle lo menos —excluir una determinada cláusula o darle un alcance específico—.

Su razón de ser práctica es la misma que la que inspiró los Tratados abiertos y los protocolos de adhesión: el deseo de que participen en los Tratados multilaterales el mayor número de Estados posibles, aunque sea formulando reservas. Las reservas facilitaron a los Estados un instrumento para solventar problemas internos que su participación en una Convención podría presentarles o sirvieron para salvaguardar determinados intereses particulares que se ponían en peligro en alguna cláusula del Tratado. Así pues, no parece relevante la aplicación de esta institución a los Tratados bilaterales. En estos últimos no cabe plantear dos regímenes jurídicos diferentes para cada una de las partes contratantes en sus relaciones mutuas. Ello equivaldría en realidad a considerar que no han llegado a un acuerdo. En los Tratados bilaterales, cuando una de las partes estima que alguna de las cláusulas no debería ser aplicada, lo que debe hacer es renegociar el Tratado.

Ha sido controvertida la eventual diferenciación de las reservas respecto de las llamadas declaraciones interpretativas —por las que los Estados que las formulan declaran que «aceptan determinadas condiciones solamente dentro de ciertos límites o con ciertas modalidades, atribuyéndolas un sentido determinado y no otro» (ANZILOTTI: 335)—. Esta segunda clase de reservas no fue admitida por la generalidad de la doctrina, llegándose a considerarlas «reservas impropias» (Baldoni: 357). Por nuestra parte ya antes del Convenio de Viena consideramos las declaraciones interpretativas como verdaderas reservas interpretativas (Diez de Velasco, 1951: 1033).

Nuestro concepto amplio de reserva, englobando tanto las de exclusión de cláusulas como las interpretativas, sería confirmado en el art. 2.d) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual

«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.»

Esta definición evidencia de nuevo el carácter no formalista de la Convención de Viena. Primero, porque considera irrelevante la denominación que le den sus autores —reserva, declaración interpretativa o cualquier otra— y también su formulación. Segundo, porque subraya su naturaleza de declaración unilateral de un Estado y se centra sobre todo en sus efectos jurídicos: bien excluir del todo la aplicación de ciertas disposiciones al Estado que la formula o bien modificar su alcance —lógicamente en un sentido restrictivo—. La definición adquiere así un carácter amplio, comprendiendo no sólo las reservas que excluyen la aplicación de cláusulas, sino también las llamadas declaraciones interpretativas siempre que éstas, al precisar el alcance y exacto contenido que tales disposiciones tienen para el Estado autor de las mismas, restrinjan el alcance de tal aplicación, modificando los efectos jurídicos de ciertas disposiciones.

Este concepto es mantenido sin cambios sustanciales, tanto en el Convenio de Viena de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de Tratados [(art. 2J)] como en el Convenio de Viena de 1986 sobre derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales [(art. 2.1 .d)]. Igualmente ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional, pudiendo citarse a modo de ejemplo el laudo arbitral de 30 de junio de 1977 en el asunto sobre delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido y Francia (R.S.A., XVIII, pp. 169 y 170) o la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de abril de 1988, en el asunto Belilos (Serie A, n. 132).

Por otra parte, la existencia de lagunas y de algunas contradicciones en el régimen de las reservas previsto en los Convenios de Viena citados ha llevado a la Comisión de Derecho Internacional a intentar codificar «La ley y la práctica en materia de reservas a los Tratados». En 1994 nombró Relator Especial al profesor Alain Pellet y, bajo su impulso, sin abandonar el proceso codificador, los trabajos de la CDI se dirigen no a la redacción de un texto

convencional sino de un conjunto de directrices que servirían de orientación para la práctica de los Estados y las OO.II. (una «Guía de la práctica»). Hasta 2004, la CDI ha tenido ante sí nueve informes del Relator Especial y ha aprobado provisionalmente diversas directrices relativas a las «Definiciones» y al «Procedimiento» (véase el informe del trabajo de la Comisión en 2004 y las directrices hasta ahora aprobadas en el documento A/59/10).

En sus actuales trabajos, la CDI parece querer diferenciar teóricamente entre reservas y declaraciones interpretativas, pero termina reconociendo que en el caso de que el Estado condicione su consentimiento en obligarse por el Tratado a una interpretación específica del Tratado o de alguna de sus disposiciones (lo que la CDI denomina «declaración interpretativa condicional») el régimen de esa declaración es el mismo que el de las reservas (A/54/10, p. 218). Al fin y al cabo, como señaló el profesor Reuter, «la esencia de la reserva consiste en plantear una condición: el Estado se obliga únicamente a condición de que no se le apliquen determinados efectos jurídicos del Tratado, con independencia de que ello se haga mediante la exclusión, o la modificación o la interpretación de una norma» (Reuter: 71).

Sin embargo, lo que sí excluye la CDI del ámbito de las reservas son determinadas declaraciones unilaterales: aquellas que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales (directriz 1.4.1), aquellas que tienen por objeto agregar nuevos elementos al tratado (directriz 1.4.2), las declaraciones de no reconocimiento (directriz 1.4.3), las declaraciones de política general (directriz 1.4.4), las declaraciones relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno (directriz 1.4.5), las declaraciones hechas en virtud de una cláusula facultativa (directriz 1.4.6) y las declaraciones por las que se opta entre distintas disposiciones de un tratado (directriz 1.4.7).

#### b) Clases

Las reservas pueden ser clasificadas:

A) Por el alcance de sus efectos jurídicos: reservas que afectan a determinadas disposiciones de un Tratado y reservas que afectan al tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al sujeto que la formula (denominada reserva transversal). La práctica de las denominadas reservas transversales es muy corriente y suelen excluir o limitar la aplicación del Tratado en su conjunto a: a) ciertas categorías de personas; b) determinados objetos (especialmente vehículos);

c) ciertas situaciones (que determinados servicios estén en funcionamiento, por ejemplo); d) determinados territorios; e) algunas circunstancias determinadas (estado de guerra, por ejemplo); etc.

B) Por su objeto: reservas de exclusión de cláusulas —si los Estados que las formulan tratan de evitar todos o alguno de los efectos jurídicos que se derivan de la cláusula o cláusulas objeto de la reserva—; reservas de modificación de cláusulas —si el sujeto que la formula pretende cumplir una obligación prevista en el Tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el Tratado—; o reservas interpretativas de tales cláusulas —si el sujeto que la formula condiciona su consentimiento a una determinada interpretación de la cláusula objeto de la reserva—.

C) Por el momento en que se formulen. Las reservas formuladas durante la negociación no fueron admitidas —acertadamente— por el Convenio de Viena. Las formuladas en el momento de la firma de un Tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, deben ser confirmadas formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar el consentimiento, considerándose las hechas en la fecha de su confirmación (art. 23.2 del Convenio de Viena). Las reservas pueden formularse también en el momento de la aprobación, la ratificación, la aceptación y la adhesión al Tratado, así como en el momento en que se realiza una notificación de sucesión en un Tratado.

D) Según el régimen establecido en el Tratado en cuestión las reservas pueden ser: a) permitidas por él; b) prohibidas expresa o tácitamente por él, entendiendo por estas últimas aquellas en que «el Tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate» [art. 19.6)] de la Convención de Viena]; y c) compatibles o incompatibles con el objeto y fin del Tratado, clasificación que trata de impedir que la reserva desnaturalice los intereses protegidos por el Tratado, aunque plantea el problema de a quién corresponde calificar la compatibilidad o incompatibilidad de la reserva: al Estado reservante (lo que sería ilógico) o a los demás Estados Partes (que podrían discrepar, perturbando la aplicación del Tratado) o a un Tribunal Internacional (lo que no resulta fácil, salvo que se prevea en el propio Tratado). Estos principios han sido confirmados en las directrices 2.2.1, 2.2.2 y 2.2.3 de la Guía práctica de la CDI.

Por otra parte, esa misma Guía práctica establece una presunción según la cual, cuando un tratado prohíbe las reservas, las declaraciones unilaterales formuladas se entenderá que no constituyen una reserva salvo que ésta «tenga por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos [...]» (directriz 1.3.3).

#### c) Funcionamiento

Dentro del funcionamiento de las reservas podemos distinguir varios momentos:

1.º El de su formulación, la regla general es que el Estado puede realizar reservas al Tratado en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión a un Tratado, salvo que (art. 19 de la Convención de Viena):

- a) las reservas estén prohibidas por el Tratado;
- b) el Tratado disponga qué reservas pueden hacerse y la reserva propuesta no figure entre ellas, y
- c) la reserva propuesta sea incompatible con el objeto y fin de la Convención.

La formulación conjunta de una reserva o una declaración interpretativa por varios Estados u Organizaciones internacionales no afecta al carácter unilateral de esa reserva o declaración (directrices 1.1.7 y 1.2.2).

2.º El de la aceptación de la reserva por los otros Estados Partes. Al respecto se enfrentaron históricamente dos tendencias: a) la llamada de la «integridad» del tratado, que exigía la aceptación de todos los Estados Contratantes y que fue seguida por la S.D.N., y posteriormente por la Secretaría de las N.U.; y b) la tendencia de la «flexibilidad», que sostenía la posibilidad de que el Estado reservante llegara a ser Parte en el Tratado sólo respecto a los Estados que hubieran aceptado dicha reserva. Esta última práctica fue seguida por la Unión Panamericana, y se mostró favorable a ella el T.I.J. en su Dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre las reservas a la Convención del Genocidio. El Convenio de Viena, en su art. 20, ha acogido un criterio transaccional entre ambas tendencias, si bien es muy favorable, salvo las excepciones que hemos señalado en los apartados a), b) y c) del número 1.º de este epígrafe, al criterio de la «flexibilidad».

La aceptación puede hacerse de forma tácita o expresa.

a) Tácitamente una reserva es aceptada por los demás Estados contratantes:

a') Cuando está expresamente autorizada por el Tratado, a menos que en el mismo se disponga que sea exigida la aceptación de los demás Estados contratantes (art. 20.I).

b') Cuando formulada una reserva por un Estado, otro u otros Estados no han formulado ninguna objeción a la misma dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que hayan recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que hayan manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado, si esta última es posterior (art. 20.5).

b) Se requiere la aceptación expresa en los siguientes supuestos:

a') Cuando del número reducido de Estados negociadores del Tratado y de su objeto y fin se desprende que la integridad del mismo es una condición esencial del consentimiento de cada uno de ellos en obligarse por el Tratado (art. 20.2).

b') Se requiere también la aceptación expresa respecto de las reservas formuladas a los instrumentos constitutivos de las Organizaciones Internacionales por el Órgano competente de éstas, salvo que en el Tratado se disponga otra cosa (art. 20.3).

c) En los demás casos no previstos en el apartado b)9 a') y b') anteriores, no se requiere la aceptación de todos los demás Estados; no obstante, la formulación de reservas, aceptaciones y objeciones a la reserva crea una serie de situaciones y regímenes singulares entre los Estados Partes que examinaremos en el epígrafe siguiente, dedicado a los efectos de las reservas.

3.º Un tercer momento es el de la retirada de las reservas y de las objeciones. El art. 22 de la Convención de Viena sienta al respecto las siguientes reglas:

a) La regla general es que tanto las reservas como las objeciones a las mismas pueden ser retiradas en cualquier momento.

b) Las reglas específicas al respecto son: a') que no se aplica la regla general cuando el tratado dispusiere lo contrario; b') para que la retirada de una reserva produzca efectos respecto a otro Estado contratante es preciso que éste reciba la notificación de la retirada, y c') la retirada de una objeción a una reserva sólo surtirá efectos cuando su notificación sea recibida por el Estado autor de la reserva.

4.º La Convención de Viena articula también las siguientes reglas de procedimiento relativas a las reservas y su aceptación expresa y a las objeciones: a) Tanto en la formulación como en la retirada de reservas y objeciones, así como en el caso de aceptación expresa de las reservas, deberá usarse la forma escrita (directrices 2.1.1 y 2.1.2). Con ello ha querido evitarse toda incertidumbre entre los Estados reservantes y objetantes, b) Como ya hemos indicado antes, las reservas a la firma seguida de ratificación, aceptación, etc., habrán de ser confirmadas al prestar el consentimiento definitivo, y c) La aceptación expresa a una reserva o la objeción hechas en momentos anteriores a la confirmación no tendrán que ser reconfirmadas por los Estados reservante u objetante.

#### d) Efectos

Se regulan en los arts. 20 y 21 de la Convención de Viena. Para ello distinguiremos:

a) Efectos entre los Estados que no han formulado reservas. Éstas no producen ningún efecto jurídico entre ellos y no modificarán las apelaciones entre los mismos.

b) Respecto a los efectos entre el Estado reservante y los que no han formulado reservas, hay que distinguir:

a') Si la reserva ha sido aceptada por todas las Partes, el Estado reservante es Parte en el Tratado y sus obligaciones quedan modificadas respecto a los otros Estados no reservantes, así como las obligaciones de estos últimos respecto de aquél quedan también modificadas en la misma medida [art. 21.1 .a) y b) de la Convención de Viena],

b') Si la reserva ha sido aceptada sólo por algún Estado contratante, el Estado reservante será Parte en el Tratado en relación con el Estado o Estados que las hayan aceptado si el Tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para ambos Estados [art. 20.4.a)]. Las obligaciones dimanantes del Tratado quedarán, como ya hemos indicado, modificadas entre los Estados aceptante y reservante en la medida que incida en ellas la reserva.

c') Si el Estado objetante manifiesta inequívocamente que la reserva impide para él la entrada en vigor del Tratado, éste no entrará en vigor entre el Estado objetante y reservante. En caso contrario, es decir, cuando el Estado objetante no «manifieste inequívocamente» su intención de que el tratado no entre en vigor, éste surtirá sus efectos entre los Estados objetante y

reservante, si bien quedando excluida la aplicación entre ambos Estados de la cláusula o cláusulas afectadas por la reserva.

Como puede observarse, la acogida del criterio de la «flexibilidad» por el Convenio de Viena supone la ruptura de la unidad de efectos de los Tratados y la creación entre los Estados reservantes y los aceptantes u objetantes a las reservas de una serie de regímenes convencionales particulares en sus relaciones mutuas.

No obstante, debe señalarse que este criterio de flexibilidad y la aparición de regímenes convencionales particulares puede tener excepciones en casos especiales. Así ocurre en el caso de los tratados sobre derechos humanos, donde, por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso incoado por Francia, Noruega, Dinamarca, Suecia y los Países Bajos contra Turquía (9940-9944/82), llegó a afirmar que:

«el principio general de la reciprocidad en el derecho internacional y la norma, establecida en el párrafo 1 del artículo 21 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados respecto de las relaciones bilaterales en el marco de un tratado multilateral, no se aplican a las obligaciones dimanantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos que son esencialmente de carácter objetivo, al estar destinadas a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra toda violación cometida por cualquiera de las Altas Partes Contratantes más que a crear derechos subjetivos y recíprocos para las propias Altas Partes Contratantes» (35 Decisions and Reports 143, párs. 39-40).

Por otra parte, la existencia de órganos encargados del control de la aplicación y de la supervisión en general de los tratados de derechos humanos hace, también, que muchas de las cuestiones descritas sobre las reservas se vean modificadas por el papel especial que desempeñan estos órganos en la interpretación y aplicación de los tratados. En la actualidad, todas estas cuestiones relativas a las reservas y los tratados sobre derechos humanos están siendo estudiadas tanto por la CDI como por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. De hecho se han llegado a producir reuniones conjuntas, no sólo de ambos órganos, sino también con los presidentes de los órganos encargados de la supervisión de los tratados de derechos humanos (vide el Informe sobre reservas formuladas a los tratados de derechos humanos de 2004 en E/CN.4/Sub.2/2004/42).

#### E) DESDE LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO A LA ENTRADA EN VIGOR

##### a) La entrada en vigor

La fase comprendida entre la manifestación del consentimiento en obligarse y la entrada en vigor del Tratado cae de nuevo en el ámbito internacional.

Se entiende por entrada en vigor de un Tratado el momento en que comienza su vigencia. En los Tratados bilaterales, la entrada en vigor suele coincidir con la prestación del consentimiento. Pero, especialmente en las grandes Convenciones multilaterales, la entrada en vigor suele hacerse depender cada vez más de la recepción de un determinado número de ratificaciones o adhesiones —manifestación del consentimiento— y del trascurso de un plazo tras la citada recepción.

Según el principio, básico en esta materia, de la irretroactividad, ya recogido en la jurisprudencia internacional (por ejemplo, en la sentencia sobre el asunto *Ambatielos*, CU., Rec. 1952:40-41), y consagrado en el art. 28 de la Convención de Viena:

«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.»

Tales excepciones al principio de irretroactividad son las siguientes:

a) Cuando las Partes en el Tratado así lo hayan convenido —como en el párrafo 1.º del anexo a la sección V del Tratado de Versalles, por el que se reintegró a la nacionalidad francesa a los habitantes de Alsacia y Lorena con efectos del 18 de noviembre de 1918, fecha en que se recuperan los territorios, aunque el Tratado de Versalles se firmó el 28 de junio de 1919 y entró en vigor varios meses después—.

b) Cuando la retroactividad se deduzca del propio Tratado —por ejemplo, los acuerdos adicionales o acuerdos interpretativos de una Convención, cuyos efectos hay que remontarlos al momento de la Convención llamada principal o básica o del Acuerdo que se interprete— o conste de otro modo.

Aunque por regla general los Tratados comienzan a surtir efecto a partir de su entrada en vigor, ello no es siempre el caso. Para fijar el comienzo de la obligatoriedad y de la aplicabilidad —lo que no es lo mismo—, la Convención de Viena combinó el criterio del momento de otorgamiento del consentimiento con el de voluntad de las partes:

1.º Respecto de los Estados que hayan manifestado el consentimiento antes de la entrada en vigor.

Según el art. 24.1 y 2 de la Convención, el Tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el mismo se disponga o cuando lo acuerden los Estados negociadores o, a falta de disposición o acuerdo expreso, cuando haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores.

Pero, como vimos al hablar de los efectos de la autenticación del texto, esta regla sufre tres excepciones. Una excepción genérica someramente reglamentada en el art. 18 citado de la Convención, que refleja el principio de la buena fe, según el cual los Estados se comprometen a abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y el fin del Tratado durante el período que media entre la prestación del consentimiento y la entrada en vigor del Tratado —si ésta no se demora indebidamente—. Una excepción específica de alcance parcial prevista en el art. 24.4, según la cual las disposiciones relativas a la propia autenticación, a la constancia del consentimiento, a la manera y fecha de la entrada en vigor, a las reservas, a las funciones del depositario y a aquellas otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de su entrada en vigor, se aplicarán desde el momento de la adopción del texto del Tratado —esto es, antes de su entrada en vigor—. Y una excepción específica de alcance total prevista en el art. 25 de la Convención de Viena, según el cual el conjunto del Tratado se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor siempre que así se prevea en el propio Tratado o los Estados negociadores así lo convinieren.

2.º Respecto de los Estados que hayan manifestado el consentimiento después de la entrada en vigor.

El art. 24.3 estipula que el Tratado entrará en vigor para cada Estado en particular a partir del momento en que manifiesten su consentimiento, salvo que en el Tratado se disponga otra cosa.

b) Una facilidad para las Partes de los tratados multilaterales: el depósito

La Convención de Viena reglamenta muy cuidadosamente todo lo referente al depositario en los arts. 76 y 77 de la misma, que sistematizamos de la forma siguiente:

a) Determina quiénes pueden ser depositarios, cuya designación se hará por los Estados negociadores en el propio Tratado o de cualquier otro modo. La función del depositario podrá recaer en uno o en varios Estados, en una Organización internacional o en el funcionario administrativo principal de tal Organización.

b) Las características de sus funciones están presididas por las notas de internacionalidad e imparcialidad.

c) Dentro de sus funciones podemos distinguir:

a') Las funciones de archivero y notariales y, dentro de ellas, las de custodiar el texto del Tratado y otros instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativas al Tratado y el registrarlo en la Secretaría de las N.U.

b') Las funciones de recepción» información y transmisión y, dentro de ellas, las de recibir las firmas del Tratado y otros instrumentos, notificaciones y comunicaciones relativas al mismo; las de informar a las Partes y otros Estados facultados para serlo, de los actos, notificaciones y comunicaciones relativas al Tratado, incluidas las reservas y declaraciones interpretativas; la de informar a los mismos Estados anteriores de que se ha recibido el número de firmas e instrumentos de ratificación, etc., necesarios para la entrada en vigor; la función de transmitir a los Estados el texto y demás instrumentos relativos al Tratado, y, finalmente, la de señalar ante los Estados o el órgano competente de la Organización si ha surgido alguna discrepancia entre él y los Estados por el desempeño de sus funciones.

Las funciones del depositario pueden ir en aumento con la práctica internacional. La enumeración que hemos hecho, recogida de la Convención de Viena, es, por tanto, meramente indicativa.

d) La institución del depositario nace en un momento determinado de la evolución del Derecho Internacional a fin de facilitar la solución de una serie de necesidades propias de los tratados multilaterales. Una vez ratificado un tratado bilateral, se procederá al intercambio de los instrumentos de ratificación entre ambas Partes Contratantes, cada una de las cuales tendrá así constancia del otorgamiento por la otra de su consentimiento en obligarse. Ahora bien, dado que el número de Partes Contratantes de los tratados multilaterales puede ser muy elevado, el intercambio de los instrumentos de ratificación o de adhesión, y el cumplimiento de las demás obligaciones más arriba descritas que con el tiempo serían atribuidas al depositario se complican extraordinariamente, ya que, por ejemplo, cada una de las Partes tendría que proceder a tal intercambio con todas las demás.

Por tal motivo el depósito de los Tratados va ligado al nacimiento de los Tratados multilaterales. Con el fin de facilitar y agilizar el desempeño de tales funciones, se fue imponiendo la práctica consistente en designar un solo depositario para que custodie el ejemplar original del Tratado y centralice la recepción de instrumentos de ratificación, adhesión, reservas, etc., y efectúe una serie de operaciones a las que más tarde nos referiremos.

En los Tratados multilaterales celebrados fuera del ámbito de una Organización internacional, las funciones del depositario han sido encomendadas tradicionalmente a los Estados, y generalmente a aquel en cuyo territorio el Tratado ha sido firmado.

Pero cuando los Estados crearon Organizaciones internacionales y celebraron Tratados entre sí dentro del ámbito de las mismas, confiaron la misión de depositario a la Organización —el primer ejemplo de lo cual quizá sea la Comisión Europea del Danubio—. En las Organizaciones de carácter preferentemente político, la misión del depositario se le asigna al Secretario General de la Organización (Diez de Velasco, 1958:392).

e) Obligación de las Partes de todos los tratados es su transmisión a la Secretaría de la O.N.U. y de ésta su registro y publicación.

Con el fin de terminar con la práctica de los tratados que, debido a las razones difícilmente confesables que habían movido a su celebración, se mantenían secretos por los gobiernos que los habían concertado, al art. 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones imponía a la Secretaría de ésta la obligación de registrarlos y publicarlos. Planteamiento que resultó desacertado, toda vez que la Secretaría difícilmente podría tener conocimiento de tales tratados si los Estados Partes en los mismos se los ocultaban. Por tal motivo, el art. 102 de la Carta de la O.N.U. y el art. 80 de la Convención de Viena imponen tal obligación a los Estados Partes en el Tratado, y, como se ha indicado más arriba, en el caso de los tratados multilaterales, será el depositario quien cumpla tal obligación por o en sustitución de los Estados Partes en ellos.



Cuestión distinta es la de la sanción por el incumplimiento de la citada obligación. El art. 18 del Pacto de la Sociedad de Naciones estipulaba que un tratado no sería obligatorio hasta que fuera registrado. La práctica internacional erosionó rápidamente tan ambicioso precepto, por lo que el art. 102 de la Carta de la O.N.U. estableció que la sanción consistiría en que el tratado no publicado no sería invocable ante los órganos de la O.N.U.

Una vez que las Partes en un tratado han cumplido su obligación de transmitirlo a la Secretaría de la O.N.U., ésta tiene el deber, que le impone el art. 102 citado, de proceder a su registro y publicación.

## CAPÍTULO VII

### LOS TRATADOS INTERNACIONALES (III): EL TRATADO DESDE SU ENTRADA EN VIGOR HASTA SU TERMINACIÓN CONSIDERACIONES GENERALES

La primera consecuencia lógica de la entrada en vigor del Tratado consiste en que producirá efectos jurídicos, a cuyo examen dedicamos el primer epígrafe de este Capítulo (1) Pero para ser aplicado, el Tratado tendrá que ser interpretado, lo que entraña ya la posibilidad de que se desarrolle en un sentido próximo al de su modificación (aunque ambos supuestos deben ser claramente diferenciados: CU., Rec. 1950: 229, y Rec. 1952: 196). Por ello hemos expuesto la interpretación de los Tratados en el epígrafe siguiente (2), justo antes del relativo a su modificación y enmienda formal (3). Por último, el Tratado dejará de producir efectos jurídicos por declararse su nulidad, o por su suspensión o terminación. La alegación de su nulidad [4.B)] ha de fundarse en los vicios del consentimiento de los Estados, lo que nos retrotrae al momento de prestación del consentimiento, examinado en el Capítulo V Por este motivo es examinada antes que la suspensión de la aplicación del Tratado [4.C)]. A su vez la suspensión es una situación reversible o transitoria, por lo que es examinada antes que la terminación de los Tratados, que es definitiva [4.D)]. Finalmente, el Tratado puede terminar para sólo uno o varios Estados por retirarse del mismo [4.E)] mientras sigue en vigor para los demás.

#### 1. EFECTOS DE LOS TRATADOS

##### A) EFECTO GENERAL: LA OBLIGATORIEDAD Y SU FUNDAMENTO

Los acuerdos internacionales son una fuente del Derecho Internacional mediante la cual se crean derechos y obligaciones que debido a su origen se conocen como derecho convencional y que constituyen el efecto jurídico general del Tratado. Lo que plantea el problema del fundamento y la razón de tal obligatoriedad entre las Partes.

La respuesta se encuentra en el principio *pacta sunt servanda*, reconocido repetidamente por una Jurisprudencia internacional constante (Asunto del trato de los nacionales polacos en el territorio de Dantzing, C.P.J.I., Serie A/B, n. 44; 28, y asunto de las escuelas minoritarias en Albania Serie A/B, n. 64: 19-20; asunto de los nacionales americanos en Marruecos C.I.J., Rec. 1952: 212, y asunto de la competencia en materia de pesquerías, CU., Rec. 1973: 18), y consagrado sin oposición como regla general relativa a los efectos generales del Tratado entre las Partes por la inmensa mayoría de la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, de lo que es reflejo no sólo el Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, sino también el art. 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas.

La norma *pacta sunt servanda* —que implica que la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un Tratado en vigor— satisface una necesidad de seguridad jurídica, y ha sido transmitida a través del tiempo como una verdad evidente y universalmente aceptada.

El art. 26 del Convenio de Viena, según el cual «todo tratado en vigor obliga a las Partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», consagró a la norma *pacta sunt servanda* como regla general en lo relativo a los efectos generales del Tratado —su obligatoriedad entre las Partes—, conectándola con el principio de la buena fe, básico no sólo en cuanto a la interpretación, sino también en lo relativo a la ejecución de los mismos (asunto de las pesquerías de la Costa septentrional del Atlántico, R.S.A. XI: 188).

El art. 27 añadió una regla específica según la cual «una Parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un Tratado». Esta regla recoge el principio de la primacía en la aplicación del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, ampliamente afirmado de forma reiterada por la jurisprudencia internacional y del que hablaremos más detenidamente en el Capítulo IX de esta obra.

## B) EFECTOS ESPECÍFICOS

### a) En el tiempo

El segundo problema que se suscita es el de los efectos específicos de los tratados *ratione temporis*, a saber, cuáles son los momentos inicial y final en que un Tratado empieza o deja de producir sus efectos.

Si el momento inicial suele coincidir con la entrada en vigor —en virtud del principio de irretroactividad, consagrado en el art. 28 de la Convención de Viena, en las condiciones y con las excepciones que hemos analizado en el Capítulo V—, el término final de los Tratados, es decir, aquel en que deja de ser aplicable y, consiguientemente, deja también de surtir sus efectos, salvo excepciones, suele estar previsto en el propio Tratado. Lo normal es que se estipulen por un plazo determinado —cinco, diez o más años— o bien por tiempo indefinido, salvo denuncia expresa. También dejan de surtir efectos por otras causas, que estudiaremos más tarde, al exponer el tema de la nulidad, terminación y suspensión de los Tratados.

### b) En el espacio

El tercer problema que se suscita es el de los efectos específicos de los tratados *ratione loci* (cuál es el espacio físico o territorial al que alcanzan los efectos del Tratado).

El principio general en esta materia, que reconoce la Convención de Viena en su art. 29, es el de la obligatoriedad en «la totalidad del territorio» de cada una de las Partes, entendiéndose por tal el territorio terrestre, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo.

Pero esta regla general puede sufrir excepciones, que genéricamente autoriza el art. 29 de la Convención, al añadir la frase

«salvo que una intención diferente se desprenda de él [se refiere al tratado] o conste de otro modo».

Por una parte existen casos en que un Tratado no se aplica a determinadas partes del territorio estatal, a dependencias insulares, a colonias dependientes, etc.

Por el contrario, el Tratado puede tener una aplicación fuera del territorio de los Estados Partes, ya sea porque contiene estipulaciones respecto a terceros Estados —en las condiciones que analizaremos más adelante—, ya sea porque se pretende regular un espacio que se encuentra fuera de la jurisdicción de los Estados (alta mar, espacio ultraterrestre, etc.). Este último tipo de tratados plantea el problema de quién está legitimado para realizar un Tratado que establezca derechos y obligaciones oponibles a todos los sujetos en un espacio común o Patrimonio Común de la Humanidad. En nuestra opinión, son las mismas reglas que veíamos al hablar de la formación de la costumbre general o de la interacción entre Tratado y costumbre general las que deben servir de guía para resolver esta cuestión y, en todo caso,

debe tenerse en cuenta que el fundamento de la oponibilidad de estos Tratados a terceros Estados está muy vinculado con la concepción que se tenga del mismo fundamento del Derecho.

En este sentido, si bien, desde nuestra concepción, este tipo de Tratados no plantea especiales problemas cuando cuentan con una amplia participación de la comunidad internacional de Estados (y, sobre todo, cuando han sido negociados en el seno de una Organización Internacional como las Naciones Unidas o en el de una conferencia internacional auspiciada por ella), no ocurre lo mismo cuando dicha participación es más restringida. Es el supuesto, que estudiaremos en el Capítulo XXII de esta obra, del Tratado Antártico, o el supuesto, mucho más problemático, del intento por un grupo particular de Estados de aplicar un Tratado fuera de la zona donde ejercen su jurisdicción para la defensa de sus propios intereses, como es el caso de las denominadas operaciones Juera de zona por la O.T.A.N., cuya manifestación más llamativa fue la intervención armada en Kosovo en 1999 y cuya legalidad plantea graves problemas ya denunciados en la doctrina española bastantes años antes (Cardona, J., y Aznar, M., p. 98).

Por último, determinados tratados pueden tener también efectos fuera del territorio del Estado cuando en ellos se prevé que obligarán a los Estados parte respecto de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, ya sea en su territorio o fuera de él. Es el caso, por ejemplo, de la aplicación de los tratados de derechos humanos ratificados por un Estado en los territorios sometidos a ocupación de ese Estado. Así por ejemplo lo ha reconocido el T.I.J. en varias ocasiones, como, por ejemplo, en la opinión consultiva sobre las consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, donde afirma:

«La Corte señala que, si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin de( Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, también en esta última hipótesis, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones... [En conclusión], la Corte considera que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio» (CU., McMh 2004, párs. 109 y 111).

#### c) Respecto de otros Tratados

Otro problema que se suscita es el de los efectos de los Tratados *ratione materiae*, consistente en determinar, primero, la compatibilidad e incompatibilidad entre un Tratado anterior y otro posterior sobre la misma materia y, segundo, en qué medida los efectos del primero pueden quedar limitados por el segundo.

Para facilitar la comprensión de los diversos problemas, dividiremos la exposición, siguiendo el mismo orden del art. 30 de la Convención de Viena, en cuatro apartados o supuestos:

a') El supuesto excepcional del art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en el que se dice: «En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las N.U. 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.»

Esto es consecuencia de la naturaleza misma de la O.N.U., cuyo fin primordial es el de «mantenimiento de la paz y seguridad internacionales», a cuyo logro quedan subordinados la Organización y sus Miembros. La Conferencia de Viena, celebrada bajo los auspicios de la O.N.U., no podía lógicamente contradecir la Carta que creó la Organización.

Este artículo ha sido aplicado con rigor (no exento de polémica) por el T.I.J. en la providencia sobre medidas provisionales en el Asunto Lockerbie, en el que rechazó la adopción de medidas sobre la base de la Convención de Montreal de 1971 en la medida en que contradecían los derechos derivados de una resolución del Consejo de Seguridad (C.I.J., Rec. 1992, p. 126).

b') Otro supuesto muy similar es el contemplado en el número 2 del art. 30, que dice: «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.»

A nuestro juicio, la cuestión planteada es la siguiente: cuando en un Tratado X (subordinado) se haga referencia a otro Tratado Y, considerado por las Partes expresamente como principal respecto al Tratado X, prevalecerá el Tratado Y (principal o compatible) sobre las disposiciones del Tratado X, aunque este último sea posterior; los efectos del Tratado Y no estarán limitados o excluidos por el Tratado X. En la práctica encontramos abundantes ejemplos de este tipo de declaraciones de compatibilidad', así, el art. 47 del Tratado de la Unión Europea prevé expresamente que, salvo las disposiciones que tienen por objeto esa finalidad, «ninguna disposición del presente Tratado afectará a los tratados constitutivos de la CE. ni a los Tratados y actos subsiguientes que los hayan modificado o completado».

Vinculados con estos supuestos se encuentran los ejemplos en que un Tratado prevé su compatibilidad con determinados Tratados futuros, como es el caso del art. 237 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar con relación a los Tratados sobre protección y preservación del medio marino.

Como puede verse, se trata de un supuesto más amplio que el regulado en el número 1 del art. 30, que se refería solamente a las obligaciones anteriores asumidas por los Miembros de la ONU y su supremacía sobre Tratados posteriores. En el caso que aquí nos ocupa —número 2 del art. 30— se refiere tanto a los Tratados anteriores como a los posteriores que específicamente hayan sido considerados en un Tratado como que deben prevalecer o ser declarados compatibles con el mismo.

c') Un tercer supuesto es el de dos Tratados sucesivos sobre la misma materia entre las mismas Partes si el segundo no prevé que su conclusión determinará la terminación o suspensión del primero. En este caso se aplicarán las normas del Tratado anterior sólo en la medida en que sean compatibles con el Tratado posterior. Se trata de una aplicación parcial del principio *lex posterior derogat priori*.

d') Un cuarto supuesto se plantea cuando las Partes en los dos tratados no son las mismas. En este caso, como ha sido señalado con acierto, «la disciplina de la materia se escinde» (Capotorti: 33), debiendo considerarse por separado los efectos de los tratados respecto de las relaciones ínter se de los Estados que son Partes en los dos tratados, de los efectos que puedan surtir en las relaciones entre un Estado que sea Parte en los dos tratados y otro Estado que sólo lo sea de uno de ellos. Así, de acuerdo con el art. 30.4 de la Convención:

1) En las relaciones entre los Estados que sean Partes en ambos tratados, se aplica la regla que rige en el supuesto c') anterior.

2) Las relaciones entre un Estado Parte en ambos tratados y otro que sólo sea Parte en uno de ellos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean Partes.

Nota común a estos dos últimos casos —1) y 2)— es que las soluciones descritas se aplicarán sin perjuicio del art. 41, relativo a la modificación de los Tratados multilaterales entre algunas Partes solamente, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 60, que se refiere a la terminación o suspensión de un tratado como consecuencia de su violación, cuestiones ambas que estudiaremos en este Capítulo. Hay que señalar, por último, que en la hipótesis de que un Estado sea Parte en dos tratados incompatibles entre sí con diferentes Estados, no se suscita el problema de la validez del tratado ulterior, pero el Estado en cuestión puede incurrir en responsabilidad frente a la otra Parte en el tratado anterior.

d) Entre las Partes y respecto de Estados terceros

Otro problema que se suscita es el de los efectos de los Tratados *ratione personae* (cuáles son los sujetos internacionales respecto de los que surten sus efectos los Tratados, es decir, si sólo

tienen eficacia respecto a las partes en el mismo o si crean derechos u obligaciones para Estados terceros al Tratado).

a') Los Tratados producen plenos efectos entre las Partes, como ya hemos visto al examinar el art. 26 de la Convención de Viena. Sólo las Partes pueden limitar estos efectos mediante una estipulación en el propio Tratado o por medio de las reservas problemas ya estudiados también.

Por «Parte» debemos entender aquel sujeto internacional

«que ha consentido en obligarse por el Tratado y con respecto al cual el Tratado está en vigor» [art. 2.g) de la Convención de Viena],

b') Un problema especial es el relativo a si los Tratados pueden producir obligaciones y derechos respecto a terceros Estados. Se entiende por tales aquellos «que no son Partes en un Tratado», [art. 2.A) de la Convención de Viena].

La regla general está formulada en el art. 34 de la Convención de Viena, que recoge una norma consuetudinaria anterior a la misma. Se dice en él que

«un Tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento».

Esta norma general, que deriva de la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, ha sido reiteradamente afirmada tanto por la jurisprudencia internacional (asunto de ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, C.P.J.I., Serie A, n. 7: 29; Asunto de la Isla de Palmas, USA., II: 850; asunto de los Bosques de Rhodope central, R.S.A., Ht 1405; asunto del incidente aéreo de 27 de julio de 1955, C.I.J., Rec. 1959: 138) como por la práctica de los Estados. No obstante, este principio admite las siguientes excepciones:

1) Tratados que establecen obligaciones para terceros Estados: En principio, como hemos indicado, no es posible crear obligaciones para terceros Estados, salvo que se den determinadas condiciones. La doctrina ha discutido ampliamente la cuestión, pasando en los últimos tiempos de una mayoría adversa a otra favorable en forma condicionada debido a la influencia de la jurisprudencia internacional —Sentencia arbitral de la Isla de Palmas, asunto de los Intereses alemanes en la Alta Silesia, etc.—, y de una manera muy especial el T.P.J.I., en el asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya. En su Providencia de 19 de agosto de 1929, el T.P.J.I. dijo:

«Considerando que en todo caso el art. 435 del Tratado de Versalles no es oponible a Suiza, que no es Parte en dicho Tratado, más que en la medida en que la misma lo haya aceptado» (C.P.J.I., Serie A, n.22:17).

La doctrina anterior ha pasado al art. 35 del Convenio de Viena, que exige como condiciones:

1.º) que las Partes en el Tratado tengan la intención de crear una obligación para el Tercer Estado; 2.º) que el Tercer Estado acepte de forma expresa y por escrito la obligación. Como puede verse, en la Convención se han tomado las cautelas convenientes —manifestación expresa y por escrito— para evitar cualquier incertidumbre respecto a la creación de una obligación en contra de terceros. No obstante, esta manifestación expresa y por escrito puede revestir muy diversas formas. Así, por ejemplo, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha considerado que los Estados no miembros de las Naciones Unidas pueden, «conforme al art. 35 del Convenio de Viena, comprometerse a respetar la obligación contenida en el art. 29 [del Estatuto del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia] aceptándolo expresamente por escrito», y considerando como tal la adopción por Suiza «en 1995 de una ley de ejecución del Estatuto del Tribunal internacional, lo que implica claramente una aceptación del art. 29» (asunto de los Supoenas, IT-95-14-AR 108 bis, párr. 26).

Para revocar o modificar la obligación así asumida se requiere, por el contrario, el consentimiento —no se dice si expreso o tácito— de todas las Partes en el Tratado y del Tercer Estado, a no ser que conste que hubieran convenido otra cosa al respecto (art. 37.1).

2) Tratados que creen derechos en favor de terceros Estados. Con mayor motivo también por excepción a la regla general pueden crearse derechos a favor de terceros siempre que se cumplan determinados requisitos, como veremos más tarde.

Las estipulaciones favorables a un tercero en un Tratado han sido objeto de un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Así, en la Sentencia del T.P.J.I. sobre las Zonas francas de 7 de junio de 1932, se dijo:

«No se puede presumir fácilmente que se hayan adoptado estipulaciones ventajosas para un tercer Estado con la finalidad de crear en su favor un verdadero derecho. Nada impide que la voluntad de los Estados soberanos pueda tener este objeto y este efecto. La existencia de un derecho adquirido en virtud de un acto concluido por otros Estados es, pues, una cuestión que debe ser reducida en cada caso particular: se debe comprobar si los Estados que han estipulado en favor de otro Estado se han propuesto crear para él un verdadero derecho, que este último ha aceptado como tal» (C.P.J.I., SerieA/B, n. 46: 148).

El art. 34 de la Convención de Viena puso las siguientes condiciones a las estipulaciones en favor de terceros: 1 .a) que exista la disposición en el Tratado. Se entiende que en su forma expresa; 2.a) que los Estados Partes hayan tenido intención de conferir un derecho a un tercer Estado, a un grupo o a todos los Estados; 3.a) que el tercer o terceros Estados asientan al beneficio concedido. Su asentimiento no tiene que ser necesariamente expreso, como en el caso de creación de obligaciones, ya que se presume mientras no haya indicación en contrario o el Tratado disponga otra cosa, y 4.a) que el Tercer Estado cumpla las condiciones que para el ejercicio del derecho se estipulen en el Tratado o que posteriormente se establezcan sobre la base del mismo.

Para revocar los derechos originados en un Tratado a favor de terceros, el art. 37.2 de la Convención requiere el consentimiento del tercer Estado, si consta que el tal derecho se creó con la intención de que no fuera revocable o modificable. A sensu contrario, aunque la Convención nada dice al respecto, hay que suponer que si no se previó la irrevocabilidad o la no modificabilidad en el Tratado, podrá ser objeto de revocación o modificación por las partes sin necesidad de consentimiento por el Tercer Estado.

3) Los Tratados como origen de una costumbre: Un efecto especial de los Tratados es la posibilidad de que a través de ellos se creen costumbres internacionales, como ya hemos señalado anteriormente. La Conferencia de Viena ha previsto la posibilidad de que la reglamentación relativa a los efectos de los Tratados entre las Partes y respecto de Terceros pudieran servir de asidero para negar la validez de ciertas costumbres, cuya opinión inris ha sido cimentada a través de su inclusión en los Tratados. La Conferencia de Viena, después de varios debates, incluyó un artículo —el 38— del tenor siguiente:

«Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal.»

4) Referencia a la cláusula de Nación más favorecida: Causa extrañeza en principio, que habiéndose reglamentado las estipulaciones en favor de terceros Estados con tanta amplitud en la Convención de Viena, no figure en la misma la menor referencia a la cláusula de Nación más favorecida. La razón de tal omisión la encontramos en las discusiones de la Comisión de Derecho Internacional que preparó el Proyecto que luego se discutió en la Conferencia de Viena. En su Sesión de 1964 la citada Comisión decidió suprimir el estudio de la «cláusula» por no considerarla madura para la codificación. A petición de varios Estados, decidió que el estudio se hiciera por separado, y designó para ello como Ponente especial al Prof. Ustor, de Hungría {Anuario C.D.I., 1967-11, 384, par. 48, nota 849}.

Dicha cláusula es «una institución mediante la cual el Estado que la otorga se obliga a extender al Estado beneficiario de la misma todas las ventajas que concedió o concederá en el

futuro a un tercer Estado llamado el Estado más favorecido— en los mismos términos que a este último, y sin que sea preciso ningún nuevo acuerdo para ello» (PUENTE: 7).

La cláusula tiene un contenido variable y relativo, ya que el beneficio concedido depende de los que se hayan concedido o concedan al Estado más favorecido, y depende también que se mantengan o no o de que varíen o no los beneficios otorgados. La referida cláusula puede ser concedida unilateralmente o en base a la reciprocidad y se emplea en una serie de materias, principalmente las comerciales, aduaneras y fiscales. También en lo relativo a trato de extranjeros, a la propiedad industrial y literaria, e incluso a cuestiones de Derecho procesal internacional (asistencia judicial y reconocimiento de Sentencias extranjeras). La cláusula de referencia ha adquirido una importancia excepcional en la época presente, especialmente por su incidencia en el Acuerdo de Tarifas Aduaneras y Comercio (G.A.T.T.), que se estudia en el Capítulo XXX de esta obra. Son precisamente estas implicaciones las que están dificultando la labor de codificación a que hemos hecho referencia. Concretamente, el proyecto de treinta artículos que presentó la Comisión de Derecho internacional en 1978 provocó una división de opiniones en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, debido sobre todo a «las excepciones en beneficio de los Estados en desarrollo, del tráfico fronterizo y de los Estados carentes de litoral» (O.N.U.: 86). Finalmente, la Asamblea General, tras diferir el examen del contenido del proyecto durante más de diez años, terminó decidiendo, en 1991, ponerlo en conocimiento de los Estados miembros y de las organizaciones interesadas a fin de que lo tomen en consideración si lo consideran oportuno y conveniente (Decisión 46/416 de 9 de diciembre de 1991), manifestando de esta forma la falta de consenso sobre el contenido.

## 2. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

### A) RAZÓN DE SER

La interpretación es necesaria si los términos y las cláusulas empleados en un negocio jurídico o en una norma -en este caso en los Tratados- no son claros, y tiene por objeto determinar el verdadero sentido y el alcance de tales términos (interpretación de las sentencias relativas a la fábrica de Chorzow, C.P.J.I., Serie A, n. 13: 10, e Interpretación de la sentencia de 20 de noviembre de 1950 en el asunto del derecho de asilo, C.I.J., Rec. 1950: 402). La interpretación de los Tratados se lleva a cabo continuamente por la doctrina científica y en la aplicación del D.I., tanto por los Tribunales internos, cuanto especialmente en la práctica de las Cancillerías; su importancia es crucial en caso de diferencias internacionales cuya solución dependa de la aplicación de un Acuerdo, lo que exigirá interpretar sus cláusulas.

Aunque la interpretación de los Tratados preocupó desde antiguo a la doctrina internacionalista, el mayor impulso a la fijación de las reglas de la interpretación lo dio la jurisprudencia de tribunales internos o internacionales—tribunales arbitrales y, sobre todo, Tribunal Permanente de Justicia Internacional y Tribunal Internacional de Justicia— que facilitaron la codificación realizada en Viena. Por ello, en la exposición de esta pregunta, nos centraremos en las disposiciones del Convenio de Viena, pero también en la abundante jurisprudencia internacional que estuvo, antes, en el origen de sus disposiciones y, después, las ha confirmado, completado y, a su vez, interpretado.

### B) CLASES DE INTERPRETACIÓN

Según distintos factores podemos distinguir varias formas de interpretación.

a) Por el órgano o personas que la realizan: interpretación auténtica, llevada a cabo por las Partes en el Tratado mismo o en un acto posterior —acuerdo interpretativo, práctica posterior, etc.—; doctrinal, llevada a cabo por los juristas —en nuestro caso, iusinternacionalistas— por medio de dictámenes, resoluciones y acuerdos de Institutos científicos, publicaciones, etc.; judicial, realizada por los órganos judiciales internacionales y por los Tribunales internos para

aplicar el D.I.; y diplomática, realizada por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados interesados y manifiesta en Notas Diplomáticas, circulares dirigidas a las misiones diplomáticas, e incluso en decisiones de órganos internos no judiciales, llamados a aplicar el D. I.

b) Por el método empleado: literal o gramatical, si lo que se intenta es determinar el sentido haciendo un simple análisis de las palabras; teleológica, si se atiende a los fines perseguidos por las normas del Tratado; histórica, si se tiene en cuenta el momento histórico en que el Tratado se celebró y el significado que los términos tenían en aquel momento, y sistemática, si se tiene en cuenta no sólo la norma a interpretar, sino todas las demás que están ligadas a ella.

c) Por los resultados: interpretación extensiva o restrictiva, según que conduzca a la ampliación de las obligaciones dimanantes del Tratado o bien que éstas sean lo menos onerosas posible dentro de la letra de la cláusula interpretada.

### C) LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Las reglas, principios o criterios de interpretación son numerosos, y es difícil encontrar una sistemática plenamente satisfactoria para exponerlos. Conscientes con nuestro propósito de basarnos en nuestra exposición en el Derecho positivo, seguiremos la sistemática de la Convención de Viena. Dicha sistemática es muy simple, ya que está articulada sobre la base de una regla general (art. 31); unos medios complementarios (art. 32), y una regla específica para los Tratados redactados en varias lenguas (art. 33). No obstante, tras el análisis de los principios contenidos

#### a) Regla general de interpretación

El T.I.J. ha reiterado en diversas ocasiones que:

«según el derecho internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario a atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin. La interpretación debe estar fundada ante todo en el texto del tratado mismo.» (Asunto sobre Diferencia territorial entre Libia y Chad, C.I.J., Recueil 1994, pp. 21-22; en el mismo sentido puede verse: Asunto de las plataformas petrolíferas entre Irán y Estados Unidos, CXI, Recueil 1996 (II), p. 812, par. 23; así como Asunto de la Isla de Kasüáli/Sedudu entre Botswana y Namibia, C.I.J., Recueil 1999, par. 18; Asunto LaGrand, CU., Recueil 2001, per. 99).

Esta referencia al carácter de Derecho Internacional General del art. 31 de la Convención de Viena no es exclusiva del T.I. J., sino que la encontramos reiterada en todos los órganos judiciales internacionales, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [ad. ex.: Asunto Golder v. United Kingdom, ECHR, Serie A (1995), n. 18]; la Corte Interamericana de Derechos Humanos (ad. ex.: Opinión Consultiva OC 6/86 de 9 de mayo de 1986, par. 13); o el Órgano de Apelación del sistema de solución de diferencias de la OMC (ad. ex.: Asunto Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional de 29 de abril de 1996, pp. 21-23).

Cualquier interpretación de las disposiciones de un Tratado debe realizarse, por tanto, conforme a la regla general de interpretación codificada en el art. 31.1 de la Convención de Viena, según el cual:

«Un Tratado deberá ser interpretado 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 el objeto y fin.»

Esta regla de interpretación contiene tres principios que deben conjugarse entre sí en la tarea interpretadora. Estos principios son:



a') Primero, el principio de la buena fe: Básico en el DI., y en particular en el derecho de Tratados, está recogido en el art. 2, párrafo 2, de la Carta de las Naciones Unidas y en la «Declaración de principios inherentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados» preparada por las N.U. (examinada en el volumen sobre Organizaciones internacionales). La buena fe «representa algo más que una máxima de buen sentido, pues hay un nivel de evidencia que los Estados no pueden sobrepasar sin faltar al principio de la buena fe, aparte de que éste apunta al fundamentó mismo de las obligaciones en Derecho Internacional: lo primero es evidente en las obligaciones de comportamiento; lo segundo en uno de los principios básicos del Derecho Internacional: pacta sunt servanda. En suma, el principio de la buena fe sólo puede ser excluido del Derecho Internacional al costoso precio de destruir a este último como Ordenamiento jurídico» (Carrillo: 200). El carácter esencial del principio de la buena fe en la interpretación de los Tratados ha sido afirmado reiteradamente por la jurisprudencia internacional (ad ex.: Asunto de la diferencia territorial entre en estos artículos, al final haremos una referencia a otras reglas no contenidas en la Convención. Libia y Chad, C.I.J., Recueil 1994: 21; asunto de las normas relativas a la gasolina, Órgano de Solución de Diferencias de la O.M.C., Órgano de Apelación, informe de 22 de abril de 1996:21).

b') Segundo, el principio de la primacía del texto: El texto constituye la expresión más acabada de la voluntad de las Partes. Para averiguarlo se aplicará el «sentido corriente que haya que atribuirse a los términos». La regla del «sentido claro» significa que «no está permitido interpretar aquello que no necesite interpretación» (según Vattel, Vol. II, Cap. XVII, n. 263), de modo «que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada conduzca a resultados irrazonables o absurdos» (C.P.J.I., Serie B,n. 11, Servicio Postal polaco en Dantzig: 39); «cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un Tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación» (Asunto Ambatielos, C.I.J., Recueil 1952: 8; en el mismo sentido: Asunto del Templo de Préah Vihéar, excepciones preliminares, C.I.J., Rec. 1961: 32; Asunto de las Plataformas petrolíferas, excepción preliminar, C.I.J., Rec. 1996: 818). Ahora bien, es importante notar que según el art. 31.4 de la Convención, si consta que la intención de las Partes fue conferir a los términos empleados un sentido especial o no usual, se dará preeminencia a tal voluntad.

La determinación del sentido de los términos empleados debe realizarse teniendo en cuenta no sólo el texto estricto del Tratado sino su contexto. Como señaló el Tribunal Permanente en el Dictamen sobre la competencia de la O.I.T. para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en la agricultura, para comprender el sentido de los términos del Tratado «es necesario evidentemente leer éste en su conjunto, no pudiendo interpretarse su significado sobre la base de algunas frases extraídas de su medio y que, separadas de su contexto, pueden ser interpretadas de diversas maneras» (C.P.J.I., Serie B,n.2:22). Dicho contexto, para los efectos de la interpretación, está formado, según indica el mismo art. 31.2 de la Convención, por:

i) el texto del Tratado en sentido estricto, integrado a su vez por tres elementos que forman un todo a los efectos de interpretación del Tratado: su parte dispositiva —conjunto de disposiciones o artículos que forman el cuerpo del Tratado— su Preámbulo —en el que se exponen generalmente las razones por las que se ha llegado a convenir el Tratado y sus precedentes histórico-jurídicos— y sus Anexos —en los que generalmente se contienen disposiciones complementarias al texto, que de forma muy particularizada reglamentan determinadas cuestiones—;

ii) los Acuerdos que se refieran al Tratado y que hayan sido concertados entre todas las Partes (el Protocolo de firma y los Acuerdos suplementarios al Tratado) y todo instrumento

formulado por una o más Partes y aceptado por los demás como instrumento referente al Tratado [las declaraciones —cada día más frecuentes— que uno o más Estados contratantes hacen oficialmente en el momento de la conclusión del Tratado, y que los Estados contratantes declaran, a su vez, aceptar como instrumentos diplomáticos conexos con el Tratado (Maresca: 356)].

c') Tercero, el principio que requiere tener en cuenta el objeto y el fin del Tratado para su interpretación. Es más reciente que los anteriores, ya que fue recogido por primera vez por el T.I.J. en su Dictamen de 28 de mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención del Genocidio. Los autores de la Convención acogieron la interpretación Ideológica al incluir este elemento de interpretación, que «no es una derogación al principio de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, su consolidación objetiva: el objeto y el fin de un Tratado son los elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta por la voluntad de las Partes en el sentido de que éstas rehusarían admitir todas las libertades que pondrían en peligro este objeto y este fin que ellas libremente han escogido como su bien común» (Reuter: 17).

En la aplicación de esta regla general de interpretación formada por los tres principios señalados, el intérprete debe tener en cuenta, junto con el contexto al que hemos hecho referencia, tanto los instrumentos en que pueda constar la interpretación auténtica del tratado, como el entorno normativo. Así, conforme con el art. 31.3 de la Convención, habrá de tenerse en cuenta:

a') «Los acuerdos posteriores entre las Partes acerca de la interpretación del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones» y «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del Tratado por la que conste el Acuerdo de las Partes acerca de la interpretación del Tratado» (art. 313.a y b). Téngase en cuenta que aquí no se trata de cualquier práctica posterior, sino de aquella en que conste el acuerdo de las Partes. El sentido en que se usa la práctica es sumamente limitativo y no va dirigido a buscar la intención de las Partes, sino a la manifestación expresa de ella. En otras palabras, se trata de buscar la interpretación auténtica del Tratado a través de acuerdos o prácticas en la que conste el acuerdo de las Partes sobre el sentido y alcance de los términos empleados.

Respecto de la adopción de acuerdos posteriores entre las Partes acerca de la interpretación del tratado, éstos son adoptados frecuentemente cuando el tratado prevé la celebración de conferencias periódicas de los Estados parte para tratar cuestiones relativas a su aplicación. Así, por ejemplo, el T.I.J. ha invocado los acuerdos adoptados en diversas Conferencias de los Estados parte en los Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario para interpretar las disposiciones de los mismos (Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, C.U., Recueil, 2004, par. 96).

Por otra parte, el T.I.J. ha tenido especialmente en cuenta la «práctica ulteriormente seguida» en la interpretación de los Tratados constitutivos de organizaciones internacionales (Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, Licitud del uso de las armas nucleares, C.U., Recueil 1996, p. 75).

Una situación especial se presenta respecto de la práctica de órganos creados por el tratado a los que se encomienda el control de los mismos —como, por ejemplo los diversos comités creados por los tratados de derechos humanos— o cuando el tratado hace referencia a una institución a la que le reconoce un papel especial en su aplicación —como, por ejemplo, la referencia en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario al papel especial desempeñado por el Comité Internacional de la Cruz Roja. El T.I.J., en su jurisprudencia más reciente se ha apoyado también en las opiniones de este tipo de órganos e instituciones para confirmar la interpretación de diversos tratados (ad. ex.: Opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro..., C.I.J., Recueil, 2004, párs. 97, 109, 110, 6 112).

b) Las normas pertinentes de D.I. aplicables a las relaciones entre las Partes [art. 31.3.c)], dado que el Tratado no es un elemento aislado, sino una pieza integrante del sistema normativo del D.I.

La referencia al resto del ordenamiento jurídico debe ser entendida no sólo a otras fuentes del ordenamiento jurídico —costumbre, tratados y principios generales—, sino también a cualquier otro acto jurídico que pueda estar relacionado. Así, por ejemplo, el T.I.J. ha invocado resoluciones del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General de las Naciones Unidas para apoyar la interpretación de los tratados (ad. ex.: Opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro..., C.I.J., Recueil, 2004, párs. 98 y 99).

#### b) Medios complementarios de interpretación

Como ha señalado el T.I.J. en el asunto de la Diferencia fronteriza entre Libia y Chad al que antes nos referíamos, aunque la interpretación debe basarse ante todo en el texto del Tratado: «puede ser necesario a título complementario acudir a medios de interpretación tales como los trabajos preparatorios y las circunstancias en las que el tratado ha sido concluido» (C.I.J., Recueil 1994, p. 22).

Esta es la finalidad del art. 32 de la Convención, que establece que el intérprete, a fin de confirmar el sentido de la interpretación resultante de la aplicación del art. 31, o de determinar el sentido cuando la interpretación dada según el art 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, podrá recurrir a medios de interpretación complementarios. De esta forma se codifica una abundantísima jurisprudencia internacional que afirma la necesidad de apartarse de la regla general de interpretación si el resultado de su aplicación conduce a un resultado «irrazonable o absurdo», «incompatible con el espíritu, el objeto y el contexto de la cláusula o del acto en el que aparecen los términos» (Asunto del Sudoeste Africano, excepciones preliminares, C.I.J., Rec. 1962: 336; ver también: asunto del servicio postal polaco en Dantzing, C.P.J.I., 1925, Serie B, n. 11: 39; Asunto del trabajo nocturno de las mujeres, C.P.J.I., 1932, SerieA/B, n. 50:373; Condiciones de admisibilidad en las Naciones Unidas, CU., Rec. 1947-48: 63; Asunto de la Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989, CU., Rec. 1991: 69-70).

Entre esos medios complementarios, el art. 32 cita «en particular» (lo que da a la enumeración que sigue un carácter de *numerus apertus*, meramente ejemplificador y no excluyente de otros medios eventuales que no cita) a dos:

a') Primero, los trabajos preparatorios, que permiten en muchos casos determinar la intención de las partes en un Tratado con cierta aproximación, y que son citados con gran frecuencia en los litigios internacionales debido a la concepción voluntarista que convierte tal intención en objeto central de la interpretación de los Tratados. Los Tratados multilaterales son redactados en Conferencias internacionales en cuyas actas quedan reflejadas las propuestas de los Estados y las intervenciones de los Delegados que los representan. Otros Tratados —especialmente los bilaterales— dan ocasión al intercambio de Notas diplomáticas sobre los mismos entre los Estados contratantes.

b') Segundo, las circunstancias de celebración del Tratado. Al incluirlas, la Conferencia consagró la posibilidad de efectuar la «interpretación histórica» más arriba referida.

La jurisprudencia ha acudido a estos dos medios complementarios citados con frecuencia, tanto para buscar la interpretación correcta (así, entre otros: Asunto franco-heleno de los faros de Creta y Santos, T.P. J.I., Serie A/B, n. 62, p. 13; Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad ya citado; Asunto de las Acciones armadas fronterizas entre Nicaragua y Honduras, C.I.J., Recueil 1988, pp. 85 y ss.; Asunto sobre Ciertas tierras de fosfatos en Nauru, CU., Recueil 1992, pp. 247 y ss.; Asunto de la Isla Kasikili/Sedudu, CU., Rec. 1999: 1074-1075), como para confirmar la interpretación obtenida en virtud de la aplicación de la

regla general (Asunto de la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatary Bahrein, CU., Rec. 2001, p. 27), e incluso para abundar en el razonamiento realizado anteriormente, señalando que los trabajos preparatorios no se oponen a la interpretación dada al texto (Asunto LaGrand, CU., Rec. 2001, par. 104).

No obstante, el carácter complementario de estos medios lleva consigo una consecuencia especialmente importante: aunque debe acogerse la interpretación que mejor concilie el resultado de la aplicación de la regla general y la utilización de los medios complementarios, en caso de llegar a resultados contradictorios según apliquemos la regla general o nos fijemos en los trabajos preparatorios, debe primar la interpretación obtenida por la aplicación de la regla general si ésta es precisa y clara y su resultado es razonable. Así, en diversas ocasiones tanto el T.P.J.I. como el T.I.J. se han ocupado en sus sentencias y dictámenes de rechazar los trabajos preparatorios por razón de que el texto estaba lo suficientemente claro (C.P.J.I.: Serie B, nn. 2 y 3, p. 40; C.P.J.I.: Serie A/B, n. 50, p. 378; CU.: Recueil 1947-1948, p. 63; CIJ., Recueil 1950, p. 8; CIJ, Recueil 1952, p. 45).

c) Reglas específicas para la interpretación de los tratados autenticados en varias lenguas

Es sumamente frecuente que los Tratados estén redactados y autenticados en varias lenguas. En ese caso, conforme al art. 33.1 de la Convención, 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 (hipótesis excepcional en la práctica). Ello supone que, como hizo el T.I.J. en el Asunto Kasikili/Sedudu, debe presumirse que fue intención de las partes el escoger términos sinónimos en cada una de las lenguas (CU., Recueil 1999, par. 89).

Sin embargo, la versión del Tratado en idioma distinto a aquel en el que haya sido autenticado sólo será considerada como auténtica si el Tratado así lo dispone o las partes así lo convinieren.

Otras reglas del art. 33 de la Convención son: 1.a) la presunción de que los términos tienen igual sentido en todos los textos que hacen fe; 2.a) si existen diferencias, habrá que recurrir en primer término a las normas de los arts. 31 y 32, y, si éstas no condujeran a un resultado satisfactorio, se «adoptará el sentido que mejor concilie los textos, habida cuenta del objeto y el fin del Tratado». Esta regla, recogida en el párrafo 4 del art. 33, es reflejo del derecho internacional consuetudinario según señaló el T.I.J. en el asunto LaGrand (CIJ., Recueil 2001, par. 101).

La interpretación de las normas jurídicas en los Derechos internos, especialmente en el ámbito del Derecho de la contratación privada, ha tenido un amplio desarrollo, cristalizando en reglas y aforismos jurídicos conocidos. Por el contrario el D.I., Ordenamiento mucho más moderno y con unos mecanismos legislativos y judiciales más precarios que los Ordenamientos estatales, no ha desarrollado reglas interpretativas con la madurez necesaria para que puedan ser codificadas, motivo por el que la Convención, sin cerrar la puerta al desarrollo citado, no ha recogido ninguna regla adicional. Entre las no recogidas figuran las siguientes:

a') Según la máxima del «efecto útil» la interpretación de una cláusula de un Tratado debe hacer posible que la misma cumpla la función práctica o realice la misión política para la que fue concebida, alcanzando su objeto y su fin. El intérprete debe suponer que los autores del Tratado han elaborado la disposición para que se aplique, de forma que, entre las varias interpretaciones posibles, debe escoger aquella que permita su aplicación específica —*ut res magis valeat quam pereat*—. En palabras del T.I.J. en el asunto del estrecho de Corfú, «sería contrario a las reglas de interpretación generalmente reconocidas el considerar que una disposición, insertada en un compromiso, sea una disposición sin sentido y sin efecto» (C.I.J., Rec. 1949:24; ver también las sentencias arbitrales sobre el fileteado dentro del Golfo de San Lorenzo, par. 30, y sobre Laguna del Desierto, R.G.D.I.P., 1996: 585; así como el asunto de la diferencia territorial entre Libia y Chad, CU., Rec. 1994: 23).

Pero, también según el T.I.J., la aplicación de esta máxima no puede hacerse sin tener en cuenta la letra y el espíritu de la cláusula interpretada, ya que el Tribunal está llamado a interpretar los Tratados, no a revisarlos (Dictamen sobre la interpretación de los Tratados de paz de 18 de julio de 1950, C.U., Recueil 1950: 229).

b') La «interpretación restrictiva» es otra regla que tradicionalmente ha sido empleada por la jurisprudencia internacional en los casos de limitaciones de soberanía, en los que «en caso de duda, una limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente» (caso de las Zonas francas, C.P.J.I., Serie A/B, n. 46:167). No obstante, esta regla se encuentra sometida, precisamente en este ámbito, a revisión, prueba de lo cual es la Declaración del juez Bedjaoui en el Dictamen sobre la licitud del uso de las armas nucleares, en la que llega a afirmar que uno de los principios en que se basa esta regla (lo que no está prohibido para los Estados en el Derecho Internacional, está permitido) ha dejado de existir en el Derecho Internacional contemporáneo (C.U., Recueil 1996, par. 16 de la Declaración).

Sin embargo, la regla de la interpretación restrictiva sigue utilizándose frecuentemente por la jurisprudencia internacional para la interpretación de las excepciones a una regla general. El T.J.C.E. aplica de esta forma esta regla, por ejemplo, para la interpretación de las excepciones a las libertades comunitarias.

c') La «interpretación a la luz del sistema jurídico en vigor en el momento de la interpretación». Esta regla hace referencia al momento histórico en el que el intérprete debe situarse para hacer la interpretación. Las nociones y conceptos evolucionan con el transcurso del tiempo y el sentido y alcance de un término en el momento de la celebración del Tratado puede ser muy distinto del sentido y alcance del mismo término unos años después.

d) Otras reglas de interpretación no recogidas en la Convención

El Convenio de Viena no se pronuncia sobre esta cuestión, pues, si bien cita las circunstancias de la celebración como medio complementario (lo que nos retrotraería para la interpretación al momento de la celebración), también cita los acuerdos y la práctica ulteriores como elementos a tener en cuenta junto a las demás normas que ulteriormente hayan vinculado a los Estados.

En la jurisprudencia internacional, si bien encontramos algunos pronunciamientos que consideran que hay que tener en cuenta exclusivamente la situación en el momento de la celebración (Asunto del Sudoeste Africano, C.I.J., Rec. 1966: 23; Diferencia territorial entre Libia y Chad, C.I.J., Rec. 1994:31; sentencia arbitral en el asunto Laguna del desierto entre Argentina y Chile, R.G.D.I.P., 1996: 573), lo cierto es que la línea jurisprudencial más abundante la encontramos en sentido contrario, considerando que «todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en el que la interpretación tiene lugar» (Dictamen sobre Namibia, C.U., Rec. 1971: 31-32; ver también la sentencia arbitral entre Francia y Canadá en el asunto del fileteado dentro del Golfo de San Lorenzo, 17 de julio de 1986, par. 43; Asunto de la Plataforma continental del Mar Egeo, C.I.J., Rec. 1978: 32; Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Rec. 1997: 67-68; en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: Comisión contra Irlanda, C.J.C.E., as. 61/77, Rec. 1978: 47; o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Cassey contra Reino Unido, sentencia de 27 de diciembre de 1990, Serie A, n. 184, par. 35).

### 3. ENMIENDA Y MODIFICACIÓN DE LOS TRATADOS

A continuación se examinarán problemas de especial trascendencia, ya que no son de simple interpretación o aplicación de los Tratados, sino que afectan a su letra y su espíritu —su enmienda y modificación— o a su vida misma, entrañando, bien una desvinculación temporal

por las Partes de las obligaciones dimanantes de los mismos —suspensión— o bien una desvinculación definitiva —nulidad y terminación—.

En la terminología anterior a la Convención de Viena se utilizaba el vocablo «revisión». Ella estaba prevista por el art. 19 del Pacto de la S.D.N., en que se decía:

«La Asamblea podrá, en cualquier tiempo, invitar a los miembros de la Sociedad a proceder a un nuevo examen de los Tratados que se hubieran hecho inaplicables, así como de las situaciones internacionales, cuyo mantenimiento podía poner en peligro la paz del mundo.»

Este artículo no tuvo aplicación satisfactoria, y no sería recogido en su tenor literal ni por la Carta de las Naciones Unidas, ni por la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados.

La revisión puede estar prevista en el propio Tratado, como ocurre para la Carta de las N.U. en el art. 109 de la misma; pero salvo para los Tratados creadores de Organizaciones internacionales, en que es previsible la necesidad de adaptar la Organización a la evolución de la misma, lo normal es que los Tratados no tengan una cláusula expresa de revisión. Ello parece razonable, teniendo en cuenta el clima de colaboración que suele reinar en el momento de concertar un Tratado y el recelo normal de los Estados de evitar las desvinculaciones al mismo.

En la Convención de Viena, con criterio más realista, se reglamenta la cuestión dentro de otra más amplia, cual es la relativa a la enmienda y modificación de los Tratados. En la concepción manifestada en esta Convención la diferencia fundamental entre la enmienda y la modificación consiste en que la primera es un proceso de revisión abierto a todos los Estados contratantes, mientras que la segunda está reservada sólo a un grupo de ellos. A continuación pasamos a examinar cada una de ellas.

#### A) LA ENMIENDA DE LOS TRATADOS

La Convención de Viena contiene una reglamentación sumamente clara sobre la materia, y se limita a una regla general aplicable tanto a los Tratados bilaterales como a los multilaterales, y unas reglas especiales relativas a la enmienda de estos últimos.

a) La regla general, contenida en el art. 39, prevé la posibilidad de enmienda de todos los Tratados, con la única condición de que sea por acuerdo entre las Partes. El procedimiento para llevarla a cabo, salvo que se estipule otra cosa, será el mismo que el empleado para la celebración de los Tratados y su entrada en vigor, cuestión que ya hemos estudiado anteriormente y a la que nos remitimos.

b) Las reglas específicas sobre la enmienda de los Tratados multilaterales son las siguientes:

a') Atenerse, en primer lugar, a lo que disponga el Tratado sujeto a enmienda. b') A falta de estipulación expresa, se notificará la propuesta de enmienda a todos los Estados contratantes, quienes podrán participar:

i) en la decisión sobre las medidas que haya que adoptar —aceptarla, oponerse a ella, etc.— con relación a tal propuesta;

ii) en las negociaciones y en la celebración de cualquier Acuerdo de enmienda.

c') Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el Tratado original podrá serlo del Tratado enmendado (art. 40.I,2 y 3 de la Convención).

d') Por último, en cuanto a la obligatoriedad del Acuerdo anterior, o no enmendado, y del nuevo Acuerdo se distingue entre:

i) Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, pero que no den su consentimiento en obligarse en el nuevo Acuerdo, seguirán rigiéndose en sus relaciones mutuas por el Acuerdo primitivo.

ii) Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, y además den su consentimiento en obligarse por el nuevo Acuerdo, se regirán en sus relaciones mutuas por el Acuerdo en su forma enmendada y en sus relaciones con los que no hayan dado su consentimiento por el Acuerdo en su forma original.

iii) Aquellos Estados que lleguen a ser Partes en el Acuerdo después de la entrada en vigor de la enmienda se regirán por el Acuerdo en su forma enmendada, salvo en sus relaciones con los Estados que no hayan aceptado la enmienda, con que se regirán por el Acuerdo en su forma original.

#### B) LA MODIFICACIÓN DE LOS TRATADOS

Dos o más Estados Partes en un Tratado multilateral podrán modificarlo concluyendo otro que reglamente sus relaciones mutuas. Se trata, pues, de la creación de un régimen especial que, según el art. 41 de la Convención de Viena, estará sometido a las rigurosas condiciones siguientes:

a) Que esté prevista en el propio Tratado, o

b) sin estar prohibida por él, que:

a') no afecte a los derechos u obligaciones de las demás Partes; b') no sea incompatible con el objeto y el fin del Tratado; y c ) que las partes interesadas notifiquen a las demás partes la intención de celebrar el Acuerdo y la modificación del Tratado que en tal acuerdo se disponga.

### 4. NULIDAD, SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN Y TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

#### A) CUESTIONES COMUNES A TODOS LOS SUPUESTOS

En los tres supuestos enumerados en el epígrafe podemos decir, de una manera general, que el Tratado o las obligaciones de él dimanantes han entrado en crisis. La economía del Tratado se resiente y las relaciones entre los Estados Partes quedan en una cierta manera afectadas.

La gravedad que una tal situación encierra, antítesis de la norma *pacta sunt servanda*, hizo que al codificarse en Viena el Derecho de Tratados se hayan puesto una serie de trabas para disminuir, en la medida de lo posible, los efectos que la nulidad, anulabilidad, terminación y suspensión puedan acarrear. Las referidas limitaciones son, en síntesis —arts. 42 a 45—, las siguientes:

1.a Que la validez de un Tratado o el consentimiento prestado al mismo sólo puedan impugnarse sobre la base de la Convención de Viena.

2.a Que la terminación, denuncia, retirada o suspensión de un Tratado sólo pueda hacerse en aplicación de las normas del propio tratado o de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3.a Que la nulidad, terminación, retirada o suspensión no menoscaben el deber del Estado de cumplir las obligaciones a que esté sometido por normas del D.I. distintas a las del Tratado en cuestión.

4.a El derecho a denunciar, retirarse o suspender un Tratado no podrá ejercerse sobre obligaciones parciales, sino sobre la totalidad del Tratado, salvo que el mismo disponga otra cosa o las Partes así lo convinieren. Con ello se intenta evitar que los Estados se desliguen de las cláusulas onerosas y se beneficien de las que les sean favorables. Por otro lado, se pone en evidencia que los Tratados forman un conjunto.

5.a Las causas de anulabilidad no podrán alegarse más que sobre el Tratado concreto en su conjunto y no sobre determinadas cláusulas, salvo que las cláusulas sean separables del resto del Tratado en lo que respecta a su aplicación, conste por el Tratado mismo o de otro modo que la aceptación por las Partes de dichas cláusulas no

ha sido la base esencial para que prestaran el consentimiento en su conjunto o que la continuación del cumplimiento del resto del Tratado —separadas las cláusulas que se denuncian— no sea injusta.

6.a Como ya había señalado el T.I.J. en el Asunto sobre el derecho de paso por territorio indio y recoge hoy el art. 45 del Convenio de Viena, se pierde el derecho a alegar la causa de anulabilidad, terminación, retirada o suspensión cuando, conocidos los hechos por el Estado, éste ha convenido su continuación o se comporta de tal manera que pueda deducirse su aquiescencia a la validez, continuación en vigor o aplicación del Tratado (C.I.J., Recueil 1960, p. 37).

#### B) CAUSAS DE NULIDAD DE LOS TRATADOS

En el régimen de la Convención de Viena, se puede distinguir entre causas de nulidad absoluta, en las que no cabe la confirmación o convalidación del tratado nulo, y causas de nulidad relativa o anulabilidad, respecto de las que sí es posible esta eventualidad.

a) La nulidad absoluta se da en los siguientes casos:

1. Cuando el consentimiento en obligarse ha sido conseguido por coacción sobre el representante del Estado mediante actos o amenazas (art. 51).

2. Cuando la celebración del Tratado se ha conseguido por la amenaza o el uso de la fuerza, en violación de los principios del D.I. contenidos en la Carta de las N.U. (art. 52 de la Convención). La amenaza en este caso está dirigida contra el Estado mismo.

En el Asunto de la competencia en materia de pesquerías, ambas causas parecieron ser planteadas por Islandia al señalar que al acuerdo sobre el que Alemania basaba la competencia del T.I.J. en el asunto se había concluido bajo «circunstancias extremadamente difíciles». El T.I.J., empero, no llegó a evaluar la supuesta coacción sobre Islandia ante «una acusación tan grave sobre la base de una alegación general y vaga sin prueba alguna en su apoyo» aunque recordó que «no había duda que, como resultado implícito de la Carta de las Naciones Unidas y como reconoce el artículo 52 del Convenio de Viena sobre el derecho de tratados, un acuerdo cuya conclusión se haya obtenido por la amenaza o el empleo de la fuerza es nulo en Derecho internacional contemporáneo» (C.I.J., Recueil 1973, pp. 58-59, par. 24).

3. Cuando el Tratado en el momento de su celebración esté en oposición a una norma imperativa —*ius cogens*— de Derecho Internacional General (art. 53). Se entiende por tal una norma aceptada y reconocida «por la Comunidad internacional en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de D.I. General que tenga el mismo carácter».

b) La nulidad relativa o anulabilidad supone la existencia de una causa de nulidad del Tratado pero respecto del que cabe la posibilidad que se vea convalidado por un acuerdo expreso entre las partes o por un comportamiento tal que equivalga a una aquiescencia. A tenor del art. 45 de la Convención de Viena, las causas de nulidad relativa son las siguientes:

1. La manifestación del consentimiento en violación manifiesta —es decir, objetivamente evidente para cualquiera que actúe conforme a la práctica usual y a la buena fe— de una norma de importancia fundamental del Derecho interno relativa a la competencia para celebrar Tratados (art. 46).

2. Cuando el representante del Estado tenía una restricción específica y notificada a los demás en sus poderes para manifestar el consentimiento del Estado (art. 47).

3. En caso de error sobre una situación que sea base esencial del consentimiento, siempre que el Estado que lo alega no contribuyera con su conducta al error o las circunstancias fueran tan evidentes que estuviera advertido de él. Esta condición para poder alegar el error ya había sido afirmada por el T.I.J. en el Asunto relativo a la soberanía sobre determinadas parcelas fronterizas (C.I.J., Rec. 1959: 222 y 225) o en el Asunto del Templo de Préah Vihéar (C.I.J.,



Rec. 1961: 30). En todo caso, el error debe venir referido a un hecho o situación, no pudiéndose alegar el error de derecho, ni el error en la redacción del texto (art. 48).

4. En los casos de dolo, entendiéndose por tal el que deriva de una conducta fraudulenta de otro Estado negociador (art. 49).

5. En los casos de corrupción del representante de un Estado, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador (art. 50).

### C) LA SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS

La suspensión, por su naturaleza, es de orden temporal. El Tratado durante un cierto tiempo deja de producir efectos jurídicos, pero permanece en vigor. En esto se diferencia claramente de la extinción. Es incorrecto hablar de una extinción temporal, pues el Tratado permanece válido, y lo que ocurre es una suspensión temporal de alguno o de todos sus efectos y entre todas o alguna de las Partes en el mismo.

La suspensión se puede presentar sola o como una alternativa a la terminación, según la Convención de Viena. Para una más clara exposición, distinguiremos ambos supuestos:

a) En los casos en que la suspensión se presenta como una alternativa junto con la terminación (y que explicamos al hablar de las causas de terminación) son los siguientes:

1) Cuando haya habido una violación grave por una de las Partes. En estos casos se puede pedir la suspensión total o parcial (art. 60).

2) Por la imposibilidad temporal de cumplimiento (art. 61).

3) En los casos de haber sobrevenido un cambio fundamental de circunstancias (art. 62.3).

b) En el segundo de los supuestos nos encontramos con los casos de suspensión simple y son los siguientes:

1) Cuando el tratado así lo prevea [art. 57.a)].

2) Cuando todas las partes lo consientan, previa consulta con los demás Estados Contratantes [art. 57.6)].

3) Por medio de un acuerdo entre dos o más Partes, siempre que esté previsto en el Tratado o no esté prohibido en él. En este segundo caso cabe el acuerdo de suspensión, siempre que no afecte a los derechos y al cumplimiento de las obligaciones por las demás Partes y no sea incompatible con el objeto y fin del tratado cuyos efectos se suspendan (art. 58).

4) Como consecuencia de un acuerdo sobre la misma materia. Para que el tratado originario o primero quede suspendido es necesario que se desprenda así del Tratado posterior o conste de otro modo (art. 59).

5) La guerra puede suspender también la aplicación de los Tratados, en las condiciones señaladas para el cambio fundamental en las circunstancias o la imposibilidad temporal de cumplimiento.

6) El estado de necesidad, en las condiciones señaladas para la imposibilidad temporal de cumplimiento, en los términos que veremos en la pregunta siguiente.

### D) LA TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS: SUS CAUSAS

El origen de la extinción de los Tratados no está, al contrario de los casos de nulidad, en ningún vicio de consentimiento o en su incompatibilidad con normas esenciales del D.I., sino, generalmente, en situaciones sobrevenidas cuando el Tratado conserva aún su validez o en decisiones de las Partes, posteriores a su entrada en vigor.

La extinción o terminación de los Tratados puede ser debida a causas muy variadas pero, como ha reconocido expresamente el T.I.J. en el asunto Gabcikovo-Nagymaros, debe considerarse que las reglas relativas a la extinción y a la suspensión de la aplicación contenidas en la Convención de Viena son declarativas del Derecho Internacional General

(C.I.J., Recueil 1997: pars. 46 y 99). Ello supone, como señaló el T.I.J. en el mismo asunto, que en ausencia de estipulación expresa contenida en el Tratado o si no consta que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro,

«el Tratado no podrá terminar más que por los motivos enumerados limitativamente en la Convención de Viena» (C.I.J., Recueil 1997: par. 100).

No obstante, se plantean algunos problemas con otras causas no previstas expresamente en la Convención, por lo que, para una mejor sistematización, veremos en primer lugar las causas previstas explícitamente en la Convención de Viena como causas de terminación, en segundo lugar las causas excluidas explícitamente en la Convención como causas de terminación y, por último, otras circunstancias que se han planteado en la práctica como posibles causas de terminación no previstas en la Convención:

a) Circunstancias contempladas en la Convención de Viena como causas de terminación:

1) Conforme a las disposiciones del propio Tratado, tal y como hemos señalado antes [art. 54.a)].

2) Por consentimiento de todas las Partes, después de consultar a los demás Estados contratantes [art. 54.6)].

3) Por denuncia, siempre que conste la intención de las Partes en autorizarla o se deduzca de la naturaleza del Tratado (art. 56). Normalmente todo Tratado incorpora una cláusula de denuncia unilateral que suele incluir las siguientes condiciones básicas, como vimos, en el principio de buena fe y en el respeto al resto de Partes en el Tratado: i) notificación expresa al depositario o, en su ausencia, al resto de Partes en el Tratado; ii) preaviso de un cierto plazo temporal; y iii) explicación de los motivos de la denuncia. Por otra parte, en su dictamen sobre la Interpretación del acuerdo entre la O.M.S. y Egipto, el T.I.J. tuvo ocasión de recordar que, cuando el derecho a denunciar un Tratado está implícito en la propia naturaleza de dicho Tratado (es decir, cuando no se prevé expresamente), el ejercicio de tal derecho se condiciona a un preaviso que no debe ser inferior a doce meses. Para el Tribunal, esta regla se basa igualmente en el principio de buena fe y de respeto al resto de partes en el Tratado (C.U., Recueil, pp. 94-95, par. 46-47).

4) Por abrogación tácita. Estaremos ante este supuesto cuando todas las Partes celebren posteriormente otro Tratado sobre la misma materia y conste o se deduzca la intención de las Partes de regirse por el tratado posterior. También en los casos en que los Tratados sean incompatibles o no aplicables simultáneamente (art. 59).

5) Como consecuencia de una violación grave del Tratado, se faculta, a la otra Parte en los Tratados bilaterales y a las otras Partes unánimemente en los multilaterales, para darlo por terminado. Se considerará como violación grave tanto un rechazo del Tratado no admitido por la Convención de Viena como la violación de una disposición esencial para el objeto y fin del tratado en concreto (art. 60). En el dictamen sobre Namibia, el T.I.J. tuvo ocasión de valorar la violación grave por parte de Sudáfrica del mandato sobre el territorio de Namibia otorgado por la Sociedad de Naciones y endosado posteriormente por las Naciones Unidas. En este caso, fue esta organización la que, a través de la resolución 2145 (XXI) de su Asamblea General, constató la violación substancial del mandato y lo dio por terminado.

En relación con esta causa, debe tenerse en cuenta, como recordó el T.I.J. en el Asunto del personal diplomático en Teherán, que, en caso de violación de un Tratado, las cláusulas contenidas en el mismo relativas a la solución de controversias siguen en vigor entre las partes en la diferencia (C.I.J., Recueil 1980, p. 28, párs. 53-54).

6) Por imposibilidad de subsiguiente cumplimiento, como consecuencia de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para dicho fin (art. 61). Pero, como ha señalado el T.I.J., recordando el apartado 2 del art. 61:

«la imposibilidad de cumplimiento no puede ser invocada para la terminación de un Tratado por una parte en el mismo cuando esta imposibilidad resulte de la violación por esa parte de una obligación derivada de dicho Tratado.» (Asunto Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Recueil 1997: par. 103).

7) Por un cambio fundamental de las circunstancias existentes en el momento de la celebración del Tratado no previsto por las Partes y siempre que a') la existencia de dichas circunstancias constituya una base esencial del consentimiento; b') dicho cambio tenga por efecto modificar radicalmente las obligaciones que aún deben cumplirse; O el Tratado no establezca una frontera, o d') el cambio de circunstancias no resulte de una violación de la Parte que lo alega (art. 62).

Esta última causa, que es más conocida por cláusula o doctrina *rebus sic stantibus*, ha sido objeto de un amplio desarrollo y debate doctrinal y fue objeto también de una amplia discusión en el seno de la propia Comisión de Derecho Internacional de las N.U. En el artículo que fue aprobado en la Conferencia de Viena se tomaron una serie de cautelas para evitar una aplicación indiscriminada o un abuso de la misma. En expresión especialmente clara del T.I.J. un cambio fundamental de las circunstancias:

«debe ser de una naturaleza tal que tenga por efecto transformar radicalmente el contenido de las obligaciones que queden por ejecutar en el tratado [...] debe ser imprevisto', las circunstancias existentes en la época en que el Tratado fue concluido deben haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado. El hecho de que el art. 62 de la Convención de Viena esté redactado en términos negativos y condicionales indica claramente, por otra parte, que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que el argumento basado en un cambio fundamental de las circunstancias no pueda aplicarse más que en casos excepcionales» (Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros C.I.J., Recueil 1997: par. 104, cursivas añadidas).

Aplicando estos principios tal y como son codificados en el Convenio de Viena, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha admitido que la disolución de la antigua Yugoslavia y la situación de guerra subsiguiente en la región, constituían un cambio fundamental en las circunstancias justificando la suspensión de un acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y la antigua Yugoslavia (as. Racke GmbH, C-162/96, sentencia de 16 de junio de 1998, Rec. 1-3655).

8) La aparición de una nueva norma imperativa de Di. General —de *ius cogens*— hará que todo Tratado existente que se oponga a la misma se convierta en nulo y se dé por terminado (art. 64).

b) Circunstancias excluidas en la Convención de Viena como causas de terminación:

Conforme a las disposiciones de la Convención de Viena, no son causas de terminación de un Tratado:

1) La reducción del número de Partes hasta un número inferior al necesario para la entrada en vigor (art. 55).

2) La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares (art. 63).

c) Circunstancias no contempladas en la Convención de Viena como causas de terminación:

1) La llegada al término final, cuando el Tratado haya sido estipulado para una duración determinada, si bien esta causa puede considerarse englobada en la determinación «conforme a las disposiciones del Tratado», prevista en el art 54.a) de la Convención.

2) /La guerra como causa de terminación de los Tratados ha sido una cuestión discutidísima y que ha dado origen a una amplia bibliografía. Sin duda por ello y porque existen en la Convención de Viena otras causas —cambio de circunstancias e imposibilidad de cumplimiento— que pueden surtir los mismos efectos extintivos que la guerra, y que

realmente subsumen a esta última, no ha sido contemplada según creemos en la Convención como figura independiente.

Hasta la Primera Guerra Mundial era cuestión prácticamente admitida por la práctica internacional que la guerra producía la extinción o terminación de todos los tratados. En los Tratados de Paz de 1919-1920 se distinguió ya entre los Tratados bilaterales, que quedaban todos extinguidos, y los multilaterales» en que se determinaba taxativamente los que deberían ser aplicados, y entre ellos, los que se sometían a condiciones particulares para su aplicación. Después de la Segunda Guerra Mundial, y de manera especial en el Tratado de Paz con Italia, se reglamentó la suerte de los Tratados bilaterales en el sentido de que los aliados comunicarían en un plazo de seis meses aquellos que deseaban mantener o debían continuar en vigor (art 43 del Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947). Respecto a los tratados multilaterales no hay una cláusula general en el referido Tratado de Paz.

Así la guerra no es considerada hoy como causa extintiva de todos los Tratados, habiéndose extendido la práctica de insertar en los Tratados de paz disposiciones para regular la suerte de los Tratados estipulados por los beligerantes antes del inicio de la guerra, bien para abrogarlos, pero no por la guerra -ex tunc—, sino sólo por efecto del Tratado de paz -ex nunc—, o bien para ponerlos de nuevo en vigor, lo que significa que tan sólo se había suspendido su aplicación (Serení: 1502). Los Tratados de Alianza, asistencia mutua, de tráfico aéreo, etc., quedarán lógicamente terminados, mientras otros quedarán en suspenso por imposibilidad de cumplimiento. La Convención no consideró la guerra como causa independiente de terminación de los Tratados por haber sido una cuestión discutidísima y porque incluyó otras causas —cambio de circunstancias e imposibilidad de cumplimiento— que surten los mismos efectos extintivos que la guerra y la subsumen.

3) El estado de necesidad. Ésta ha sido también una causa invocada en diversas ocasiones por la doctrina y fue una de las causas alegadas por Hungría ante el T.U. en el asunto *Garcikovo-Nagymaros* antes citado. En aquella ocasión el T.I.J. dejó claro que

«El estado de necesidad no puede ser invocado más que para exonerar de su responsabilidad a un Estado que no ha ejecutado un Tratado. Incluso si se considera que la invocación de este motivo está justificada, el Tratado no terminará por este motivo; puede estar privado de efectos en tanto el estado de necesidad persista; puede estar inoperante de hecho, pero sigue en vigor a menos que las partes lo extingan de común acuerdo. Desde el momento en que el estado de necesidad desaparezca, el deber de acomodarse a las obligaciones derivadas del Tratado renacerá» (C.U., *Recueil* 1997, par. 101).

Estamos, por tanto, ante una posible causa de suspensión, como ya señalamos anteriormente, pero no ante una causa de terminación de los Tratados.

4) En los casos de extinción del sujeto internacional, los Tratados quedarán afectados y en su mayor parte extinguidos; pero esta cuestión la estudiaremos más tarde detenidamente. Baste señalar aquí que, cumulativamente con otras causas, la desaparición de la antigua Unión Soviética fue una de las causas alegadas por la Administración estadounidense para denunciar unilateralmente, el 13 de diciembre de 2001, el Tratado de misiles antibalísticos (ABM) de 1972, piedra angular de la disuasión nuclear durante toda la guerra fría.

#### E) LA RETIRADA DE LAS PARTES EN LOS TRATADOS

La retirada de las Partes en un Tratado supone, en general, la extinción de las obligaciones dimanantes del mismo para la Parte que se retira. La Convención de Viena reglamenta esta figura jurídica junto con la terminación. Nosotros, para una mayor claridad en la exposición, la estudiaremos por separado, aunque muy someramente.

La retirada puede darse en los siguientes casos:

- 1) cuando lo prevea el Tratado;
- 2) con el consentimiento de todas las Partes;

- 3) cuando conste que las Partes admitieron esta posibilidad;
- 4) cuando el derecho a retirarse se pueda deducir de la naturaleza del tratado;
- 5) por imposibilidad de cumplimiento del tratado, bajo las condiciones establecidas por el art. 61 de la Convención de Viena, y
- 6) por un cambio fundamental de circunstancia? en las condiciones previstas en el art 62 de la Convención de Viena.

Tanto el procedimiento para los casos de nulidad, terminación, retirada y suspensión como sus consecuencias son reglamentados muy cuidadosamente en la Sección 4.a (arts. 65 a 68) y Sección 5.a (arts. 69 a 72) de la Convención de Viena, tantas veces citada y a ellas nos remitimos. Estas reglas de procedimiento, como ha señalado el T.U., «si bien no codifican el derecho consuetudinario, contienen ciertos principios de procedimiento que tienen por fundamento la obligación de actuar de buena fe» (C.I.J., *Affaire relative au projet Gabccikovo-Nagymeros*, Recueil 1997: par. 109). Sin embargo, cabe señalar que desde la entrada en vigor de la Convención en 1980, ninguno de los procedimientos previstos han sido aplicados, muy particularmente el procedimiento conciliatorio establecido en el art. 66.6) y el anexo a la Convención.

## CAPÍTULO VIII

### LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

#### I. IDEAS GENERALES

Una de las características más sobresalientes de la vida internacional contemporánea es la existencia y proliferación de Organizaciones internacionales cuyas actividades cubren, actualmente, los más variados campos de las relaciones humanas. Esta presencia, cada vez más intensa, de las Organizaciones internacionales en la escena internacional está repercutiendo también y de manera considerable en los procedimientos de formación del Derecho internacional, bien directamente, al incorporar nuevas técnicas centralizadas e institucionalizadas de creación de normas internacionales, bien indirectamente, al influir en los procedimientos tradicionales de elaboración del Derecho internacional: la costumbre y el tratado.

A pesar de la importancia del fenómeno descrito constatamos como el art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, al enunciar las fuentes del Derecho internacional, no recoge los actos de las O.I. entre las mismas. Esta laguna no debe, sin embargo, sorprender si recordamos que en la fecha en que se redacta la citada disposición la actividad normativa de las O.I. era bastante reducida y que sus redactores estaban lejos de suponer el desarrollo que más tarde iba a tener esta actividad. Por lo que, una lectura actual del art. 38 a la luz de las nuevas funciones del Derecho internacional permite, en nuestra opinión, incorporar los actos jurídicos de las O.I. a las fuentes del Ordenamiento jurídico internacional.

La actividad normativa de las O.I. es el reflejo de la capacidad que gozan estos sujetos internacionales para elaborar y manifestar una voluntad jurídica propia e independiente de la de sus Estados miembros, individual o colectivamente considerados. La naturaleza derivada y funcional de la personalidad jurídica internacional de las O.I. explica, además, el que esta actividad normativa deba desplegarse, por un lado, dentro de los límites de las competencias que les son atribuidas expresamente por el instrumento constitutivo de la O.I. o se deduzcan implícitamente del mismo y, por otro lado, con la finalidad de realizar los objetivos comunes fijados por sus Estados miembros.

Ello significa que para poder determinar en cada caso concreto el alcance de la competencia normativa de una O.I., será preciso examinar las «reglas de la O.I.» de la que se trate, esto es, su instrumento constitutivo, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éste y su práctica establecida [art. 2.1.] del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados de 21 de marzo de 1986].

En otros términos, las O.I. no son realidades unívocas, sino que existen numerosas categorías de O.I. cuyos fines, composición y competencias son distintos, además estas O.I. no constituyen compartimentos estancos y excluyentes ya que están sujetas a la evolución incesante que conoce este fenómeno asociativo, siendo frecuente las transformaciones operadas en las mismas lo que les lleva a transitar por diversas categorías de O.I. El carácter, pues, particular de las O.I. hace necesario analizar el orden jurídico propio de cada una de ellas para poder determinar de manera precisa cómo se forma en cada caso concreto y en el seno de su estructura institucional su voluntad jurídica, qué órganos intervienen en los diversos supuestos, qué procedimientos de adopción existen y, finalmente, en qué actos jurídicos dicha voluntad se plasma.

En relación con ello, cabe observar como el orden jurídico particular de una O.I. está constituido por un derecho originario y un derecho derivado. El derecho originario está formado por el instrumento constitutivo de la O.I., generalmente un tratado, con sus protocolos y anexos y las normas convencionales que, eventualmente, lo han venido a completar y modificar a lo largo del tiempo. Su importancia es manifiesta, máxime si tenemos en cuenta que constituye el eje en torno al cual se proyecta y ordena el poder normativo de la O.I. cara a sus Estados miembros y, en ciertos supuestos, cara también a los nacionales de estos Estados. Esta actividad normativa desarrollada por los órganos de la O.I. constituye el derecho derivado que se caracteriza por ser un derecho secundario, homogéneo, unilateral, autoritario, escrito, controlado y variablemente autónomo.

Pues bien, a través de este derecho derivado la O.I. puede contribuir directa o indirectamente a la creación de normas internacionales. Esta doble posibilidad nos lleva, en los apartados que siguen, a examinar en primer lugar la autoridad normativa internacional directa de los actos jurídicos de las O.I. y, seguidamente, los efectos indirectos de los mismos al influir en los procesos de elaboración de los tratados y en el desarrollo de las costumbres internacionales.

## 2. LOS ACTOS JURÍDICOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES COMO FUENTE AUTÓNOMA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Las O.I. son sujetos de Derecho internacional derivados, creados, generalmente, por Estados, dotados de una estructura institucional permanente e independiente en cuyo seno, y a través de procedimientos de complejidad variable, van a elaborar una voluntad jurídica distinta de la de sus Estados miembros, destinada a realizar las competencias que les han sido atribuidas. Esta voluntad puede manifestarse, en el ámbito internacional, a través de actos unilaterales o por medio de la concertación de tratados con otros sujetos internacionales si tal posibilidad aparece recogida en las «reglas de la O.I.».

La participación directa de las O.I. como sujetos internacionales en tratados bilaterales y multilaterales es una realidad cuya frecuencia e importancia explica el que se haya dedicado a esta práctica convencional un Convenio internacional particular, a saber, el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales de 21 de marzo de 1986, y al que ya nos hemos referido al examinar el derecho de los tratados, por lo que en las páginas que siguen vamos a detenernos exclusivamente en el análisis de los actos unilaterales de las O.I.

De la lectura de los instrumentos constitutivos de las O.I. se puede deducir si éstas tienen o no capacidad para crear unilateralmente normas jurídicas, de manera que, cualquiera que sea el

órgano que adopte el acto jurídico, éste se imputa a la Organización como sujeto internacional y no a sus Estados miembros, aunque ellos hayan podido contribuir a su adopción a través del ejercicio del voto en el seno del órgano en cuestión.

Si la respuesta a esta lectura es positiva, el poder normativo ejercido por los órganos de la O.I. podrá adoptar en la práctica una terminología muy variada e incierta (salvo en el marco del Derecho comunitario europeo), y así nos encontraremos con: recomendaciones, dictámenes, resoluciones, directivas, declaraciones, votos, estándares, decisiones, reglamentos, ley europea, etc. Para tratar de salvar el escollo de esta imprecisión terminológica y para intentar agrupar las diferentes posibilidades se puede, con carácter general, utilizar el término resolución como expresión genérica referido a todo acto emanado de un órgano colectivo de una O.I., el de decisión para referir a los actos obligatorios, y recomendación para aquellos que, en principio, no crean derecho.

De lo dicho se desprende que no todas las resoluciones de las O.I. producen efectos jurídicos, de manera que sólo aquellas que establecen una regla de derecho en el orden jurídico internacional van a constituir una fuente autónoma del Derecho internacional (Barberis: 165).

Cabe advertir, en relación con lo que antecede, que los efectos jurídicos de un acto no dependen de la denominación que le ha sido dada por el órgano que lo ha adoptado, sino de su objeto y contenido en relación con las definiciones que aporta el instrumento constitutivo de la O.I., e, incluso, podemos ver como en una determinada Organización la terminología que en la práctica adoptan sus actos puede no coincidir con la que figura en su instrumento constitutivo (VIRALLY: 254).

De este modo, podemos encontrarnos ante «recomendaciones» que según el Tratado constitutivo producen efectos jurídicos obligatorios, como ocurre, por ejemplo, con las recomendaciones C.E.C.A. que según el art. 14 del, ya no en vigor desde julio de 2002, T.C.E.C.A. «obligarán en cuanto a los objetivos fijados en ellas, pero dejarán a sus destinatarios la elección de los medios apropiados para alcanzar tales objetivos». Y, a la inversa, podemos descubrir «decisiones» que carecen de efectos jurídicos obligatorios, tal y como sucede con las decisiones que adopta el Consejo de Administración del F.M.I. fruto de las encuestas llevadas a cabo por los expertos del Fondo sobre la situación económica de un determinado país (David: 184). Habrá, consiguientemente, que examinar caso por caso los distintos supuestos para determinar su particular alcance jurídico.

La actividad normativa de las O.I. es, como venimos diciendo, muy abundante y variada, a efectos puramente expositivos cabe distinguir dentro de la misma: aquellos actos que van a desplegar sus efectos en el interior de su orden jurídico, creando normas autorreguladoras que lo completen y adapten, y aquellos otros actos que se orientan hacia el exterior de la Organización estableciendo normas que van a afectar a otros sujetos internacionales, ya sean éstos Estados miembros o no de la misma u otras Organizaciones. No se trata, de todas formas, de categorías normativas puras, puesto que, como tendremos la ocasión de ver, algunos de estos actos van a tener efectos mixtos tanto auto como heteronormativos (Nouyen Quoc et al: 367).

#### A) COMPETENCIA NORMATIVA INTERNA

Las «reglas de la Organización internacional» atribuyen, de manera expresa o implícita, a la Organización un poder normativo interno destinado a regular su propio funcionamiento y administración y a adaptarlo a la evolución de sus actividades y del entorno internacional en la que ésta se desenvuelve. Los destinatarios de estas normas son, en principio, la propia Organización y los sujetos de su Derecho interno, esto es, las instituciones de la misma, los Estados miembros en tanto elementos integradores de la O.I., determinados particulares, como sus agentes y funcionarios, y, en algunas ocasiones, también las personas físicas y jurídicas.

A través de estas normas de naturaleza constitucional, administrativa o financiera, la O.I. establece, entre otros aspectos, la competencia, composición y funciones de sus órganos, los procedimientos a seguir en sus relaciones recíprocas e indica qué órganos son competentes para representarla en el plano internacional. Estas normas son, también, utilizadas por la Organización para fijar los derechos y obligaciones de sus funcionarios y agentes, esto es, el régimen jurídico de la función pública internacional. Por medio de ellas, la O.I. establece, igualmente, su régimen financiero (presupuesto, normas financieras) o fija, en fin, las condiciones de utilización de sus locales en la ciudad donde esté radicada su sede.

Dentro de este grupo de normas, algunas de las resoluciones de la O.I. presentan un alcance individual o personal y tienen por objeto atribuir a una persona, Estado u otra O.I. un estatuto jurídico determinado o investirlo de alguna función, lo que se concreta en la práctica con actos de terminología variada: admisión, suspensión, exclusión, elección, designación, nominación, invitación, inscripción en una lista, etc. (VIRALLY: 257), pudiéndose plasmar en ejemplos como el nombramiento de agentes y funcionarios de las O.I., la posibilidad de admitir nuevos miembros en la Organización o de suspender la participación de algún miembro (art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa). Otras resoluciones van a tener un alcance general; éste sería el caso representado por los: reglamentos internos de los diferentes órganos, reglamentos financieros, estatutos de los órganos subsidiarios que se crean, etc. (por ejemplo, Reglamento interno de la Comisión Europea de 18 de septiembre de 1999).

Excepcionalmente, algunas O.I. reciben el poder de modificar ellas mismas, con efecto obligatorio para sus Estados miembros, las normas de base de su funcionamiento, tal y como están establecidas en sus Actas constitutivas (un ejemplo ilustrativo es el de las instituciones de la U.E. que reciben, bajo ciertas condiciones, la competencia de modificar parcialmente o de completar ciertas disposiciones del Tratado constitutivo, art. 308 del CE., en esta línea se sitúa, también, el art. 1-18 del Tratado por el que se establece una constitución para Europa de 29 de octubre de 2004, donde se incluye una llamada cláusula de flexibilidad que persigue un fin parecido), en cuyo caso nos encontramos ante decisiones ad intra susceptibles de crear normas jurídicas generales (Rodríguez Carrión: 257). Suelen tener, asimismo, un carácter mixto (efectos internos y externos) las resoluciones financieras de las O.I., puesto que éstas van a establecer por un lado los gastos que la Organización puede efectuar, mientras que, por otro lado, van a fijar las cuotas que los Estados miembros deben aportar o los gastos que deben soportar.

La actividad normativa interna de una O.I. puede manifestarse por medio, bien, de actos que no son, en principio, jurídicamente vinculantes, o bien a través de actos jurídicos obligatorios. Dentro de la primera categoría podemos incluir las recomendaciones y los dictámenes dirigidos por un órgano de la O.I. a otro órgano de la misma tanto por propia iniciativa como a solicitud de este último. Numerosos son los ejemplos que nos ofrece la práctica, a título meramente ilustrativo, cabe referirse: al art. 10 de la Carta de las N.U. donde se dispone que la Asamblea General podrá hacer recomendaciones al Consejo de Seguridad sobre asuntos o cuestiones de su competencia; al art. 62 también de la Carta de las N.U., donde se faculta al Consejo Económico y Social para hacer recomendaciones a la Asamblea General sobre asuntos de carácter económico, social, cultural...; en otro ámbito, como el representado por la UE., existen también actos de esta naturaleza, así los arts. 262 y 265 CE, establecen la posibilidad de que el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones eleven, respectivamente, dictámenes al Consejo o a la Comisión.

Dentro de la categoría de actos jurídicos obligatorios, podemos citar, las resoluciones relativas al funcionamiento de los órganos de la O.I.: al respecto, cabe observar como la generalidad de los instrumentos constitutivos de O.I. atribuyen, expresa o implícitamente, a sus órganos competencia para adoptar sus reglamentos internos en los que se fijan sus reglas de funcionamiento, como ocurre, por citar algunos ejemplos, con la Carta de las N.U., cuyos arts.



21, 30, 72, 90, etc., abren esta posibilidad ? distintos órganos de N.U., como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria; también, esta finalidad la cubren: el art. 30 del Estatuto del T.I.J., respecto del propio Tribunal; el art. V, número 5, del Estatuto de la F.A.O., en relación con su Comité Ejecutivo; el art. 22 del Protocolo de Trujillo de 1996, modificando el Acuerdo de Cartagena y creando la Comunidad Andina, al conceder a la Comisión Andina competencias para aprobar o modificar su propio reglamento; o, en el marco de la Unión Europea, los arts. 199, 207, 218, 245 CE., respecto de algunas de sus instituciones.

Jurídicamente vinculantes van a ser, igualmente, las resoluciones de las O.I. relativas a la creación de órganos secundarios. En algunas O.I. los órganos principales van a estar facultados para crear órganos secundarios a través de actos en los que se fija la existencia» las competencias, la sede, los medios materiales y humanos de dichos órganos. Piénsese, por ejemplo, en el marco de las N.U, en las Comisiones Económicas regionales, o en las Oficinas regionales de la O.M.S., y más recientemente, en los Tribunales Penales Internacionales creados para juzgar los crímenes de guerra y las violaciones del Derecho internacional humanitario en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda; recuérdese, también, en el ámbito del Ordenamiento jurídico comunitario, por ejemplo, la creación del Tribunal de Primera Instancia por decisión del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 1988. Las relaciones interorgánicas pueden concretarse en instrucciones de contenido obligatorio en razón de la relación de subordinación que puede establecerse entre estos órganos.

Cabe, finalmente, referirse a dos supuestos de resoluciones internas de carácter obligatorio: los reglamentos relativos a la función pública internacional que suelen recibir la denominación de Estatutos de los funcionarios y agentes de la Organización (por ejemplo, el Estatuto de los funcionarios de las N.U adoptado por la Asamblea General el 2 de febrero de 1952; o el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, Reglamento número 259/68 del Consejo de 29 de febrero de 1968). Y los reglamentos financieros, y, más concretamente, aquellos que fijan los presupuestos de las O.I., tanto de las que se nutren de las contribuciones obligatorias y/o voluntarias de sus Estados miembros, como de las que disfrutan de recursos propios.

## B) COMPETENCIA NORMATIVA EXTERNA

Existe en ciertas O.I. un poder normativo que trasciende el ámbito interno de la Organización y afecta a otros sujetos internacionales e, incluso, en algunos casos a los propios particulares. Estos actos adoptan, a veces, la forma de decisiones obligatorias y, otras veces, las de recomendaciones carentes, en principio, de efectos jurídicamente vinculantes. El primer supuesto se suele dar con mayor frecuencia en las Organizaciones regionales de integración (Unión Europea, Comunidad Andina o Mercosur) y en las Organizaciones internacionales de carácter técnico (O.A.C.I., O.M.S., U.I.T.), mientras que el segundo es propio de las Organizaciones internacionales políticas de alcance tanto universal como regional (O.N.U., Consejo de Europa, O.U.A.), lo que no excluye que en las O.I. de integración y en las O.I. técnicas se adopten también recomendaciones y que, en algunas ocasiones, en las O.I. políticas se tomen igualmente decisiones. Veamos, a continuación,

### a) Las recomendaciones

La generalidad de las O.I. se ven atribuidas por sus instrumentos constitutivos la posibilidad de adoptar actos de naturaleza recomendatoria conteniendo una invitación, dirigida a uno o varios destinatarios, para que adopten un comportamiento determinado, sea éste una acción o una abstención. Como tal invitación, no llevan en principio aparejada la obligatoriedad de su cumplimiento, si bien en determinados supuestos pueden producir efectos en el campo jurídico.

La regla general es, pues, la de la no obligatoriedad de las recomendaciones (art. 249 CE., «Las recomendaciones [...] no serán vinculantes»; art. 69 del Convenio constitutivo de la O.A.C.I., «Ningún Estado contratante será culpable de infracción del presente Convenio si no pone en práctica tales recomendaciones»). En relación con los Estados miembros, y eventualmente con los Estados no miembros, una recomendación no se convierte en obligatoria sino después de una aceptación expresa o tácita. Ahora bien, si los Estados son libres de rechazarla, lo harán con extrema prudencia si el acto en cuestión ha recibido la adhesión mayoritaria de los restantes Estados, esto es, a pesar de su alcance jurídicamente limitado puede ser un adecuado medio de presión social. De este modo, la ausencia de fuerza obligatoria no significa que el acto carezca de todo alcance, pues su impacto político (presión psicológica) y su valor jurídico (los Estados están obligados a examinar las recomendaciones de buena fe, arts. 2.5.º, 6 y 56 de la Carta de las N.U., art. 10 CE.), no son desdeñables.

Además de este supuesto principal, existen ciertos casos particulares; así, se observa como algunos tratados constitutivos de O.I. imponen a sus Estados miembros determinadas obligaciones respecto de las recomendaciones que les son dirigidas como, por ejemplo, la obligación de notificar a la O.I. el curso que se ha dado a la recomendación (a través, por ejemplo, de informes periódicos, de respuestas a cuestionarios...) o explicar las razones por las que ésta no se ha acatado o se ha retrasado su cumplimiento (por ejemplo, art. 11 del Instrumento constitutivo del Consejo Nórdico, art. IVB.4.0 del Tratado de la U.N.E.S.C.O., art. IV2.º del Tratado de la F.A.O., art. 19.6.º del Convenio constitutivo de la O.I.T., art. 9.2 del Tratado del C.A.R.I.C.O.M.). Estas recomendaciones se diferencian de las decisiones obligatorias, como señala DIEZ DE Velasco, en que los Estados miembros no están obligados a ejecutar su contenido, puesto que las obligaciones que establecen son de orden procedimental más que relativas al fondo del asunto (DIEZ DE Velasco: 127).

Una situación distinta es aquella en la que los destinatarios se comprometen a cumplir la recomendación. En este supuesto la recomendación adquiere un carácter obligatorio; en estos casos se estima que la recomendación se transforma en acuerdo cuando es aceptada por los Estados miembros. De manera que, en tanto que acto de la Organización, seguirá siendo una recomendación, pero, en tanto que acto de los Estados que dan su consentimiento, va a constituir un acuerdo en forma simplificada.

#### b) Las decisiones

El poder normativo externo de las Organizaciones adquiere una naturaleza legislativa o cuasi legislativa con las decisiones, sobre todo en aquellos supuestos en los que son adoptadas según un sistema de mayorías (cualificadas o absolutas), resultando, en este caso, obligadas por ellas, no sólo los Estados que votaron favorablemente, sino también aquellos que lo hicieron en contra o se abstuvieron (por ejemplo, art. 205 del CE., o art. 26 del Protocolo de Trujillo de 1996 modificando el Acuerdo de Cartagena y creando la Comunidad Andina), salvo en los casos en los que las citadas decisiones son adoptadas según el sistema denominado «contracting out», pues según el mismo los miembros tienen el derecho de rechazar el carácter obligatorio de la decisión o el de hacer reservas (es el caso previsto en el art. 8 de la Convención sobre las pesquerías del Atlántico Nororiental por lo que se refiere a determinados actos adoptados por la Comisión de Pesquerías del Atlántico Nororiental).

Estos actos jurídicos obligatorios no tienen siempre el mismo alcance. Así, existen decisiones individuales que conciernen a un determinado destinatario o grupo de destinatarios bien definidos. Éste sería el caso de ciertas decisiones del F.M.I. o del Consejo de Seguridad o, en fin, de la Comunidad Europea. En este último supuesto podemos pensar en unas decisiones imponiendo una sanción a un determinado Estado o concediendo una ayuda a un particular.

Existen, también, decisiones que tienen un alcance general diferenciándose entre sí por la naturaleza de las obligaciones que imponen. De este modo, cabe referirse a ciertas decisiones

que establecen una obligación de resultado, dejando a su destinatario la elección de la forma y de los medios para lograrlo. Un ejemplo ilustrativo de tal tipo de actos lo encontramos en las directivas comunitarias previstas en el art. 249 CE.; también pertenecen a esta categoría las decisiones adoptadas por la O.C.D.E. (arts. 5 y 6 de su Tratado constitutivo) o por la E.F.T.A. (art. 32.4 de la Convención que la crea), o, en fin, las resoluciones dictadas por la O.P.A.E.P. (art. 12 de su Acta fundacional).

Finalmente, algunas Organizaciones —las menos— disfrutan de la competencia para adoptar actos jurídicos unilaterales de carácter general que imponen obligaciones tanto de resultado como de comportamiento. Esta característica la poseen, por ejemplo, los reglamentos de la Comunidad Europea que, según dispone el art. 249 CE., son actos de alcance general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro; lo que significa, dada además la peculiaridad del ordenamiento jurídico comunitario que sus destinatarios no serán única y exclusivamente las instituciones y los Estados miembros, sino que, además, afectarán los derechos y obligaciones de los particulares, quienes podrán invocarlos ante los tribunales. Esta es, también, la naturaleza que detentan las decisiones del Consejo y de la Comisión Andina y de las resoluciones de la Secretaría general de la Comunidad Andina (art. 3 del Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996 por el que se modifica el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena).

En el caso de la U.E., ejemplo más avanzado de O.I. de integración, se habla claramente de proceso legislativo, por lo que se refiere a la adopción de estas normas de Derecho derivado. Esta idea se ha visto reforzada en los debates que tuvieron lugar con ocasión de la Convención Europea 2002-2003 y en la posterior Conferencia ínter/gubernamental, y, en este sentido, fruto de estas discusiones es el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, donde, en su art. 1-33 («Actos jurídicos de la Unión»), se abandona la terminología clásica de las O.I. a favor del uso de las expresiones propias del Derecho de los Estados, distinguiendo entre actos legislativos, a los que llama ley europea (el actual reglamento) y ley marco europea (la actual directiva) y actos no legislativos, como el nuevo reglamento europeo (que tiene por objeto la ejecución de un acto legislativo y de disposiciones del Tratado Constitución) la decisión, las recomendaciones y los dictámenes.

Junto a estas O.I. de integración, existen otras Organizaciones que disfrutan también de la posibilidad de adoptar decisiones de alcance general y obligatorias en todo sus elementos. Es el caso de las Organizaciones de carácter técnico. De este modo, la O.M.S. puede establecer reglamentos sanitarios obligatorios y aplicables, en principio, a todos sus Estados miembros (art. 21); lo mismo ocurre con la O.M.M., cuyo órgano competente puede adoptar reglamentos técnicos [art. 1.d)]; es el caso, igualmente, de la O.A.C.I., respecto de los denominados estándares internacionales (art. 52); o, finalmente, de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, cuya Asamblea puede aprobar reglamentos en materias tales como el reparto de ventajas financieras obtenidas de las actividades desarrolladas en la Zona, así como la regulación de la prospección, explotación y exploración de dicha Zona (art. 160.2.º, F.I y F.II, del Convenio de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982).

Mención particular merecen las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, tanto por el carácter universal de esta Organización como por el alcance jurídico de tales actos. En efecto, el art. 25 de la Carta de las N.U. dispone que «Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta». El alcance universal de esta disposición se refuerza con lo establecido en el art. 2.6.º de la Carta, al afirmarse que «La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales». Pues bien, es precisamente en el marco del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

donde, en principio, se despliegan, aunque no exclusivamente, las decisiones obligatorias del Consejo de Seguridad.

En relación con ello, el T.I.J., llamado a interpretar en el Asunto de Namibia algunas decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas sobre la base de los arts. 24 y 25 de la Carta, tuvo la ocasión de afirmar su carácter obligatorio y general, al concluir que éstas eran «obligatorias para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, que están, por tanto, obligados a aceptarlas y cumplirlas» (CU., Rec. 1971: par. 53).

### 3. LA INCIDENCIA INDIRECTA DE LOS ACTOS JURÍDICOS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la Sociedad internacional despliegan actualmente sus actividades más de trescientas Organizaciones. Algunas de ellas tienen una vocación universal, otras meramente regional, algunas también persiguen objetivos generales otras exclusivamente particulares, pero todas ellas contribuyen, sin duda, poderosamente a centralizar e institucionalizar esta Sociedad, al introducir dentro de la misma relaciones de verticalidad entre sus distintos sujetos y al ofrecer a éstos foros dotados de permanencia donde encontrarse, discutir y, eventualmente, adoptar resoluciones.

La mayor parte de estas resoluciones no constituyen fuente autónoma del Derecho internacional, puesto que, como hemos visto, no producen efectos jurídicos obligatorios al contener simples recomendaciones de seguir una conducta determinada o una mera invitación o exhortación en este sentido y, como tales, consiguientemente, no crean directamente normas internacionales.

Ahora bien, lo cierto es que estas resoluciones, en especial las procedentes de Organizaciones universales —puesto que brindan la posibilidad a la generalidad de los Estados de expresar sus opiniones acerca de las normas jurídicas que ha de regir entre ellos— pueden llegar también a constituir un elemento importante en otros procesos de formación del Derecho internacional, coadyuvando en la elaboración de tratados multilaterales y de costumbres.

#### A) LA INCIDENCIA DE LAS O.I. EN LA PREPARACIÓN Y ADOPCIÓN DE TRATADOS MULTILATERALES

Las Organizaciones pueden contribuir esencialmente de dos maneras a la formación de normas convencionales: en primer lugar, directamente a través de procedimientos institucionalizados y centralizados que conducen a la negociación y adopción en su seno de un convenio multilateral; y, en segundo lugar, indirectamente mediante la preparación y convocatoria de una conferencia internacional destinada a la elaboración de un convenio multilateral.

##### a) Elaboración de un convenio multilateral

El primer método se hace posible cuando las reglas de la O.I. prevén la posibilidad de que algún órgano de la Organización adopte un convenio internacional cuyo texto ha sido previamente preparado en el seno de la Organización. Este órgano suele ser aquel en el que están representados todos los Estados pudiendo, de este modo, participar en su discusión todos ellos, lo que facilitará, sin duda, su posterior aceptación. Una vez aprobado el tratado va a quedar abierto a la firma y ratificación o adhesión de los Estados, lo que significa que el citado tratado no va a obligar hasta que entre en vigor internacionalmente y sólo respecto de los Estados que lleguen a ser partes del mismo.

Numerosas son, hoy en día, las O.I. que utilizan esta técnica jurídica para alcanzar los objetivos que les fueron fijados por sus fundadores; tenemos ejemplos de la misma tanto en el

ámbito de la cooperación regional como en el de la universal. Respecto al primero, un caso ilustrativo es el representado por el Consejo de Europa, cuya actividad se manifiesta muy especialmente a través de la adopción de Convenios internacionales en muy diversos sectores, como sería el caso del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea, el Convenio Europeo contra la Tortura, el Convenio Europeo sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las Organizaciones internacionales no gubernamentales, etc., hasta superar con creces la cifra de más de cien convenios. En cuanto a las Organizaciones de vocación universal, hay que destacar el importante papel que este procedimiento ocupa dentro de la O.I.T., al constituir éste su mecanismo habitual de expresión jurídica, también hay que referirse a la propia O.N.U., donde el mencionado procedimiento ha sido utilizado en múltiples ocasiones, baste un ejemplo como ilustración del mismo, la Resolución 2200 (XXI) de su Asamblea General, por la que, sobre la base de los Proyectos redactados por la Comisión de Derechos Humanos, se aprobaron el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo de este último el 16 de diciembre de 1966.

Dos últimas cuestiones en relación con esta materia, la primera es que algunas Organizaciones no sólo disfrutaban de la competencia para adoptar estos convenios sino que también pueden imponer a los Estados miembros determinados comportamientos respecto a los mismos destinados a facilitar su cumplimiento, estableciendo al respecto, por ejemplo, un plazo para que se someta el convenio a la autoridad interna competente (art. IV, apdo. B.4, del Tratado constitutivo de la U.N.E.S.C.O.; art.19.5 de la Constitución de la O.I.T.). La segunda cuestión es que, en muchos casos, la actuación de la Organización no se limita a la adopción del proyecto de convenio multilateral, sino que se prolonga en el tiempo con el objetivo fundamental de que éste sea ratificado por el mayor número posible de sus Estados miembros (por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General de las N.U. exhortando a los Estados a que sean parte de los convenios elaborados por ella).

#### b) La convocatoria de Conferencias internacionales

Las O.I. pueden intervenir, además, indirectamente en la elaboración de normas convencionales mediante la convocatoria de una Conferencia internacional, sobre todo de aquellas que tienen como objetivo la elaboración de un convenio multilateral de contenido normativo. En relación con ello, se debe destacar la importante labor desarrollada por las Naciones Unidas, en cuya Carta constitutiva se atribuye a la Asamblea General la misión de promover estudios y hacer recomendaciones para «impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación» [art. 13.1.a)]. En esta importante tarea la Asamblea General se ve asistida por un órgano subsidiario: la Comisión de Derecho Internacional, destinado a preparar los proyectos de codificación que luego se discutirán en el seno de las Conferencias; aunque, a veces, la complejidad de la materia o la oportunidad política llevan a la Asamblea General a utilizar otras técnicas, incluso la creación de una Comisión ad hoc y la convocatoria de una Conferencia internacional específica, como ha sucedido con la revisión del Derecho del Mar operada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982).

La obra de las O.I., especialmente de las Naciones Unidas, en esta materia es de tal transcendencia que sin su aportación no se podría comprender hoy en día el fenómeno de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional operado en la Sociedad internacional durante esta segunda mitad de siglo. Y, al respecto, como ejemplos elocuentes en este sentido, baste mencionar: las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960 sobre el Derecho del Mar, en cuyo seno se aprobaron las Convenciones sobre Mar Territorial y Zona Contigua (1958), sobre Alta Mar (1958), sobre Pesca y Conservación de los recursos vivos

del alta mar (1958) y sobre Plataforma Continental (1958); la Tercera Conferencia de las N.U. sobre el Derecho del Mar en la que se elaboró la Convención de las N.U. sobre el Derecho del Mar de 1982; las Conferencias de Viena sobre Relaciones diplomáticas (1961), sobre Relaciones consulares (1963) y sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las O.I. de carácter universal (1975) que condujeron a la adopción de los respectivos convenios; las también conferencias desarrolladas en Viena sobre el Derecho de los tratados entre Estados (1968 y 1969) y sobre el Derecho de los tratados entre Estados y O.I. o entre O.I. (1986), en cuyo seno se elaboraron sendos Convenios que regulan hoy en día esta materia; las conferencias de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de tratados (1977 y 1978) y sobre Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (1983) donde se elaboraron dos Convenios que respectivamente regulan ambas materias; y, en fin, la conferencia celebrada en Roma (1998) sobre la Corte Penal Internacional de la que salió el Estatuto de la misma. En este orden de ideas, cabe concluir destacando como N.U. está presente a lo largo de todo este proceso de codificación y desarrollo progresivo, desde el momento en que se determina qué materia va a ser objeto de codificación hasta la adopción del texto definitivo del tratado, pasando por la preparación y elaboración de un proyecto y finalizando con la búsqueda del consentimiento final de los Estados soberanos en quedar obligados por el Convenio presentado (Carrillo Salcedo: 127). Al margen de esta actividad, en las dos últimas décadas no cesan de convocarse, a impulsos de la Asamblea General, Conferencias internacionales para tratar de temas clave en la evolución de la Sociedad internacional, como: medio ambiente y desarrollo (Río de Janeiro, 1992), derechos humanos (Viena, 1993), población y desarrollo (El Cairo, 1994), desarrollo social (Copenhague, 1995), género (Pekín, 1995), asentamientos urbanos (Estambul, 1996), cambio climático (Kioto, 1997), desarrollo sostenible (Johanesburgo, 2002), etc.

b) la incidencia de los actos de las organizaciones internacionales en la formación de la costumbre

Las resoluciones de las O.I., especialmente las de la Asamblea General de las N.U., desempeñan un papel relevante en el proceso consuetudinario, puesto que pueden negar a declarar un derecho consuetudinario preexistente, cristalizar una costumbre en proceso de formación o, finalmente, generar una nueva práctica. Esta interacción entre las resoluciones de las O.I. y la costumbre ha sido destacada por la generalidad de la doctrina y reconocida por la jurisprudencia internacional (Cahin: 15).

En este orden de cosas, vemos como la Asamblea General de las N.U., a pesar de no constituir, hoy por hoy, ni el parlamento universal ni el legislativo mundial, constituye el centro más idóneo en el que los diferentes Estados pueden manifestar sus puntos de vista sobre una norma jurídica existente o en vías de formación, o para suministrar la base y el punto de partida para un desarrollo progresivo del Derecho internacional. En efecto, la naturaleza democrática de la Asamblea General, reflejada en el principio un Estado un voto, ha ejercido una fuerte atracción sobre los nuevos Estados que han visto en las resoluciones el mejor instrumento normativo para impulsar los cambios jurídico-sociales a los que aspiraban. De este modo, y desde una perspectiva político voluntarista, intentaron convertir este foro en un legislativo internacional, lo que condujo a la adopción de un elevado número de disposiciones más retóricas que efectivas, al no expresar el consenso general y no ser aceptadas por el conjunto de los Estados miembros de las Naciones Unidas, surgiendo de este modo un Derecho de naturaleza declarativa o programática enunciado en unas declaraciones cuyo valor y efecto jurídico son imprecisos (Dupuy: 134), lo que ha llevado a hablar tanto de la emergencia de ciertas costumbres «salvajes» frente a las tradicionales costumbres «sabias» (Dupuy: 75), íntimamente vinculado ello con el alcance declarativo de ciertas resoluciones de la Asamblea General de las N.U., como también del surgimiento de un denominado «soft law»

en razón del carácter prospectivo e incitativo de ciertas resoluciones onusianas, lo que ha sido criticado por parte de la doctrina occidental que ha advertido del peligro de la relativización del Derecho internacional (wedl: 5).

Sin desconocer este hecho, lo cierto es que las resoluciones de la Asamblea General, y muy especialmente aquellas calificadas como declaraciones, esto es, aquellos textos en los que la Asamblea General «formula solemnemente normas generales de conducta para que sean observadas por los Miembros de la Comunidad internacional durante un periodo de tiempo indeterminado» (Garzón: 593), van a influir de manera decisiva en la formación de las normas consuetudinarias, en tanto —como adelantábamos— se presentan en muchos casos como una fase relevante no sólo para la determinación o cristalización de las mismas, sino también para la generación o constitución de un nuevo derecho consuetudinario.

De este modo, va a ser posible verificar la existencia, no sólo de resoluciones probatorias de normas consuetudinarias preexistentes, sino también de resoluciones que contribuirán a cristalizar una regla consuetudinaria *in statu nascendi*; supuestos éstos en los que la resolución va a expresar una opinión *in iuris* y no una simple recomendación. En estos casos, asistimos a una inversión del proceso lógico de aparición de la costumbre (en que previamente se inicia una práctica y sólo a posteriori surge una convicción jurídica en cuanto a su obligatoriedad), al aparecer antes o coetáneamente el elemento espiritual y luego impulsar la práctica, lo que se verá facilitado por el marco institucional representado por la Asamblea General. Este fenómeno es recogido por el T.I.J. en su sentencia en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, cuando afirma que «el hecho de que los Estados hayan aprobado este texto [la Res. 2625 (XXV)] proporciona una indicación de su opinión *iuris* sobre el Derecho consuetudinario en cuestión» (CXI, Rec. 1986: par. 190).

En relación con lo que antecede, varios ejemplos permiten ilustrar la interacción entre las resoluciones de las O.I. y la costumbre. Así, la generalidad de la doctrina reconoce que la Declaración sobre los principios que rigen las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados [Res. 2625 (XXV)], puede considerarse como declarativa de normas ya existentes de Derecho consuetudinario. Mientras que la Declaración sobre los principios jurídicos que regulan la actividad de los Estados en el uso y exploración del Espacio Ultraterrestre [Res. 1962 (XVIII)], representaría un supuesto de resolución que cristaliza normas de Derecho internacional en vías de formación.

Junto a estas resoluciones declarativas o cristalizadoras de normas consuetudinarias, de la práctica se puede extraer la existencia de otras resoluciones que se caracterizan por constituir el punto de partida de una futura positivación de normas internacionales. Se trata de aquellas resoluciones que, como veíamos, poseen una naturaleza prospectiva o incitadora, cargadas, en muchos casos, de un alto contenido programático que, aun no dotadas de valor jurídico obligatorio, pretenden impulsar el desarrollo de la práctica estatal con el fin de configurar una futura norma consuetudinaria. Este tipo de resoluciones ha encontrado un excelente campo de cultivo tanto en el Derecho internacional del desarrollo como en el del Derecho internacional del medio ambiente.

Ocurre, sin embargo, que con frecuencia en una misma Resolución se van a incluir considerandos declarativos y programáticos, lo que conduce a que ciertos Estados, generalmente los occidentales, se abstengan, a menudo, de votar o voten en contra, o también que efectúen declaraciones en la votación que se acercan a las clásicas reservas de los tratados (Ida: 338). Tal circunstancia que, por un lado, parece dejar entrever como dichas resoluciones no carecen por completo de valor jurídico, por otro lado, va a exigir el que se proceda para cada resolución en concreto a un examen detenido e individualizado, para de este modo tratar de determinar las razones que llevaron a adoptarlas, el método que fue utilizado, el lenguaje que usa, las circunstancias del voto, las medidas de control, la práctica ulterior seguida por los Estados, etc., procedimiento inductivo que, por lo demás, ha seguido el T.I.J. cuando se ha

enfrentado a estas resoluciones a la hora de determinar su valor jurídico (por ejemplo, en sus dictámenes sobre Namibia o el Sahara Occidental o en su sentencia sobre Nicaragua; Thierry: 389, y Skubiszewski: 503). Dentro de este orden de ideas, el arbitro R. 1 Dupuy en el asunto Texaco-Calasiatic c. Gobierno de Libia, afirmaba en su sentencia de 12 de enero de 1977 que «en función de las condiciones de voto ya anteriormente señaladas al revelar una opinio iuris communitatis, la Resolución 1803 (XVII) refleja, ajuicio de este Tribunal, el estado del derecho consuetudinario en la materia. En efecto, es a partir de la votación de una resolución que afirma la existencia de una norma consuetudinaria cuando los Estados expresan claramente su opinión. La aquiescencia en este caso de una mayoría de Estados pertenecientes a los distintos grupos representativos indica inequívocamente el reconocimiento universal de las reglas allí establecidas [...]» (J.D.I., n. 2, 1977: 374 y ss., par. 87).

De este modo, las resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las N.U. se constituyen en adecuados catalizadores de la opinio iuris, facilitando la formación de normas consuetudinarias y adaptándolas a las relaciones internacionales contemporáneas al propiciar una atenuación del elemento temporal y un fortalecimiento del elemento espiritual en el proceso consuetudinario. Contribuyendo, de este modo, como afirma Gutiérrez Espada, a acelerar la formación de la costumbre y a dulcificar la dificultad de su prueba (Gutiérrez Espada: 587).