

CAPÍTULO III	
FUENTES DEL DERECHO	113
14. Fuentes del derecho: concepto y clases	113
15. Tratados del derecho internacional	115
A. Generalidades	115
B. Clases de tratados internacionales	119
C. Entrada en vigencia de los tratados internacionales	119
D. Entrada en vigencia	124
E. Efectos jurídicos	125
F. Reservas	128
G. Ausencia de voluntad	134
H. Interpretación	135
I. Modificaciones	140
J. Terminación y suspensión	140
16. Derecho consuetudinario internacional	145
A. Origen	145
B. Derecho consuetudinario y tratados	152
C. El problema del <i>persistent objector</i>	154
D. Derecho consuetudinario internacional imperativo (<i>ius cogens</i>)	155
17. Principios generales del derecho internacional	156
18. Fundamentación de derechos y deberes mediante actos unilaterales	158
19. Equidad	160

20. Producción jurídica a través de las Organizaciones Internacionales y de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales	161
A. Las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	161
B. <i>Soft Law</i>	163
C. Decisiones de las Cortes Internacionales	164
21. Determinación de los preceptos del derecho internacional	165
22. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno	166
A. Monismo y dualismo	166
B. Validez del derecho internacional en el derecho interno	170
C. Ley fundamental y derecho internacional	173
D. Orden estatal “internacionalizado”	181

CAPÍTULO III

FUENTES DEL DERECHO

14. FUENTES DEL DERECHO: CONCEPTO Y CLASES

El concepto de “fuentes” se relaciona con la producción jurídica, esto es, con el origen de las normas del derecho internacional. En sentido estricto, éstas contemplan la producción de las reglas del derecho internacional. A estas fuentes pertenecen los tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho internacional. De éstas se deben diferenciar las “fuentes interpretativas del derecho”, que se han establecido como instrumentos de apoyo para la interpretación de las reglas del derecho internacional (fuentes del derecho impropias, en sentido amplio).

Dentro de este tipo de fuentes interpretativas del derecho se encuentran, por ejemplo, las decisiones judiciales (nacionales e internacionales) y los conceptos de la doctrina del derecho internacional. Una lista “clásica” de esas fuentes se encuentra en el artículo 38 número 1 del Estatuto de la Corte Internacional:

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 artículo 59.

Las disposiciones del artículo 38 número 1 del Estatuto de la Corte Internacional lista en los incisos a-c fuentes propias del derecho internacional y en el inciso d las fuentes interpretativas del derecho (instrumentos de apoyo para la interpretación del derecho internacional).

La secuencia de las fuentes del derecho internacional en el artículo 38, número 1, incisos a-c del Estatuto de la Corte Internacional corresponde al orden en el cual se aplican regularmente los principios del derecho internacional a un asunto.

De este modo, quien aplique el derecho (por ejemplo, un tribunal nacional o internacional) acudirá en primer lugar por lo general, a los tratados vigentes entre las partes, luego a las reglas del derecho internacional consuetudinario y finalmente, a los principios generales del derecho internacional.

Esto, sin embargo, no tiene implicaciones todavía sobre el orden jerárquico de las fuentes del derecho internacional. Por tanto, los Estados y los demás sujetos del derecho internacional pueden, mediante acuerdos, separarse del derecho internacional consuetudinario internacional sólo bajo reserva del derecho consuetudinario “obligatorio”, que siempre tiene prevalencia sobre los tratados.

Las fuentes de derecho clásicas del derecho internacional (tratados, derecho consuetudinario y principios generales del derecho) señalan que los Estados son además los actores decisivos de la producción jurídica. Si la lista de las fuentes del derecho contemplada en el artículo 38, número 1, incisos a-c, del Estatuto de la Corte Internacional es definitiva o no, es una cuestión bastante discutida. Como fuentes complementarias del derecho se discuten en principio, los actos unilaterales (compromisos unilaterales o la renuncia a un determinado derecho por parte de un Estado). Adicionalmente se incluyen los ya mencionados actos de las organizaciones internacionales como fuentes propias del derecho. En la medida en que tales actos jurídicos tienen efecto vinculante para los miembros de las organizaciones (por ejemplo, las resoluciones con carácter vinculante del Consejo de Seguridad de la ONU), tienen en todo caso un fundamento legal (como la Carta de la ONU) y por tanto se incluyen dentro del sistema de fuentes del derecho clásico.

En lo restante, las decisiones de las organizaciones internacionales y sus órganos actúan como catalizadores del desarrollo del derecho internacional. Esto se aplica principalmente a las decisiones de la Asamblea General de la ONU. Por consiguiente, la frontera entre la claridad de los

componentes o el contenido discutible de las reglas del derecho internacional, por una parte, y el desarrollo posterior del derecho internacional por la otra, es bastante estrecha.

Para la zona intermedia de los principios del derecho internacional ya reconocidos y las disposiciones que aún no se han convertido en normas vigentes, principalmente de la Asamblea General de la ONU, se ha acuñado el concepto poco contundente del *soft law*. Detrás de ese concepto poco contundente se encuentra por una parte, la autoridad especial de la Asamblea General de la ONU como foro de la comunidad de Estados y por la otra, la reserva frente a la producción jurídica a través de ese órgano, que en la Carta de la ONU se encuentra limitado a unas pocas competencias.

BIBLIOGRAFÍA: U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht: zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts*, 1991; G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, 1983; M. Lachs, “The Threshold in Law-Making”, in: R. Bernhardt U. A. (ed.), *Völkerrecht als Rechtsordnung/Internationale Gerichtsbarkeit/Menschenrechte, Festschrift für H. Mosler*, 1983, pp. 493 y ss.; R. Monaco, “Sources of International Law”, *EPIL*, t. 4, 2000, pp. 467 y ss.; E. Riedel, “Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?”, *EJIL*, 2 (1991), pp. 58 y ss.; C. Sepúlveda, “Methods and Procedures for the Creation of Legal Norms in the International System of States. An Inquiry into the Progressive Development of International Law in the Present Era”, *GYIL*, 33 (1990), pp. 432 y ss.

15. TRATADOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

A. Generalidades

a. Concepto

De éstos se deben diferenciar los acuerdos contractuales entre los sujetos del derecho internacional que se someten al derecho nacional (por ejemplo, la compra de una propiedad inmobiliaria por parte de la República Federal Alemana a un Estado extranjero para el establecimiento de una embajada).

Partes de un tratado de derecho internacional pueden ser, además de los Estados, las organizaciones internacionales. Si también los privados (empresas o personas naturales) pueden contraer relaciones contractuales de derecho internacional con un Estado extranjero (por ejemplo, en el caso de un contrato para la explotación de petróleo), es una cuestión bastante discutida (véase nuestro apartado 13). El objeto de los tratados de derecho internacional puede ser la reglamentación de los deberes de acción o de omisión. Ellos pueden clarificar con carácter vinculante, cuestiones de estatus (por ejemplo, la propiedad sobre un territorio).

Se deben delimitar los tratados de derecho internacional de las declaraciones comunes, que de conformidad con la voluntad de las partes carecen de fuerza vinculante (*gentlemen's agreement*). Dentro de estas se encuentran por ejemplo, el Compromiso de Luxemburgo de 1966, mediante el cual Francia y los demás Estados miembros de la Comunidad Europea lograron un acuerdo para el manejo del principio de las mayorías en el caso de cuestiones con significado fundamental para un Estado miembro. En ese contexto se debe mencionar también el acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa – CSCE- de Helsinki en 1975 (Bull. BReg 1975, Nr. 102, pp. 965 y ss.; ILM 14 [1975], pp. 1292 y ss., véase T. Schweisfurth, “Zur Frage der Rechtsnatur, Verbindlichkeit und völkerrechtlichen Relevanz der KSZE-Schlußakte”, ZaöRV, 36, 1976, pp. 681 y ss.). A los principios contemplados allí no se les atribuyó en el acta final de la CSCE, carácter vinculante.

Declaran su determinación de respetar y poner en práctica, cada uno de ellos en sus relaciones con todos los demás Estados participantes, independientemente de sus sistemas políticos, económicos o sociales, así como de su tamaño, situación geográfica o nivel de desarrollo económico, los siguientes principios, todos ellos de significación primordial, que rigen sus relaciones mutuas: “...Los Estados participantes, teniendo debidamente en cuenta los principios arriba enunciados, constatan que la presente declaración no afecta a sus derechos y obligaciones, ni a los tratados y otros acuerdos y arreglo correspondientes” (principio número X).

La delimitación de una declaración de voluntad, que carece de carácter vinculante, por una parte y de un acuerdo con carácter vinculante, por la otra, puede ser difícil en un caso particular.

En una controversia territorial entre los Emiratos Arabes de Bahrain y Qatar, la Corte Internacional tuvo que aclarar si una minuta contentiva

de lo ocurrido en unas negociaciones, que había sido suscrita por los Ministros de Relaciones Exteriores de ambos Estados, así como por el Ministro de Relaciones Exteriores del Reino Unido de Arabia Saudita, que había actuado como mediador, contenía un acuerdo vinculante o no.

Para la Corte Internacional la suscripción de la minuta implicaba un acuerdo de voluntades sobre las obligaciones listadas en el documento, y de la voluntad de someterse a la competencia de la Corte Internacional (*Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar vs. Bahrain, ICJ, Reports, 1994, pp. 112 y ss.*)：“...las minutas no son un simple archivo de una reunión ellas no dan mera cuenta de las negociaciones y resumen los puntos de acuerdo y desacuerdo. Ellas enumeran los compromisos a los que las partes han consentido. Ellas crean además derechos y obligaciones en el derecho internacional para las partes. Ellas constituyen un acuerdo internacional” (*ibidem*, p. 121, núm. 25).

En vista de la voluntad, claramente expresada en la minuta, de darle una carácter vinculante al tratado, la Corte Internacional consideró como irrelevante si el ministro de relaciones exteriores de uno de los Emiratos (debido a la falta de las autorizaciones constitucionales requeridas) quería firmar sólo una declaración política o un tratado de derecho internacional (*ibidem*, p. 121, núm. 27).

En esa decisión de la Corte Internacional subyace un punto de vista objetivo, que se orienta en primer lugar en el texto legitimado por las partes, así como en el desarrollo de los acontecimientos externos. El elemento subjetivo (las ideas de los respectivos representantes) quedó en un segundo plano.

b. Fundamentos del derecho general de los tratados

Durante largo tiempo las reglas sobre la entrada en vigencia y los efectos legales de los tratados internacionales se encontraban únicamente en el derecho consuetudinario internacional. El principio de que los tratados de derecho internacional se deban cumplir (*pacta sunt servanda*) encuentra también sus raíces en el derecho consuetudinario internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 codifica las reglas vigentes del derecho consuetudinario internacional sobre el derecho de los tratados. En los ámbitos particulares, la Convención de Viena sobre los tratados precisa los principios del derecho con-

suetudinario internacional o determina las reglas discutidas hasta ahora. Además, debido a que la Convención de Viena sobre los tratados ha sido ratificada por numerosos Estados (a 31.12.1999: 89 Estados) y de su determinante influencia en la práctica estatal de las últimas décadas, ésta ha promovido la consolidación del derecho consuetudinario internacional. De ahí que las reglas del derecho consuetudinario de los tratados internacionales y la Convención de Viena tengan la misma cobertura.

El ámbito de validez de la Convención de Viena sobre los tratados se extiende de manera expresa sólo a determinados tratados entre los Estados, principalmente por escrito. "Tratados" en el sentido de la Convención de Viena sobre los Tratados significa: "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (artículo 2o., número 1, inciso a).

Aún no ha entrado en vigencia la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales de 1986 (*BGBL.*, 1990, II, p. 1415). Esa Convención es bastante similar en cuanto al contenido, a la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969.

c. Significado de los tratados internacionales

Desde la Segunda Guerra Mundial, la red de tratados entre dos o más Estados ha ganado bastante profundidad. La Carta de la ONU, los tratados universales y regionales para la protección de los derechos humanos, los acuerdos de comercio mundial así como el trenzado de acuerdos bilaterales, han dado lugar en el entretanto a un direccionamiento de la práctica Estatal, que en algunos ámbitos ha tomado vías bastante sutiles.

BIBLIOGRAFÍA: A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2000; J. Klabbers, "Qatar vs. Bahrain: The Concept of "Treaty" in International Law", *AVR*, 33 (1995), pp. 361 y ss.; *idem*, *The Concept of Treaty in International Law*, 1996; A. McNair, *The Law of Treaties*, 1961; O. Schachter, "The Twilight Existence of Non-binding International Agreements", *AJIL*, 71 (1977), pp. 269 y ss.; I. M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2a. ed., 1984.

B. Clases de tratados internacionales

De acuerdo con el número de participantes, los tratados se diferencian entre tratados bilaterales y multilaterales. Adicionalmente, en la actual doctrina del derecho internacional se diferencian entre tratados que crean derechos (*traité-loi, law-making treaty*) y los acuerdos contractuales (*traité-contrat, contractual treaty*).

Los tratados que crean derechos son, por lo general, los acuerdos multilaterales, que tienen por objeto el ordenamiento fundamental de ámbitos en particular de la vida en común entre los Estados (por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos o los acuerdos sobre el orden comercial mundial). Los acuerdos contractuales se limitan, por el contrario, a la reglamentación de obligaciones bilaterales, como las que caracterizan los acuerdos de derecho privado. La clasificación de un tratado en uno de esos dos tipos puede ser significativa para la interpretación. En lo restante, sin embargo, el significado de una clasificación que tipifica de este modo, no se debe sobrevalorar. Esto es válido también porque existen numerosas formas mixtas (por ejemplo, la vinculación de la ayuda para el desarrollo con cláusulas para la protección de los derechos humanos) y porque además la voluntad de las partes expresadas en el texto del tratado es mucho más importante que una tipificación, que siempre es bastante amplia. Algunas opiniones en del derecho internacional moderno consideran que la distinción entre tratados creadores de derechos y otros tratados ha perdido actualidad.

C. Entrada en vigencia de los tratados internacionales

a. Modalidades

La entrada en vigencia de un tratado internacional se cumple en un proceso compuesto de varios pasos. La determinación final del contenido del tratado se vincula básicamente al acuerdo entre las partes (véase el artículo 9o. apartado 1, CVT).³⁸ Por regla general, ese acuerdo se expresa mediante la firma del tratado (que puede estar precedida de la simple

³⁸ Artículo 9o. Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuará por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

rúbrica por parte de los representantes al concluir las negociaciones) (Artículo 10, inciso b, CVT).³⁹ Para la adopción del texto en el marco de una conferencia internacional se siguen reglas especiales (al respecto en el artículo 9o., número 2, CVT).⁴⁰ La determinación del contenido del tratado no significa aún el comienzo de la vinculabilidad del tratado. De conformidad con el artículo 11 de la CVT), el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

Las formas más usuales de aprobación del tratado son la suscripción (artículo 12, CVT), el canje de instrumentos que constituyan un tratado (artículo 13, CVT) y la ratificación (artículo 14, CVT).⁴¹

³⁹ Artículo 10. Autenticación del texto. El texto de un tratado quedara establecido como auténtico y definitivo.

⁴⁰ Artículo 9o. Adopción del texto. 2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuará por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

⁴¹ Artículo 12. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto, o c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. Para los efectos del párrafo 1: a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido; b) la firma *ad referendum* de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Artículo 13. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestara mediante este canje: a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto, o b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

Artículo 14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación, o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos

En el caso de procesos sencillos de celebración de tratados son suficientes la suscripción del tratado por un representante (artículo 12, CTV) o el canje de instrumentos (artículo 13, CTV), para que el tratado produzca efectos.

En el caso de la suscripción, este acto tiene una doble función: la suscripción determina definitivamente el contenido del texto y genera al mismo tiempo el efecto vinculante. El proceso sencillo presupone que el representante que suscribe el tratado, o el representante para el intercambio contractual, tiene la competencia para la creación de los efectos vinculantes. Por lo general este proceso se práctica en el caso de tratados que tiene muy poco significado político.

En el caso de los procesos compuestos se cumple la aprobación en un paso especial, principalmente de ratificación a través del intercambio de los instrumentos de ratificación o del depósito de los documentos de ratificación (artículo 14, número 1, en concordancia con el artículo 16, CTV).⁴² La suscripción del texto del tratado constituye aquí sólo un paso previo para la aprobación definitiva. Este proceso se elige siempre que el derecho de una de las partes del tratado (derecho constitucional o el tratado constitutivo de una organización internacional) exija una autorización especial para la aprobación definitiva del tratado. Esto se aplica especialmente para los casos en los que el derecho constitucional presupone una aprobación parlamentaria como fundamento para el carácter vinculante del tratado.

De conformidad con el derecho constitucional alemán se requiere una autorización de esta clase en forma de una ley aprobatoria para determinados tratados internacionales. El artículo 59, número 2, de la Ley Fundamental alemana determina: “Los tratados que regulan las relaciones políticas de la federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una ley federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la

poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

⁴² 16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse: a) su canje entre los Estados contratantes;

administración”. La ley aprobatoria constituye la autorización constitucional al ejecutivo para la aprobación del tratado frente a las otras partes; esta ley se designa comúnmente en el lenguaje constitucional como ratificación.

En el sentido del derecho internacional, la “ratificación” se refiere, sin embargo, a la aprobación del tratado mediante la entrega del documento de ratificación (véase el artículo 2o., número 1, inciso b, CVT).⁴³

En el caso de los tratados multilaterales, se cumple, cuando no se ha participado en la creación del texto del tratado o luego de que ha concluido el plazo para su suscripción, mediante la declaración de la aprobación del tratado por vía de la adhesión (artículo 15, CVT).⁴⁴

En el caso de los tratados multilaterales, en los que el canje de los instrumentos de ratificación es poco practicable, se prevé el depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión ante un depositario (estado depositario u otra instancia véase el artículo 16, incio b, CVT).⁴⁵

b. Competencia para representar

Los representantes de las partes requieren, para los estadios individuales del tratado, un poder de representación. La competencia para la representación en derecho internacional se puede originar en un poder expreso o por conducta concluyente, o también en un estatus especial (por ejemplo, como jefe de estado, jefe de gobierno, ministro de relaciones exteriores o jefe de misión).

⁴³ Artículo 2. ...b) se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.

⁴⁴ Artículo 15. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la adhesión: a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión, o c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

⁴⁵ Artículo 16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse: ...b) su depósito en poder del depositario.

De conformidad con el artículo 7o., número 2, CVT son representantes de sus Estados por virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes:

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

La competencia de derecho internacional para representar el Estado hacia fuera se debe diferenciar de la autorización constitucional (o administrativa) para representarlo hacia adentro. En principio, es irrelevante la trasgresión de la autorización interna en el caso de un poder de representación existente en el plano del derecho internacional. Sólo en el caso de violaciones especialmente evidentes y graves de las reglas internas sobre la celebración de tratados puede un Estado hacer valer el que la aprobación se impartió en forma inválida. El artículo 46, CVT, determina al respecto:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Al admitir que se puedan invocar esta clase de disposiciones graves y elementales en relación con la competencia del derecho interno para la celebración de tratados, se da lugar a una excepción al principio general

de que un Estado no puede invocar su derecho interno respecto de las obligaciones contraídas en un tratado, artículo 27, CVT).⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA: K. Geck, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, 1963.

D. Entrada en vigencia

Un tratado internacional entra en vigencia, en principio, cuando todas las partes han declarado su aprobación en la forma requerida (véase el artículo 24, número 2, CVT).⁴⁷ Las partes pueden, sin embargo, en el tratado mismo o mediante un acuerdo especial, adoptar una regla diferente (véase el artículo 24, número 1, CVT).⁴⁸

En este sentido, se puede pensar que un tratado multilateral entra en vigencia luego de la aprobación con fuerza vinculante (por lo general con la configuración de los instrumentos de ratificación o adhesión) por un determinado número de Estados (véase, por ejemplo, el artículo 84, número 1, CVT).⁴⁹ La adhesión a un tratado que ya se encuentra en vigencia genera básicamente la entrada en vigencia para el respectivo Estado (bajo reserva de reglas que se aparten de esto; véase el artículo 24, número 3, CVT).⁵⁰

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contempla, para antes de la entrada en vigencia de un tratado ciertos efectos previos con relación a la suscripción, canje de instrumentos o ratificación. En estos casos, un Estado se encuentra, en principio, obligado a no llevar a cabo actuaciones que puedan frustrar el fin y el objeto de un tratado (artículo

⁴⁶ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁴⁷ Artículo 24. Entrada en vigor. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrara en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

⁴⁸ 24. Entrada en vigor. 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en el se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

⁴⁹ 84. Entrada en vigor. 1. La presente convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión.

⁵⁰ Artículo 24 (3). Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

lo 18 CTV).⁵¹ Se trata aquí de una obligación que en todo caso ya se encontraba vigente en las primeras épocas del derecho consuetudinario. Esos efectos previos los puede omitir un Estado que ha suscrito el tratado, cuando ha declarado que quiere desistir de la ratificación definitiva (véase el artículo 18, inciso a, CTV). Una declaración de esta clase la hicieron los Estados Unidos en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

E. Efectos jurídicos

a. Deber de cumplir de buena fe los tratados

Una vez que los tratados han entrado en vigencia vinculan a las partes y estas deberán cumplirlos de buena fe (*pacta sunt servanda*; véase artículo 26, CTV).⁵² Un Estado no puede invocar su derecho interno para dejar de cumplir con los deberes que surgen del tratado (véase artículo 27, frase 1, CTV).⁵³ Una excepción, delimitada de manera estricta, se aplica a las violaciones evidentes y manifiestas de las reglas internas sobre la competencia para celebrar tratados (artículo 27, frase 2, en concordancia con el artículo 46, CTV).⁵⁴

⁵¹ Artículo 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado, o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.

⁵² Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁵³ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁵⁴ 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

b. Ámbito de validez territorial

Desde el punto de vista espacial, un tratado se extiende en principio a la totalidad del territorio de un Estado (artículo 29, CTV)⁵⁵ las modificaciones del territorio modifican por tanto el ámbito de validez de los tratados (principio del *moving treaty frontiers*).

c. Concurrencia de varios tratados

La Carta de la ONU reivindica su prevalencia en el caso de colisión con tratados concurrentes:

En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta (artículo 103 de la Carta de la ONU). Debido a esa prevalencia de la Carta de la ONU, un Estado no puede invocar otro tratado en contra de las resoluciones con fuerza vinculante del Consejo de Seguridad de la ONU de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Esto lo ha dejado claro la Corte Internacional en el caso Lockerbie (controversia entre Libia de una parte y la Gran Bretaña de la otra, sobre la extradición de presuntos acusados de haber cometido un atentado; *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie, Libya vs. UK & USA, ICJ Reports, 1992, p. 3*).

En lo restante, en el caso de contradicción entre tratados sobre el mismo objeto, se aplican las disposiciones del tratado que se celebró de último (véase el artículo 30, CTV).⁵⁶

⁵⁵ Artículo 29. Ambito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

⁵⁶ Artículo 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinaran conforme a los párrafos siguientes.

2. 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.

d. Tratados y terceros Estados

Los tratados internacionales no generan respecto de los terceros Estados ningún derecho ni deber: *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (véase el artículo 34, CVT).⁵⁷ Existe una excepción cuando un tercer Estado acepta expresamente los deberes contemplados en el tratado (véase artículo 35, CVT) o aprueba la atribución de derechos (véase artículo 36, CVT).⁵⁸

De manera excepcional, los tratados internacionales pueden crear un ordenamiento de carácter general, que se aplique también a los Estados que no son miembros. Esto se aplica de manera especial a los tratados que regulan el estatus de un territorio (pertenencia o uso de un territorio). Dentro de esta clase de “tratados de estatus” se cuenta por ejemplo, el Tratado Antártico de 1959 (véase nuestro apartado 24). Las restricciones al uso que allí se contempla son acordadas por todos los Estados, que pueden tener alguna posible pretensión territorial. Esto habla en favor de una vigencia universal, inclusive también para los terceros Estados.

Es discutible si la Carta de las Naciones Unidas con los principios de aplicación universal contemplados en el artículo 2o., números 2 a 5 (para

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicara únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.

5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.

⁵⁷ Artículo 34. Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

⁵⁸ Artículo 35. Tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados. Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación.

el mantenimiento de la paz mundial y la seguridad internacional) persigue la imposición de deberes a los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas: “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” (artículo 2o., número 6 de la Carta de la ONU).

BIBLIOGRAFÍA: E. Klein, *Statusverträge im Völkerrecht*, 1980; C. Tomuschat, H. Neuhold y J. Kropholler, “Völkerrechtlicher Vertrag und Drittstaaten”, *BDGVR*, 28 (1988), pp. 9 y ss.

F. Reservas

Con una reserva, una parte en un tratado busca limitar la extensión de sus efectos. La declaración de una reserva constituye un acto unilateral. Las reservas tienen un significado práctico sólo en los tratados bilaterales (aunque en el caso de tratados bilaterales, ambas partes pueden acordar el contenido del tratado sin necesidad de acudir a reservas).

La Convención de Viena define las reservas como “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 el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (artículo 2o., número 1, inciso d, CVT).

Se deben diferenciar las reservas de las simples declaraciones políticas y de las declaraciones puramente interpretativas, mediante las cuales un Estado quiere acordar una interpretación individual de una disposición del tratado. Una declaración interpretativa puede constituirse, sin embargo, en una reserva cuando las partes del tratado reconocen que estarán vinculados únicamente en el sentido de la interpretación. La delimitación entre una simple declaración de carácter interpretativo y una reserva verdadera es, por lo general, bastante difícil.

La República Federal de Alemania, al momento de depositar los instrumentos de ratificación de la Convención de la ONU sobre los derechos de los niños de 1992, presentó junto a las reservas expresas una serie de declaraciones para la interpretación de la Convención (*BGBI.*, 1992, II, p. 990).

Una reserva, tan general como problemática, la hizo Pakistán a la Convención sobre los derechos de los niños: “las disposiciones de la Convención se interpretarán a la luz del derecho islámico y de los valores islámicos” (*BGBL.*, 1992, II, p. 1005). Una reserva tan amplia como ésta tiene por objeto someter las obligaciones del tratado a las concepciones religiosas. Por consiguiente, el gobierno de Noruega, entre otros, elevó una reclamación en contra:

Una reserva, mediante la cual un Estado parte limita las responsabilidades que se originan en la Convención, en la que invoca los principios generales de su derecho interno, puede generar dudas sobre la obligación del Estado que presenta la reserva, en relación con la finalidad y el objetivo de la Convención, y, con esto, contribuir a socavar los fundamentos del derecho internacional de los tratados (*BGBL.*, 1992, II, p. 1005).

En 1989, Libia al adherirse a la Convención de la ONU para la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer de 1979, presentó la reserva general de que la adhesión “no podía estar en contradicción con las leyes que se derivan de la Scharia islámica sobre la situación de la familia” (*BGBL.*, 1991, II, p. 416). En contra de esa reserva también se elevaron reclamaciones.

Las reservas en los tratados multilaterales generan dos problemas: por una parte, se trata de la admisibilidad básica de una reserva con miras a restringir los efectos del tratado. Por la otra, se tienen que aclarar las consecuencias jurídicas que surgen del hecho de que la reserva es aceptada por unas partes y rechazada por otras.

De conformidad con la teoría del consenso, con no mucha representación, en un tratado multilateral una reserva requiere de la aceptación de las otras partes. De acuerdo con esta doctrina, en el caso de una reserva inválida (por carecer de la aceptación de todas las partes) un Estado no puede ser parte del tratado. De esto se apartó la Corte Internacional en su concepto sobre las reservas a la Convención en contra del genocidio. (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, ICJ Reports*, 1951, p. 15).

Desde el punto de vista de la Corte, un Estado puede ser parte de la convención en contra del genocidio, aun en el caso en el que una reserva haya sido objeto de reclamación por parte de algunos miembros, pero no de todos, y siempre y cuando la reserva sea compatible con la finalidad y el objeto de la Convención:

un Estado que ha hecho y mantenido una reserva que ha sido objetada por una o más partes de la Convención pero no por otras, puede ser considerado como parte de la Convención si la reserva es compatible con el objeto y propósito de la Convención; de otra forma, el Estado no podrá ser considerado como parte de la Convención (*ibidem*, p. 29).

En el mismo sentido de la jurisprudencia de la Corte Internacional, la Convención de Viena sobre los tratados reglamenta los criterios para la admisibilidad de una reserva. Además de las disposiciones expresas del tratado, es decisiva la compatibilidad de la reserva con los fines y objetivos del tratado (artículo 19, CVT).⁵⁹ Sólo en casos excepcionales, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados vincula la admisibilidad de una reserva a la aceptación por los demás Estados parte (artículo 20, números 1 y 2, CVT).⁶⁰ En lo restante, prevé una relación sutilmente graduada de las relaciones jurídicas con las otras partes (teniendo en cuenta si éstas han aceptado o rechazado la reserva, artículo 20, número 4, artículo 21, CVT).⁶¹

Los efectos de una reserva inadmisible son discutibles. De conformidad con una opinión bastante influyente, las reservas inadmisibles pue-

⁵⁹ Artículo 19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

⁶⁰ Artículo 20. Aceptación de las reservas y objeción a las reservas. 1. Una reserva expresamente autorizada por el tratado no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga. 2. Cuando del numero reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes.

⁶¹ Artículo 24. (4) En los casos no previstos en los párrafos precedentes y a menos que el tratado disponga otra cosa: a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados; b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el Estado autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria; c) un acto por el que un Estado manifieste su consentimiento en obligarse por un tratado y que contenga una reserva surtirá efecto en cuanto acepte la reserva al menos otro Estado contratante.

den ser aceptadas por otras partes y conducir así en el sentido de la reserva a una aplicación restringida del tratado en relación con ese Estado. Esa perspectiva considera que la inadmisibilidad de una reserva, por lo general, es difícil de juzgar, y que a los otros Estados se les reconoce, por tanto, una prerrogativa de valoración. Sin embargo, no son susceptibles de aceptación aquellas reservas que el tratado en forma expresa prohíbe (véase el artículo 19, inciso a-b, CVT).

En el caso *Belilos*, la Corte Europea de los Derechos Humanos se ocupó de la delimitación entre reserva y simple declaración interpretativa, de la admisibilidad de una reserva a la Convención Europea de Derechos Humanos y de las consecuencias jurídicas de una reserva inadmisible (*CEDH, Belilos/Schweiz*, serie A núm. 132, 1988; *EuGRZ*, 1989, p. 21).

Aquí se trataba de una “declaración interpretativa” de Suiza sobre el artículo 6º. de la Convención Europea de Derechos Humanos. De acuerdo con ésta, Suiza consideraba que para garantizar el derecho a un debido proceso ante los tribunales era suficiente con el “control” de los tribunales sobre las decisiones administrativas. Suiza invocó esa declaración, para justificar un simple control legal sobre la sanción penal impuesta por una autoridad de policía.

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró irrelevante esa declaración, porque la Convención no contempla como admisibles las reservas de carácter general (actualmente artículo 57, número 1, de la Convención).⁶²

De la inadmisibilidad de una reserva como la de la declaración suiza, la Corte sin embargo no dispuso, por ejemplo, que como consecuencia Suiza dejaría de ser parte de la Convención. Más aún, el tribunal considera que Suiza se encontraba vinculada en forma plena a la garantía de un debido proceso (con una protección jurisdiccional amplia de los controles).

De conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha expedido directrices genera-

⁶² Artículo 57 – Reservas 1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general. 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.

les sobre la admisibilidad de las reservas al Pacto y a los protocolos facultativos, que hacen parte de él (General Comment núm. 24 (52) *HRLJ*, 1994, pp. 464 y ss.; véase también las anotaciones complementarias de los EEUU, *HRLJ*, 1995, pp. 422 y ss.).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU considera, al igual que el Corte Europea de Derechos Humanos, que en el caso de una reserva inadmisible en contra de una garantía en materia de derechos humanos, el respectivo Estado se encuentra completamente vinculado al tratado. Esto desató fuertes críticas de los EEUU, Gran Bretaña y Francia. Esas críticas objetaron, ante todo, que la vinculación plena al tratado, a pesar de la reserva, dejaba de estar cubierta por la voluntad de los Estados que había expresado la reserva.

La retención de un Estado en un tratado sin restricción alguna, en el caso de una reserva inadmisible, es, ante todo, problemática cuando el Estado ha hecho evidente que él no quiere una vinculación sin restricciones, esto es, que sólo quiere estar vinculado al tratado conforme a la reserva. Ilustración de este problema es el caso *Kennedy vs. Trinidad and Tobago* (*EuGRZ*, 2001, pp. 615 y ss.).

Aquí, el Comité de Derechos Humanos consideró admisible la presentación de una queja individual en relación con la imposición de una pena de muerte en un proceso penal, a pesar de que Trinidad y Tobago, al momento de su adhesión al (primer) protocolo facultativo había expresado una reserva, que excluía la competencia de Comité en lo concerniente a la imposición y ejecución de una pena de muerte. Trinidad y Tobago habían denunciado el protocolo facultativo en 1998 (artículo 12 del Protocolo Facultativo),⁶³ y en el mismo día habían vuelto a adherir a él, con la citada reserva. El Comité de Derechos Humanos consideró como inadmisible la reserva, puesto que excluía a un grupo de individuos y a éstos les garantizaba una protección inferior que a la del resto de la población. Esto representaba una discriminación incompatible con el objeto y la finalidad del protocolo facultativo. De acuerdo con esto, el Comité podía

⁶³ Artículo 12. 1) Todo Estado parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación. (2). La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

examinar la queja sin restricciones materiales. Una minoría del Comité consideró en su salvamento de voto (*EuGRZ*, 2001, pp. 617 y ss.) que la reserva era admisible. Ésta no era ejecutable, porque un Estado parte no podía tener la libertad de someterse al proceso de la queja individual sólo en relación con determinados derechos o situaciones. La exclusión del derecho de queja en lo concerniente a la imposición y ejecución de la pena de muerte no representa ningún trato de desigual injustificado. Trinidad y Tobago había querido excluir principalmente esta clase de quejas, con el objeto de evitar que, con demora por el proceso ante el Comité de Derechos Humanos, no se generara de la Constitución de Trinidad y Tobago un impedimento para la ejecución de la sentencia (*death row phenomenon*).

En el caso de la inadmisibilidad de la reserva, también se podría no aceptar que la reserva es separable legalmente y que por tanto el Protocolo Facultativo sería aplicable plenamente a Trinidad y Tobago. La reserva sería en todo caso no separable cuando (como aquí) es completamente evidente que la declaración de aprobación del Estado dependía de la efectividad de la reserva.

En la Comisión para el Derecho Internacional (ILC) se propuso una solución mediadora. De acuerdo con ésta, una reserva inadmisible no lleva ni a la plena aplicación del tratado (teoría de la separabilidad) ni a la ineficacia de la declaración de sometimiento al tratado (ratificación). Más aún, la declaración de una reserva inadmisible, representaría una violación del tratado, que el Estado que hace la declaración tiene que evitar (ILC, *Preliminary Conclusions of the International Law Commission on Reservations to Normative Multilateral Treaties Including Human Rights Treaties*, UN GAOR, 52nd Session, Supp. núm. 10 [A52/20], para 157). En esta solución, son problemáticas las inseguridades jurídicas que de ella se derivan. También es difícil, justificar la violación del tratado, que se da con la declaración de la vinculación restringida al tratado.

BIBLIOGRAFÍA: T. Giegerich, “Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien”, *ZaöRV*, 55 (1995), pp. 713 y ss.; P. Hilpold, “Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragskonvention”, *AVR*, 34 (1996), pp. 376 y ss.; R. Kühner, *Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen*, 1986; C. Redgwell, “Reservations to Treaties and Human Rights Com-

mittee General Comment núm. 24 (52)", *ICLQ*, 46 (1997), pp. 390 y ss.; B. Simma, "Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments", G. Hafner U. A. (ed.), *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 659 y ss.

G. Ausencia de voluntad

Una serie de casos de ausencia de voluntad puede conducir a la invalidez del tratado internacional. Esto se aplica por ejemplo al error (artículo 48, CVT), dolo (artículo 49, CVT), a la corrupción del representante de un Estado (artículo 50, CVT) y a la coacción sobre el representante de un Estado (artículo 51, CVT).⁶⁴ De especial significado es la nulidad en caso de coacción en contra de un Estado mediante la amenaza violatoria del derecho internacional o el empleo de la fuerza: "Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas" (artículo 52, CVT).

La amenaza o la aplicación de la fuerza no implica siempre la invalidez de un tratado. Bastante decisivo es si se hizo o no uso la fuerza de conformidad con el derecho internacional (en concordancia con la Carta

⁶⁴ Artículo 48. Error. 1. Un Estado podrá alegar un error en un tratado como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado si el error se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado. 2. El párrafo 1 no se aplicara si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error. 3. Un error que concierne sólo a la redacción del texto de un tratado no afectará a la validez de éste: en tal caso se aplicará el artículo 79.

Artículo 49. Dolo. Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Artículo 50. Corrupción del representante de un Estado. Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado.

Artículo 51. Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico.

de la ONU; sobre las medidas en contra de un Estado atacante, véase también el artículo 75, CVT).⁶⁵

En la medida en que los principios sobre la “intervención humanitaria” para la protección en contra de graves violaciones a los derechos humanos de un Estado justifican el uso de la fuerza, una intervención de este tipo tampoco afectaría la validez de un tratado para la solución del conflicto, celebrado bajo presión.

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados exige que para poder invocar la invalidez de un tratado se deben cumplir un determinado procedimiento (artículo 65, CVT).⁶⁶

H. *Interpretación*

El punto de partida de toda interpretación de un tratado lo constituye (como para el caso de otros textos legales) el tenor, esto es, el sentido normal de las palabras. Ese sentido común de las palabras constituye, sin embargo, sólo el punto de partida de la interpretación del tratado y requiere criterios que lo complementen. Esto se aplica especialmente cuan-

⁶⁵ Artículo 75. Caso de un Estado agresor. Las disposiciones de la presente Convención se entenderán sin perjuicio de cualquier obligación que pueda originarse en relación con un tratado para un Estado agresor como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la carta de las Naciones Unidas con respecto a la agresión de tal Estado.

⁶⁶ Artículo 65. Procedimiento que deberá seguirse con respecto a la nulidad o terminación de un tratado, el retiro de una parte o la suspensión de la aplicación de un tratado. 1. La parte que, basándose en las disposiciones de la presente Convención, alegue un vínculo de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su pretensión. En la notificación habrá de indicarse la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que esta se funde. 2. Si, después de un plazo que, salvo en casos de especial urgencia, no habrá de ser inferior a tres meses contados desde la recepción de la notificación, ninguna parte ha formulado objeciones, la parte que haya hecho la notificación podrá adoptar en la forma prescrita en el artículo 67 la medida que haya propuesto. 3. Si, por el contrario, cualquiera de las demás partes ha formulado una objeción, las partes deberán buscar una solución por los medios indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. 4. Nada de lo dispuesto en los párrafos precedentes afectará a los derechos o a las obligaciones de las partes que se deriven de cualesquiera disposiciones en vigor entre ellas respecto de la solución de controversias. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, el hecho de que un Estado no haya efectuado la notificación prescrita en el párrafo 1 no le impedirá hacerla en respuesta a otra parte que pida el cumplimiento del tratado o alegue su violación.

do el tenor refleja las claras intenciones de las partes sólo en forma insuficiente. Un criterio complementario es la voluntad histórica de las partes del tratado, que especialmente en el caso de los tratados multilaterales se puede indagar en los trabajos preparatorios. Junto a esto, se debe tener en cuenta el contexto sistemático, en el que se encuentra una disposición del tratado. Finalmente, se debe considerar para la interpretación el sentido y finalidad de la totalidad del tratado (interpretación teleológica).

La interpretación teleológica puede convertirse en el vehículo para una interpretación dinámica del tratado, que se aleja de la voluntad subjetiva de las partes al momento de la celebración del tratado. La interpretación de conformidad con el sentido y finalidad del tratado puede contemplar también una interpretación complementaria del tratado (mediante la indagación de una voluntad hipotética de las partes) en los casos en los que el tratado es aplicable a una situación no prevista por las partes.

Comúnmente, los diferentes métodos de interpretación conducen a diferentes resultados. Entonces, se plantea la cuestión de una valoración de esos criterios. Detrás de esto se encuentra ante todo la contraposición entre la interpretación subjetiva (de conformidad con la voluntad histórica de las partes) y la interpretación objetiva, que analiza el significado decisivo del texto del tratado.

Las reglas de interpretación de la Convención de Viena vinculan elementos subjetivos y objetivos. Dentro de estos es decisiva la voluntad objetiva de las partes, como se expresa en el texto del tratado. Ese principio se encuentra en artículo 31, apartado 1, CVT: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Internacional, ese principio de interpretación tiene validez en el derecho consuetudinario (*Case Concerning Oil Platforms, [Iran vs. USA], ICJ Reports, 1996, p. 803*).

En el caso de la interpretación que se hace con base en el contexto, ésta comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado (inciso a) así como todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente

al tratado (inciso b). De igual forma se tendrán en cuenta de conformidad con el artículo 31 número 3 CVT, todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones (inciso a), toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado (inciso b) así como toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (inciso c).

A otros métodos de interpretación, especialmente los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración del tratado, les atribuye la Convención de Viena sobre los tratados, sólo un significado secundario:

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

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido, o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (artículo 32, CVT).

En el caso de tratados en dos o más idiomas que se consideran como auténticos, se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido (véase artículo 33, número 3, CVT).

Adicionalmente, la práctica contempla unas reglas de presunción. Dentro de éstas, se encuentra la que prevé que en el caso de obligaciones la libertad para actuar (soberanía) del deudor debe afectarse lo menos posible (*in dubio mitius*). Esta presunción de una interpretación a favor de la soberanía se aplica sin embargo, únicamente a los tratados, que prevén un deber de prestación en el marco de una relación de intercambio.

En el caso de tratados multilaterales que tienen por objeto la cooperación de largo plazo en un determinado sector, en el caso de tratados de constitución de las organizaciones internacionales así como en el caso de los tratados sobre derechos humanos, la interpretación debe hacerse a la luz de los objetivos comunes del tratado de la promoción de sus efectos duraderos (*effet utile*).

Este tipo de interpretación dinámica de los tratados depende, ante todo, de la voluntad de las partes, que, en su preocupación por tener un marco legal duradero, acuerdan la creación de órganos para la solución

de controversias a los que se les confía la concreción autoritativa de los conceptos jurídicos indeterminados y de las “normas jurídicas abiertas”.

Dentro de éstas, se encuentran, por ejemplo, la Corte Europea para los Derechos Humanos de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU de conformidad con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Consejo de Seguridad de la ONU en lo concerniente al Capítulo VII de la Carta de la ONU, o el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio.

En tanto que las partes le transfieren a esos órganos la competencia para la solución de controversias en el marco del respectivo tratado o de la posterior concreción de las disposiciones del tratado que así lo requieran, la práctica de estos órganos se equipara a una actividad de las partes, emprendida con posterioridad a la celebración del tratado, y como expresión de una interpretación acordada del mismo (artículo 31, número 3, inciso b, CVT).⁶⁷

Los ejemplos de una interpretación dinámica, orientada en los objetivos del mismo, a través de los órganos contemplados en los tratados, son numerosos en los tratados multilaterales. Dentro de ésta, se encuentra la interpretación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos,⁶⁸ que ha adoptado la Corte Europea de los Derechos Humanos.

La Corte, en el conocido caso *Soering* (CEDH, serie A, núm. 161; *EuGRZ*, 1989, 314) decidió que la extradición de un alemán por parte de Gran Bretaña a los EEUU en el caso de una posible condena a la pena de muerte a la luz de las condiciones carcelarias de los candidatos a la pena de muerte y de la incertidumbre de la ejecución (“síndrome de la celda de la muerte”) era incompatible con la prohibición de tratos inhumanos. Aquí, en cierta forma, se exportó a la extradición la protección de conformidad con el artículo 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Adicionalmente, la Corte Europea, partiendo del artículo 3º de la citada Convención, desarrolló los límites de la expulsión para los casos en los que un criminal se ve amenazado por una persecución en el Estado patria por una parte no estatal (sobre la posible persecución de

⁶⁷ Artículo 31 (3). Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

⁶⁸ Artículo 3º. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

una persona que sirve de correo de drogas por parte de sus antiguos cómplices véase CEDH, *L. R. Francia, NVwZ*, 1998, p. 163).

Aún más allá va la protección en el caso de la expulsión de una persona que entró ilegalmente al país como correo de drogas, y que una vez allí, descubre que tiene una enfermedad incurable e inicia su tratamiento, dando lugar a que el envío a su país patria puede implicar una amenaza para las condiciones de existencia (porque no se le puede brindar una asistencia médica y psicológica adecuada; CEDH, *D. I. Reino Unido, NVwZ*, 1998, p. 161). Esta jurisprudencia se encuentra en los límites entre la interpretación dinámica y un desarrollo abierto del derecho. El Tribunal Administrativo Federal le criticó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el haber transformado la disposición contemplada en el artículo 30. de la Convención Europea de Derechos Humanos en una “cláusula general para la concesión de una protección general a los refugiados” (*BVerwGE*, 104, 265 [268 y ss.]).

En el caso de los tratados para la constitución de las Comunidades Europeas y del Tratado sobre la Unión Europea, existen algunas particularidades. Estos tratados no se pueden contemplar con base en los criterios generales de interpretación del derecho internacional. Ellos constituyen, más aún, el fundamento de un orden legal propio, en el que los Estados miembros le han atribuido al Tribunal europeo —dentro de determinados límites— la competencia para el desarrollo posterior del derecho (TCF 75, 223).

El Tribunal de las Comunidades Europeas ha emprendido en silencio el desarrollo jurisprudencial del derecho. En efecto, la Corte Constitucional alemana en su sentencia “*Maastricht*”, reclamó de manera expresa la necesidad de imponer límites a la extensa transferencia de competencias a las Comunidades Europeas:

En el caso de una ampliación dinámica de los tratados existentes hasta ahora con base en la idea de la competencias inherentes de las Comunidades Europeas (“poderes implícitos”) y que se apoya en una interpretación del tratado en el sentido de un agotamiento en el mayor grado posible, de las funciones comunitarias (*effet utile*), es así como en el futuro para la interpretación de las normas y competencias por parte de las instituciones y órganos de la comunidades, se tendrá que tener en cuenta que el tratado de la Unión diferencia básicamente entre la concesión de una competencia soberana atribuida en forma limitada, y la modificación del tratado, su in-

terpretación por consiguiente, no podrá tener como resultado al mismo tiempo una ampliación del tratado; una interpretación de este tipo de las normas de competencia no produciría para el caso de la República Federal de Alemania ningún efecto vinculante (*BVerfGE*, 89, 155 [210]).

BIBLIOGRAFÍA: T. Buß, “Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK”, *DÖV*, 1998, pp. 323 y ss.; M. Hilf, *Die Auslegung mehrsprachiger Verträge*, 1973; H. F. Köck, “Zur Interpretation völkerrechtlicher Verträge”, *AustrJIL*, 53 (1998), pp. 72 y ss.; S. Torres Bernárdez, “Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the Adoption of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”, G. Hafner U. A. (ed.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 721 y ss.

I. Modificaciones

Las modificaciones de un tratado internacional presuponen nuevamente la celebración de un tratado internacional (artículo 39, CVT). La modificación de un tratado requiere de la aprobación de todas las partes del tratado original, a menos que se prevea otra cosa. Algunos tratados multilaterales prevén, incluso, que para la ratificación de las modificaciones del tratado son suficientes con una mayoría cualificada para que el tratado entre en vigencia para todas las partes del tratado. El artículo 108 de la Carta de las ONU determina: “Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”.

J. Terminación y suspensión

La terminación y suspensión de un tratado se orienta en principio, de conformidad con las disposiciones del mismo tratado, por ejemplo, sobre la terminación del tratado, sobre la posible separación o la denuncia de

una parte del tratado (artículo 54, inciso a, CVT).⁶⁹ Adicionalmente, las partes del tratado pueden acordar su terminación (artículo 54, inciso b, CVT).⁷⁰ Lo mismo se aplica para la suspensión de un tratado en concordancia con las disposiciones del tratado o del acuerdo entre las partes (artículo 54, CVT). Junto a esto se puede pensar también en la terminación o la suspensión de un tratado mediante la celebración de uno posteriormente (artículo 59, CVT).⁷¹ Genera problemas la terminación o la suspensión unilateral de un tratado por fuera de las posibilidades de disolución acordadas en el tratado. Se puede originar el derecho de carácter unilateral a terminar o suspender un tratado cuando la otra parte viola gravemente el tratado (artículo 60 CVT).

La Convención de Viena sobre le derecho de los tratados presupone para tal efecto una violación considerable (*material breach*). De conformidad con la Convención, se da una violación considerable en este sentido cuando: “a) existe un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención, o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado”. (Artículo 60, apartado 3, CVT).

En el caso de los tratados sobre cooperación para el desarrollo, existe una tendencia a calificar el respeto a los derechos humanos más elementales como deberes esenciales del tratado, y a vincular la violación de las cláusulas en materia de derechos humanos a un espectro de posibles reacciones.

Es así como el Acuerdo de Asociación entre los Estados ACP (Países Asociados de Asia, Caribe y el Pacífico) por una parte y la Comunidades Europea, y sus Estados miembros por la otra (Acuerdo de Cotonou, D. O., 2000, núm. L 317, p. 3) determina lo siguiente: “El respeto a los

⁶⁹ Artículo 54. Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado;

⁷⁰ b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

⁷¹ Artículo 59. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación implícitas como consecuencia de la celebración de un tratado posterior. 1. Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado, o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. 2. Se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes.

derechos humanos, a los principios democráticos y los principios del Estado de Derecho, que se aplican a la asociación ACP-CE y que sirve de guía a las partes para sus políticas internas y externas, son elementos esenciales de este acuerdo” (artículo 9o. numeral 2 del Acuerdo de Cotonou).

En el caso de los tratados multilaterales, la terminación o la suspensión de un tratado con fundamento en una violación considerable por parte de un Estado parte, puede llevar a relaciones bilaterales bastante complejas con la parte que cometió la violación (artículo 60 número 2 CTV).⁷²

La suspensión o la terminación del tratado no se aplica “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario...” (artículo 60, número 5, CTV). Las personas protegidas por los acuerdos sobre el derecho internacional humanitario en caso de guerra (por ejemplo, los prisioneros de guerra o los desaparecidos), o por otros tratados en materia de derechos humanos, en especial, no podrán ser víctimas de las medidas retaliatorias. Un fundamento adicional para la terminación de un tratado puede darse por la imposibilidad sobreviniente de dar cumplimiento al mismo (artículo 61, CTV).⁷³

Finalmente, un cambio fundamental de las circunstancias, que no pudieron haber sido previstas por las partes, genera un derecho a la termi-

⁷² Artículo 60 (2). Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado. Sea: i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación o ii) entre todas las partes; b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

⁷³ Artículo 61. Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento. 1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado. 2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

nación o separación del tratado (cláusula *rebus sic stantibus*, artículo 62, CVT).⁷⁴ El derecho consuetudinario internacional desde hace bastante tiempo, concede un derecho de disolución en el caso de una modificación radical e imprevista de las circunstancias existentes al momento en que se celebró el tratado.

En el caso *Fisheries Jurisdiction*, Islandia invocó una modificación de este tipo frente a un acuerdo con Gran Bretaña sobre una zona de pesca, en el que ambos Estados se sometían a la competencia de la Corte Internacional (*Fisheries Jurisdiction Case, UK vs. Iceland, ICJ Reports*, 1973, p. 3). La Corte Internacional expresó al respecto: “El derecho internacional admite que un cambio fundamental en las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar el tratado, si este tiene como resultado la transformación radical de la extensión de las obligaciones impuestas por éste, bajo ciertas circunstancias, le otorga a la parte afectada un fundamento para invocar la terminación o suspensión del tratado” (*ICJ, ibidem*, p. 18, núm. 36).

En este caso, la Corte Internacional dejó claro que únicamente en el caso de una modificación decisiva de las circunstancias con un masivo desplazamiento de las cargas contractuales, podía concederle el derecho a una parte, para invocar su retiro del tratado:

... debido a que un cambio de circunstancias puede generar un fundamento para invocar la terminación del tratado, es también necesario que éste haya tenido como resultado una transformación radical de la extensión de las obligaciones que todavía deben llevarse a cabo. El cambio debe haber

⁷⁴ Artículo 62. Cambio fundamental en las circunstancias. 1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) si el tratado establece una frontera, o b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

incrementado la magnitud de las obligaciones a ser ejecutadas en una extensión tal, que para cumplirlas se debe emprender algo esencialmente diferente de lo originalmente acordado (*ICJ, ibidem*, p. 21, núm. 43).

La Convención de Viena sobre los Tratados permite invocar una modificación fundamental de las circunstancias existentes al momento de la celebración del tratado sólo cuando (artículo 62, núm. 1, CVT):

- la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares no afecta en principio los tratados existentes entre las partes.

Una forma de terminación o suspensión de un tratado, que no se encuentre prevista en el mismo tratado (incluida la separación del mismo) se rige por la Convención de Viena sobre los Tratados —así como para el caso de la invalidez—, la cual prevé un proceso complejo para tales efectos (artículo 65, CVT).

En este caso, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados va más allá del derecho consuetudinario vigente pues no contempla ninguna disposición sobre la admisibilidad de medidas retaliativas como reacción a un delito del derecho internacional cometido por la otra parte, o por el surgimiento de enemistades entre las partes de un tratado (artículo 73, CVT).⁷⁵

Un conflicto armado entre los Estados conduce, en principio, a que los tratados sobre sus relaciones políticas se suspendan o se terminen (por ejemplo, los acuerdos para la protección de las inversiones, los tratados de establecimiento o los tratados de cooperación judicial). Esto se aplica, sin embargo, a los tratados que regulan los conflictos armados.

La Corte Internacional tuvo que decidir en un proceso entre Hungría y Eslovaquia sobre la terminación definitiva de un tratado internacional

⁷⁵ Artículo 73. Casos de sucesión de Estados, de responsabilidad de un Estado o de ruptura de hostilidades. Las disposiciones de la presente convención no prejuzgaran ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencia de una sucesión de Estados, de la responsabilidad internacional de un Estado o de las hostilidades entre Estados.

entre Hungría y Checoslovaquia de 1977, que tenía por objeto la construcción y puesta en funcionamiento de un dique en el Danubio (*Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project, [Hungary vs. Slovakia]*, *ICJ Reports*, 1997, p. 7).

Debido a las críticas por motivos ecológicos sobre el proyecto del dique, el gobierno húngaro, luego de algunos años de trabajo, procedió a terminar en la parte húngara el tramo del generador. Luego de que el gobierno checoeslovaco por iniciativa propia procediera a construir una nueva variante, el gobierno de Hungría declaró, en 1992, la terminación unilateral del contrato.

La Corte Internacional dejó claro que las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (debido a su posterior entrada en vigencia para los dos Estados parte) no era aplicable directamente al tratado de 1977, pero que los principios allí contemplados sobre la suspensión y terminación de los tratados tenían el carácter de derecho consuetudinario internacional, y por tanto eran aplicables (*ICJ Reports*, 1997, p. 7 [38, núm. 46; 59, núm. 99]). Como resultado, la Corte le negó el derecho a Hungría, de invocar la terminación del tratado con base un cambio de las relaciones políticas y económicas, los nuevos estándares ambientales y la violación del tratado.

16. DERECHO CONSUEUDINARIO INTERNACIONAL

A. *Origen*

El consuetudinario es en cierta forma la primera piedra del derecho internacional. El artículo 38, inciso b del estatuto de la Corte Internacional define el derecho consuetudinario internacional (*custom, coutume*) con base en sus dos componentes: como expresión de una práctica general, aceptada como ley (*a general practice accepted as law*). Se trata por tanto de unos preceptos legales, que se fundamentan en una práctica general (*consuetudo*) —objetiva— y del correspondiente reconocimiento legal de esa práctica (*opinio iuris*) —subjetiva—. La vinculación a la conducta de los Estados individualmente y a la convicción legal en la comunidad hace evidente que los Estados además son los titulares y señores del proceso de producción jurídica.

A pesar de la red de tratados internacionales que crece permanentemente, el derecho consuetudinario juega todavía un importante papel en

muchos ámbitos. Los presupuestos para la calidad de Estado, el reconocimiento de un Estado, los contenidos fundamentales de la soberanía territorial o el derecho de la responsabilidad de los Estados se encuentran todavía bajo la influencia del derecho consuetudinario. Los tratados de derecho internacional, por el contrario, han promovido en cierta forma el desarrollo del derecho consuetudinario, como un catalizador o le han dado a las reglas del derecho consuetudinario contornos bastante delimitados.

El derecho consuetudinario se aplica en forma universal, esto es, a la totalidad de la comunidad de Estados (sobre los problemas de los Estados con una posición divergente véase nuestro apartado 16). Sin embargo, se puede pensar también en la creación de un derecho consuetudinario regional, como se ha desarrollado por ejemplo, entre los Estados parte de la convención Europea de Derechos Humanos sobre determinados estándares en materia de derechos humanos.

Es bastante discutible en qué medida el “asilo diplomático” en una embajada extranjera, que se ha desarrollado en Latinoamérica para el caso de los exiliados políticos puede tener el carácter de un derecho consuetudinario regional (al respecto, la decisión de la Corte Internacional que negó la tendencia a un desarrollo legal que fuera un poco más allá, *Asylum Case, [Colombia vs. Peru], ICJ Reports*, 1950, p. 266).

Una cuestión fundamental para el establecimiento del derecho consuetudinario es cómo se debe determinar la práctica estatal que se requiere, esto es, cuántos Estados deben participar en ello. Para el establecimiento de la vigencia de un derecho internacional general, se exige que la amplia mayoría de los Estados contribuya al proceso de producción jurídica. La doctrina del derecho internacional se sirve aquí de la fórmula de la “cuasiuniversalidad.” Sin embargo, se procede generosamente con la comprobación de esa “cuasiuniversalidad”, en el caso que se determine que es una práctica aceptada por los Estados “grandes”. Como se ha mencionado ya, existe una tendencia a considerar la expresión de una determinada opinión jurídica como elemento del correspondiente ejercicio por parte del respectivo Estado, esto es, se entrelaza el elemento objetivo con el subjetivo. Cuando una determinada reglamentación, por ejemplo, la pesca por fuera de las aguas costeras o la utilización del medio ambiente, vincula fácticamente solo a determinados Estados, la práctica de estos Estados, que afecta de manera especial sus intereses, es determinante (ver sobre la delimitación de la CIJ de la pretensiones sobre la platafor-

ma continental en el Mar del Norte, *North Sea Continental Shelf Cases*, [Federal Republic of Germany vs. Denmark & The Netherlands], *ICJ Reports*, 1969, p. 3).

En el caso de la utilización del espacio aéreo, el derecho consuetudinario en todo caso, no puede ir en contra de la práctica (y la convicción legal) de la mayor parte de las naciones que utilizan el espacio aéreo. Aquí, sin embargo, se encuentran vinculados también los intereses de otros Estados, y se tendrá que tener en cuenta respecto de ellos, si por los menos en forma tácita han dado su aprobación a la práctica de las naciones, que hacen uso del espacio aéreo. Por lo demás, para la producción del derecho consuetudinario se tiene que tener en cuenta no sólo la práctica de los Estados, sino también la conducta de las organizaciones internacionales.

Un problema difícil se suscita con la duración que requiere una práctica estatal. Se ha reconocido que la práctica debe consolidarse en un lapso adecuado sobre una cierta conducta, que se toma como muestra. La prueba de que ocurrió una vez, no es suficiente. Esto niega la posibilidad de aceptar la producción espontánea del derecho consuetudinario (en el sentido de una *instant custom*).

Por otra parte, los requisitos de duración no deben exagerarse. Esto lo manifestó claramente la Corte Internacional en el caso de la plataforma continental en el Mar del Norte: "...el que hubiera pasado por un corto periodo de tiempo no es necesariamente, o por sí misma, una prueba de la formación de una nueva regla del derecho consuetudinario internacional" (*ICJ Reports*, 1969, p. 3).

Una convicción legal, claramente sostenida, en (casi) toda la comunidad de Estados, permite reducir significativamente los requisitos temporales de la práctica. Aquí se observa, nuevamente, la existencia de una estrecha relación de intercambio entre el elemento de la práctica y el elemento de la convicción legal. Para no ir tan lejos, se puede medir el significado de una práctica general, suficientemente consolidada, sólo con la mayoría avasalladora o con la simple unanimidad con que son adoptadas las resoluciones por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sin embargo, es problemático que muchos Estados en la Asamblea General de la ONU traten en forma igual las resoluciones expedidas por una gran mayoría, y las reglas del derecho consuetudinario.

Las decisiones de la Corte Internacional o de los altos tribunales nacionales con gran reconocimiento internacional pueden servir como cata-

lizadores del desarrollo del derecho consuetudinario en forma permanente. Esto se aplica, ante todo, cuando ellos, en interés de una protección claramente definida de los derechos humanos o de otros intereses humanitarios, concuerdan con el sentimiento predominante en la opinión internacional.

Por consiguiente, a las decisiones jurisdiccionales se les puede otorgar un carácter autoritativo para la comprobación de la existencia de un derecho consuetudinario, que absuelve de la dispendiosa prueba de una práctica estatal ampliamente difundida y acatada. Ejemplos de esto, son las decisiones de la House of Lords sobre la persecución penal del exdictador chileno Pinochet (véase nuestro apartado 37), o la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia sobre la validez del derecho internacional humanitario y la responsabilidad individual en los conflictos no internacionales (veáse nuestro apartado 56). La influencia de esas decisiones se relaciona directamente con el poder de convicción de las valoraciones que ellas expresan, las que además cuentan con gran receptividad en la conciencia de la comunidad de Estados.

El requisito del convencimiento legal en la comunidad de Estados significa que, detrás de la práctica estatal, debe estar la conciencia de estar obligado a un determinado comportamiento legal. La realización de determinadas actividades con fundamentos en la amabilidad, la comodidad o la costumbre, no es suficiente. Al respecto ha expresado la Corte Internacional:

Los respectivos Estados deben sentir que ellos están de acuerdo en lo que respecta a una obligación legal. La frecuencia, o el carácter habitual del acto no son por sí mismos suficientes. Existen muchos actos internacionales, por ejemplo, en el campo de las ceremonias y el protocolo, que se llevan a cabo casi invariablemente, pero que se encuentran motivados sólo por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por un sentido de deber legal (*North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports*, 1969, p. 3 [44] núm. 77).

La resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, así como las declaraciones de la conferencias de Estados (por ejemplo en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, pueden servir como indicio de una convicción legal general (véase nuestro apartado 21).

La Corte Internacional en el caso Nicaragua señaló con relación a la validez, como derecho consuetudinario, de la prohibición del uso de la fuerza contemplada en las resoluciones de la Asamblea General (especialmente de la resolución sobre “Friendly Relations” de 1970) como expresión de la correspondiente convicción legal, que:

Esta *opinio juris* puede, con toda la debida precaución, ser deducida de, *inter alia*, la actitud de las partes y la actitud de los Estados acerca de ciertas resoluciones de la asamblea, y en particular de la Resolución 2625 (XXV) [...] El efecto del consentimiento al texto de tales resoluciones [...] puede ser entendido como una aceptación de la validez de la regla o de un conjunto de reglas declarado por la resolución para ellos mismos. (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua vs. USA, ICJ Reports*, 1986, p. 14 [99 núm. 188]).

En el caso de una práctica estatal que se ha dado durante largo tiempo (de la cual sólo unos pocos Estados se distancian), se puede considerar que la prueba de la convicción legal requerida ya existe cuando una parte considerable de la comunidad de Estados documenta la correspondiente conciencia de la obligación. Se podrá prescindir por tanto de establecer la existencia de la convicción legal en los otros Estados. Especial significado tienen los desarrollos del derecho consuetudinario, que moderan la prohibición del uso de la fuerza y la prohibición general de intervención (principio de la no intervención). Esto se aplica ante todo a la posible justificación de las “intervenciones humanitarias”, en las que los Estados utilizan individualmente el poder militar para la protección de los derechos humanos más elementales.

La intervención militar de la OTAN, que se llevó a cabo en la primavera de 1999 en Kosovo para la protección de la población civil albana del genocidio y la persecución por razones étnicas, le dio un nuevo impulso a la discusión sobre los límites de la prohibición del uso de la fuerza. La Corte Internacional reconoció la posibilidad de que la invocación a una nueva justificación (hasta ahora no reconocida de manera general) podía conducir a una modificación del derecho consuetudinario, cuando ese intento de justificación encontrara correspondencia en el mundo de los Estados.

En relación con la intervención violenta de los Estados Unidos en Nicaragua la Corte Internacional expresó:

El significado para la Corte de los casos sobre la conducta de un Estado inconsistente *prima facie* con el principio de la no intervención reside en la naturaleza de los motivos ofrecidos como justificación. Dependerá de lo que un Estado tenga como un derecho nuevo o una excepción sin precedente al principio, si es compartido en principio por otros Estados, tenderá a ser una modificación al derecho consuetudinario internacional. (*Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Nicaragua vs. USA, ICJ Reports, 1986, p. 14 [109 núm. 207]*).

En el caso de la posible justificación de la “intervención humanitaria” haciendo uso de la fuerza se debe pensar ante todo, que la prohibición del uso de la fuerza y sus limitaciones se tienen que examinar a la luz de la Carta de la ONU.

La prohibición del uso de la fuerza del derecho internacional goza de validez en el derecho consuetudinario, con el alcance que se deriva de la Carta de la ONU. Por consiguiente, será decisivo para la valoración legal, si la Carta de la ONU limita excepciones a la prohibición del uso de la fuerza (artículo 2o., número 4 de la Carta de la ONU) —por fuera de una autorización por parte del Consejo de Seguridad— a la autodefensa en el caso de un ataque armado a un Estado (artículo 51 de la Carta de la ONU) o si deja abierta la posibilidad a otras excepciones no escritas.

La concreción de la Carta de la ONU es un proceso, que se cumple con gran dinamismo en el caso de sus principios fundamentales, que se convierten en derecho consuetudinario, con la inclusión de los estándares básicos de los derechos fundamentales. Aquí existe una influencia recíproca de la concreción del tratado por una parte, y el desarrollo de posiciones de conformidad con el derecho consuetudinario, por la otra. La justificación para el uso de la fuerza de conformidad con la Carta de la ONU se reconoce también en el derecho consuetudinario. Por tanto, es precisamente en ese ámbito donde la interpretación de la Carta de la ONU influye de manera más decisiva el derecho consuetudinario. El peso de los derechos humanos (también en la práctica de las Naciones Unidas) está en permanente crecimiento. A esto se añade la creciente tendencia a una justificación en la doctrina del derecho internacional y, en gran parte, de la comunidad de Estados. Este desarrollo permite reducir los requisitos del consenso en la comunidad de Estados para el caso especial de la intervención humanitaria.

Buenas razones hablan a favor de que la práctica de la intervención de los Estados de la OTAN en Yugoslavia como una clase de ayuda de emergencia en favor de la población civil albana, se puede apoyar en una concepción de la Carta de la ONU, que ha sido objeto de modificaciones: una concepción, que admite la ponderación de la prohibición del uso de la fuerza frente a la protección de los derechos humanos más elementales, y que ha sido aceptada, sin mayor oposición, por una buena parte de la comunidad de Estados.

En esos casos especiales donde el derecho consuetudinario se encuentra bajo la influencia de la Carta de las Naciones, se le atribuye a la interpretación de la Carta como tratado, por parte de la doctrina del derecho internacional (que se modifica) un especial significado. Por tanto la interpretación del tratado es una función determinada por los criterios de la ciencia jurídica.

La interpretación de la Carta de la ONU como tratado, al ser una regla del derecho consuetudinario en sí misma, está abierta a un desarrollo dinámico. Esa dinámica pasa, en el caso de la prohibición del uso de la fuerza y de sus brechas, también al derecho consuetudinario. De ahí que pierda relevancia la búsqueda de nuevos consensos en la totalidad de la comunidad de Estados, como condición para una modificación del derecho consuetudinario.

El reconocimiento de los derechos humanos como un valor supremo en la totalidad de los Estados del mundo permite, por tanto, dejar de lado la falta de reconocimiento de la intervención humanitaria por parte de algunos Estados, cuando la protección, mediante el uso de la fuerza, de los derechos humanos desde la perspectiva de la doctrina del derecho internacional se presenta como una ponderación aceptable entre los valores fundamentales del derecho internacional.

Aquí se hace evidente que la concepción del derecho como orden de valores con procesos de ponderación que de allí se desprenden, fortalece el peso de la doctrina del derecho internacional y de las cortes internacionales. Sin embargo, la justificación del recurso a la fuerza a favor de la protección unilateral de los derechos humanos más elementales (o también, frente a las armas de exterminio masivo en el sentido de la nueva doctrina de la seguridad americana, véase nuestro apartado 34) se mueve en el límite entre la interpretación dinámica de la Carta de la ONU y la abierta evolución del derecho.

Ella necesita, por consiguiente, por lo menos la aceptación tácita de una buena parte de la comunidad de Estados. Para lo cual se requiere no sólo un número de Estados, sino también del peso (la población) de los Estados que lo aprueban.

No se requiere una aprobación “cuasiuniversal”. Es así como, a pesar de los numerosos votos en contra, tiene validez en la comunidad de Estados hoy en día, la justificación de la intervención humanitaria y en la doctrina del derecho internacional se puede considerar como representativa en una magnitud tal, que hace algunos años no se hubiera podido imaginar.

BIBLIOGRAFÍA: M. H. Mendelson, “The Subjective Element in Customary International Law”, *GYIL*, 66 (1995), pp. 177 y ss.; *idem.*, “The Formation of Customary International Law”, *RdC* 272 (1998), pp. 155 y ss.; B. Simma, “Die Erzeugung von ungeschriebenem Völkerrecht”, *Festschrift für K. Zemanek*, 1992, pp. 95 y ss.; C. Tomuschat, “Tyrannei der Mehrheit?”, *GYIL*, 19 (1976), pp. 278 y ss.; Karl Zemanek, “What is ‘State Practice’ and Who Makes it?”, *Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, pp. 289 y ss.

B. Derecho consuetudinario y tratados

El derecho internacional de los tratados actúa, como ya se ha mencionado, como un “catalizador” del desarrollo del derecho consuetudinario. La celebración de tratados es un elemento importante de la práctica estatal y se puede ver comúnmente como expresión de una determinada convicción jurídica. Al respecto se tiene que tener en cuenta que las obligaciones contempladas en el tratado (y la voluntad jurídica vinculada a ellas) vinculan únicamente los asuntos reglamentados allí, así como a las respectivas partes. Los Estados proceden a celebrar tratados especialmente porque no se encuentran convencidos de la validez de los derechos y deberes contemplados en el derecho consuetudinario.

En forma diferente se tienen que juzgar los tratados multilaterales, que tienen por objeto reglamentar de manera general un determinado ámbito, que se encuentran abiertos a todos los miembros de la comunidad de Estados o a todos los Estados de una región, que codifican en forma amplia el derecho consuetudinario existente, y que deben reglamentar cuestiones todavía discutibles de conformidad con el derecho internacional.

Cuando la mayor parte de los Estados participan en un tratado de este tipo, este tratado trata de “cristalizar” el derecho consuetudinario existente o promover su posterior desarrollo. Viene a ser bastante decisivo, para tal efecto, que la participación en los respectivos trabajos de elaboración del tratado sea “representativa” y ampliamente difundida, y que incluya a aquellos Estados cuyos intereses se vean especialmente implicados en el tratado (en este sentido la CIJ, *North Sea Continental Shelf Cases, [Federal Republic of Germany vs. Denmark & The Netherlands]*, *ICJ Reports*, 1969, p. 3 [41 ss., núm. 70 y ss.]).

En lo restante se debe examinar si la no participación de determinados Estados (importantes) se funda principalmente en una divergencia verdadera o supuesta con el derecho consuetudinario, y con respecto a cuáles disposiciones en particular mantiene esta posición. Intentos exitosos de una codificación o de un desarrollo precavido del complejo del derecho consuetudinario son, por ejemplo, las Convenciones de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas, así como sobre las Relaciones Consulares y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. La Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar de 1982, luego de la ratificación por la mayor parte de la comunidad de Estados, ha permitido consolidar los desarrollos del derecho consuetudinario. Esto vale, por ejemplo, para las zonas económicas exclusivas con una extensión de hasta 200 millas marítimas, que en todo caso para la época de la negociación de la Convención sobre el Derecho del Mar, no se encontraba reconocida por el derecho consuetudinario. Otra cosa se aplica, por ejemplo, para la reglamentación de la Convención de la ONU sobre el Derecho del Mar en el campo de la explotación minera, a la cual se opusieron los EEUU como Estado Industrializado especialmente importante, a pesar de que ésta se había moderado mediante un protocolo adicional.

En el contexto de la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados, no se ha dado ningún impulso importante al desarrollo del derecho consuetudinario, la cual ha sido ratificada por muy pocos estados.

BIBLIOGRAFÍA: J. I. Charney, “International Agreements and the Development of Customary International Law”, *Washington Law Review*, 61 (1986), pp. 971 y ss.; K. Doebring, “Gewohnheitsrecht aus Verträgen”, *ZaöRV*, 36 (1976), pp. 77 y ss.; H. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, 1972.

C. El problema del persistent objector

Como el establecimiento de un derecho consuetudinario no presupone que se de la práctica y la correspondiente convicción jurídica en todos los Estados, se plantea el problema de en qué medida un Estado individualmente, se puede sustraer de la vinculabilidad de un derecho consuetudinario recientemente establecido. Un Estado, que en su debido momento y en forma persistente, ha protestado en contra del establecimiento de un derecho consuetudinario, podrá, en principio, sustraerse del cumplimiento de esa nueva regla del derecho consuetudinario, mediante estas protestas.

La Corte Internacional ha subrayado repetidamente esa posibilidad (sobre la persistente oposición en contra del derecho consuetudinario bilateral posiblemente válido, para el caso del asilo diplomático ver *Asylum Case*, [Colombia vs. Perú], *ICJ Reports*, 1950, p. 266 [277 y ss.]; sobre la delimitación de las costas marítimas en el caso de las bahías abiertas ver *Fisheries Case*, [UK vs. Norway], *ICJ Reports*, 1951, p. 116 [131]).

Esto se aplica, sin embargo, sólo con determinadas restricciones. Es así como las protestas permanentes no impiden la vinculación de un Estado a las reglas del derecho internacional, que debido a su elemental significado para la comunidad de Estados tienen el carácter de derecho consuetudinario obligatorio (ver al respecto en el número 4.). Es así como Sudáfrica, a pesar de sus objeciones en contra de la prohibición de discriminar racialmente, no tuvo ningún éxito en sus intentos de no acatar tal prohibición, la cual se encontraba vigente en el derecho consuetudinario, con fuerza vinculante, desde la Segunda Guerra Mundial.

Adicionalmente, la protesta permanente en el caso de las pretensiones a un tratamiento especial pierden su efecto cuando el desarrollo de una nueva regla es adoptada en forma casi unánime por toda la restante comunidad de Estados (por ejemplo, el paso de la absoluta inmunidad de los Estados a la inmunidad restringida únicamente a las actividades soberanas, a la que algunos Estados individualmente, como China, se han opuesto).

BIBLIOGRAFÍA: J. I. Charney, “The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law”, *BYIL*, 56 (1995), pp. 1 y ss.; *idem.*, “Universal International Law”, *AJIL*, 87 (1983), pp. 529 y ss.

D. Derecho consuetudinario internacional imperativo (*ius cogens*)

La mayor parte de las reglas del derecho consuetudinario internacional las pueden modificar las partes mediante tratados (derecho dispositivo). Esto no se aplica, sin embargo, a aquellas normas del derecho consuetudinario internacionales que, en vista de su significado fundamental para la comunidad de Estados, son inmodificables (derecho imperativo, *ius cogens*).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha reconocido la existencia de este tipo de reglas de manera expresa: “Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (artículo 53, frase 2, CVT).

A ese conjunto intocable del derecho consuetudinario pertenecen, entre otras, por ejemplo, la prohibición de iniciar un ataque, los derechos humanos más elementales (como la prohibición del genocidio, de la tortura, de la esclavitud o de la discriminación racial) así como el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Si un tratado internacional se encuentra en contraposición con una norma del derecho consuetudinario imperativo, el tratado será nulo (artículo 53, frase 1, CVT)⁷⁶. Con esto no se agota, sin embargo, el efecto de las normas del derecho internacional. La mayor parte de esas reglas imperativas sirven principalmente de fundamento de las obligaciones que tiene que cumplir la comunidad de Estados en su conjunto (obligaciones *erga omnes*, véase nuestro apartado 39).

BIBLIOGRAFÍA: J. A. Frowein, “Jus Cogens”, *EPIL*, t. 3, 1997, pp. 65 y ss.; L. Hannikeinen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, 1988; S. Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, 1992.

⁷⁶ Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

17. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona en su artículo 38 número 1 inciso c como tercera fuente del derecho internacional, “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (*general principles of law recognized by civilized nations*). Estos preceptos legales generales complementan las normas del derecho de los tratados y del derecho consuetudinario. Dentro de éstos, se encuentran los principios que se conocen en los ordenamientos jurídicos de la mayor parte de los Estados. La vinculación a las “naciones civilizadas”, no se debe interpretar, por ejemplo, como un retorno a una perspectiva eurocéntrica. Con esto se quiere, más bien, expresar que se trata de la visión general de aquellos ordenamientos jurídicos que han alcanzado un cierto grado de desarrollo y en los cuales se reflejan los valores fundamentales de la comunidad de Estados moderna.

Para la determinación de los principios generales del derecho, el método del derecho comparado desempeña un papel importante.

En la práctica es suficiente con la visión general de una gran familia del derecho (como la del sistema continental europeo o la del derecho angloamericano). Los principios del derecho continental europeo o del derecho anglo-americano han influido desde hace bastante tiempo los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica, África y Asia. Luego de la desintegración del orden comunista, ellos han hecho su entrada en los Estados del antiguo bloque oriental.

A través de principios generales del derecho se genera un entrelazamiento osmótico entre los ordenamientos internos y el derecho internacional.

En este contexto, gana significado la exigencia del Estatuto de la Corte Internacional de que la bancada de jueces de la Corte debe presentar una composición representativa. En el caso de la elección de los jueces se debe tener en cuenta que “en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” (artículo 9º. del Estatuto de la CIJ).

La mayor parte de los principios generales se remiten a una comparación de los existentes en la mayor parte de los ordenamientos privados. Esto corresponde con la concepción tradicional del derecho internacional como un ordenamiento de coordinación, que reglamenta las relaciones entre sujetos que se encuentran en el mismo nivel. En un contexto de de-

recho privado de este tipo, se encuentra por ejemplo, el principio general de la responsabilidad por violación del deber de compensar los daños causados (StIGH, *Chorzów Factory Case*, [Germany vs. Poland], *PCIJ Reports*, A, núm. 17, 1928, pp. 47 y ss.).

A los principios generales pertenecen también la restitución del enriquecimiento ilícito, así como la institución legal de prescripción, la conducción de los negocios sin mandato, y el principio de la equidad (*equity*; véase nuestro apartado 19). Un especial significado tiene la instancia del principio de la buena fe. Dentro de este se encuentra también la posible apelación de una parte al hecho de que la otra parte, con su conducta, ha sentado un elemento de confianza (objeción del *venire contra factum proprium*). Materialmente vinculado a éste se encuentra el principio del *estoppel*, de origen anglo-americano. El principio del *estoppel* protege a un parte que ha confiado en las declaraciones actuales de la otra parte, y que más tarde se ve confrontado a las pretensiones de la otra parte, que se encuentran en oposición a éstas. De esa confianza en el comportamiento previo de la otra parte, una parte no tiene la posibilidad de alegar ningún tipo de daño. De acuerdo con esto, nadie puede derivar derechos de que la otra parte hubiere tenido un determinado comportamiento. En la práctica, por lo general, es bastante difícil delimitar la objeción del *estoppel* de la apelación a un acuerdo por conducta concluyente (véase *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area Case*, [Canada vs. USA], *ICJ Reports*, 1984, p. 246 [309, núm. 144 y ss.]).

Determinados principios para la solución de controversias jurisdiccionales se encuentran también dentro de los principios generales. Se deben mencionar, por ejemplo, los efectos vinculantes de las decisiones (*res iudicata*) y el derecho a ser oído. Se ha reconocido la prueba por vía de indicios en el caso de dificultades para obtener pruebas de manera directa. Es así como la Corte Internacional admitió la prueba por vía de indicios en el caso de la colocación de minas en las aguas internacionales a través de un Estado costero en el caso del Canal de Corfu:

...el otro Estado, la víctima de una violación al derecho internacional, es por lo general incapaz de obtener pruebas directas de los hechos que dan lugar a la responsabilidad. A este Estado se le debe permitir recurrir en forma más liberal a la inferencia de hecho y a la evidencia circunstancial. Esta evidencia indirecta es admitida en todos los sistemas de derecho, y su uso es reconocido por las decisiones internacionales (*Corfu Channel Case*, [UK vs. Albania], *ICJ Reports*, 1949, p. 4 [18]).

El paso paulatino del derecho internacional de un simple ordenamiento de coordinación a un sistema con características de subordinación legal puede llevar en el largo plazo a una ampliación del campo de los principios generales del derecho: principalmente a través de la vinculación de los principios del derecho constitucional y del derecho administrativo. Se tiene que pensar aquí especialmente en la transferencia de los estándares de derecho internacional; desde los derechos fundamentales nacionales. En este caso se ha actuado con bastante precaución. Por tanto, en principio, los tratados internacionales y los desarrollos del derecho consuetudinario señalan hasta qué punto los Estados individuales se encuentran dispuestos a limitar en el plano del derecho internacional su poder soberano para la protección de los individuos o de determinados grupos. En el mejor de los casos, los principios generales del derecho pueden afectar los estándares de los derechos humanos en el sentido que ellos influyen en la forma y modo de su realización (por ejemplo, en el sentido de una protección estatal frente a la amenaza por parte de un particular). Precisamente en ese ámbito de la protección de los derechos humanos es donde el reconocimiento de los principios generales del derecho por parte de las “naciones civilizadas” parece vincular también a los órganos regionales y universales para la protección de los derechos humanos.

El significado de los principios generales del derecho reside en el cubrimiento de las lagunas del derecho, esto es en la complementación de las reglas contempladas en los tratados y en las normas del derecho consuetudinario. Bastante discutible es si no sólo el derecho consuetudinario, sino también los principios generales del derecho contemplan reglas imperativas del derecho internacional. Sin embargo, para la derivación de normas imperativas de los principios generales del derecho se impone una gran reserva.

BIBLIOGRAFÍA: H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927; H. Mosler, “General Principles of Law”, *EPIL*, t. 2, 1995, pp. 511 y ss.; J. P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, 1971; E. Zoller, *La bonne foi en droit international public*, 1977.

18. FUNDAMENTACIÓN DE DERECHOS Y DEBERES MEDIANTE ACTOS UNILATERALES

Los derechos y deberes del derecho internacional pueden también fundamentarse a través de actos unilaterales. Esto se aplica de manera espe-

cial para la aprobación, el compromiso y a la renuncia. Los efectos jurídicos pueden vincularse además al reconocimiento de un elemento de hecho del derecho internacional, por ejemplo, al reconocimiento de las pretensiones territoriales de otro Estado.

Es discutible si en el caso de los actos jurídicos unilaterales se trata de una categoría autónoma de fuentes del derecho. Bastante convincente es el hecho de que los efectos jurídicos de estos actos se derivan del derecho consuetudinario. La aprobación puede darse de manera expresa o concluyente (por conducta concluyente) (en el caso de la aceptación incondicional de un acto de un Estados extranjero: *acquiescence*).

En el caso *Temple of Preah Vihear*, la Corte Internacional se ocupó de los efectos de la conducta unilateral en una controversia sobre fronteras entre Tailandia y Camboya. En este caso el gobierno siamés omitió durante varios años elevar una reclamación en contra del mapa que una comisión mixta había hecho, favoreciendo a Camboya. La Corte Internacional derivó de esa conducta la aprobación concluyente de esa delimitación fronteriza (*Temple of Preah Vihear Case, [Cambodia vs. Thailand], ICJ Reports*, 1962, p. 6 [63 y ss.]).

En la controversia Atomtest entre Australia y Nueva Zelanda de una parte, y Francia de la otra, sobre los ensayos nucleares franceses en el Océano Pacífico, la Corte Internacional tuvo que valorar como un posible compromiso una declaración unilateral de Francia (CII, *Nuclear Test Cases, [Australia & New Zealand vs. France]*, *ICJ Reports*, 1974, p. 253). El presidente francés y un ministro habían declarado públicamente que en el futuro Francia no llevaría a cabo ninguna prueba atómica aérea en el pacífico. La Corte Internacional interpretó esa declaración de Francia como una promesa vinculante debido a su carácter público y a la voluntad de generar una vinculación jurídica reconocible. En opinión de la Corte Internacional, el gobierno francés ha debido considerar que a raíz de sus declaraciones públicas, otros Estados en forma unilateral, podrían haber abandonado sus pruebas atómicas (IGH, *ibidem*, p. 269). Para la Corte Internacional, la fundamentación de obligaciones legales con base en un acto unilateral depende de la existencia de una voluntad de vincularse legalmente. Esto lo hizo evidente la Corte en la controversia “Ensayo Nuclear”:

Es bastante reconocido que las declaraciones hechas por la vía de un acto unilateral, concernientes a situaciones legales o fácticas, pueden tener el

efecto de crear obligaciones legales. Las declaraciones de esta clase pueden ser, y son por lo general, muy específicas. Cuando existe una intención del Estado de hacer una declaración que será vinculante de acuerdo a sus términos, y de que la intención le confiere a la declaración el carácter de un compromiso legal, el Estado podrá entonces ser requerido legalmente a seguir un curso de conducta consistente con la declaración. Un compromiso de esta clase, si es dado públicamente y con la intención de hacerlo vinculante, a pesar de que no se hizo dentro del contexto de las negociaciones internacionales, es vinculante (CIJ, *ibidem*, p. 267, núm. 43).

BIBLIOGRAFÍA: W. Fiedler, “Zur Verbindlichkeit einseitiger Versprechen im Völkerrecht”, *GYIL*, 19 (1976) pp. 35 y ss.; J. Leutert, *Einseitige Erklärungen im Völkerrecht*, 1979.

19. EQUIDAD

Como principio general del derecho, la equidad tiene una función en el cumplimiento de las normas que requieren una concreción. Esa equidad inmanente al derecho tiene por objeto ante todo el logro de un equilibrio de intereses justo en la relimitación de pretensiones territoriales y de otros derechos de uso. La equidad como criterio de concreción en el caso del cumplimiento de una regla contemplada en un tratado o del derecho consuetudinario, se aplica prevalentemente en el campo del derecho marítimo internacional. Es así como la Convención de la ONU sobre el derecho del Mar de 1982 remite de manera repetida, por ejemplo, en el caso de la delimitación de las zonas de altamar y de uso, a una *equitable solution* (véase el artículo 74, número 1; artículo 83, número 1).

Un importante ejemplo del papel de la equidad lo constituye la decisión de la Corte Internacional en el caso *Gulf of Maine Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area Case [Canada vs. USA]*, *ICJ Reports*, 1984, p. 246). En este caso, la Corte se guió por consideraciones de equidad para la delimitación de las plataformas continentales y de las zonas de pesca de Canadá y de los Estados Unidos.

En la controversia sobre fronteras entre *Burkina-Faso y Mali*, la Corte Internacional dejó claro que la apelación al criterio de la equidad para la asignación de los antiguos territorios coloniales sólo viene a consideración cuando en la época colonial no existió una clara delineación terri-

torial (de conformidad con el principio del *uti possidetis*; *Frontier Dispute Case*, [Burkina Faso vs. Mali], *ICJ Reports*, 1986, p. 554 [556 y ss. núm. 20 y ss.].

De la equidad como principio del derecho se debe separar de manera tajante la equidad extralegal. Con base en esta ponderación de intereses, extralegal y en forma libre (aunque más comprensible), de los criterios de equidad, *ex aequo et bono*, la Corte Internacional puede decidir cuando las partes lo autorizan para tal efecto (artículo 38, número 2 del Estatuto CIJ). Una competencia de esta clase, con efectos difíciles de calcular, no se le ha atribuido a la Corte hasta este momento.

BIBLIOGRAFÍA: M. Akehurst, “Equity and General Principles of Law”, *ICLQ*, 25 (1976), pp. 801 y ss.; J. Schneider, “The Gulf of Maine Case: The Nature of an Equitable Result”, *AJIL*, 79 (1985), pp. 539 y ss.

20. PRODUCCIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

A. *Las resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*

Las resoluciones de la Asamblea General de la Naciones Unidas tienen, en principio, sólo un carácter de una recomendación. Por consiguiente, la Asamblea General de la ONU, con resoluciones, por ejemplo, sobre la prohibición de hacer uso de la fuerza o de intervenir, no tiene el poder para crear nuevo derecho. La competencia para crear derecho no se la ha atribuido la Carta de la ONU a la Asamblea General. Por otra parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas “representa” en cierta forma casi la totalidad de la comunidad de Estados. Sin embargo, en la doctrina del derecho internacional existen varias opiniones que consideran que a algunas resoluciones de la Asamblea General sobre cuestiones de principios del derecho internacional, se les debe atribuir un significado legal.

Se debe pensar, ante todo, en considerar, bajo determinados presupuestos, las resoluciones de la Asamblea General como expresión de una convicción legal general (como uno de los dos elementos del derecho consuetudinario internacional). Presupuesto para esto que los Estados que aprueban una resolución de la Asamblea General, actúen en realidad con

la convicción de reconocer el contenido de la resolución como un estándar con carácter vinculante. Esto, por lo general, falta en las resoluciones adoptadas con una votación mayoritaria o incluso por unanimidad, ya que, en todo caso, éstas son entendidas por una parte de los Estados como una declaración con contenido político. De una resolución no se puede de derivar una convicción jurídica general, cuando una parte pequeña, pero importante, de Estados se ha negado a aprobarla. Un ejemplo de esto es la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que fue expedida como una resolución de la Asamblea General de 1974 (*ILM*, 13, 1974, pp. 720 y ss.); en este caso, los grandes Estados industrializados de occidente votaron negativamente, o se abstuvieron de hacerlo.

En conceptos sobre la posibilidad, desde la perspectiva del derecho internacional de hacer uso de armas atómicas, la corte internacional reconoció que la sucesión de resoluciones de la Asamblea General, con igual contenido, podría conducir a la paulatina configuración de una convicción legal (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports*, 1996, p. 226 [255, núm. 70]).

Por otra parte, la Corte Internacional subrayó que la repetida sanción del empleo de armas atómicas por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podía ser interpretada como expresión de una convicción legal general, porque éstas eran adoptadas con un número considerable de votos en contra o de abstenciones (*ICJ, ibidem*, p. 255, núm. 71).

En lo restante, la Corte Internacional subrayó que la configuración de una regla de derecho consuetudinario sobre la prohibición del uso de armas atómicas fracasaría en la actualidad por la tensión existente entre una convicción legal que se construiría paulatinamente y el aferramiento de muchos Estados a la práctica de reducción nuclear, por otra parte:

La emergencia, como *lex lata*, de una regla consuetudinaria prohibiendo específicamente el uso de las armas nucleares como tal, está obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio iuris* de una parte, y de la fuerte adherencia que existe todavía a la práctica de disuasión nuclear (*ICJ, ibidem*, p. 255, núm. 73).

De manera más acertada, las resoluciones fundamentales sobre cuestiones del derecho internacional, se pueden interpretar como *un* elemento para la configuración del derecho consuetudinario, que en todo caso re-

quiere de que se agregue la correspondiente práctica estatal. Tomadas por si mismas, estas resoluciones no pueden producir ningún tipo de precepto de derecho internacional, ni modificarlo. Sin embargo, las resoluciones pueden intensificar las dudas existentes hasta ahora sobre la viabilidad del derecho consuetudinario.

Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean obligaciones de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de la ONU despliegan, por consiguiente, un efecto normativo, porque, de conformidad con el artículo 25 y el artículo 48 de la Carta de las Naciones Unidas, vinculan a los Estados miembros. Con ese efecto vinculante dirigen también la práctica de los Estados. En lo restante, las resoluciones del Consejo de Seguridad sirven como catalizador para la configuración de una convicción jurídica general.

El especial significado de las resoluciones del Consejo de Seguridad para el desarrollo del derecho consuetudinario se origina en el hecho de que determinados principios fundamentales del derecho internacional en su desarrollo a través de la Carta de la ONU tienen una validez en el marco del derecho consuetudinario internacional.

Esto es válido, por ejemplo, para la prohibición del uso de la fuerza del derecho internacional y su delimitación, así como para la prohibición de intervención. Cuando el Consejo de Seguridad califica la conducta de un Estado como un quebrantamiento o una amenaza de la paz (artículo 39 de la Carta de la ONU), entonces ese Estado no podrá invocar el principio de no intervención respecto de las acciones económicas en su contra u otras medidas relativas.

BIBLIOGRAFÍA: J. Castañeda, *Legal Effects of the United Nations' Resolutions*, 1969; R. Falk, "On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly", *AJIL*, 60 (1966), pp. 282 y ss.

B. Soft Law

Determinadas resoluciones de la Asamblea General de la ONU y de los órganos representativos de otras organizaciones internacionales, así como algunas declaraciones de las conferencias de Estados (especialmente en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación Europea) tienen un significado jurídico difícil de clasificar.

Ellas tienen relevancia legal, sin fundamentar directamente derechos y deberes. Para tales instrumentos que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes, se ha acuñado el concepto de *soft law*.

Hoy en día, se relaciona sobre todo con estándares de comportamiento, que para las organizaciones internacionales o de las conferencias de Estados corresponde a una “buena” práctica (por ejemplo, en el comercio de recursos medioambientales).

Dentro de éstos se encuentra, por ejemplo, la declaración adoptada en la Conferencia de Río de 1992, y que se conoce con el particular título de “Non-Legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management Conservation and Sustainable Development of all Types of Forests” (*ILM*, 31, 1992, p. 882).

El concepto del *soft law* es sencillamente expresión de una dificultad jurídica para la clasificación de tales instrumentos, detrás de los cuales no existe una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter vinculante. Se trata de clasificar un proceso de desarrollo, que puede llevar al establecimiento de un derecho consuetudinario, o a la concreción de un principio general de éste. En lo restante, el estándar de comportamiento de las organizaciones internacionales o de las conferencias de Estados puede llevar a que los Estados participantes ya no puedan apelar a la prohibición de la intervención, frente a la exigencia de estos estándares.

BIBLIOGRAFÍA: M. Bothe, “Legal and Non-Legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations?”, *NYIL*, 11 (1980), pp. 65 y ss.; H. Hillgenberg, “A Fresh Look at Soft Law”, *EJIL*, 10 (1999), pp. 499 y ss.; J. Klabbers, “The Undesirability of Soft Law”, *NorJIL*, 67 (1998), pp. 381 y ss.; I. Seidl-Hohenveldern, “International Economic ‘Soft Law’”, *RdC*, 163 (1979), pp. 165 y ss.; K. Zemanek, “Is the Term “Soft Law” Convenient?”, *Festschrift für I. Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 843 y ss.

C. Decisiones de las Cortes Internacionales

De acuerdo con una opinión que prevalece en la actual doctrina del derecho internacional, la Corte Internacional y otros tribunales internacionales no pueden crear ningún tipo de derecho consuetudinario, puesto que en principio, no son sujetos del derecho internacional y sus decisiones

sólo vinculan a las partes que participan en la controversia. Para esta opinión, se puede también resaltar que los tribunales internacionales, de acuerdo con su propia concepción, aplican por lo general el derecho existente, pero no pueden crear nuevo derecho. A esto se añade que la misma Corte Internacional se ha separado de decisiones anteriores. De otra parte las decisiones de los tribunales internacionales se le deben atribuir a las partes en controversia que se han sometido contractualmente a la respectiva jurisdicción.

Además, las decisiones de la Corte Internacional pueden ir más allá del caso en concreto, en la medida en que pueden reconocer efectos legales generales, como ocurre en el caso en que la Corte Internacional concreta reglas existentes o se expresa sobre una norma cuya validez como derecho consuetudinario se pone en duda. De aquí puede surgir el derecho consuetudinario cuando la decisión de la Corte Internacional en la Comunidad de Estados encuentra un apoyo mayoritario.

BIBLIOGRAFÍA: R. Bernhardt, “Rechtsfortbildung durch internationale Richter, insbesondere im Bereich der Menschenrechte”, *Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, 1986, pp. 527 y ss.; K. Doebring, *Die Rechtsprechung als Rechtsquelle des Völkerrechts*, *ibid.*, pp. 541 y ss.

21. DETERMINACIÓN DE LOS PRECEPTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Como fuente del derecho en sentido amplio (fuente interpretativa del derecho) señala el artículo 38 número 1 inciso d que “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”. Para establecer cuál es el derecho vigente y la interpretación de las normas del derecho internacional, se puede acudir tanto a las decisiones de los tribunales nacionales como internacionales.

Las decisiones de la Corte Internacional participan de una autoridad especial. Algunos tribunales nacionales han adquirido bastante prestigio en el análisis e interpretación de preceptos del derecho internacional. Esto se aplica, por ejemplo, a la jurisprudencia de la House of Lords británica o al Tribunal Constitucional Federal alemán, al que la Ley Fun-

damental la ha atribuido la competencia de clarificar las reglas generales del derecho internacional (artículo 100, apartado 2, LF).⁷⁷ Se deben resaltar, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la inmunidad de los Estados (*BVerfGE*, 16, 27 – *caso de la embajada iraní*) y de las empresas extranjeras (*BVerfGE*, 63, 1; *National Iranian Oil Company*).

Una importante fuente de producción jurídica son también los trabajos de la International Law Commission (ILC), creada por las Naciones Unidas en 1947, y a la cual se le confió la labor de codificar y desarrollar el derecho internacional.

Los 34 miembros de la ILC son elegidos por la Asamblea General. Junto a ésta, desempeñan un importante papel las resoluciones del Institut de Droit International, en el que colaboran reconocidos estudiosos del derecho internacional y del derecho internacional privado, así como las resoluciones de la International Law Association (ILA). Finalmente, tiene especial significado la preparación y concreción de las reglas del derecho internacional a través de los *Restatement* de las reglas del derecho internacional que rigen las relaciones exteriores de los Estados Unidos, de los cuales se encarga un instituto privado de investigaciones. (American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Foreign Relations of the United States*, tomo 2, 1987); se trata en este caso de una presentación compendiada y analizada.

BIBLIOGRAFÍA: C. Tomuschat, *Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen, Vereinte Nationen*, 1988, pp. 180 y ss.

22. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

A. *Monismo y dualismo*

Sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional desde hace ya bastante tiempo ha existido una controversia dogmática.

⁷⁷ Artículo 100 (2) Si en un litigio jurídico fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos (artículo 25), el tribunal deberá recabar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal.

De acuerdo con la doctrina del dualismo, el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos que existen de manera independiente el uno del otro. La doctrina dualista se remite para tal efecto al hecho de que los dos ordenamientos tienen fuentes y mecanismos de aplicación propios. Para esa doctrina, se debe tener en cuenta, además, que tanto el derecho internacional como también el derecho interno de los Estados individualmente tienen su propia justificación. Esto significa que el derecho internacional no deriva su validez del derecho nacional y que por el contrario, el derecho nacional debe derivar de allí su validez.

La teoría monista, por el contrario, considera que el derecho internacional y el derecho nacional son elementos interdependientes de un sistema cerrado. Con base en esto, la mayor parte de los representantes de la doctrina monista del derecho internacional le atribuyen prevalencia al derecho internacional (monismo con primacía del derecho internacional). De conformidad con esa teoría favorable al derecho internacional, los órganos nacionales tienen que aplicar directamente el derecho internacional, esto se aplica incluso cuando el derecho internacional contraviene la constitución o una ley del derecho interno. Con menor representación, se encuentra también la teoría monista que por el contrario, le da primacía al derecho nacional sobre el derecho internacional, la cual subordina la validez del derecho internacional por completo a la soberanía del derecho de los Estados, en forma individual.

Hoy en día la importancia de esas controversias teóricas no es muy importante. En la práctica ha prevalecido un dualismo moderado. De acuerdo con éste, el derecho internacional y el derecho nacional, respectivamente, tienen vida propia. Sin embargo, como se ha mencionado, se encuentran limitados entre sí. Esta perspectiva corresponde a la realidad jurídica de la comunidad de Estados. Por tanto, los Estados no derivan la validez de su propio ordenamiento jurídico del derecho internacional. Sin embargo, existen Estados y organismos que se asemejan a Estados cuyo ordenamiento legal se remonta a un proceso de derecho internacional y por consiguiente en cierta forma se encuentra “internacionalizado” (Bosnia-Herzegovina, Territorio Autónomo de Palestina en Cisjordania y la Franja de Gaza). Pero en general, el derecho internacional se aplica sólo en la medida en que el derecho nacional, lo ha reconocido como una norma del derecho interno. Esta afirmación se aplica también a la Ley Fundamental alemana. En este sentido, para que el derecho internacional de los tratados produzca efectos jurídicos, debe ser aprobado primero

mediante una ley interna (o una resolución) de conformidad con el artículo 59 número 2 LF.⁷⁸ El derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho tienen validez en el derecho alemán por virtud del mandato legal contemplado en el artículo 25 LF.⁷⁹

Para la perspectiva dualista, el derecho internacional, en principio, no produce ningún efecto en el ámbito jurídico nacional. Por lo general, no es común que se declare la nulidad de una ley o de otro acto jurídico nacional porque viole el derecho internacional. Sólo en forma excepcional, el derecho internacional genera de manera directa derechos y deberes respecto de los individuos. Esto se aplica especialmente a las normas de los derechos humanos y de la jurisdicción penal de los crímenes de guerra. Los tribunales para la ex Yugoslavia y Rwanda (así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional) son manifestaciones de un intento de imponer deberes de conducta elementales a los individuos a través de los mecanismos sancionatorios del derecho internacional.

Por el contrario, en el plano interestatal existen deberes del derecho internacional, independientemente del derecho nacional. De este modo, ningún Estado puede objetar una obligación contemplada en un tratado, que colinde con su derecho interno. Esto se deriva del artículo 27 CVT: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Por otra parte, en el dualismo moderado se deben tener en cuenta las relaciones bilaterales entre el derecho internacional y el derecho interno. Dentro de éstas, se encuentra que las violaciones evidentes en contra del derecho nacional en la celebración de un tratado internacional, sólo de manera excepcional, pueden ser tenidas en cuenta por el derecho internacional (artículo 46, CVT).⁸⁰

⁷⁸ Artículo 59 (2) Los tratados que regulan las relaciones políticas de la federación o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación o intervención, a través de una ley federal, de los respectivos órganos competentes de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración.

⁷⁹ Artículo 25. Las normas generales del derecho de gentes constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

⁸⁰ Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado

Adicionalmente, algunos ordenamientos le atribuyen a las normas del derecho internacional un rango especial. Esto se aplica, por ejemplo, a la Ley Fundamental alemana que subordina las leyes federales a las reglas generales del derecho internacional (artículo 25 LF). En varios ordenamientos jurídicos se aplican el principio de la interpretación de las leyes y otras disposiciones nacionales de conformidad con el derecho internacional con el objeto de evitar los conflictos entre el derecho nacional y el derecho internacional. En el caso de los conflictos de normas que aún persisten, prevalece desde la perspectiva del derecho nacional, el derecho interno. Por el contrario, una corte internacional aplicará el derecho internacional. Ejemplo: en el caso (completamente hipotético) en que la República Federal de Alemania por virtud de una obligación contemplada en un tratado internacional, se encuentre obligada a extraditar un nacional, prevalecerá, desde el punto de vista de un juez alemán, la protección frente a la extradición contemplada en el artículo 16 número 2 LF.⁸¹ Para un tribunal internacional prevalece el deber internacional de proceder a la extradición. El conflicto entre ambas normas podría ser solucionado, desde la perspectiva del derecho internacional, mediante una modificación del tratado, y, desde la perspectiva del derecho nacional, modificando la Ley Fundamental.

El Tribunal Federal suizo pronunció una interesante sentencia sobre la validez de un tratado a pesar de la violación de las disposiciones internas sobre competencia al momento de la celebración del tratado (que había sido aprobado por la Asamblea Federal: *EuGRZ*, 1995, p. 309). En opinión del Tribunal Federal suizo, el no cumplimiento de las disposiciones internas sobre competencia no afecta la validez de un tratado internacional. Esto tiene como consecuencia que el juez suizo tendrá que aplicar las disposiciones del tratado internacional.

BIBLIOGRAFÍA: H. Kelsen, *Die Einhaltung des Weltfriedens auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923; K. J. Partsch, “Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht”, *BDGVR*, t. 6,

como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

⁸¹ Artículo 16. (2.) Ningún alemán podrá ser entregado al extranjero. Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo.

1964, pp. 13 y ss.; D. Thürer, “*Völkerrecht und Landesrecht*”, *SZIER*, 9 (1999), pp. 217 y ss.; H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.

B. *Validez del derecho internacional en el derecho interno*

a. Significado de la validez interna del derecho internacional

Con la validez interna del derecho internacional se quiere indicar, principalmente, la aplicabilidad interna de las reglas del derecho internacional. Esto implica, por lo general, que el derecho internacional lo pueden aplicar los órganos nacionales (como también el derecho nacional). En el caso de los tratados internacionales que tienen validez interna (por ejemplo, con fundamento en una ley aprobatoria), se deriva la aplicabilidad interna de su contenido. Si las disposiciones de un tratado internacional por la certeza de su contenido, pueden ser aplicadas por las cortes y autoridades nacionales, se habla de una aplicabilidad directa. Este tipo de tratados se conoce en lenguaje angloamericano como *self-executing*. Tales normas contemplan, por ejemplo, tratados con claras disposiciones sobre la libertad de establecimiento, sobre la extradición o sobre la doble tributación.

Otra cosa ocurre en el caso de las disposiciones de un tratado que deben ser desarrolladas a través de medidas internas (por ejemplo, las disposiciones sobre simples obligaciones de emprender un esfuerzo, o las cláusulas generales de dar una especial consideración o de promoción).

Ocasionalmente, se tiene que diferenciar al respecto si en el caso de una disposición del tratado, que se puede aplicar directamente, ésta puede ser invocada también por los individuos ante las cortes o autoridades (aplicabilidad directa en sentido estricto). Por tanto, se tendrá que analizar mediante la interpretación si el tratado internacional puede servir de fundamento a derechos individuales. De conformidad con la jurisprudencia alemana, por ejemplo, una persona que debe ser extraditada a otros Estados no podrá apelar a que la reciprocidad acordada en el tratado no se está garantizando (*BGHSt*, 30, 55 [62 y ss.]). La validez interna del derecho internacional no se agota, sin embargo, en la ejecución de las normas del derecho internacional. A la validez interna del derecho internacional pertenecen también los órganos nacionales, las leyes y otras

disposiciones del derecho interno se tienen que interpretar en concordancia con las disposiciones del derecho internacional.

b. Fundamento y rango de la validez en el derecho interno

Desde la perspectiva de los Estados, el derecho internacional puede ser aplicado por los órganos estatales y por los individuos sólo con fundamento en una norma del derecho nacional (constitución, ley o derecho consuetudinario).

En el Reino Unido, por ejemplo, el derecho internacional general (derecho consuetudinario y principios generales del derecho) se aplica por virtud del derecho consuetudinario, como parte del derecho inglés (sobre la máxima: “The law of the nations in full extent is part of the law of England”: la ley de las naciones es en toda su extensión la ley de Inglaterra, Lord Mansfield in *Triquet vs. Bath* [1764], 3 Burr. 1478). En Alemania, el artículo 25 de la Ley Fundamental contempla una norma de validez plena para las reglas generales del derecho internacional, como elemento constitutivo del derecho federal. Los tratados internacionales se aplican de conformidad con el artículo 59 número 2 de la Ley Fundamental, de conformidad con el acto de aprobación del derecho alemán (ley o decreto).

De acuerdo con el derecho constitucional, los Estados determinan el rango de las normas del derecho internacional en el derecho nacional. De conformidad con el artículo 25 de la Ley Fundamental, las reglas generales del derecho internacional prevalecen sobre las leyes federales. Los tratados internacionales tienen en Alemania el rango del respectivo acto de aprobación.

Las Constituciones de Francia, Holanda y de los Estados Unidos colocan a los tratados aprobados mediante ley parlamentaria sobre las leyes. Algunas Constituciones le atribuyen a los tratados, incluso, un rango constitucional. En algunos países iberoamericanos los tratados sobre derechos humanos se deben tener en cuenta para la interpretación de la constitución.

c. Clases de validez interna del derecho internacional

Las clases de validez interna del derecho internacional se pueden construir en formas diferentes. De conformidad con la doctrina de la transfor-

mación, el derecho internacional obtiene validez interna al ser transformado en derecho nacional a través de un mandato nacional que ordena su entrada en vigencia (por ejemplo, una ley aprobatoria de un tratado internacional), y de este modo se aplica como derecho nacional. De acuerdo con la doctrina de la ejecución, por el contrario, el mandato de validez interna conduce únicamente a que las normas del derecho internacional deben ser aplicadas por los órganos nacionales (ejecución), sin que pierdan por esto su carácter de derecho internacional. La Corte Constitucional Federal parece tender en la actualidad (abandonando la antigua jurisprudencia y en concordancia con la doctrina vigente) hacia la doctrina de la ejecución (*BVerfGE* 90, 286 [364]).

En la práctica, la controversia teórica vinculada a esto tiene tan sólo un significado bastante modesto. En efecto, hoy en día, los principales representantes de las dos teorías llegan a los mismos resultados en los puntos decisivos.

De este modo, se ha aceptado la idea de que los tratados de derecho internacional se tienen que interpretar por los órganos nacionales de acuerdo con las reglas del derecho internacional y de que un tratado internacional se aplicará internamente sólo en tanto que siga teniendo validez internacional para las partes. A la controversia teórica se le ha dado importancia ante todo en el derecho continental europeo. En la Gran Bretaña y en los Estados Unidos se aplica el derecho internacional (con excepción de los tratados de derecho internacional), con fundamento en las reglas del derecho consuetudinario como parte del derecho nacional (incorporación).

En el derecho anglo-americano, los tratados internacionales requieren de un fundamento especial para su validez. De ahí que, en Gran Bretaña, el contenido del tratado sea adoptado en un acto legislativo especial (legislación paralela).

BIBLIOGRAFÍA: C. Economides, *The Relationship between International and Domestic Law*, 1993; T. Franck/G. H. Fox (ed.), *International Law Decisions in National Courts*, 1996; H. Kelsen, "Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht", *ZaöRV*, 19 (1958), pp. 234 y ss.; D. Thürer, "Völkerrecht und Landesrecht", *SZIER*, 9 (1999), pp. 217 y ss.; H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899; L. Wildhaber y S. Breitenmoser, "The Relationship between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries", *ZaöRV*, 48 (1988), pp. 163 y ss.

C. Ley Fundamental y derecho internacional

a. El derecho internacional en el ordenamiento legal alemán

La orientación favorable hacia el derecho internacional es un elemento esencial de la Ley Fundamental alemana. La Ley Fundamental se ha declarado partidaria en forma pronunciada de una “apertura estatal” y de la cooperación internacional. Esa apertura del ordenamiento constitucional alemán va más allá de la consideración de la creciente interdependencia internacional de los Estados del mundo, y de la interdependencia de los modernos Estados industrializados.

El acento del valor de los tratados internacionales y la inclusión de las formas de organización supranacional de la cooperación internacional dejan de lado también las preocupaciones, que surgieron después de la caída del Tercer Reich, de crear las bases formativas para que Alemania pudiera ingresar nuevamente en la comunidad de Estados como miembro activo.

La aceptación que tiene el derecho internacional en el ordenamiento constitucional alemán se origina de la visión general que se encuentra en varias disposiciones de la Ley Fundamental.

El preámbulo subraya la obligación de servir al “mundo libre”. En el artículo 1º, número 2 de la Ley Fundamental reconoce “los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.” Esto significa en todo caso que los estándares de los derechos humanos del derecho consuetudinario imperativo son uno de los elementos centrales de la existencia del orden constitucional alemán (véase también, TCF 84, 90 [120 y ss.]). El precepto del artículo 9º, número 2, de la Ley Fundamental prohíbe las asociaciones que “vayan dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos”.

La transferencia de derechos soberanos a los organismos internacionales la posibilita el artículo 24 número 1 de la Ley Fundamental.⁸² Esta disposición sirvió de fundamento para la integración en las Comunidades Europeas. Entre tanto, con el nuevo “artículo europeo” (artículo 23) se ha creado una base constitucional especial para la entrada a la Unión Eu-

⁸² Artículo 24 [Instituciones interestatales]. (1) La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales.

ropea y la aceptación de sus posteriores desarrollos. En la disposición del artículo 24 número 2 de la ley fundamental se prevé la vinculación de Alemania a un “sistema reciproco de seguridad colectiva”. Con base en este artículo se apoyó en principio la participación de Alemania en las Naciones Unidas. Adicionalmente, el artículo 24, número 2 de la ley fundamental, cubrió también la entrada de Alemania en la OTAN, que “mutó” en un sistema de seguridad colectiva, y a la Unión Europea Occidental. La adhesión a los convenios sobre una jurisdicción internacional, de conformidad con el artículo 24, número 3 de la ley fundamental, no se ha podido llevar a cabo todavía ya que hasta el momento no se ha creado un sistema que contemple una jurisdicción obligatoria de este tipo. La disposición del artículo 25 de la ley fundamental⁸³ transformó las reglas generales del derecho internacional en derecho federal.

La disposición de la República Federal de Alemania a la paz, encuentra expresión de manera especial en el precepto del artículo 26 de la Ley Fundamental, que en el numeral 1 prohíbe los actos de agresión.⁸⁴ La aceptación del derecho internacional en la Ley Fundamental despliega sobre las disposiciones constitucionales individuales un significado normativo. Es así como las leyes se deben interpretar en lo posible en concordancia con las obligaciones del derecho internacional contraídas por la República Federal de Alemania. Se aplica la presunción de que el legislador no quiere contravenir las obligaciones del derecho internacional (TCF 74, 358 [370]).

El Tribunal Constitucional Federal ha ido un paso más adelante en el caso del cumplimiento de la Convención Europea de derechos Humanos. Ha vinculado a la Ley Fundamental el principio de la interpretación de conformidad con los derechos humanos: “Para la interpretación de la Ley Fundamental se debe tener en cuenta también el contenido y estado de desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos” (TCF 74, 358, sobre el significado de la presunción de inocencia en el proceso penal).

⁸³ Artículo 25. Derecho internacional y derecho federal. Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

⁸⁴ Artículo 26. Prohibición de preparar una guerra de agresión (1) Los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con esta intención, especialmente la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Serán reprimidos penalmente.

El deseo de evitar que la República Federal de Alemania vaya en contra de las obligaciones del derecho internacional caracteriza el alcance del control de las decisiones judiciales en la aplicación de las leyes ordinarias. Al respecto, La Corte Constitucional Federal ha expresado:

En el marco de su jurisdicción, la Corte Constitucional Federal debe tener en cuenta de manera especial que tiene la posibilidad de prevenir o de eliminar las violaciones al derecho internacional que se dan en el caso de la incorrecta aplicación o de la no aplicación de las normas del derecho internacional por parte de las cortes alemanas, y que pueden generar para la República Federal de Alemania una responsabilidad de derecho internacional. Esto puede exigir, en los casos individuales la necesidad, una revisión amplia” (TCF 58, 1 [34]-*Eurocontrol*).

También es interesante que la jurisprudencia alemana justificó la sanción retroactiva de las muertes ocurridas en la frontera alemana en ‘los casos del muro’ al establecer que las instrucciones de disparar que se habían dado en la RDA, violaban los derechos humanos garantizados en el derecho internacional (*BGHSt* 39, 1 [15 ss.]; TCF 95, 96 [135 f.]).

b. Reglas generales del derecho internacional como parte del derecho internacional (artículo 25 LF)

El artículo 25 de la Ley Fundamental es el precepto central para la vinculación del derecho internacional en el espacio jurídico interno: “Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.

Como “reglas generales del derecho”, en el sentido del artículo 25 frase 1 de la Ley Fundamental, se comprende el derecho consuetudinario internacional y los principios generales del derecho.

El artículo 25 frase 1 de la Ley Fundamental actúa como una clase de “puerta” a través de la cual las reglas generales del derecho internacional influyen en el espacio jurídico interno, y le da validez a esas reglas en la República Federal. De conformidad con el artículo 25 frase 2 de la Ley Fundamental, prevalecen las reglas generales del derecho internacional sobre las leyes (fедерales).

La interpretación de esa disposición es discutible. De conformidad con una interpretación bastante amplia, que se apoya también en una interpretación histórica de la norma, las reglas generales del derecho inter-

nacional tienen incluso un rango superior que la Ley Fundamental. No obstante, el hecho de que el legislador, al momento de modificar la Constitución pueda derogar por completo el artículo 25 de la Ley Fundamental, se opone a la anterior interpretación (ver el artículo 79, número 3, LF).⁸⁵

De conformidad con otra interpretación, que no va tan lejos como la anterior, las reglas generales del derecho internacional tienen cada vez más, rango internacional. Una tercera opinión se ha impuesto. Esta se orienta en el tenor de la Ley Fundamental y coloca las reglas generales del derecho internacional sobre las leyes federales ordinarias, pero por debajo de las normas de la Ley Fundamental. En todo caso, no será aplicable una ley federal ordinaria que contraviene una regla general del derecho internacional. La Corte Constitucional Federal ha concluido del artículo 25 LF: “que las autoridades y las cortes de la República Federal de Alemania, en principio, se encuentran impedidas para interpretar y aplicar el derecho interno en un forma que viole las reglas del derecho internacional” (TCF 75, 1 [19]).

De conformidad con el artículo 25, frase 2 de la Ley Fundamental, las reglas generales del derecho internacional producen directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal. De ahí se origina en principio el que los individuos, en todo caso, puedan invocar las reglas del derecho internacional, que sirven específicamente a la protección de los individuos (como la prohibición de las torturas u otras normas para la protección de los derechos humanos).

Por el contrario, el derecho internacional reconoce también la existencia de deberes que se dirigen de manera directa a los individuos. En este sentido, la prohibición de determinados crímenes de guerra de conformidad con el artículo 25 de la Ley Fundamental, crea deberes a los individuos en particular.

Adicionalmente, algunos doctrinantes del derecho constitucional derivan del artículo 25 de la Ley Fundamental un “cambio de destinatarios”: De acuerdo con éstos, de las normas del derecho internacional también deben originarse derechos y deberes para los individuos, aun cuando estas disposiciones se dirigen, en el plano internacional, sólo a los Estados y no a los individuos (por consiguiente, por su contenido, estas normas

⁸⁵ Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental] (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 10. y 20.

pueden ser tenidas en cuenta por los individuos, como por ejemplo, los derechos de paso en el derecho internacional marítimo).

La jurisprudencia niega esta clase de trasformación de las reglas dirigidas al Estado en derechos y deberes de los individuos. De acuerdo con esto, el artículo 25 LF tiene simplemente carácter declarativo. Se aplica sólo a las normas del derecho internacional, que se dirigen a los individuos. (TCF 46, 342 [362 y ss.]). De conformidad con esa interpretación del artículo 25 LF, como simplemente declarativo, ante un tribunal alemán los individuos no podrán derivar un derecho subjetivo de una regla del derecho internacional.

Un ejemplo de esto fue el secuestro de un criminal que se había refugiado en otro Estado, que fue sacado de allí y llevado a la República Federal de Alemania por las autoridades alemanas, violando la territorialidad extranjera. En este caso el no respeto a la territorialidad viola únicamente los derechos del Estado extranjero, pero no los del criminal secuestrado (véase al respecto nuestro apartado 23. 3). La compensación la podrá solicitar, por tanto, sólo el Estado cuyos derechos hubieren sido objeto de una violación. (*BVerfG*, NJW, 1986, p. 1427; *BGH*, MDR, 1987, p. 427).

En tiempos recientes, el Tribunal constitucional Federal se ha ocupado cada vez más de las reglas generales del derecho internacional en el sentido del artículo 25 de la LF. En relación con la persecución penal de los espías de la RDA, el Tribunal Constitucional Federal encontró que no se habían violado las reglas generales del derecho internacional, por el hecho de que se hubiera ampliado el alcance de la jurisdicción penal de la República Federal de Alemania a las actividades del servicio secreto de la RDA (TCF 92, 277 [317 y ss.]).

La disposición del artículo 25 de la Ley Fundamental no contempla una garantía de los derechos fundamentales. Se tiene que analizar, sin embargo, si un acto de soberanía al que se le atribuye una violación de las reglas generales del derecho internacional dará lugar a una violación del artículo 20., número 1, LF (libertad de acción) o de un derecho fundamental en especial. Algunas decisiones del Tribunal Constitucional Federal alemán se pueden interpretar en ese sentido:

La decisión jurisdiccional que le impone una carga a un individuo, y que se basa en una disposición del derecho nacional que contraviene el derecho internacional general, o en una interpretación y aplicación de una

disposición del derecho interno incompatible con el derecho internacional general, viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad protegido en el artículo 20., número 1, LF (TCF, NJW 1986, p. 1425 [1426]-*Pakelli*).

En los casos en los que la existencia o el contenido de una regla general del derecho internacional es dudosa, el artículo 100 número 2 LF le atribuye a la Corte Constitucional Federal una competencia especial: “Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte integrante del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”. Cuando una corte hace caso omiso de ese deber de consulta, viola el derecho a un juez determinado por ley (artículo 101, núm. 1, frase 2, LF).⁸⁶

c. Tratados internacionales

Para la celebración de tratados internacionales por parte de la federación y para el traslado del contenido del tratado al derecho interno, se aplica la disposición del artículo 59, número 2, LF. Esta disposición reglamenta la formación de la voluntad para la entrada en vigencia de un tratado. Para la celebración de determinados tratados, vincula a los órganos encargados de las relaciones exteriores a la colaboración del órgano legislativo federal.

La celebración de un tratado internacional se encuentra vinculada a la aprobación parlamentaria en dos casos: por una parte, en el caso de los tratados que reglamentan las relaciones políticas de la federación (artículo 59, número 2, LF, primera alternativa) así como en el caso de los tratados con un “contenido legislativo” (artículo 59, número 2, LF, segunda alternativa). Los tratados “políticos” son sólo acuerdos de derecho internacional, que son de especial significado para la posición de la República Federal de Alemania dentro de la comunidad de Estados (TCF 1, 372 [380]).

Se trata, por tanto, de tratados que se refieren directamente a la existencia del Estado, su independencia o que afectan su pertinencia en la comunidad de Estados, dentro de éstos se encuentran por ejemplo los tratados de paz, los tratados de asociación militar o de desarme, así como

⁸⁶ Artículo 101. Prohibición de tribunales de excepción (1) No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

las modificaciones considerables de un territorio Estatal. Ejemplos concretos son, por ejemplo, la Carta de la ONU o el Tratado de Moscú sobre la reglamentación definitiva en relación con Alemania (1990).

En el caso de tratados que se refieren “a materias de la legislación federal” (artículo 59, número 2, LF, segunda alternativa) no se trata de la distribución de las competencias legislativas de la Federación y de los Estados, sino de la relimitación de la legislación y la administración. Será decisivo al respecto “si en el caso en concreto se requiere un acto ejecutivo con la colaboración de las corporaciones legislativas” (TCF 1, 373 [388]).

Materia de la legislación en ese sentido es el contenido del tratado siempre y cuando con el tratado se creen obligaciones que sólo pueden cumplirse con un acto del legislativo. Detrás del requisito de la aprobación parlamentaria se encuentra la reflexión de que los órganos del ejecutivo no pueden contraer obligaciones en nombre de la República Federal de Alemania, que ellos mismos no puedan cumplir por virtud de sus propias competencias. La reserva de aprobación parlamentaria se aplica a todos los tratados que se dirigen a una modificación de la situación legal o que simplemente requieren de un acto legislativo (por ejemplo, los tratados de extradición o algunos acuerdos sobre cooperación judicial internacional que implican una modificación del derecho procesal interno).

La ley de aprobación parlamentaria determina también el rango que tienen las disposiciones del tratado que se aplican internamente. Los tratados internacionales, cuyo contenido requiere de una ley aprobatoria de conformidad con el artículo 59, número 2, LF, tienen el rango de esa ley aprobatoria. Ellas prevalecen sobre el ordenamiento jurídico de la Federación y de todos los Estados. En relación con otras leyes federales prevalece la norma especial sobre la norma general, y la disposición posterior sobre la anterior.

Los convenios administrativos de conformidad con el artículo 59, número 2, LF son aquellos acuerdos de derecho internacional que no regulan ningún tipo de relación política y que para su ejecución interna tampoco requieren de un acto de las corporaciones legislativas (TCF 1, 372 [390]).

Bastante discutible es si los actos unilaterales del ejecutivo, como la terminación de un contrato y la declaratoria de una reserva, requieren de

la aprobación parlamentaria debido a sus efectos sobre el contenido o la duración de un tratado. La opinión prevaleciente sigue el tenor del artículo 59, número 2, LF, y considera la aprobación parlamentaria sólo para la celebración de los tratados que lo requieren.

Se discute, también, hasta qué punto el gobierno federal en colaboración con otras partes puede desarrollar dinámicamente un tratado. En la sentencia Somalia, la opinión del Tribunal Constitucional Federal alemán consignada en la sentencia, le atribuyó ciertos límites al gobierno federal en la posibilidad de establecer nuevos derechos y deberes para la República Federal de Alemania a través de las actuaciones legales en el marco de los tratados existentes, sin que se requiriera de la aprobación parlamentaria, en tanto que las partes no tengan el deseo de modificar el tratado (TCF 90, 286 [360 y ss]).

Esto es válido, principalmente, para una interpretación dinámica del tratado en acuerdo con el gobierno de la otra parte o para la justificación de una práctica nueva; en todo caso, acordada que se relacione con la aplicación del tratado. La opinión expuesta en la sala que tomó la decisión en el Tribunal Constitucional alemán, por el contrario, quiso vincular al legislador en el desarrollo de un nuevo concepto de tratado en lo que respecta a la clara justificación de nuevos deberes (TCF 90, 286 [375]).

En la controversia orgánica sobre el “nuevo concepto” de la OTAN, la Corte Constitucional Federal alemán encontró que la colaboración del gobierno federal en el desarrollo conjunto de las labores de la OTAN con el objetivo de lograr la pacificación de la región, no requería la aprobación exigida para una modificación del tratado, porque lo que estaba ocurriendo era una expresión de la voluntad de los Estados miembros de cumplir con las obligaciones del tratado (TCF 104, 151 y ss.]).

Para evitar los conflictos entre el ámbito jurídico nacional y los deberes del derecho internacional, se aplica el principio de que las leyes, en lo posible, deben estar en concordancia con los tratados internacionales:

Las leyes también se tienen que aplicar e interpretar en concordancia con las obligaciones internacionales de la República Federal de Alemania, especialmente cuando éstas son expedidas con posterioridad a los tratados internacionales que se encuentran vigentes; por tanto, no se puede aceptar que el legislador, a menos que esto no se haya manifestado claramente, se aparte de las obligaciones internacionales de la República Federal de Alemania, o que posibilite la violación de tales obligaciones (TCF 74, 358 [370]).

BIBLIOGRAFÍA: A. Bleckmann, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 1975; K. Doebring, *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, 1963; R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 2a. ed. 1994; M. Herdegen, “Völkerrechtliche Restitutionspflichten und ihre Wirkungen im innerstaatlichen Recht”, *NJW*, 1988, pp. 593 y ss.; W. Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967; M. Schweitzer, *Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, 7a. ed. 2000; H. Steinberger, “Entwicklungslien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragüen”, *ZaöRV*, 48 (1988), pp. 1 y ss.; K. Vogel, “Die Verfasungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Recht und Staat”, *Cuaderno* 292/293 (1964).

D. *Orden estatal “internacionalizado”*

Dentro de esta tendencia predominante del desarrollo del derecho internacional se encuentra cada vez más que el ordenamiento legal básico de los Estados y de las entidades similares a los Estados, se redimensiona con base en el derecho internacional. Esto ha llevado a hablar de una “internacionalización” de las constituciones nacionales. Al respecto la historia constitucional alemana ofrece un ejemplo: la ya extinta reserva legal de los aliados, la cual se encontraba por fuera del ámbito de intervención del legislador alemán, y servía de corsé al orden constitucional alemán (véase el artículo 2o. de “Tratado de Alemania” de 1952, *BGBI.*, 1955, II, p. 305).

Recientemente, estos procesos de internacionalización se encuentran relacionados con la participación de las Naciones Unidas y otros Estados en la pacificación de los conflictos internos, que actúan como una forma de poderes garantizadores de los acuerdos internacionales con contenido constitucional. Un ejemplo bastante característico es el acuerdo de Dayton, que determina las estructuras constitucionales de Bosnia Herzegovina en un tratado de derecho internacional (*ILM*, 35, 1996, p. 170 y ss.). Una faceta bastante interesante de la internacionalización de la Constitución de Bosnia Herzegovina la constituye el decreto de modificación constitucional (suscripto por los representantes del pueblo, que tenían la competencia para hacerlo, pero que fue bloqueado por una cámara del Parlamento) mediante el cual se le asignaba al alto representante, que de

conformidad con el Acuerdo de Dayton era la autoridad suprema, la responsabilidad para la modificación de los aspectos civiles del acuerdo, y que había sido introducido por un grupo de Estados con la aprobación del Consejo de Seguridad de la ONU (véase “Decision on Constitutional Amendments in the Federation”, 19, 4, 2002, www.ohr.int/decisions).

La mezcla de los elementos de derecho internacional y de derecho constitucional se puede observar también en los acuerdos entre el gobierno de Guatemala y los movimientos alzados en armas (*ILM*, 36, 1997, pp. 258 y ss.; véase sobre el proceso de pacificación de El Salvador, parcialmente internacionalizado: *United Nations Blue Books Series IV, The United Nations and El Salvador*, 1995). En este contexto se encuentran, además, los acuerdos entre Israel y la Organización para la Liberación de Palestina OLP, sobre el Territorio Autónomo de Palestina en Westbank y la Franja de Gaza (véase nuestro apartado 7). También se puede citar el Acuerdo de París para la pacificación de Camboya de 1991, el cual ha influido permanentemente en el desarrollo constitucional del país (*BGBI.*, 1994, II, p. 543).

BIBLIOGRAFÍA: M. Cox, “The Dayton Agreement in Bosnia and Herzegovina: A Study of Implementation and Strategies”, *BYIL*, 69 (1998), p. 201; R. Grote, “The United Nations and the Establishment of a New Model of Governance for Central America: The Case of Guatemala”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law 1998*, pp. 239 y ss.; M. Herdegen, “Extrakonstitutionelle Grundnormen der deutschen Rechtsordnung?”, *Staat und Recht*, 39 (1990), pp. 697 y ss.; C. Tomuschat, “Between National and International Law: Guatemala’s Historical Clarification Commission”, *Liber amicorum Günther Jaenicke*, 1998, pp. 991 y ss.