

Sumario

Introducción;

I. *El tiempo y los tratados ¿Cómo puede el transcurso del tiempo influenciar un tratado?;*

II. *Normas de Interpretación – Soluciones Posibles;*

III. *Determinando la Dirección y el Sentido*



Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales

Christian Perrone

Lady Macbeth:

*How now, my lord, why do you keep alone,
Of sorriest fancies your companions
making,*

*Using those thoughts which should indeed
have died*

*With them they think on? Things without
all remedy*

*Should be without regard: what's done,
is done.*

(Shakespeare, Macbeth, Acto 2, escena 2).

Introducción

En el inicio del siglo XIX, dos países recientemente independizados decidieron fijar sus fronteras en relación a un río. Redactaron un tratado internacional en el cual establecieron la frontera y los derechos de cada uno con respecto a este afluente. Durante varias décadas —más de un siglo— no

hubo ninguna disputa relacionada con este tratado. Sin embargo, últimamente, surgió una controversia sobre la posibilidad del transporte de personas (turismo) en el río fronterizo. Al revisar el acuerdo se visualiza que el Estado “A” tiene derecho a utilizar el río con fines *comerciales*, independientemente de autorización del Estado “B”. ¿Un servicio, como lo es el transporte de personas para fines de turismo, se encuentra englobado en el término “comercio”? ¿Cómo resolver este problema?

La disputa llega ante la Corte Internacional de Justicia y forma el Caso sobre Derechos de Navegación entre Nicaragua y Costa Rica.¹ El conflicto se presenta de la siguiente forma: por un lado, se argumenta que el tratado debe ser interpretado de manera contemporánea *a su firma*, esto es, el turismo no era considerado comercio en el momento de la realización del tratado, entonces no estaría contemplado

bajo esta clasificación. Por otro lado, se argumenta que éste término debe ser interpretado de acuerdo con la evolución del mismo, por lo que hoy en día “comercio” englobaría también la prestación de servicios.

En otras palabras, existe una duda sobre la influencia del *paso del tiempo* en el tratado internacional. El presente artículo busca tratar justamente ese elemento temporal y analizar cuáles son los factores que pueden ser utilizados para reconocer la dirección y el sentido de la evolución de un acuerdo internacional.

En la primera parte del presente, haré consideraciones sobre la metodología para la interpretación de tratados y su relación con la doctrina de la interpretación evolutiva. Igualmente, ilustraré cómo la buena fe y la intensión de las partes puede tornar necesaria la interpretación evolutiva. Posteriormente en la segunda parte, buscaré, específicamente, establecer cuáles serían los factores que deben guiar la interpretación. La postura generalizada es que los tratados emanan de la voluntad de las partes, por lo que expresiones posteriores de voluntad pueden aclarar la dirección y el sentido de la evolución.

I. El tiempo y los tratados

¿Cómo puede el transcurso del tiempo influenciar un tratado?

Un tratado no es estático. Sus términos y sus normas necesitan de aplicación y de vida en el mundo concreto. A continuación me propongo analizar seis ejemplos en que el componente temporal puede influir en el resultado de la aplicación de la norma de acuerdo a la práctica.²

A. El Estado A y el Estado B son dos islas y fijan sus fronteras en alta mar a partir de un día específico.

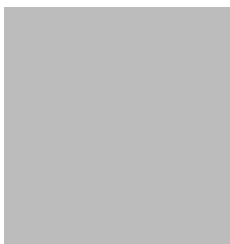
¿Existe un elemento temporal relevante? Desde mi punto de vista, el tratado deja claro cuál es la alta mar, por lo tanto, la interpretación queda clara. Hay poco o casi nada de espacio para una interpretación de los términos.

B. Los mismos Estados fijan esta misma frontera en alta mar, sin especificar a partir de qué fecha.

¿El cambio en los términos del tratado puede cambiar la interpretación de la persona encargada de su aplicación? En este segundo tratado, la interpretación es muy

Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales



relevante y el tiempo puede generar un impacto. Uno puede interpretar, por lo menos, de dos formas los términos de este último instrumento: i) la frontera cambia y el límite entre los dos Estados es la alta mar del día de la firma o entrada en vigor del tratado, o ii) la frontera está en la alta mar de un día *específico*, pero no explícito en el documento.

En ambos casos, el elemento temporal es relevante para la aplicación del instrumento. En el primero, al saber el día de referencia, uno sabe la alta mar de que se trata y por lo tanto puede determinar la frontera. En el segundo caso, habría la necesidad de saber *cuál* es la alta mar, en específico, la del día de la firma del tratado, la fecha de entrada en vigor, u otra fecha relevante.

C. Las mismas Partes fijarán la frontera en la alta mar de un determinado día, pero en la práctica, establecen la frontera con relación a la alta mar de otro día.

Uno de los Estados ocupa útilmente parte de lo que sería el territorio del otro, por un largo periodo de tiempo, sin ninguna manifestación del Estado contrario.

En el presente ejemplo, hay *in tesis* un conflicto entre lo establecido en el tratado y la realidad fáctica. ¿Se podría decir que el tratado evolucionó con la acción de los Estados parte? En este caso, queda una duda si el transcurso del tiempo en conjunto con la práctica es relevante para la normativa.

D. Las fronteras fijadas entre los Estados A y B cambian mediante figura legal superveniente.

Un tratado establece el derecho de pesca, excluidas las aguas de las bahías.³ En el momento de la firma y entrada en vigor del mismo, la figura legal de la *soberanía exclusiva sobre el mar territorial* no se había cristalizado. ¿Podríamos decir que el instrumento buscaba establecer

un área de mar de soberanía exclusiva, por lo que, con la creación de la figura del mar territorial, el tratado *evoluciona* para englobar la restricción de pesca no solo en las bahías, sino también en toda la región del mar territorial?⁴ ¿O si el tratado establecía la restricción de pesca en el mar territorial y en la época eso correspondía a 3 millas y ahora son a 12? ¿Estas modificaciones supervenientes pueden cambiar la relación entre los Estados parte en el tratado?

E. Uso de términos genéricos al paso del tiempo.

Supongamos que el término utilizado es genérico, como en el ejemplo inicial, la palabra *comercio*. El Estado A permite que el Estado B utilice una región que hace parte de su territorio con el objetivo de realizar actividades de comercio.

En 1800, seguramente no se pensaba que el *comercio* podría también englobar servicios. Sin embargo, hoy en día, entendemos que comercio comprende tanto productos como servicios.

¿Cómo se debe interpretar el tratado? ¿El Estado B puede o no prestar “servicios” en el territorio específico

del Estado A donde existía el permiso de realizar “comercio”? ¿El transcurso del tiempo cambió la percepción sobre un término pero también cambió el contenido de la norma?

F. Cambio de percepciones morales a través del tiempo.

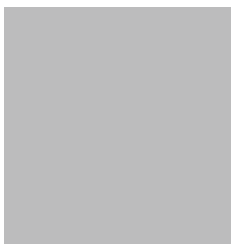
Por último, puede darse el caso de que un término esté revestido de un sentido moral, como lo son las expresiones *vida* o *tratamiento degradante*.

El transcurso del tiempo puede cambiar las actitudes sociales y las ideas de moralidad sobre los términos en cuestión. Lo que para las sociedades de 1950 podría ser importante para caracterizar una vida o *tratamiento degradante* seguramente difiera de lo actualmente comprendemos. Hoy, se considera que la vida está relacionada no solamente con la existencia física de un ser, sino también con las condiciones y calidad con que ese ser puede existir.⁵ Igualmente, en cuanto a *tratamientos degradantes*, en el pasado la punición física de menores no era considerada degradante o humillante; hoy no hay dudas de que lo es.

¿Cómo debe reaccionar un intérprete actual de un tratado ante este cambio en

Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales



los conceptos morales? ¿Un cambio en actitudes y creencias puede llevar a un cambio en la interpretación de términos en convenciones internacionales?

Con estos ejemplos busco demostrar la gran constelación de cuestiones que relacionan tiempo e interpretación de tratados internacionales. Ellos sirven para entender que el tiempo puede influenciar en la aplicación de los tratados, o por lo menos, tornar la interpretación en un ejercicio más complejo.

II. Normas de Interpretación – Soluciones Posibles

1. La Regla de Oro (art. 31 de la VCLT)

El mecanismo más básico utilizado para la interpretación es la regla de oro. Está presente en la primera parte del artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados (VCLT):

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado (subrayado nuestro).

En otras palabras, la regla es que se interpreten los instrumentos internacionales de acuerdo con el sentido más usual y común de sus términos. La lógica de la textualidad es utilizada como el mecanismo más fácil de comprensión del contenido normativo.⁶

“La regla es que se interpreten los instrumentos internacionales de acuerdo con el sentido más usual y común de sus términos.”

En la práctica, se hace referencia a definiciones de diccionarios que sintetizan justamente el sentido más corriente y usual de palabras y expresiones.⁷ Sin embargo, con una mirada más detenida

al diccionario, se percibe que la mayoría de las expresiones son polisémicas y la determinación del sentido correcto para la cláusula del tratado depende de otros elementos, como el contexto (elemento de interpretación también presente en la VCLT) y la connotación que se dé para la misma.

A) Conceptos genéricos y específicos

Los conceptos genéricos representan el *genus*, un colectivo de sentidos, en el cual cada parte posee su especie, con su sentido específico. Por ejemplo, el término *aguas* puede referirse a ríos, mares, lagos, aguas subterráneas, etc. Este es un término genérico.

Por otro lado, existen expresiones que son específicas, muchas veces cuñadas de términos del arte, como *mar territorial* o *aguas internas*. Estas representan proposiciones de sentido específicas. Muchas de ellas retratan definiciones jurídicas propias.⁸

No obstante, la manifestación en un término determinado puede generar dudas, por más que el mismo sea aún más preciso, como la frontera en el río “X” (término específico). Siempre se puede cuestionar cuál el brazo del río, el actual o el que existía antes, entre otros posibles cuestionamientos.⁹

B) Usual y común, ¿pero cuándo?

Nos encontramos ahora a un paso de llegar al objeto de nuestro estudio. Dos diccionarios del mismo idioma, pero de décadas distintas, pueden presentar variaciones en el sentido de las palabras: aumento o disminución de la polisemia o bien un cambio completo del sentido de una expresión. O bien, como se notó antes, el propio contexto de referencia de la palabra (en el caso de la frontera dada por un río) puede cambiar con el tiempo.

Lo que se percibe es que *en la metodología de interpretación de la VCLT hay un espacio para el transcurso del tiempo*. Tomemos entonces el significado común y corriente de un término, ¿pero cuándo? ¿Cuál es el contexto relevante: el del momento de la redacción, el del momento de la ratificación/ascensión, o el de algún momento posterior? ¿Se debe comprender el objetivo del tratado con la visión de los redactores o con la visión de quien intenta interpretarlo actualmente?¹⁰

De lo anterior, se puede concluir que la regla de oro tiene limitaciones *ad origin* y necesita de otros elementos para efectivamente se conocer el contenido específico de una norma.

2. Principios de Interpretación

A) Principio de la Contemporaneidad

Como corolario del principio de textualidad se reconoce que los términos deben ser entendidos como lo eran en el momento de la conclusión del tratado¹¹ y de acuerdo con las reglas vigentes en la misma época.

Esta lógica se establece en el contexto de la *doctrina del derecho intertemporal*. Su expresión clásica es el *dictum* del árbitro Huber en el juicio Isla de las Palmas: *[A] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled.*¹²

Huber indica que las normas que rigen la existencia de un derecho son las contemporáneas al momento de su nacimiento. En el caso concreto, España tendría un derecho (incipiente)¹³ al título de la Isla pues en el momento de su creación, la adquisición por descubierta era legítima.

De otra forma, se puede decir que tanto los términos del tratado como las normas que lo rigen deberán entenderse a la luz del contexto de la conclusión del tratado.

Sin embargo, esta es una lectura limitada. Huber fue cauteloso y explicó que para dar fin a la controversia, se necesitaba además tomar en cuenta que *[t]he same principles which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of the law.*¹⁴

Para el autor, no bastaba la obtención del título, pues se necesitaba también de la continua existencia del derecho. En este sentido, Holanda es quien poseía el título efectivo sobre el territorio debido a que, durante el transcurso del tiempo, había tomado posesión y ocupado de manera pacífica, cumpliendo con los requisitos continuados del derecho.

El contexto normativo o el contexto de aplicación del instrumento pueden cambiar; para preservar los derechos, la acción estatal debe ser acorde a estos cambios. De ser así, el principio de la contemporaneidad necesitará de otros elementos para ser aplicable.¹⁵

Siguiendo la VCLT, tenemos otros dos puntos a ser tomados en consideración: i) buena fe, pues si existen varios significados posibles de una expresión, debe buscar elegirse aquél

que mejor preserve la relación que el tratado buscó establecer, y ii) el objeto y fin del acuerdo son relevantes¹⁶.

Todo el derecho internacional -los tratados no son la excepción- parte de la base de la satisfacción de las expectativas de las partes.¹⁷ No existe acuerdo y no existe derecho internacional sin que las partes (Estados) cumplan con sus respectivas expectativas.¹⁸

Desde un punto de vista sociológico, la firma de un tratado (y su posterior ratificación) prescribe conductas específicas a las partes, quienes esperan de manera legítima que las primeras se realicen. La buena fe sirve como un estándar sobre el cual se puede juzgar estas conductas.

“Desde un punto de vista sociológico, la firma de un tratado (y su posterior ratificación) prescribe conductas específicas a las partes, quienes esperan de manera legítima que las primeras se realicen. La buena fe sirve como un estándar sobre el cual se puede juzgar estas conductas.”

Por ejemplo, cuando un Estado obligado por un tratado actúa de manera dolosa, claramente no está haciéndolo de buena fe, pues sabe que debe portarse de una determinada forma y no lo hace.¹⁹ Sin embargo, el simple hecho de que una parte no tenga la intención de cumplir con sus obligaciones, no quiere decir que actúe de buena fe. Para actuar de buena fe, debe tomar las diligencias necesarias para cumplir con las expectativas retratadas en el acuerdo. Lo que quiere decir que *si, legítimamente, las expectativas cambian; la acción, para ser de buena fe, también debe cambiar*.

En este sentido, parece claro que la interpretación de un tratado debe tener en consideración que, *para actuar de buena fe, el estándar de conducta puede cambiar con el tiempo*. Es decir, puede ser que de un tratado se desdoble una expectativa legítima de que un término pueda o deba evolucionar con el tiempo.

En el caso de la caza de ballenas entre Japón y Australia, por ejemplo, la discusión era si el abate de ballenas podría estar contenido en la expresión *investigación científica*. Lo interesante de este caso es que la Convención para la Regulación de la Pesca de Ballenas prevé que una comisión esté encargada de definir y adoptar normas (artículo V) para reglamentar la investigación

científica.²⁰ Por lo que, de buena fe era legítimo esperar que los términos evolucionasen con el tiempo y dicha comisión tuviera la responsabilidad de definirlos. La Corte llegó al punto de señalar que las funciones conferidas a la comisión tornaban la Convención un *evolving instrument*.²¹

Independientemente de que la Corte esté o no en lo correcto, lo más importante es que este caso ilustra que los Estados deberían esperar una evolución. La simple alusión al sentido común y corriente de la expresión de referencia no sería capaz de solucionar el problema. Es la intención de los Estados que los términos de la convención evolucionen de acuerdo con los criterios presentes en el anexo y por definiciones establecidas por una comisión a cargo.

Conclusión parcial: Llegamos al punto en el cual podemos decir que existe como regla, un espacio para el elemento intertemporal y que éste permite que en algunas circunstancias los términos varíen y evolucionen. El principio de la contemporaneidad no es suficiente en todos los casos, mientras que la buena fe puede exigir una interpretación evolutiva. El intérprete debe entonces recurrir a otros elementos para comprender el sentido y la dirección de esta evolución.

III. Determinando la Dirección y el Sentido

1. Diferentes Métodos:

A) El método teleológico

La primera sugerencia es la utilización del método teleológico. El intérprete hace remisión al *objeto* y al *fin* del instrumento para de éstos determinar la dirección y el sentido de la evolución de la expresión. De hecho, la segunda parte del artículo 31 de la VCLT prescribe justo eso.²²

“Podemos decir que existe como regla, un espacio para el elemento intertemporal y que éste permite que en algunas circunstancias los términos varíen y evolucionen.”

Sin embargo, hay que tener cautela con la versión más radical de la práctica. Primero, el intérprete determina el objeto y propósito del tratado; y *posteriormente*, lo que importa es la *substancia* necesaria para dar efecto a dicho intento.²³ El proceso puede involucrar una implementación *a posteriori*, normalmente judicial.

Letsas, por ejemplo, anota que diferentes tratados pueden llevar a diferentes proyectos.²⁴ En el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, su objeto y fin son la creación de un espacio de protección a los derechos de los individuos. Por su propia naturaleza, ese instrumento debe, en la opinión del autor, ser interpretado en el sentido de realizar dicha función.²⁵

Él ilustra su visión con un análisis del caso *Golder v. Reino Unido*, el cual trata del acceso a la justicia y cuestiona su existencia como un derecho presente en la convención, aunque de manera implícita. En el tratado se establece el derecho a un juzgamiento justo (art. 6 CEDH).²⁶ El razonamiento de la Corte Europea de acuerdo con Letsas es el siguiente:

1. *In an interpretation one should look at the object and purpose of the law.*
2. *The object and purpose of the ECHR is to promote the rule of law.*
3. *One can scarcely conceive of the rule of law in civil matters without right of access to court.*
4. *Right of access to court is 'inherent' in the right of fair trial under art. 6.*
5. *The ECHR protects the right of access to court.*²⁷

Desde su punto de vista, la Corte buscó interpretar la norma mediante una perspectiva teleológica. Esa

buscaba encontrar la visión que mejor retratase el propósito moral de los Estados al redactar y suscribir la Convención. Por lo que, aunque no existe textualmente el derecho de acceso a la justicia, éste debe ser importado para el contexto de la Convención. En sus palabras, “*the Court [is] primarily interested in evolution towards the moral truth of the ECHR*”. El texto de la Convención Europea sirve como punto de partida y “*should not be subordinated to State’s sovereign will*”.²⁸

A esta opinión pueden hacerse por lo menos dos grandes críticas: la primera es que independientemente de la diferencia entre los *proyectos*, existe una unidad de materia: el derecho internacional. La idea de que los instrumentos pueden crear regímenes cerrados (*self-contained*) —en los cuales sus naturalezas y propósitos diferentes generan una regulación y estructura de interpretación diferentes— no parece estar de acuerdo con la realidad actual.²⁹ Aunque existan sistemas diferentes, estos poseen características comunes,³⁰ siendo la metodología de interpretación una de ellas.³¹

La segunda crítica está relacionada con el hecho de tratarse de una implementación posterior, la cual puede no haber sido contemplada en momento

Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales

alguno por los Estados Parte. La Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre los Tratados de Paz (segunda fase) expresa el problema claramente.

El tratado de paz entre los países aliados y Bulgaria, Hungría y Rumania prescribe la institución de una comisión para dirimir las disputas relacionadas al instrumento. Esa debe constituirse por tres miembros, uno apuntado por cada una de las partes y un tercero elegido por el Secretario General (SG) de las Naciones Unidas (ONU). Bulgaria, Hungría y Rumania rehusaron nombrar al tercer miembro. Se pidió una opinión consultiva a la Corte para saber si el SG podría nombrarlo por ellos. La respuesta fue que la regla de la efectividad - una interpretación teleológica que de efectividad al instrumento - “*cannot justify the Court in attributing to the provision [...] a meaning which [...] contrary to the letter [of the treaty]*”.³²

Aunque parecería razonable que para la realización del objeto y fin del tratado (alcanzar la paz, manteniendo las buenas relaciones entre los países) se estableciera la comisión, independiente del ya mencionado nombramiento por parte de los tres países; la CIJ expuso que eso sería lo mismo que suplantarse la voluntad de

las partes por la de la Corte.³³ En otras palabras, estaría creando normas y no interpretando las existentes.³⁴

Brownlie prescribe cierta cautela e indica que dicha metodología (de la efectividad) puede tener mejor aplicación en estructuras supranacionales con reglas eficientes y claras para la realización de enmiendas a los tratados, algo similar a la Unión Europea.³⁵ En estos sistemas supranacionales, la intención de las Partes es justamente delegar cierta responsabilidad (y poderes) a estructuras fuera de los límites territoriales. Aun así, en la Unión Europea no son muchos los casos en los cuales se aplica la doctrina de *effect utile* para justificar una interpretación evolutiva y teleológica de un tratado.

De hecho, una comprensión más favorable al método teleológico puede auxiliar al intérprete; solo que éste no puede adicionar obligaciones que no existen. Sin embargo, una referencia al objetivo y fin del tratado puede indicar el sentido de un término utilizado, aun cuando se necesiten elementos de comprobación. En el caso Golder mencionado arriba, la Corte Europea expresa la existencia de una *cultura común* entre los países miembros y

hace referencia a otros factores comunes para inferir el sentido evolutivo de las cláusulas. Igualmente, en casos subsecuentes la misma Corte menciona la necesidad de buscar *estándares comunes*³⁶ y de *consenso entre los países miembros*.^{37 38} Claro está que no basta la referencia al objeto y fin no es suficiente, por lo que es necesario recurrir a otros elementos.

“La Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) explicó que la función de las reglas de interpretación es dar cuerpo y realidad a la intención de las partes que celebraron un acuerdo. La Corte Permanente también explicó que el objetivo de la interpretación no es encontrar el verdadero sentido de un tratado, sino la verdadera intención de las partes.”

B) Intención de las Partes

En el inicio expliqué que la importancia de la *regla de oro* radica en representar la expresión más cercana de la voluntad común de las partes, resaltando el rol fundamental de la voluntad de

los Estados como fuente de derecho internacional. En otras palabras, el consentimiento sirve como clave para todo instrumento internacional, guiando su interpretación.³⁹

Al examinar las reglas que culminaron en la VCLT, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (CDI) explicó que la función de las reglas de interpretación es dar *cuerpo y realidad* a la intención de las partes que celebraron un acuerdo.⁴⁰ La Corte Permanente también explicó que el objetivo de la interpretación no es encontrar el verdadero *sentido* de un tratado, sino la verdadera *intención* de las partes.⁴¹ Fitzmaurice tenía una interpretación clásica que decía que los tratados son como contratos, pues sirven para expresar la voluntad de las partes de acordar entre sí un conjunto de reglas y plasmarlas en un instrumento vinculante.⁴²

En el mismo sentido, como juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, Fitzmaurice criticó la lógica de la resolución del caso *Golder*, en una opinión disidente:

It is for the States upon whose contest the Convention rests, and from which consent alone it derives its obligatory force, to clear the gap or put that defect [lack of a right of access

Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales

*to court] right by an amendment - not for a judicial tribunal to substitute itself for the convention-makers, to their work for them.*⁴³

El consentimiento (expresión de la intención de los Estados parte) es la base de la obligatoriedad de un tratado. De eso podemos inferir que para comprender una posible evolución del último existe la necesidad de una expresión del primero (de la intención de los Estados).⁴⁴ Sin embargo, como bien expone la CDI, la interpretación no es una búsqueda de la intención *subjetiva*, interna, de las partes, pero sí de la intención y el consentimiento *expreso*.⁴⁵

La originalidad subjetiva de los *fundadores* o de la comprensión subjetiva de los negociadores del tratado tiene un rol y hay juristas que hasta el día de hoy creen que es importante. Sin embargo, la CDI dejó esto para un plano subsidiario (art. 32 de la VCLT).⁴⁶ De hecho, nos resta buscar elementos para reconstruir de la mejor forma la voluntad expresa común.

2. Otros Factores - elementos indicativos

¿Cómo proceder si del texto referente al objeto y fin de un tratado no se desprende claramente la intención subjetiva de los negociadores sobre el

sentido y dirección de la interpretación temporal? ¿Cuáles son los elementos que nos sirven de guía?

Recurrir al contexto nos ayuda a dar cuerpo a las expresiones de intención.⁴⁷ La determinación de los términos no debe darse en el abstracto, sino en conjunto con el caudal de información común: estructura del tratado, preámbulo, acuerdos realizados en conjunto con el tratado sobre análisis y las declaraciones aceptadas por las partes.^{48 49}

Adicionalmente, hay elementos subsecuentes que auxilian en la búsqueda de confirmación empírica de la voluntad común de las partes.⁵⁰

El artículo 31(3) de la VCLT expone lo siguiente:

3. Juntamente con el contexto, habráá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;*
- b) Toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;*
- c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

La CDI expone que se pueden utilizar afirmaciones posteriores de la voluntad estatal porque constituyen “*objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty*”.⁵¹ Puesto de otra manera, sirven de elemento probatorio para comprender la verdadera intención de las partes. Estas afirmaciones posteriores pueden ser demostraciones de consentimiento expresas (nuevos acuerdos y costumbres) o elementos de inferencia, consentimiento tácito (prácticas estatales posteriores o consenso).

i. Costumbres y reglas internacionales (nuevos acuerdos):

Un nuevo acuerdo o el mismo surgimiento de una nueva regla o costumbre puede influir en los términos de un tratado y su posterior aplicación.⁵²

A. Caso *Estrada de Hierro Iron Rhine, Bélgica v. Holanda*, Corte Permanente de Arbitraje (2005):

En este caso, las diferentes reglamentaciones de derecho ambiental que han surgido tornarán necesaria la lectura de reglas de protección en los términos del tratado que permite la construcción de la estrada.⁵³ Del texto del tratado, uno puede inferir

un derecho de protección y cuidado (*due diligence*). El objeto y el fin del tratado se relacionaban a la construcción de una estrada de hierro; por lo que en principio ésta debería ser facilitada. La Corte estimó que debido a la creación de una *nueva* norma superveniente de derecho internacional que proporcionaba salvaguardas ambientales, resultaba necesario entender la obligación de protección en el sentido de dar aplicación también a estas normas.

B. Caso *Papeleras en el Río Uruguay - Uruguay v. Argentina* - CIJ, 2010:

Similarmente, la Corte Internacional de Justicia en el caso de las papeleras sostuvo que el Estatuto del Río Uruguay tiene que ser interpretado de acuerdo a los requisitos del derecho internacional general. La obligación de *proteger y preservar* el Río posee carácter genérico y era, o se puede presumir que era, la intención de los Estados que ésta evolucionase.⁵⁴ Realizar un estudio de impacto ambiental es una práctica corriente que ganó aceptación a nivel internacional, es decir, se ha vuelto costumbre internacional. De ser así, *proteger y preservar* el Río implica la realización de un estudio de impacto ambiental.

ii. Resoluciones de órganos políticos de organizaciones internacionales:

Las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales no crean derecho internacional *per se*.⁵⁵ No obstante, son importantes indicativos de la voluntad política de los Estados y constituyen compromisos políticos. Aun siendo declaraciones interpretativas, retiran su fuerza justamente por afirmar la intención de los Estados. La constante reafirmación de derechos puede llevar a una aplicación de los tratados de conformidad con estos instrumentos.

Dos casos pueden ilustrar como éstas sirven de elementos interpretativos de la evolución de los tratados y convenciones internacionales:

A. Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas para los Estados de la Continua Presencia de Sudáfrica en Namibia (1971), CIJ.

En el régimen establecido por la Liga de las Naciones, la región de Namibia se quedó bajo la tutela de Sudáfrica. Durante el proceso de descolonización, Sudáfrica mantuvo su presencia además de instituir la política del Apartheid en el territorio de la Namibia.

“Las resoluciones de los órganos políticos de las organizaciones internacionales no crean derecho internacional *per se*. No obstante, son importantes indicativos de la voluntad política de los Estados y constituyen compromisos políticos.”

En términos de su mandato, Sudáfrica debería mantener el régimen en *sacred trust*. La lógica era que éstos no serían una colonia y que la encomienda debería ser temporal. La controversia surgió en cuanto a la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos en el mandato.

La Corte consideró que estaba:

*bound to take into account the fact that the concepts embodied in Article 22 of the Covenant—‘the strenuous conditions of the modern world’ and ‘the well-being and development’ of the peoples concerned—were not static, but were by definition evolutionary, as also, therefore, was the concept of the ‘sacred trust’.*⁵⁶

Las críticas a la Corte se relacionan a un posible acto de benevolencia de aplicación una visión actual por sobre un acuerdo anterior. En la opinión de algunos autores, sería inconcebible para los redactores del sistema de mandatos de la Liga de las Naciones que existiera el derecho a la autodeterminación de los pueblos.⁵⁷ Aun cuando el mandato no tuviera la intención de ser definitivo y que en algún momento el territorio debería tener el derecho de elegir, no existiría la obligatoriedad de seguir los mismos criterios relacionados al derecho a autodeterminación.

Sin embargo, de acuerdo a la Corte, el desarrollo sustantivo de este derecho fue acompañado del esfuerzo de la comunidad internacional y los Estados poco a poco han consentido la nueva sistemática y el mencionado derecho se cristalizó. Primero, en las resoluciones y declaraciones de los órganos de la Asamblea General de la ONU y posteriormente en la práctica de los Estados. La CIJ ha referido específicamente a las múltiples y reiteradas resoluciones del Comité Especial de Descolonización (SPECPOL en el acrónimo en inglés) como elementos de interpretación.

B. Caso *Atala Riffo v. Chile* (2011), Corte Interamericana de Derechos Humanos:

En este caso, la Corte Interamericana también tomó en consideración las resoluciones de la Asamblea General, en este caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como factores que evidenciaran el *desarrollo* de un derecho. En este fallo, del derecho a la no discriminación en virtud de orientación sexual por tratarse de una lesbiana, la Corte decidió que los derechos a una vida familiar y libre de discriminación de la señora Atala Rifo habían sido violados.

La Corte consideró que:

*Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios.*⁵⁸

Christian Perrone

Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales

Igualmente, en una opinión separada, el Juez Pérez Pérez ha tejido las siguientes consideraciones:

Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes.

[La Convergencia de estándares] es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan.⁵⁹

Lo que se percibe es que las Cortes en ambos casos hayan considerado las resoluciones de las Asambleas Generales (ONU y OEA, respectivamente) como elementos que evidencian la interpretación más reciente de los Estados sobre las obligaciones internacionales por ellos contraídas.

Aunque las resoluciones por sí mismas no creen obligaciones, explicitaron la interpretación de los Estados sobre los asuntos. En el momento que los Estados pasaron a indicar constantemente que existían determinados derechos o que determinadas conductas eran objeto de censura o prohibición, abrieron las puertas para el desarrollo normativo en el sentido de tornar obligatorias conductas compatibles con las mismas. De similar importancia es el hecho de que las resoluciones establecen obligaciones para las Organizaciones Internacionales a las cuales están vinculadas.

Para el Comité de Descolonización de la ONU, las declaraciones y resoluciones que tratan el tema del derecho a la autodeterminación de los pueblos se tornarán la regla interpretativa para la comprensión de las obligaciones internacionales de descolonización o para circunstancias análogas. Igualmente, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA mencionan las obligaciones de derechos humanos de los Estados y consideraran en su contexto a la orientación sexual como una categoría susceptible de ser protegida contra la discriminación, por lo que los órganos internos de la Organización estaban *obligados* a tomar en consideración la temática.

iii. Práctica Estatal Subsecuente:

La práctica subsecuente de los Estados, tomada *en conjunto* con el contexto, provee por lo menos dos factores a considerar: i) explica la voluntad cercana común - como esos entienden que la provisión debe ser comprendida; o ii) da testimonio de una alteración en las relaciones entre las partes - una evolución en las reglas vigentes, o mismo el surgimiento de un nuevo instituto legal aplicable.⁶⁰

“La práctica estatal es tan importante que puede llevarnos a una interpretación contraria al texto del tratado.”

A. Caso *Templo Preah Vihear - Cambodia v. Tailandia* (1962), CIJ.

Los Estados que hoy son Cambodia y Tailandia concluyeron un tratado de fronteras en 1904 que establecía la línea que delimitaba sus respectivos territorios. En el mismo se estableció una Comisión Mixta para dirimir todas las cuestiones pendientes. Después de los esfuerzos de dicha Comisión, se elaboró un mapa de la región de Dangrek - donde está el Templo - (1908). Tailandia afirma que

este mapa no fue hecho por la Comisión Mixta y que ésta nunca lo aprobó, por lo que no podría ser considerado como *vinculante*. Asimismo, expresa que de la redacción del tratado de 1904, la frontera de Tailandia debe incluir el Templo.

La CIJ se basó en una serie de hechos subsecuentes para determinar que, si bien cabe la duda sobre la interpretación específica del texto del tratado de 1904, el hecho de que Tailandia haya: 1) recibido el mapa sin objetar su contenido; 2) reproducido el mapa oficialmente por años; 3) confirmado en tratados posteriores (1925 y 1937) la existencia de la frontera; y 4) omitido la discusión del tema durante una comisión de Conciliación en Washington, lleva a la conclusión de que Tailandia aceptó el mapa como correcto.

La práctica estatal es tan importante que puede llevarnos a una interpretación contraria al texto del tratado. En el caso de la Isla del Timor, surgió una disputa fronteriza entre las posesiones de Holanda y de Portugal en la Isla. El texto del tratado de fronteras expresamente señalaba que el trazado territorial seguía un río específico afluente de otro. Sin embargo, en la práctica, el río cuyo nombre es mencionado en el instrumento internacional no

es afluente del río principal, sino de otro a 5 millas de distancia. El hecho de que por décadas los dos países actuaran administrativamente como si sus fronteras estuvieran en el río con nombre distinto pesó favorablemente en la decisión de la Corte.⁶¹

B. Caso sobre los *Derechos de Navegación*
- *Nicaragua v. Costa Rica*—(2009) CIJ;

Tal como se ha ilustrado arriba, la CIJ estableció que el término *comercio* debería ser interpretado de manera tal que abarque también servicios de turismo, pues del tratado se desprende que la intención de los Estados era que esta expresión evolucionase con el tiempo. Como explicita Crawford, el caso podría muy bien haber sido resuelto conforme a la práctica subsecuente de los Estados parte.⁶² Pocos años después de la firma del tratado ya se habrían establecido empresas de transporte de pasajeros en el Río San Juan y nunca hubo objeciones. De ser así, la práctica estatal ya servía como indicación de la interpretación dada por ellos mismos - que incluía la prestación de servicios.

iv. Consenso:

Muchas veces los términos utilizados en tratados, como *razonable*, *apropiado*, y *conveniente* entre otros, están revestidos

de una carga moral. Naturalmente, los Estados saben que estos cambian con el tiempo y necesariamente la conducta relacionada a ellos también debe cambiar. Las Cortes intentan de un modo general buscar estándares *comunes* a las partes, por lo que el consenso es mejor indicador de la voluntad de los Estados.

La Corte Europea de Derechos Humanos constantemente busca encontrar en el consenso la evolución del tratado. La extensión de la protección de las personas homosexuales sirve de ejemplo. Entre los años 50 y 70 el Sistema Europeo decidió una serie de casos sobre la criminalización de conductas homosexuales.⁶³ Indicó que en el contexto de la Convención a los países les estaba permitido hacer distinciones con base en sexo - las conductas criminalizadas generalmente se referían solamente a hombres - y de interferir en la vida privada para proteger la salud y la moralidad.

En los 80, la Corte Europea vislumbró una evolución en la normativa relacionada a la Convención. Casi ningún país parte criminalizaba actos homosexuales en toda y cualquiera circunstancia.⁶⁴ En otras palabras, la Corte comprendió que el consenso virtual de los países miembros

indicaba una evolución en la normativa que no podría ser ignorada en su interpretación.⁶⁵

En este sentido, en algunos contextos, la voluntad de los Estados puede darnos alguna indicación sobre el consenso entre los países, sirviendo como indicador del *sentido* de la evolución normativa convencional.⁶⁶

Conclusión

Notamos que la interpretación contemporánea o evolutiva de los tratados depende de la intención *expresa* de los Estados. Incluso la buena fe en la interpretación y aplicación del instrumento internacional pueden obligar a que éstos evolucionen.

De ser la intención de los Estados que evolucione la norma, no basta un análisis textual o del objeto y fin del tratado, es necesario buscar otros elementos que evidencien la dirección y el sentido de la evolución.

Los factores de evolución pueden estar relacionados al consentimiento expreso en el cual se realizan nuevos acuerdos o se crean nuevas costumbres internacionales. Además, pueden estar relacionados al consentimiento tácito expresado por las prácticas posteriores reiteradas o el consenso entre las partes.

“De ser la intención de los Estados que evolucione la norma, no basta un análisis textual o del objeto y fin del tratado, es necesario buscar otros elementos que evidencien la dirección y el sentido de la evolución.”

Sobre el autor

Christian Perrone



Christian Perrone es abogado, ex-Secretario del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, Doctorando en Derecho Internacional - Universidad del Estado de Rio de Janeiro (2019), LL.M en Derecho Internacional - Universidad de Cambridge (Inglaterra,

2011), Diploma en Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Instituto Universitario Europeo EUI (Italia, 2011), LL.B en Derecho - Universidad Federal del Rio Grande del Sur (Brasil, 2009), y Universidad de Giessen (Alemania, 2007-2008).